

# STUDI IN ONORE DI ANTONIO FIORELLA

VOLUME I



a cura di

Mauro Catenacci, Vincenzo Nico D'Ascola,  
Roberto Rampioni

34

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TrE-Press  
2021



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODOGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019
20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. RUOTOLO, M. CAREDDA (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.)
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020
28. F. APERIO BELLA, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020
29. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020
30. A. MASSARO (a cura di), *Connessioni di Diritto Penale*, 2020
31. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, 2021
32. E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber amicorum Luigi Moccia*, 2021
33. A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo. A proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, 2021



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

# STUDI IN ONORE DI ANTONIO FIORELLA

VOLUME I

a cura di

Mauro Catenacci, Vincenzo Nico D'Ascola,  
Roberto Rampioni

**34**

L'Unità del Diritto  
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



*Roma TrE-Press*

2021

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grottesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* Roma TrE-Press ©

Roma, settembre 2021

ISBN: 979-12-5977-039-4

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
*L'unità del diritto*

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.



In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

## Indice

### VOLUME I

<i>Presentazione del volume</i>	XVII
<i>Nota introduttiva di MAURO CATENACCI</i>	XIX
<i>Indirizzo di saluto di PASQUALE BASILICATA</i>	XXIII
<i>Elenco delle abbreviazioni riportate in nota</i>	XXV

### IL DIRITTO PENALE COME 'NORMA' E COME 'SISTEMA'

ALESSANDRO BONDI, <i>Il passo del gambero</i>	3
DAVID BRUNELLI, <i>Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme: eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente?</i>	15
GIOVANNI CARUSO, <i>Per un lessico di questioni definitorie in tema di prevedibilità della decisione giudiziale</i>	35
ANDREA R. CASTALDO, <i>Quanto Basta. Posologia e controindicazioni del diritto penale d'avanguardia (strizzando l'occhio all'emergenza sanitaria da Covid-19)</i>	63
ANTONIO CAVALIERE, <i>Punire per ottenere 'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative</i>	77
PAOLA COCO, <i>Brevi riflessioni sull'illecito contravvenzionale</i>	111
VINCENZO NICO D'ASCOLA, <i>Stato democratico, leggi retroattive e prevenzione</i>	143
GAETANO DE AMICIS, <i>Formulazione del principio di diritto e rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione</i>	181
LUCIANO EUSEBI, <i>Legalità, non oligarchie: profili penalistici. Una scommessa ancor attuale sulla peggior forma di Governo, eccezion fatta per tutte le altre</i>	215
PIERO GAETA, <i>Divieto di bis in idem ed evoluzione della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione</i>	239
ALBERTO GARGANI, <i>Delitti di pericolo personale e individuale. Osservazioni in prospettiva di riforma</i>	271
VINCENZO MILITELLO, <i>I traffici illeciti nel Mediterraneo e le organizzazioni criminali transnazionali</i>	289

ADÁN NIETO MARTÍN, <i>El derecho sancionador administrativo global</i>	315
JOHANNA RINCEANU, <i>Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network</i>	333
MAURO RONCO, <i>Quae utilitas in scientia iuris?</i>	361
LORENZO SALAZAR, <i>Vent'anni dopo: il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie dopo Tampere</i>	385
ANTONIO VALLINI, <i>Tentativo, 'macrotentativo' e 'microtentativo' nel diritto internazionale penale</i>	407
FRANCESCO VIGANÒ, <i>Sul carattere "eccezionale" del diritto penale</i>	443
LUIS ARROYO ZAPATERO <i>La "conspiracy" norteamericana y los límites de la leal cooperación jurídica internacional. El ejemplo de Nuremberg</i>	457

#### REATO E PUNIBILITÀ FRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO

ROBERTO BARTOLI, <i>Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Una prima riflessione</i>	467
ELIO ROMANO BELFIORE, <i>La "morte civile" dell'imputato</i>	483
MARTA BERTOLINO, <i>I minori della post-modernità di fronte alla responsabilità penale: questioni di maturità e di (neuro)scienza</i>	489
GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, <i>Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse</i>	517
GIAN LUIGI GATTA, <i>Note in tema di prescrizione del reato, ragionevole durata del processo e tutela dei beni giuridici</i>	537
FAUSTO GIUNTA, <i>La forma dell'imputazione e la sostanza del processo</i>	551
WALTER GROPP, <i>Offensivität statt Gesinnungsstrafrecht. Überlegungen zum subjektiven Rechtfertigungselements im deutschen Strafrecht</i>	557
ANTONIO GULLO, <i>La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: una figura sotto assedio</i>	571
LUCA MARAFIOTI, <i>Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica</i>	593

ANTONELLA MASSARO, <i>L'art. 5 c.p. e l'ignoranza inevitabile della legge penale: da causa di esclusione della colpevolezza a limite di validità della norma penale?</i>	613
MASSIMILANO MASUCCI, <i>Colpa per assunzione e malpractice medica</i>	631
ALESSANDRO MELCHIONDA, <i>La "nuova" recidiva: tra palingenesi interpretativa e contraddizioni residue</i>	647
SERGIO MOCCIA, <i>La mancata riforma della responsabilità oggettiva</i>	673
VINCENZO MONGILLO, <i>Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo</i>	689
TULLIO PADOVANI, <i>Gli elementi obiettivi di colpevolezza</i>	721
FRANCESCO PALAZZO, <i>La colpa medica: un work in progress</i>	735
GIOVANNI PAOLOZZI, <i>Giurisdizioni fuori asse</i>	749
MARCO PELISSERO, <i>La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo</i>	775
FRANCESCO PETRELLI, <i>Rischio sismico e "principio di precauzione"</i>	793
LORENZO PICOTTI, <i>Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma</i>	813
LUCIA RISICATO, <i>Responsabilità medica e colpa di organizzazione: una breve riflessione de iure condendo</i>	839
GAETANO SCALISE, <i>L'accertamento della causalità nella responsabilità medica: un 'nesso' inscindibile tra regolamentazione codicistica e giurisprudenza di legittimità</i>	849
MARIO TRAPANI, <i>"Elementi negativi a contenuto negativo"? Contributo ad una analisi strutturale del "fatto di reato"</i>	861

#### PENA, MISURE DI SICUREZZA, MISURE DI PREVENZIONE

ALÌ ABUKAR HAYO, <i>Il rapporto di tensione tra il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale simbolico-espressivo</i>	885
FABIO BASILE, <i>Coloro che sono dediti a traffici delittuosi e coloro che vivono abitualmente di proventi di attività delittuose. Le fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. a) e b) cod. antimafia nel diritto vivente.</i>	911

GIOVANNI COCCO, <i>Nothing works: per il recupero della giustificazione liberale della applicazione e della esecuzione della pena</i>	929
ELVIRA DINACCI, <i>L'ineludibile riforma del sistema sanzionatorio tra illusione e realtà</i>	949
EMILIO DOLCINI, <i>Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena</i>	979
RAFFAELLO MAGI, <i>Principio di tassatività e misure di prevenzione. Un circuito virtuoso tra le Corti negli anni 2014 – 2019</i>	1005
MARCO PIERDONATI, <i>La natura giuridica della confisca ambientale codicistica. Lee ricadute applicative dell'opzione dogmatica prescelta</i>	1021
FRANCESCO SCHIAFFO, <i>Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»</i>	1055
ETTORE SQUILLACI, <i>'Ragioni' e 'costi' dell'attuale paradigma di prevenzione</i>	1075

## VOLUME II

### SCRITTI SULLA PARTE SPECIALE

SALVATORE ALEO, <i>La problematica penalistica della criminalità organizzata, la teoria dell'organizzazione e lo Stato di diritto</i>	1103
STEFANO CANESTRARI, <i>In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)</i>	1125
OMBRETTA DI GIOVINE, <i>Ancora sull'infezione da SARS-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive</i>	1135
STEFANO FIORE, <i>Tracce di distopia legislativa nella 'spazzacorrotti'. Funzioni simboliche e deterrenza 'latente' nell'uso della non punibilità</i>	1159
GABRIELE FORNASARI, <i>Ancora un passo verso l'affermazione dell'autodeterminazione alla morte: la Corte costituzionale austriaca dichiara illegittima la disposizione in tema di aiuto al suicidio. Un primo commento a caldo</i>	1185
DARIO FRANZIN, <i>“L'ombra del sospetto” e la “banalità della vita quotidiana”: nuove forme di terrorismo e responsabilità penale</i>	1197

MARCO GAMBARDELLA, <i>Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio</i>	1217
CARLO LONGOBARDO, <i>La legislazione italiana antiterrorismo: uno specchio degli attuali mali del diritto penale postmoderno</i>	1247
BEATRICE MAGRO, <i>Autodeterminazione terapeutica e autodeterminazione alla morte dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019</i>	1271
ADELMO MANNA, <i>I delitti ambientali tra storia, dogmatica e politica criminale</i>	1299
ILARIA MERENDA, <i>Mafia &amp; corruzione? Un binomio da sciogliere</i>	1315
NICOLA PISANI, <i>La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione</i>	1327
CARLO RUGA RIVA, <i>Il "sentimento per gli animali": critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile</i>	1347
GIUSEPPE SANTALUCIA, <i>Lo scambio elettorale politico-mafioso e il concorso esterno in associazione mafiosa. Qualche rinnovata riflessione alla luce dell'ultima novella</i>	1363
SERGIO SEMINARA, <i>Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari</i>	1375
ANDREA SERENI, <i>Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia</i>	1389
ANNA SALVINA VALENZANO, <i>Il rilievo dell'omissione nella truffa</i>	1431
SERGIO VINCIGUERRA, <i>L'evoluzione in Italia del suicidio assistito fra storia e costituzionalità</i>	1457

## DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA E DEGLI ENTI

DONATO CASTRINUOVO, <i>Garanti della sicurezza del lavoro e loro qualificazione alternativa come apicali o subordinati in ambito 231</i>	1477
ALBERTO DE VITA, <i>Condizioni e limiti di operatività della delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa. La cessione a terzi del "debito di sicurezza" e la trasmutazione del datore di lavoro da debitore a garante del debito</i>	1501

ALBERTO DI MARTINO, <i>Appunti in tema di reati commessi all'estero e responsabilità degli enti</i>	1523
MASSIMO DONINI, <i>Premesse storiche a una concezione costituzionale dell'offesa nella bancarotta patrimoniale</i>	1555
LUIGI FOFFANI, <i>Per una codificazione possibile dei delitti in materia economica</i>	1577
DÉSIRÉE FONDAROLI, <i>L'attività di vigilanza della Consob tra tutele e violazioni delle garanzie fondamentali</i>	1593
WILLIAM S. LAUFER, <i>Some observations about corporate criminal justice: thirty years later</i>	1613
VITTORIO MANES, <i>Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo</i>	1621
SILVIA MASSI, <i>Aspetti problematici della responsabilità del datore di lavoro e/o dell'ente per 'ripartizione difettosa dell'organizzazione'</i>	1657
ANNA MARIA MAUGERI, <i>La funzione del sistema sanzionatorio del D.Lgs. n. 231/2001: la rieducazione dell'ente</i>	1681
NICOLA MAZZACUVA, <i>La singolare 'fortuna' di una figura criminosa (un tempo) non applicata: le 'operazioni dolose' di cui all'art. 223, c. 2, n. 2, l. fallimentare</i>	1703
GAETANA MORGANTE, <i>La ripartizione volontaria dei doveri di sicurezza tra garanti 'innominati': la delega di funzioni</i>	1715
CARLO PIERGALLINI, <i>Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali</i>	1743
DANIELE PIVA, <i>Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema</i>	1767
STEFANO PREZIOSI, <i>Nuova disciplina degli abusi di mercato e bene giuridico tutelato nella manipolazione di mercato</i>	1787
ALESSANDRA ROSSI, <i>La responsabilità penale dei componenti dell'Organismo di vigilanza</i>	1809
ELISA SCAROINA, <i>Le posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse</i>	1835

NICOLA SELVAGGI, <i>La prevenzione e il controllo del reato attraverso la 'compliance' nella piccola impresa: un'introduzione al problema</i>	1857
PAOLA SEVERINO, <i>Corruzione e crisi pandemica: vecchi problemi e nuove sfide</i>	1879
MORIKAZU TAGUCHI, <i>Neue Herausforderungen hinsichtlich der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität in Japan</i>	1895
MARIA TERESA TRAPASSO, <i>Workforce composition e rischio infortunistico: la tutela penale dei lavoratori al tempo del lavoro 'flessibile'</i>	1909
ANDREA FRANCESCO TRIPODI, <i>L'ente nel doppio binario punitivo: note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori</i>	1927
PAOLO VENEZIANI, <i>Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario</i>	1971
TIZIANA VITARELLI, <i>Il Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione: mero consulente o vero e proprio garante?</i>	1999
ROBERTO ZANNOTTI, <i>La responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato nell'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano: un confronto con il sistema italiano</i>	2025





## *Presentazione del libro*

L'iniziativa di onorare la figura di Antonio Fiorella con la raccolta di scritti a Lui dedicati è giunta a compimento. Un sentito e doveroso ringraziamento va a tutti coloro – Amici, Colleghi, Maestri – i quali, rispondendo generosamente all'invito, hanno offerto il loro prezioso contributo scientifico per la riuscita dell'opera.

I molti contributi pervenuti offrono un orizzonte assai ampio, ed è per questo che si è pensato di articularli in diverse sezioni, il cui insieme corrisponde alla vastità degli interessi che caratterizzano gli studi e l'opera scientifica dell'Onorando: «Il diritto penale come norma e come sistema», «Reato e punibilità fra diritto sostanziale e processo», «Pena, misure di sicurezza e misure di prevenzione», «Scritti di parte speciale», «Diritto penale dell'economia e degli enti».

Figura di giurista versatile quella di Antonio Fiorella: professore e avvocato dai molteplici interessi culturali, sempre governati da saldo metodo di indagine e da rigore dommatico; politico del diritto, sensibile ai cambiamenti sociali e creativo nelle scelte di riforma della legge penale; attento Maestro di tanti allievi che, da Lui seguiti, sono anch'essi approdati all'insegnamento universitario. In tal senso, egli si direbbe unico fra i non pochi «apprendisti stregoni» (di quegli anni '70-'80 del secolo breve) a riuscire a cumulare le diverse, ma complementari qualità dei Maestri, i proff. Tullio Tancredi DeLogu e Giuliano Vassalli: il primo, raffinato giurista, il quale per almeno un buon ventennio ha speso la vita accademica nella conduzione dell'Istituto di diritto e procedura penale (come della prestigiosa Scuola di Specializzazione, aperta a studiosi delle discipline penalistiche provenienti da tutto il mondo) ma, in particolare, nella attenta formazione degli allievi; il secondo, illuminato politico del diritto dalle molteplici esperienze professionali ed istituzionali: avvocato, parlamentare, ministro di Giustizia, presidente della Corte costituzionale.

Nell'offrire il volume al dibattito della comunità è doveroso menzionare il prezioso e sapiente contributo offerto dall'imponente 'squadra' di giovani allievi che hanno assolto alla gravosa opera di editing: i Dottori Ettore Squillaci, Giovanna Zampogna, Antonino Cristallino, Ilaria Neri, Giovanni Grasso dell'Università di Reggio Calabria; Dario Franzin, Gabriele Fiorella, Giulia Rizzo, Teresa Parrinello, Francesca

Cinotti, Beatrice Onofri, Francesca Galli, Serena Simonis, Federico Pellegrino, dell'Università di Roma Tre; Nicola Madia, Giulia Befera, Roberto Carbone, Ilaria Ciappetta, Carlo De Gasperis, Fabrizio Fico, Claudia Pacetti, Mario Pesucci; Alessandro Roiati dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata; Giovanni Capozio e Maria Chiara Sicari dell'Università di Roma Unitelma 'La Sapienza. L'augurio, per tutti loro, è che questa raccolta possa rappresentare un vero e proprio 'viatico' per un futuro umano e professionale ricco di successi.

Roma, settembre 2021

Mauro Catenacci  
Vincenzo Nico D'Ascola  
Roberto Rampionii

*Nota introduttiva*  
di MAURO CATENACCI

*Non credo esista esercizio letterario più difficile e rischioso della celebrazione di una personalità schiva e riservata come Antonio Fiorella: chi lo conosce sa infatti quanto egli sia poco incline alla retorica esaltatrice e ai toni magnificanti a cui l'allievo, in occasioni come questa, è solito lasciarsi andare. Eppure, un dato penso possa essere sottolineato senza tema di esagerazioni o piaggerie: e cioè che pochi come Lui hanno saputo interpretare quell'ideale di operosa versatilità del giurista (professore, ma anche avvocato e politico del diritto) che, almeno da Francesco Carrara in poi, ha rappresentato e continua a rappresentare uno dei tratti più tipici della cultura penalistica italiana. E' a tutti nota infatti la Sua non comune capacità, in questi anni, di spendersi con uguale impegno e passione anche quegli ambiti, come l'avvocatura e le commissioni ministeriali di riforma, che tradizionalmente rappresentano il luogo nel quale il giurista è chiamato, se pur ovviamente in forme e con ruoli diversi, a misurarsi con la dimensione più viva e a volte (è il caso del processo penale) più drammatica del proprio mestiere; e se è vero che la professione forense costituisce un 'classico' oramai nella vita di molti penalisti, è pur vero che nella biografia di Antonio Fiorella a rappresentare un unicum difficilmente eguagliabile è proprio l'impegno riformatore profuso nelle tante commissioni e gruppi di studio ministeriali di cui, in tutti questi anni, egli ha fatto parte (spiccano qui soprattutto le commissioni per la riforma del codice penale: la Commissione Pagliaro, della quale fu chiamato a far parte praticamente all'indomani del suo ordinariato, la Commissione Nordio e la Commissione Pisapia) o che ha presieduto (le commissioni per la depenalizzazione e per la riforma della prescrizione, le cui proposte sono state poi come noto in gran parte riprese nell'ampio ventaglio di innovazioni introdotte con la L. 103/2017).*

*Non c'è dubbio tuttavia che in una sede come una raccolta di scritti scientifici a Lui dedicati, è soprattutto la figura del Professore a stimolare riflessioni e ricordi di chi ha avuto, in questi anni, la fortuna e l'onore di averlo come Maestro. L'autorevolezza del profilo è qui testimoniata in primis dal lungo e prestigioso percorso accademico, iniziato, prima come borsista e in seguito come assistente ordinario, presso l'Istituto di diritto e procedura penale di Roma La Sapienza, e poi snodatosi nelle sedi universitarie nelle quali, a partire dal 1985, ha svolto il proprio Magistero di professore ordinario: l'Università di*

*Teramo, l'Università di Roma Tre (di cui è a ragione considerato uno dei fondatori) e infine, ancora una volta, Roma La Sapienza, dove ha concluso la propria carriera, e che nel 2020 gli ha conferito il titolo di Professore Emerito.*

*Ma a giustificare fama e autorevolezza in ambito accademico è soprattutto una produzione scientifica ampia e variegata, caratterizzata da una continua tensione fra la parte generale e la parte speciale del diritto penale, e mai meramente 'ragionieristica' nel suo approccio al diritto positivo così come alle categorie della teoria generale del reato.*

*Formatosi alla Scuola di due 'calibri' quali Giuliano Vassalli e Tullio Delogu (ai quali non a caso ha dedicato la sua monografia "La delega di funzioni nel diritto penale dell'impresa"), Antonio Fiorella appartiene a quella generazione di penalisti a cui, in questi decenni, è toccato il non facile compito di traghettare verso gli approdi della c.d. 'modernità' le categorie della tradizione illuministico-liberale, rimeditandone con spirito laico, ma al tempo stesso vigile, contenuto e funzioni. Sono noti i fenomeni che, almeno a partire dagli anni '70, hanno imposto questa sorta di missione: l'avanzare di un diritto penale sempre più globalizzato e l'irrompere di fonti ultra-statali nella individuazione dei fatti meritevoli di pena; il bisogno collettivo di tutela dalle insidie della Risikogesellschaft e il conseguente appannarsi, nelle incriminazioni così come in molta letteratura, del danno quale paradigmatico disvalore di evento; l'espandersi, sotto varie forme, di schemi di incriminazione di tipo omissivo; l'emergere, accanto al tradizionale criterio di responsabilità dell'Individuo, di forme di responsabilità collettiva. Ebbene, nei Suoi scritti, Fiorella 'attraversa', direttamente o indirettamente, questo tumultuoso insieme di questioni, con un atteggiamento che, per quanto alieno dalla sacralizzazione dell'esistente, rimane comunque rigorosamente (oserei dire 'caparbiamente') ancorato soprattutto agli ideali, positivizzati nella Costituzione, di proporzionalità e personalità della risposta punitiva; e ciò al punto da collocarsi, nel panorama culturale italiano ed europeo, fra i più fermi ed autorevoli avversari di ogni possibile strumentalizzazione in chiave meramente simbolica o ciecamente general-preventiva della minaccia penale. Di difesa e testimonianza -per quanto rimeditata- di quegli ideali si può certamente parlare con riferimento agli scritti dedicati a 'rivitalizzare' in chiave modernizzante le categorie e gli istituti che del diritto penale illuministico-liberale rappresentano la filiazione più diretta ed immediata: così (mi limito qui ovviamente a citare le opere più significative e di maggior impatto sulla dottrina) la monografia "L'errore sugli elementi differenziali del reato", portatrice di una visione della colpevolezza e dell'errore sul fatto in parte anticipatrice di indirizzi interpretativi in seguito fatti propri dalla*

*stessa Corte Costituzionale; l'imponente "La delega di funzioni nel diritto penale d'impresa" (forse, in assoluto, fra le Sue opere la più famosa e citata), che, nel porsi ad argine di un'incontrollata espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, costituisce al contempo una pietra miliare nel progressivo riconoscimento, da parte della giurisprudenza prima e del legislatore poi, della parziale efficacia 'liberatoria' della delega nelle organizzazioni complesse; la voce dell'Enciclopedia del Diritto "Reato in generale", qui da richiamarsi in particolare per la parte in cui viene teorizzato il metodo della seriazione dei beni giuridici quale tecnica interpretativa in grado di rimediare all'apparente inafferrabilità di taluni beni c.d. 'di nuovo conio'; e infine gli innumerevoli contributi nel campo del diritto penale economico, ambito del quale, nel contesto italiano ed europeo, Antonio Fiorella è oramai considerato uno degli esperti più autorevoli, e che, pur in tutta la loro ampiezza e ricchezza di contenuti (impossibile qui richiamarli tutti o anche solo provare a catalogarli: dagli scritti di diritto penale bancario a quelli in materia fallimentare e societaria, fino ai contributi in materia di diritto penale dell'ambiente), sono anch'essi caratterizzati da una continua e costante declinazione, in chiave sia esegetica che politico-criminale, di un'imprescindibile idea di proporzione e personalità della responsabilità penale.*

*L'originalità del Fiorella-pensiero sta tuttavia proprio nella difesa 'attiva' di questi principi, visti (in armonica combinazione con gli altri principi che la Costituzione dedica alla materia penale) non solo come un presidio contro gli eccessi da pan-penalismo della Risikogesellschaft, ma anche come un'idea feconda, come il centro ispiratore di una dogmatica il più possibile immune dalle perduranti insidie del formalismo giuridico e a tal fine capace di inglobare nella definizione di reato quei contenuti di disvalore che -per dirla con Beccaria- fanno del castigo penale un male limitato alla sola 'assoluta necessità'. E' questa l'idea-base su cui nasce e si sviluppa la Sua concezione teleologica del reato (fatto umano 'offensivo', 'dominabile' e 'riprovevole') che sintetizza gli studi e le riflessioni di una vita; una visione maturata a partire dai lunghi periodi di studio presso il Max Planck Institut di Friburgo (sotto la guida qui di un altro 'calibro' quale Hans-Heinrich Jescheck), abbozzata in alcuni saggi già alla fine degli anni '80 (la voce "Responsabilità penale" dell'Enciclopedia del Diritto e la già citata voce "Reato in generale") e da ultimo definitivamente teorizzata e nel Suo "Strutture del diritto penale", il manuale di parte generale edito dopo anni e anni di meditati ritocchi e perfezionamenti. Si tratta di una concezione fondata su solide basi di laicità (significativa a tal proposito la centralità che in essa assumono le categorie del bene giuridico e dell'offesa), e che ha soprattutto il grande merito di aver*

*tradotto in una compiuta costruzione dogmatica gli stimoli e gli insegnamenti di quella Dottrina (pensiamo qui a Franco Bricola, a Marcello Gallo, a Ferrando Mantovani, allo stesso Giuliano Vassalli) che nel secondo dopoguerra aveva con crescente incisività evidenziato il carattere vincolante dei principi costituzionali in materia penale; una concezione insomma -mi si consenta qui di chiosare- che proprio per questo suo eclettico fondersi di dogmatica e Costituzione, costituisce probabilmente la parte più innovativa e originale della Sua dottrina, e il lascito culturale più stimolante per i Suoi allievi.*

*Non si possono infine dimenticare, scorrendo l'opera letteraria di Antonio Fiorella, quale più recente approdo del Suo, sopra ricordato interesse per il diritto penale economico, gli ampi e approfonditi studi sulla responsabilità da reato dell'ente, argomento a cui è in gran parte dedicata la Sua produzione scientifica di questi ultimi anni. Qui il Fiorella 'traghettatore' verso la modernità si manifesta con particolare evidenza, e si combina anzi in modo ancor più evidente con un'immagine -quella del ricercatore "esploratore" di nuovi e sconosciuti percorsi- che noi allievi gli abbiamo spesso sentito evocare: ispirati infatti dall'idea che quella della c.d. responsabilità da organizzazione rappresenti oramai la nuova frontiera della scienza penalistica, i numerosi studi e contributi ascrivibili a questo capitolo (particolarmente significativi a tal proposito i due volumi dell'imponente ricerca comparata "Corporate criminal liability", condotta e coordinata in team con le Università della Sorbona e di Castilla-La Mancha), sono sì caratterizzati da rigore sistematico-ricostruttivo nell'analisi dell'emergente fenomeno della responsabilità da reato degli enti, ma esprimono al tempo stesso una tensione tanto forte quanto meditata verso la ricerca di un modello progettuale il più compiuto possibile, aprendosi, direi ancor più che negli altri Suoi scritti, ad una riflessione politico-criminale di amplissimo respiro. Anche nella più recente produzione scientifica di Antonio Fiorella si ritrovano insomma, nutrite da nuovi interessi, quella passione e quell'entusiasmo per la ricerca che tutti gli riconoscono e che i Suoi allievi -me lo si lasci anche qui sottolineare- custodiscono come il più prezioso dei Suoi insegnamenti; e la speranza è che la pubblicazione degli Studi raccolti in questi volumi, Studi che così tante personalità non solo accademiche ma anche della Magistratura e dell'Avvocatura hanno voluto dedicargli, possa non solo ripagarlo del tanto lavoro speso al servizio della scienza penale, ma trasmettergli anche tutto l'affetto e la considerazione che la comunità dei penalisti nutre nei Suoi confronti.*

*Roma, settembre 2021*

Mauro Catenacci

*Indirizzo di saluto*  
di PASQUALE BASILICATA

*Partecipo con grande piacere alla celebrazione, attraverso questi Scritti, dell'amico Prof. Antonio Fiorella. Ho conosciuto Antonio nei momenti che hanno segnato le fondamenta del nostro Ateneo; momenti nei quali l'entusiasmo pionieristico, la passione civica, la forza del cambiamento e l'anelito di lasciare il segno negli avvenimenti che portano al futuro, si cementano e fanno sorgere tra coloro che vi partecipano una intimità forte che va oltre l'amicizia e che dura per tutta la vita. E' il padre fondatore del diritto penale a Roma Tre ed è stato fra i protagonisti di punta della vita accademica della Facoltà di Giurisprudenza. Riservato e misurato, determinato e sicuro. Questa la cornice nella quale proverei a racchiudere le sue doti di giurista e di uomo delle Istituzioni. Da Lui non ho mai ricevuto una pressione che non fosse uno stimolo a operare nella legittimità e nel rispetto degli interessi concorrenti delle altre cattedre e delle restanti Facoltà. Sempre pronto a soccorrere nei momenti di difficoltà e di affanno, capace di suggerire soluzioni risolutive nei momenti, delicati quanto turbolenti, che hanno accompagnato l'edificazione di un'opera così complessa e fragile com'è un Ateneo, per di più in una città come Roma, dove la burocrazia ramificata e la pedanteria di molte istituzioni sono ostacoli e non risorse.*

*Antonio Fiorella si è speso con una generosità che trovo ancora oggi straordinaria, ed è stato per tutti noi un punto di riferimento importante e sicuro. Ha saputo, con dedizione e altruismo, conciliare il lavoro accademico con la passione per la professione di avvocato e con l'impegno nella costruzione della nostra Università. Ha lasciato Roma Tre, dopo aver contribuito al suo consolidamento, per seguire il richiamo dei Maestri e della Sua Scuola; una Scuola che ha fatto crescere e sviluppare, inseminando nei suoi allievi l'amore per lo studio, la dedizione alla ricerca e la passione per l'insegnamento. Per questo suo essere raffinato e infaticabile studioso, appassionato cultore delle scienze giuridiche, Maestro attento e scrupoloso nelle aule universitarie così come sicuro consigliere per quanti lo hanno cercato, io sono convinto che Antonio Fiorella rappresenti una delle personalità più significative nella storia di Roma Tre e che ne abbia interpretato al meglio l'aspirazione a essere luogo di accoglienza di scienza e di verità.*

*Roma, settembre 2021*

Pasquale Basilicata  
Direttore Generale dell'Università di Roma Tre





## *Elenco delle abbreviazioni riportate in nota*

(Riviste, raccolte e fonti ufficiali)

ADPP	Annali di diritto e procedura penale
Afp	<i>Archiv für Pressenrecht</i>
ANPP	Archivio della nuova procedura penale
AP	Archivio penale
BBTC	Banca Borsa Titoli di credito
BCE	Banca Centrale Europea
BGH	<i>Bundesgericht (Bundesgerichtshof)</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
Cass.	Corte di cassazione
C. cass.	<i>Cour de cassation</i>
C. const.	<i>Conseil constitutionnel</i>
C. Conti	Corte dei Conti
C. cost.	Corte costituzionale
CD	Critica del diritto
CE	<i>Constitución Española</i>
CG	Corriere giuridico
ChJil	<i>Chicago Journal of international law</i>
CoEDU	Corte Europea per i Diritti dell'Uomo
CoGUE	Corte di Giustizia dell'Unione Europea
ConSt.	Consiglio di Stato
CP	Cassazione penale
Crit. Dir.	Critica del diritto
CritPen	Critica penale
DDP	Digesto delle discipline penalistiche
D&G	Diritto e Giustizia
DirGiur	Diritto e Giurisprudenza
DQP	Diritto delle Questioni pubbliche
DocG	Documenti Giustizia

DPA	Diritto e Processo amministrativo
DPC	Diritto penale contemporaneo
DPC-RT	Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale
D&PL	Diritto e pratica del lavoro
DPP	Diritto penale e processo
DPU	Diritto penale e uomo
ECLR	<i>European criminal law review</i>
ED	Enciclopedia del diritto
EGT	Enciclopedia giuridica Treccani
ET	Enciclopedia Treccani
ETSS	Enciclopedia Treccani delle scienze sociali
FA	Foro ambrosiano
FI	Foro italiano
FS	<i>Festschrift</i>
GA	<i>Golddammers' Archiv für Strafrecht</i>
GC	Giurisprudenza costituzionale
GCM	Giurisprudenza commerciale
GD	Guida al diritto
GI	Giurisprudenza italiana
GM	Giurisprudenza di merito
GP	La Giustizia penale
GiuP	Giurisprudenza penale
GS	<i>Gedächtnisschrift</i>
GU	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
GUCE	Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee
GUUE	Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea
ILG	Il lavoro nella Giurisprudenza
IP	Indice penale
IQG	Il Quotidiano Giuridico
JCJ	<i>Journal of Criminal Justice</i>
LP	Legislazione penale
MCP	Massimario della Cassazione penale
MGL	Massimario di giurisprudenza del lavoro

MPC	<i>Model Penal Code (1962)</i>
NGL	Notiziario di giurisprudenza sul lavoro
NssDI	Novissimo Digesto italiano
PCL	<i>Psychology, Crime and Law</i>
PdD	Politica del Diritto
PPG	Processo penale e Giustizia
Prev. Soc.	Rivista di prevenzione sociale
QC	Quaderni Costituzionali
QCISM	Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura
QG	Quaderni Giustizia
Quest. Giust.	Questione Giustizia
RASE	La Responsabilità amministrativa delle Società e degli Enti
Rass.Ec.	Rassegna Economica
RCP	Responsabilità Civile e Previdenza
RDPG	<i>Revista Derecho Penal y Criminologia</i>
RDT	Rivista di Diritto Tributario
RGLPS	Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale
RIDP	Rivista italiana di diritto penale
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RIML	Rivista italiana di medicina legale
RCGI	Rivista della Cooperazione giuridica internazionale
RISG	Rivista italiana di Scienze Giuridiche
Riv.Soc.	Rivista delle Società
RP	Rivista penale
RPE	Rivista penale dell'economia
RPoI	Rivista di polizia
RT	Rassegna Tributaria
RTDPE	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
RTDT	Rivista trimestrale di Diritto tributario
RTPC	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
ScP	La scuola positiva
S.C.U.S.	<i>Supreme Court of the United States</i>

SD	Sociologia del diritto
SP	Sistema penale
STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
StUrb	Studi urbinati
TDP	Trattato UTET di diritto penale
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea
UUP	Urbaniana University Press
ZiS	<i>Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>

IL DIRITTO PENALE  
COME 'NORMA' E COME 'SISTEMA'



Alessandro Bondi\*

## *Il passo del gambero*

SOMMARIO: 1. Attenzione per la ricerca – 2. ... per le norme – 3. ... per i fatti – 4. ... per la criminologia – 5. ... per la logica – 6. ... per la percezione – 7. ... per le istituzioni – 8. ... per la giurisdizione – 9. ... per la verità.

### *1. Attenzione per la ricerca*

L'Institutional Research Information System (IRIS) è il buco della serratura sulla ricerca universitaria: appoggi l'occhio e compare una lista di nomi e titoli. Dimenticando la ricerca, IRIS illude sulle capacità di controllare, catalogare, classificare...i ricercatori. Ovviamente così non è. Ma finché non si troverà misura tra anarchia e controllo, la burocrazia si gingillerà con questo strumento e, l'Accademia, cercherà l'utile dopo aver subito il danno.

Con poca fantasia, di IRIS ho fatto la mia macchina del tempo. Mi ricorda letture e studi, quando ancora era un merito rinunciare a scrivere, se già era stato scritto, consapevoli che il valore di uno studio non sarebbe stato dato dalla classificazione della rivista o dalla presenza di referee ciechi – e pure un po' sordi visti i piccoli numeri della comunità penalistica italiana.

Così parto da IRIS, con spirito inusitatamente grato. Sbircio la produzione scientifica del Professor Antonio Fiorella che qui onoriamo. 153 pubblicazioni classificate, vastità d'interessi, domande e risposte originali. È l'occasione per ripassare le mie annotazioni che, in brutta glossa, circondavano la voce 'Reato' scritta dall'onorato nel 1987.

Rifletto – ogni tanto accade. Di fronte a un percorso di studio così ricco, i miei passi, mai abbastanza circospetti, sono stati condizionati da fenomeni confusi con fatti, maneggiati con teoria ignorata dalla giurisdizione, rivolti al progetto insidiato dall'empiria cieca o dal dogma pericoloso.

Mi guardo bene da confronti improponibili, ma noto una costante. Ad ogni passo avanti della mia ricerca è sempre seguito un passo indietro verso

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Urbino.



i fondamentali della penalità. Sorrido: è il passo di un gambero.

Non so se rende l'idea, però mi pare un buon titolo. Troppo. Scopro che è il titolo di un romanzo di Günther Grass. Ma stavolta non indietreggio, l'affondamento della Wilhelm Gustloff racconta ben altro. Il mio *Passo del gambero* riprende solo alcune riflessioni su cui sono inciampato con ridicola frequenza. Lo dico a me stesso: ci vuole un po' di attenzione<sup>1</sup>.

## 2. ... per le norme

Il 2 febbraio del 2021, un decreto legislativo abroga la disciplina sanzionatoria in materia alimentare prevista dalla legge 30 aprile 1962 (art. 18 d. lgs. 27/2021). Il 22 marzo 2021, un decreto-legge sottolinea la *«straordinaria necessità e urgenza di modificare, prima della sua entrata in vigore, la disciplina delle abrogazioni introdotta con il predetto decreto legislativo n. 27 del 2021, al fine di evitare che rilevanti settori relativi alla produzione e alla vendita delle sostanze alimentari e bevande restino privi di tutela sanzionatoria penale e amministrativa con pregiudizio della salute dei consumatori»* (d.l. 42/2021). La salute dei consumatori ringrazia; l'intelletto dei consumatori-votanti rimane perplesso.

Il dubbio riguarda i fondamentali della penalità, la cura legislativa per l'interpretazione, il gesto esoterico di leggere norme, pensarne gli effetti, considerare l'insieme. Quando si chiede che un decreto legislativo tenga conto di una disposizione di pari grado che – almeno – invita alla disciplina organica le disposizioni sanzionate con pena che, altrimenti, dovrebbero essere inserite nel codice penale (art. 3-*bis* c.p.); quando il decreto legislativo in questione sembra rappresentare un eccesso di delega (cfr. art. 12/3 l. 117/2019 lett. a, b); quando si dimentica che la depenalizzazione e la sussidiarietà del diritto penale non significa lasciare il settore alimentare senza una protezione rafforzata da una proporzionata, quando necessaria, sanzione penale: qualcosa si è rotto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Questo studio riprende (con cit. a inizio nota) temi svolti in A. BONDI, *Governo e garanzie...e altri dualismi*, in «IP» (2017) n. 3, 2017, pp. 696–725; ID., *Scrivere di mafia*, in a cura di S. CROCETTI, *I confini delle mafie*, Carocci, Roma, 2018, pp. 11–16; ID., *Odissea penalistica. Cercando Giustizia*, UUP, Urbino, 2018; ID., *Legislatore, cavaliere dalla triste figura*, UUP, Urbino, 2019.

<sup>2</sup> Cfr. A. NATALINI, *Abrogazione della disciplina igienica della produzione e vendita di sostanze alimentari (l. n. 283 del 1962 e succ. modif.) ad opera del d.lgs. n. 27 del 2021. Relazione normativa*, Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario e del Ruolo - Servizio

Ignavia degli uffici legislativi, protervia della politica, indifferenza per fenomeni, fatti, effetti: molte possono essere le cause. La responsabilità politica può trovare ragioni nella conoscenza applicata dei fondamentali della punibilità. Venuta meno questa competenza, rimane il suo contrario.

### 3. ... per i fatti

Prima di parlare di regole è bene parlare di fatti. Affermazione di materialità, offensività e tanto altro della penalità. *È dovere della politica criminale trovare dati empirici su cui ragionare, perché così come la norma influenza la realtà, anche la realtà è influenzata dalla norma. Il tutto con buona pace del politico che, in caccia di voti facili, propone riforme a costo zero, fondate su penalizzazione a tappeto e inasprimenti sanzionatori, senza troppa attenzione per la loro reale efficacia, per le risorse necessarie, per i costi umani che ogni intervento sociale – anche quello penale – in realtà comporta<sup>3</sup>.*

Ma è vero anche il contrario. Una volta che, un legislatore costituzionalmente orientato alla tutela di beni giuridici, individua nella disposizione penale uno strumento senza alternative politico-criminali, la mancata penalizzazione di un fatto – come la sua depenalizzazione – rappresentano una scelta politica. Se così è, la scelta non dovrebbe essere dettata da distratto *azionismo*, ma affrontata con competente consapevolezza.

Se una società è qualcosa di più della somma dei suoi individui<sup>4</sup>, anche un fenomeno sociale potrebbe rappresentare qualcosa di più della somma di fatti sociali che, comunque, rimangono fattori di politica criminale.

---

penale, 17 marzo 2021; F. DIAMANTI, *Il sortilegio di von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari della l. n. 283/1962*, in «SP», 17 marzo 2021, 283, 18; F. LAZZERI, *Sicurezza alimentare: abrogate con un decreto-legge, prima della loro entrata in vigore, le norme abolitrici delle contravvenzioni di cui alla l. n. 283/1962*, in «SP», 22 marzo 2021.

<sup>3</sup> A. BONDI, *Scrivere di mafia*, cit., pp. 11–16. Cfr. A. BARATTA, *Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale*, in a cura di S. MOCCIA, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, ESI, Napoli, 1999, p. 93; F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, CEDAM, Padova, 1984; M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale 'tipo d'autore'*, Mucchi, Modena, 2014; L. EUSEBI, *Lettera di papa Francesco ai partecipanti al XIX congresso internazionale dell'associazione internazionale di diritto penale e al III congresso dell'associazione latino-americana di diritto penale e criminologia*, in «RIDPP», 2, 2014, p. 7; V. PARELLO, A. BONDI (ED.), *Massimo Pavarini e le città sicure. Universidad Nacional de Mar del Plata, giugno 2013*, in «CGDV», 2016.

<sup>4</sup> É. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico*, Einaudi, Torino, 2008.

Il nostro sistema penale si concentra sui fatti estrapolati da devianze che provocano particolare allarme nella società. Considerazioni sugli autori di questi fatti non sono estranee alla creazione di una norma o alla sua applicazione<sup>5</sup>. Ma rimangono subordinate alla oggettività espressa da un fatto empiricamente verificabile, vincolato da garanzie individuali che trovano concretezza negli interessi e diritti tutelati, secondo un accento che si sposta tra l'indeterminatezza di un bene giuridico raccolto dal legislatore e il condizionamento istituzionale dei diritti riconosciuti dallo stesso legislatore.

Con questa promessa di empiria, che mal si concilia con definizioni solo astratte di pericolo per beni giuridici oggetto di tutela, i fatti possono diventare fattispecie penale<sup>6</sup>. *Forme espresse secondo legalità; declinate con ordine dall'analisi del reato: valutando la corrispondenza del fatto concreto rispetto al tipo astratto; l'antigiuridicità del fatto rispetto all'ordinamento; la colpevolezza del fatto antigiuridico rispetto all'autore; la punizione del fatto tipico-antigiuridico-colpevole rispetto alle ragioni politico criminali della sua*

<sup>5</sup> I. CARACCIOLI, *Quale futuro per il diritto penale italiano?*, in «Iustitia», 4, pt. 1, 2007, pp. 385–404; A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006; O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, Giappichelli, Torino, 2019; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991; S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2008; G. RICCIO, *Fatto e imputazione*, in «Quad. Sci. Penal.», 2005, pp. 11–34; C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in «RIDPP», 1989, pp. 369–381; A. QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata*, in «DPC», 1, 2018; M. B. MAGRO, *Neuroscienze e teorie «ottimiste» della pena. Alla ricerca del fondamento ontologico dei bisogni di pena*, in «DPC», 10, 2018.

<sup>6</sup> Espressioni della legalità in S. D'AMATO, *Profili di legalità e legittimità del diritto internazionale penale*, ESI, Roma-Napoli, 2013; C. DE MAGLIE, *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale*, in «Criminalia», 2015, pp. 205–266; DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del Diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «QG», 2018, p. 5; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, 1989; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013; M. GAMBARDELLA, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in «AP», 2, 2017; V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in a cura di V. PATALANO, *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, Torino, 2003; G. MARRA, *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica. Note a margine di Wolfgang Naucke, "Negatives Strafrecht 4 Ansätze"*, Lit, Berlin, 2015, in «RIDPP», 2, 2018, pp. 725–757; A. PAGLIARO, voce *Legge penale*, in «ED», vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 1–22; D. PULITANO, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in «DPC-RT», 4, 2017; G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in «AP», 2, 2017; V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in «DPC-RT», 2, 2012; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità «costituzionale» vs legalità «convenzionale»*, in «DPC», 5 aprile 2017.

*punibilità*<sup>7</sup>. La *matrioska* della penalità.

#### 4. ... per la criminologia

I fatti vanno pesati e valutati. Per farlo c'è bisogno delle scienze criminologiche: contenitore multidisciplinare per la gestione politico criminale di un fenomeno. Delle sue tante discipline, si ricorda l'uso significativo della statistica, giacché s'intravede soltanto il fenomeno, quando si raccolgono fatti senza la possibilità di conoscerli tutti<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> A. BONDI, *Odissea penalistica*, cit., p. 15. Cfr. G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Jovene, Napoli, 1995; F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997; G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in «ED», vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 1-7; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970; A. FIORELLA, voce *Reato (dir. pen.)*, in «ED», vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 1-67; W. FRISH, *Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat*, in a cura di W. BEULKE, C. FAHL, *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. für Müller, Heidelberg, 2015; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, C. H. Beck, 2. 1990; G. JAKOBS, *Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin*, in a cura di C. ENGEL, W. SCHÖN, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 103-135; H. KANTOROWICZ, *Der Begriff des Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1939; A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, 2007; S. MOCCIA, *L'odierna funzione di «controllo» e «orientamento» della dottrina*, in «Criminalia», 2013; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984; U. NEUMANN, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, C. H. Beck, 1976; A. PAGLIARO, voce *Fattispecie e fatto*, in «ED», vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 1-14; M. ROMANO, *Dogmatica e politica criminale oggi*, in «RIDPP», 2, 2014, p. 10; C. ROXIN, *Strafrecht (ESJ). Allgemeiner Teil. Ausgewählte Entscheidungen mit erläuternden Anmerkungen*, C. H. Beck, 1992.

<sup>8</sup> G. KAISER, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, C.F. Müller, 1996<sup>3</sup>. Cfr. S. ALEO, *Criminologia e sistema penale*, CEDAM, Assago, 2011<sup>2</sup>; T. BANDINI et al., *Criminologia: Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1991; M. BELLIPANNI, *Introduzione alla statistica metodologica e applicata*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 1991; R. DE LUCA, C. MACRÌ, B. ZOLI (a cura di), *Anatomia del crimine in Italia Manuale di criminologia*, Giuffrè, Milano, 2013; D. A. LURY/M. F. FULLER, *La statistica*, Liguori, Napoli, 1982; B.-D. MEIER, *Kriminologie*, C. H. Beck, 2021; L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in «StUrb», 1980, pp. 399-493; G. RADBRUCH, H. GWINNER, *Geschichte des Verbrechens: Versuch einer historischen Kriminologie*, Eichborn, 1991; F. SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un «immenso appetito di medicina»*, in «DPP», 2018, 1; H. SCHULER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, Suhrkamp, 1991; H.-D. SCHWIND, *Kriminologie*, Müller, Juristischer Verlag, 2013<sup>22</sup>; M. WEISSER, *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, il Mulino, Bologna, 1989; F. P. WILLIAMS, M. D. McSHANE, *Devianza e criminalità*, Il

La statistica può tradurre i fatti in numeri che permettono di argomentare un'ipotesi con cui individuare, prevenire, contenere fenomeni sociali. In altri termini, la politica criminale acquista elementi di razionalità, quando cerca un'interpretazione dei dati fondata su un modello statistico riproducibile: conforto all'idea che *l'impossibilità di conoscere ogni causa sia nell'essere delle cose, anziché nella possibilità stessa di conoscerle*<sup>9</sup>.

Fa perciò parte dei fondamentali della penalità cercare d'individuare aspetti dei fenomeni con l'uso di una ricerca empirica fondata sull'impatto reale, e sulla percezione sociale, di un certo tipo di devianza criminale espresso in un sistema almeno quantitativamente definito.

Rimanendo sull'esempio *alimentare*, la devianza che affligge la gestione della filiera agro-alimentare ha una frequenza e un peso sociale in grado di contribuire alla legittimazione di una risposta politico-criminale. Nel 2019, sono stati 55.000 i controlli, 513 gli interventi extra-nazionali, 390 le notizie di reato, 72 milioni di kg le merci sequestrate, per un valore di 301 milioni di euro (report ICQRF). Dati probabilmente sottostimati, rispetto a un settore che vede nell'Italia un'eccellenza mondiale, capace di assorbire il 13,2% dell'occupazione nazionale fatturando, con l'indotto, il 13,9% del PIL.

## 5. ... per la logica

Che il legislatore sia distratto è una constatazione. Che lo sia sull'attività d'impresa è una constatazione gravata da sospetti. I fondamentali della penalità sono ormai avvezzi alla gestione del rischio, anche quello d'impresa; definiscono il rapporto tra probabilità logica e statistica mentre condotte colpose sostituiscono senza troppe ritrosie l'assolutezza di divieti e comandi con la misura di una cautela. I troppi corpi normativi con flebile organicità rivolti all'attività d'impresa, le troppe contravvenzioni confuse con illeciti amministrativi il cui accertamento è conteso tra autorità di vigilanza e organi giurisdizionali sono, in fondo, patologie curabili dalla migliore teoria penalistica<sup>10</sup>.

---

Mulino, Bologna, 1999.

<sup>9</sup> D. COSTANTINI (a cura di), *Caso probabilità e statistica*, Le scienze, 1997, p. 98; R. SELMINI/ E. ARCIDIACONO/G. G. NOBILI, *La criminalità in Italia*, FISU, 2014; G. FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in «LP», 2006, 1.

<sup>10</sup> R. BIANCHETTI/V. RUGGIERO, *La criminalità dei potenti*, in «DPU», 2021, 2; F. MANTOVANI, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in «RIDPP», 2017, 3, pp. 1168–1173; E. M. AMBROSETTI/ E.

Un esempio di gestione equilibrata della penalità si può trovare nell'accertamento di cause rilevanti che il diritto imputa oggettivamente. Escludendo per ipotesi tante cause finché non ne viene meno l'effetto, la causalità codificata dal codice penale italiano ha trovato nuova giovinezza, grazie alla sua reinterpretazione elaborata dalle Sezioni Unite della Cassazione dopo il *ragionevole dubbio* su qualche eccesso giurisprudenziale.

*D'altra parte, un'interpretazione presa sul serio dall'epistemologia valuta natura e limiti della conoscenza scientifica. Un metodo giuridico non può essere dominato da percentuali statistiche sulla probabilità, ma dalla logica che individua per esclusione cause potenziali coperte da una legge scientifica; un metodo ritenuto in genere sufficiente per lo studio della natura e della sua conoscenza; un metodo i cui risultati si possono sottoporre a falsificabilità, ossia, sono validi fino a prova contraria<sup>11</sup>.*

## 6. ... per la percezione

La devianza criminale, misurata anche con lo strumento delle statistiche, è condizione necessaria della legittimità della politica criminale. Ma non è condizione sufficiente per darle consenso sociale. Il problema non è nuovo nella gestione della penalità, ma ha trovato una progressione geometrica nelle tecnologie che dominano la comunicazione di massa.

*Più del dato reale è, infatti, la percezione del pericolo a minare il senso di*

---

MEZZETTI/M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2016; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa*, Nardini, 1984; G. MARINUCCI, *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in «RIDPP», 2008, 4, pp. 1465–1483; G. MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Giappichelli, Torino, 2002; C. PEDRAZZI et al., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Monduzzi, Bologna, 2000; S. SEMINARA, *Lo statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, in «RIDPP», 2014, 2, pp. 644–664; G. J. SICIGNANO, *Reati dei colletti bianchi e diritto penale d'impresa*, in «DPC» (2020) 4, 146–163.

<sup>11</sup> A. BONDI, *Odissea penalistica*, cit., p. 64 ss.; Cass. SU 11/09/2002 (*Franzese*); Cass. 06/12/1990 (Bonetti) sul disastro di *Stava*, in «FI», 1992, II, c. 45; per la valutazione dell'attendibilità della legge scientifica di copertura Cass. IV 15/05/2012. Cfr. A. MURA, *Attuale insostenibilità dell'epistemologia sottesa alla sentenza Franzese*, in «CP», 2017, 9, p. 3396; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, in «RIDPP», 1999, p. 48; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975; G. FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, cit.; C. E. PALIERO, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in «RIML», 2015, 4, p. 1507; K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, trad. di M. TRINCHERO, Einaudi, Torino, 2010.

*sicurezza e a motivare il fare della politica. Discorso trasversale del tutto simile a quel che tocca la fiducia finanziaria, l'inflazione economica, la corruzione amministrativa: non sono tanto i fattori reali e materiali, ma quelli percepiti e immateriali che alimentano le paure dei consociati amplificate dai media.*

*Tuttavia, la gestione della penalità può fare della percezione un alleato, razionalizzando le componenti irrazionali della società che l'alimentano. In sostanza, si tratta di sottrarre l'irrazionale alla manipolazione, riconoscendo la paura e offrendo la conoscenza del fatto, la condivisione della proposta, il governo del fenomeno. Nella bilancia della Giustizia, la dignità della persona può in tal modo rimanere in equilibrio con la richiesta di sicurezza sociale, così come la democrazia con il rispetto dei diritti inviolabili<sup>12</sup>.*

## 7. ... per le istituzioni

*L'istituzione è un'architettura del potere. Non c'è nulla di male nel potere, quando è volto a una funzione sociale accettabile. In una democrazia che non dimentica la persona nell'astrattezza del suo operare, il potere dev'essere almeno efficiente nella funzione e limitato nel suo esercizio; con un vincolo di tipo costituzionale che sottragga alla disponibilità di maggioranze contingenti i diritti fondamentali della persona nelle sue proiezioni individuali e sociali<sup>13</sup>.*

<sup>12</sup> A. BONDI, *Odissea penalistica*, cit., p. 101; S. ARCIERI, *Risk perception and attribution of responsibility*, in «DPU», 2020, 10, p. 17; E. CANETTI, *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 2006; P. DAVIGO/G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia: percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma, 2008; M. MARMO, *L'opinione pubblica nel processo penale: Giano bifronte, ovvero la verità giudiziaria contesa*, in «Meridiana», 2008, 63, pp. 193–210; G. RIDOLFI, *Storia e percezione della corruzione nella Gran Bretagna e nella Germania moderne*, in «Sociologia», 2015, 3, pp. 4–46; C. PERINI, *Fake news e post-verità. Tra diritto penale e politica criminale*, in «DPC», 20 dicembre 2017.

<sup>13</sup> A. BONDI, *Odissea penalistica*, cit., p. 89; EAD., *Governo e garanzie...e altri dualismi*, in «IP», 2017, 3, pp. 696–725. Cfr. M. AINIS, *Questa non è democrazia*, in «Repubblica», 18 marzo 2018; A. CASSESE, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in a cura di L. LANFRANCHI, *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2004, pp. 71–87; P. BALDUZZI, *Fimiranno i parlamenti?*, in *lavoce.info* (Consultato: 27/07/2018); A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in «ED Annali», vol. VIII, Giuffrè, Milano, pp. 263–358; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006; N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in a cura di C. ROHRSSSEN, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, pp. 183–198; S. RODOTÀ, *Democrazia e Costituzione*, Castelvecchi, Roma, 2016; G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.

Quando la politica non è infastidita dalle garanzie alla persona, dal controllo democratico, da competenza e senso istituzionale, la consequenzialità logica è semplice quanto aberrante: se la convivenza ha bisogno di consenso sociale, la politica misura sé stessa in base alla capacità di ottenerlo. È il destino di *democrazie statali* e *privatizzazioni tecnologiche* della politica, anche di quella criminale.

## 8. ... per la giurisdizione

*Non esiste Giustizia indifferente all'uomo e alla sua relazione con altri uomini. Questa relazione è lo scopo della Giustizia secondo un movimento che è sociale e individuale insieme. La società punisce l'individuo per condotte che minano la convivenza secondo una proiezione chiamata general-preventiva, ossia, un messaggio alla collettività per le conseguenze di quel che accade punendo l'individuo che trasgredisce alla regola sociale. Ma la sanzione pure ottimizza l'intervento della Giustizia, recuperando l'individuo nella società grazie alla funzione special-preventiva che, in Italia, ha trovato uno dei pochi espliciti riconoscimenti costituzionali della penalità (art. 27/3 Cost.)<sup>14</sup>.*

<sup>14</sup> A. BONDI, *Odissea penalistica*, cit., p. 91. Cfr. Prospettive di 'Giustizia' in: R. BARTOLI, *Nella colonia penale di Franz Kafka: «dann ist das Gericht zu Ende»*, in «RIDPP», 2014, 3, pp. 1590–1601; D. BRUNELLI, *Giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in «AP», 2020, 1, pp. 1–4; S. CANESTRARI/L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2009; G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in «SP», 8 gennaio 2021, 1-7; M. F. CORTESI et al. (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, DipLap, 2015; G. FIANDACA, *La Giustizia è in ostaggio*, in «Il Foglio Quotid.», 26 luglio 2018; R. FLOR, D. FALCINELLI, S. MARCOLINI (a cura di), *La giustizia penale nella "rete"*, DipLap, 2014; J. GAUCK, *Rechtsstaat und Gerechtigkeit*, JSTOR, in «Z. für Rechtspolitik.», 1998, 31, 10, pp. 379–381; V. GIGLIO, *La giustizia penale ai tempi di Voltaire e il caso di Jean Calais*, in «DPU», pp. 1–20; O. HÖFFE, *Gerechtigkeit im Zeitalter der Globalisierung*, JSTOR, in a cura di H. König, E. Richter, S. Schielke, *Gerechtigkeit in Europa*, Transcript Verlag, 2008, pp. 103–118; P. D. JAMES, *Una certa giustizia*, Mondadori, Milano, 2013; H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Reclam Philipp Jun., 2000; O. R. KISSEL, *Die Justitia: Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, C.H. Beck, 1997<sup>2</sup>; C. LENK, *Konzeptionen von Gerechtigkeit und der Umgang mit begrenzten Ressourcen*, JSTOR, in a cura di K. Dengler, H. Fangerau, *Zuteilungskriterien im Gesundheitswesen: Grenzen und Alternativen*, Transcript Verlag, 2013, pp. 77–112; G. LENZI, *La giustizia penale internazionale da Norimberga a L'Aja*, JSTOR, in «Riv. Studi Polit. Internazionali» 81 (2014) 2 (322), pp. 213–220; G. MANNOZZI/G. A. LODIGIANI/F. C. PALAZZO, *La giustizia riparativa: formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017; J. NIDA-RÜMELIN, *Gerechtigkeit und europäische Politik*, JSTOR, in a cura di H. König, E.



Il processo è un lusso e una necessità della *pena* per via della capacità, diretta o indiretta, che essa ha d'incidere sulla libertà personale. La giurisdizione penale non è perciò un gesto del potere in cui l'individuo sia solo funzionale al collettivo. *L'individuo ha i connotati di una persona ed è il titolare di valori, libertà, diritti che diventano doveri verso la società solo se questi valori, libertà, diritti sono rispettati: una specie di patrimonio individuale convertito in azioni per una società che offra alla persona un luogo migliore per la vita*<sup>15</sup>.

Ma se il diritto penale trova vita nel processo, e limiti nelle sue peculiari garanzie, molto para-penale lo evita. L'illecito amministrativo che regola come penale quel che è depenalizzato (art. 9 l. 689/1981) e le misure di prevenzione del codice antimafia che si appigliano a brandelli di giurisdizionalità (art. 5 d. lgs. 159/2011), sono solo due esempi recenti di storia antica. I codici preunitari erano belli, parchi, garantistici. Ma il lavoro sporco lo lasciavano alle leggi di pubblica sicurezza. Sicurezza e *res publica* sono ormai un binomio indissolubile, ma confondono la *ragione sociale* del sistema penale, l'essere espressione di un pubblico potere volto a garantire la sicurezza sociale e individuale, con la tutela di beni e diritti riconducibili alla persona e all'ecosistema di cui è parte.

---

Richter, S. Schielke, *Gerechtigkeit in Europa*, cit., pp. 23–40; M. C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono: la generosità come giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2017; D. PULITANÒ, *La giustizia penale e il tempo*, in «SP», 2019, 12, pp. 5-21; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, tradotto da U. Santini, S. Maffettone (Ed.), Feltrinelli, 2017<sup>4</sup>; N. RECCHIA, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in «DPC-RT», 2017, 3; L. SANTA MARIA, *Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit*, in «DPC-RT», 2015, 1; H.-M. SCHÖNHERR-MANN, *Dekonstruktion als Gerechtigkeit Jacques Derridas Staatsverständnis und politische Philosophie*, Nomos, 2019; J. SCHROTH, *Über formale Gerechtigkeit*, JSTOR, in «ARSP» 83 (1997) 4, pp. 483–505; F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006; M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Laterza, Roma, 2008; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 2008; S. ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2005.

<sup>15</sup> A. BONDI, *Odissea penalistica*, cit., p. 91. Aspetti del 'processo' in: A. APOLLONIO (a cura di), *Processo e legge penale nella Seconda Repubblica: riflessioni sulla giustizia da Tangentopoli alla fine del berlusconismo*, Carocci, Roma, 2015; R. CHENAL, *Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «DPC-RT», 2017, 3; C. COSTANZI, *La morfologia del processo penale. Un approccio storico-filosofico all'epistemologia giudiziaria*, in «DPC», 2019, 4; G. FIANDACA, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale (In memoria di Loris D'Ambrosio)*, in «disCrimen», 4 febbraio 2019, pp. 1–20; S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, ESI, Napoli, 2007; S. PUGLIATTI, *Processualismo e diritto sostanziale*, JSTOR, in «FI» 61 (1936), 333/334-343/344.

## 9. ... per la verità

*Compito del diritto penale è affermare una finzione con lo strumento della verità processuale. La finzione affermata è l'idea di colpevolezza che permette di ascrivere – riprendendo la matrioska della penalità – una responsabilità normativa mediante la verifica giudiziale di corrispondenza del fatto concreto con una fattispecie astratta comprensiva di elementi materiali (condotta, evento, nesso di causalità) ordinamentali (assenza di cause di giustificazione) e personali (connotazione psicologica delle prime due e possibilità di attribuire l'illecito nella sua dimensione personalistica esigibile in relazione all'imputabilità, alla coscienza della norma penale o ad altre cause)<sup>16</sup>.*

Nel governo della penalità, l'attenzione competente per la trama normativa; per l'analisi e la quantificazione del fenomeno; per la natura fattuale su cui può incidere una fattispecie penale rispettando un ordine, un sistema, una logica in grado di rispondere con razionalità alla paura comunque percepita e alimentata, sono parte di un tutto che l'istituzione non dovrebbe dimenticare, amministrando regole imperfette di una giustizia umana che si aggrappa a simulacri di verità su cui fondare l'idea di responsabilità personale.

Per contro, il potere esecutivo che fagocita quello legislativo; il potere giudiziario che detta i tempi a una politica incapace di rigenerarsi; il potere burocratico che si alimenta di autoreferenzialità, trasformando la gestione

<sup>16</sup> A. BONDI, *Legislatore, cavaliere dalla triste figura*, UUP, Urbino, 2019, p. 29. Cfr. aspetti di 'verità' in: G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli, Torino, 2006; F. BACCO, *Diritto penale e «uso scettico» della verità. Riflessioni a margine di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo (a cura di) «Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo» (Napoli, Jovene, 2014)*, in «RIDPP», 2015, 1, pp. 444–458; G. BALBI, *Il negazionismo tra falso storico e post verità*, in «disCrimen», 11 febbraio 2019, p. 33; M. BOUCHARD, *Diritto, diritti, verità e democrazia*, in «DPU», 2019, 10, p. 12; G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della «verità» e decisione giudiziaria nel processo penale*, p. 19; F. COLAO, *Dubbio, certezza, decisione, verità. La coscienza del giudice e l'interpretazione del giurista nella giustizia civile dall'età moderna all'«età dell'incertezza»*, in «Quad. Storia Penale e Giust.», 2020, 2, pp. 149–165; T. FISCHER, *Wahrheit, Moral und Presse*, 2015; E. FRONZA, *Il negazionismo di terza generazione. Dalla tutela della memoria alla tutela della verità?*, in «DPC-RT», pp. 330–335; H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, vol. 1, Mohr Siebeck, 2010<sup>7</sup>; G. GENNARI, *Oscillazioni neuro...scientifiche: test A-IAT e macchina della verità*, in «SP», 10 dicembre 2020, 9; G. LOSAPPIO, *Verità e processo penale*, in «Ann. Univ. Bari», 2014, pp. 185–192; M. MANTOVANI, *Exceptio veritatis e scriminante putativa del diritto di cronaca: un problema ancora attuale*, in «RIDPP», 2017, 1, pp. 86–103; C. SALMON, *Populismo e post-verità*, in «Repubblica», 24 dicembre 2016; K. VOLK, *Die Wahrheit vor Gericht: Wie sie gefunden und geschunden, erkämpft und erkaufte wird*, C. Bertelsmann Verlag, 2016.

sociale in un eterno procedimento che ignora il problema e aborre il risultato, sono il terreno ideale per dimenticare la persona e la sua fragile umanità. Con meno sensi di colpa e più responsabilità, a noi la scelta.

David Brunelli\*

*Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme:  
eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente?*

SOMMARIO: 1. Rapida fine della *pax Augustea* – 2. Quando l'antefatto non punibile rimane punito – 3. Principio di specialità e interpretazione delle norme incriminatrici – 4. Reato speciale non punibile – 5. Reato speciale non procedibile: casistica – 6. (*Segue*) Conclusioni – 7. Reato assorbente non procedibile.

1. *Rapida fine della pax Augustea*

C'è poco da fare: il dilemma unità-pluralità di reati è un *evergreen* che rimbalza tra dottrina e giurisprudenza, fortemente divisivo, non solo quanto ad esiti, ma, prima ancora, anche quanto a “coinvolgimento emotivo”.

Infatti, si va da chi lo considera un argomento cruciale circa la tenuta del principio di legalità-tipicità che ruota intorno al sistema delle fattispecie criminose a chi lo liquida come una secondaria faccenda di commisurazione della pena, da risolvere nel caso singolo secondo equità e ragionevolezza.

In una stagione in cui la dottrina è molto concentrata a dibattere sulla crisi della legalità penale, la giurisprudenza – più prosaicamente – si trova spesso a dover dirigere il traffico attorno ai cumuli normativi, prodotti dalla immarcescibile passione del nostrano legislatore per le fattispecie punitive.

Così, nel 2017 era stata accolta dai più con sollievo una sentenza delle Sezioni unite<sup>1</sup>, che sembrava poter regalare una lunga *pax augustea* alla variopinta ed inquieta cittadella del concorso apparente di norme. Con

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Perugia

<sup>1</sup> Cass. SU, 28 aprile 2017, rv. 269668. La sentenza, criticata a prima lettura (cfr. N. MADIA, *I rapporti tra i reati di malversazione in danno dello stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni Unite*, in «CP», 2017, pp. 2653 ss.), è stata in seguito valorizzata anche in dottrina nel suo sforzo di “normalizzazione”, in connessione con altra coeva sentenza delle stesse Sezioni unite in materia di detenzione e porto abusivo d'armi (cfr. A. VALLINI, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in «DPP», 2018, pp. 525 ss.; la sentenza è Cass. SU, 12 settembre 2017, rv. 270902).

questa sentenza le Sezioni unite sembravano aver definitivamente stroncato le velleità di chi, dando voce ad un fiume carsico che pervade molti contributi dottrinari degli ultimi cinquanta anni, coltivava ancora l'illusione che accanto all'usurato criterio strutturale della specialità potesse trovare legittimazione applicativa un criterio "sostanziale" o "valoriale", variamente denominato, comunque teso ad impedire l'applicazione congiunta di fattispecie incriminanti fatti diversi, ma offensivi del medesimo bene giuridico, e a promuovere la "consunzione" di quella punita meno gravemente per opera di quella a cui viene riservata una pena maggiore.

Le Sezioni unite, come è noto, avevano infatti escluso che il reato di malversazione in danno dello Stato (art. 316 *bis* c.p.) potesse essere assorbito in quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640 *bis* c.p.), poiché, come si legge nella stentorea massima ufficiale, «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». Una pietra tombale sulle teorie "pluraliste" e la definitiva consacrazione della teoria "monista".

A nulla era valso notare che in quei casi il diverso impiego del finanziamento, incriminato dalla malversazione, non sarebbe che una "conseguenza naturale" del conseguimento dell'erogazione a seguito di artifici o raggiri, incriminato dalla truffa, perché la Corte riunita aveva replicato che quella "conseguenza naturale" potrebbe dipendere semmai da una caratteristica del caso concreto non necessariamente implicato dalla dimensione astratta delle due fattispecie, le quali – tra l'altro – neppure sarebbero state poste a tutela del medesimo bene giuridico<sup>2</sup>.

Ma, a 'infrangere' la quiete e ad offrire nuove *chances* al criterio sostanziale che chiamiamo qui per comodità della "consunzione", è intervenuta solo due anni dopo una inattesa sentenza della seconda sezione della Cassazione<sup>3</sup>. Il campo non è più quello delle erogazioni pubbliche, bensì quello – egualmente popolato da incriminazioni – delle frodi informatiche. Nel caso di specie un soggetto era accusato di essersi procurato fraudolentemente le parole chiave ed i dati riservati di accesso al sistema informatico di una banca presso la quale la persona offesa aveva acceso il suo conto corrente e di aver poi utilizzato tali dati per entrare nel conto e prelevare elettronicamente

---

<sup>2</sup> Per una serrata critica agli argomenti della Corte, tra cui quello indicato nel testo, S. FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa e malversazione*, in «DPC», V, 2017, pp. 344 ss.

<sup>3</sup> Cass. Sez. II, 20 maggio 2019, rv. 276533.

denaro e caricarlo sulla sua carta di credito: la condotta iniziale integra gli estremi del reato di cui all'art. 615 *quater* c.p., quella successiva gli estremi dei reati di ingresso abusivo nel sistema informatico (art. 615 *ter* c.p.) e di frode informatica (art. 640 *ter* c.p.).

Pacifico il concorso formale delle due ultime incriminazioni, la Corte – apertamente contraddicendo un proprio precedente specifico<sup>4</sup> – ha invece escluso la concorrente applicazione anche della prima, sul presupposto che «il reato di cui all'art. 615 *quater* costituisce necessario antecedente del reato di cui all'art. 615 *ter*, poiché le due fattispecie criminose si pongono in stretta connessione, tutelando entrambe il medesimo bene giuridico, ovvero il domicilio informatico, passando da condotte meno invasive a condotte più invasive, poiché indiscriminate, che, sotto un profilo naturalistico, necessariamente presuppongono le prime».

Nella prima condotta tipica la Corte ha scorto le sembianze di un “antefatto non punibile”, che ricorre quando «la commissione di un reato meno grave costituisce ordinariamente strumento per la commissione di un reato più grave» e ha ravvisato nel caso sottoposto al suo esame analogie decisive con quello del concorso tra possesso ingiustificato di arnesi da scasso (art. 707 c.p.) e furto aggravato dalla violenza sulle cose (art. 625, comma 1, n. 2, c.p.) e quello del furto di documenti (art. 624 c.p.) e falso per soppressione (art. 490 c.p.), nei quali la giurisprudenza ammette – a determinate condizioni – l'assorbimento dell'antefatto nel reato più grave.

Nel giungere a queste conclusioni, però, la ‘coraggiosa’ sentenza ha cercato di evitare lo scontro frontale con il precedente delle Sezioni unite del 2017, optando per un sostanziale ‘aggiramento’ della massima che sbarra la strada del concorso apparente a qualunque criterio diverso da quello di specialità.

Infatti, si legge nella motivazione una frase ‘sibillina’, a tenore della quale l'antefatto non punibile «(come la progressione criminosa ed il postfatto non punibile) non costituisce fattispecie autonomamente disciplinata, poiché rientra tra i casi di concorso apparente di norme da risolvere ai sensi dell'art. 15 c.p., attraverso una *operazione interpretativa* che impone la considerazione “congiunta” di due fattispecie tipiche, resa oggettivamente evidente dal fatto che per una di esse, destinata ad essere assorbita nell'altra, sia prevista una sanzione più lieve».

In definitiva, ad avviso della Corte, l'antefatto non punibile sarebbe riconducibile all'unico criterio in grado di ravvisare l'apparenza del concorso, vale a dire quello di specialità, evidentemente – però – assumendo

<sup>4</sup> Cass. Sez. II, 25 settembre 2008, n. 36721, rv. 242084 (occorre leggere il testo poiché la massima si riferisce ad altro profilo).

la nozione di «stessa materia» in un senso più ampio di quello strettamente strutturale, accreditato ormai da molti anni non solo in giurisprudenza ma nella stessa dottrina.

Probabilmente si tratta di una enunciazione che evita il conflitto aperto con l'autorevole precedente solo nella "forma", poiché è chiaro che se l'art. 15 dovesse schiudersi sino ad ospitare anche riferimenti al bene giuridico o al *ne bis in idem* sostanziale, il contrasto con il dogma monistico patrocinato dalle Sezioni Unite non potrebbe essere scongiurato.

Occorre, dunque, andare oltre le 'buone maniere' e prendere atto che le sentenze – quali quella in esame – che danno ingresso alle figure dell'antefatto e del postfatto non punibile creano un 'avamposto' sostanzialistico nell'affermazione del concorso apparente di norme ad integrazione ed estensione del criterio strutturale di specialità, tradizionalmente inteso; ciò significa che, nonostante le apparenze, in giurisprudenza riaffiora ciclicamente insoddisfazione circa l'affermato 'monopolio' del criterio strutturale della specialità e con essa il bisogno mai domo di ricorrere anche a criteri sostanziali in grado di sancire l'assorbimento di un reato meno grave in quello più grave.

## 2. *Quando l'antefatto non punibile rimane punito*

Questo è il principale messaggio che si ricava dalla sentenza della seconda sezione del 2019, che la dottrina non ha mancato di evidenziare seppure in chiave parzialmente critica e cercando di indirizzare sul meno impegnativo profilo commisurativo quell'insopprimibile bisogno di valutazione "sostanziale" o "equitativa", allergico alla qualificazione multipla<sup>5</sup>.

Più che fermarmi su questo tema, però, qui vorrei sviluppare qualche riflessione su un passaggio secondario della motivazione, che attiene alla individuazione delle condizioni in presenza delle quali il giudice deve riconoscere l'assorbimento.

Posto che la Corte si trovava a che fare con un reato più grave (assorbente) in taluni casi procedibile a querela (art. 615 *ter*, comma 4, c.p.) e con un reato meno grave (assorbito) sempre procedibile d'ufficio (art. 615 *quater* c.p.), la sentenza, nel sancire i requisiti dell'antefatto non punibile, precisa che oltre alla identità di contesto spazio-temporale e di persona offesa,

---

<sup>5</sup> C. SOTIS, "Il concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p., in «GI», 2020, I, p. 187.

occorre che il reato assorbente sia «*contestato e procedibile*».

In poche parole, attraverso tali precisazioni, la Corte descrive il fenomeno della consunzione dell'antefatto come vicenda che attiene non alla dimensione astratta delle norme incriminatrici, bensì alla dimensione concreta della pena da applicare: se il reato più grave non è stato contestato o non è procedibile, niente assorbimento. L'antefatto non punibile rimane punito a causa delle vicende processuali del reato assorbente.

Dunque, nonostante il tentativo di contenere il contrasto con la teoria monistica imposta dalle Sezioni unite, quelle precisazioni pongono piuttosto in piena luce come il fenomeno dell'assorbimento per consunzione, espressione di un bisogno di contenimento "sostanziale" del diritto penale, marchi un vistoso disallineamento rispetto al prioritario criterio posto alla base del principio di specialità; infatti, la «deroga» della legge speciale alla legge generale sancita dall'art. 15, lungi dall'esprimere lo stesso bisogno equitativo, opera sul piano diverso e 'asettico' della logica formale, al punto che talvolta la sua applicazione può giocare a favore della fattispecie speciale punita con pena minore (es. per tutti: omicidio del consenziente *versus* omicidio), con un "assorbimento" nella «stessa materia» che non coinvolge la portata sanzionatoria delle norme, ma solo la struttura del fatto tipico<sup>6</sup>.

Sin qui nulla di nuovo, neppure sul piano concettuale, poiché le teorie pluraliste nel propugnare criteri sostanzialistici, quali consunzione o *ne bis in idem*, hanno da sempre sostenuto che questi inciderebbero sulla mera "applicabilità" della norma soccombente nel caso concreto e, dunque, che la loro operatività verrebbe meno in caso di mancata applicazione della norma prevalente, legata a cause o fattori contingenti<sup>7</sup>.

Semmai, il *novum* del ragionamento seguito riguarda la 'premessa' da cui tale conseguenza è tratta, poiché dapprima la sentenza parla a proposito dell'art. 15 di una «*operazione interpretativa* che impone la considerazione "congiunta" di due fattispecie tipiche», per poi pretendere, a proposito dell'antefatto non punibile che tale operazione debba dipendere dalle vicende concrete della contestazione e della procedibilità e non possa invece prescindere da esse.

<sup>6</sup> Profilo messo ben in luce dalla dottrina: per tutti, C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 204.

<sup>7</sup> Per tutti A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir.pen.)*, in «ED», vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, p. 552: «poiché nell'ipotesi di consunzione la inapplicabilità di una disposizione si verifica in seguito all'assorbimento dello scopo da essa perseguito nello scopo cui tende l'altra norma, si deve ritenere escluso il rapporto di consunzione tutte le volte in cui, per una ragione qualsiasi, l'interesse di portata maggiore non sia effettivamente tutelato, ossia la norma ad esso relativa non si ponga concretamente».



In sintesi, pare che il ‘ravvicinamento’ tra specialità e consunzione, avvenuto per attrazione del secondo criterio nell’orbita dell’art. 15, sotto l’egida dell’«operazione interpretativa», abbia generato un *output* – la richiesta che il reato assorbente sia comunque in concreto applicabile – che invece l’art. 15 sembrerebbe precludere, proprio perché solitamente riferita al solo criterio della consunzione<sup>8</sup>.

L’argomento è complesso e deve essere affrontato per gradi.

### 3. *Principio di specialità e interpretazione delle norme incriminatrici*

La prima proposizione da verificare è se davvero e in che senso l’operatività del principio di specialità sia equiparabile ad una vicenda interpretativa concernente i rapporti tra norme.

A intenderla così, infatti, la tipicità unitaria che costituisce la ricaduta della conclusione circa la mera “apparenza” del concorso delle norme che pretendono di essere applicate al fatto non differirebbe dalla tipicità unitaria che escluderebbe a priori – al più presto – la stessa prospettabilità del concorso. Si sa, invece, che la dottrina pretende di distinguere i due casi, evidenziando che un conto è che il giudice ritenga sin da subito che il “brano di vita” integri un solo reato, per carenza dei requisiti tipici dell’altro o degli altri, eventualmente anche all’esito di una vera e propria «operazione interpretativa» delle norme incriminatrici (*tipicità unitaria originaria*), un altro conto è che della pluralità di norme risultate applicabili al fatto concreto (*tipicità plurima originaria*), in virtù del criterio “derogatorio” dell’art. 15, residui l’applicabilità di una sola di esse, quella speciale (*tipicità unitaria “sopravvenuta”*)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Ancora PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, cit., pp. 552 s.: «si guadagna così una ulteriore distinzione tra specialità e consunzione nel momento della rilevanza giuridica. Mentre per la specialità è sufficiente l’astratto concorrere delle norme nei confronti della stessa situazione di fatto, poiché si possa instaurare il rapporto di consunzione è necessario il concreto porsi delle norme».

<sup>9</sup> Da ultimo, per la sottolineatura della necessità che dapprima occorre valutare se vi siano i presupposti per la “convergenza” di due fattispecie, e quindi se il fatto sia doppiamente tipico, VALLINI, *Tracce*, cit., p. 523. Raccomanda l’utilizzo della interpretazione, anche sistematica, delle fattispecie apparentemente concorrenti quale previo criterio risolutore “naturale”, M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 128 ss. Patrocina una interpretazione restrittiva dell’inciso «avendo ottenuto» che compare nell’art. 316 *bis* c.p., tale da escluderne “preliminarmente” l’applicazione quando l’erogazione pubblica sia avvenuta in conseguenza di una truffa, C. COLUCCI, *Le Sezioni*

Nel rispetto di questo metodo “dinamico”, allora, occorrerebbe precisare che, all’esito di un conflitto fra le norme governato dal criterio di specialità, allorché si concluda che una sola di esse deve essere applicata, rimane la circostanza che la norma generale aveva comunque la *potenzialità astratta di qualificare penalmente il fatto concreto*. Solo alla fine del percorso l’esito coincide con quello a cui si sarebbe pervenuti se, preliminarmente, ad esempio, si fosse optato per una interpretazione di una norma incriminatrice tale da non interferire con l’altra; fermo restando, quanto al meccanismo, che l’intervento dell’art. 15 testimonia che il fatto costituirebbe reato alla stregua di più norme, ma la norma generale non risulta applicabile nel concorso con un’altra.

Insomma, un conto sarebbe la sfera della tipicità, un altro quella dell’applicabilità della norma. La narrazione più diffusa è che la ‘sottrazione’ del fatto previsto dalla norma speciale dalla sfera di competenza della norma generale non rende questo “atipico” rispetto alla norma generale<sup>10</sup>; esso rimarrebbe tipico, anche se la norma generale diviene “invalida” nei suoi confronti<sup>11</sup>.

Quindi se si volesse descrivere il funzionamento del criterio di specialità come una “operazione interpretativa”, bisognerebbe però precisarne la portata distinguendola da quella “preliminare” che esclude alla radice la qualificazione multipla.

Seguendo questa distinzione, allora, ai fini del riscontro di una tipicità plurima originaria (o di partenza), la quale costituisce la premessa del concorso-conflitto dei reati, il giudice deve riscontrare la sussistenza dei requisiti tipici di una pluralità di reati. Prendiamo, ad esempio, il rapporto di specialità che sussiste fra il delitto di maltrattamento di animali (art. 544 *ter* c.p.) e la contravvenzione di abbandono di animali (art. 727, comma 2, c.p.), dato che la condotta di chi sottopone gli animali «a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche», costituisce un *quid pluris* rispetto a quella di chi «detiene animali in condizioni incompatibili con la loro natura, e produttive di

---

*Unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione*, in «DPC», XII, 2017, pp. 57 ss.

<sup>10</sup> Ciò spiega anche perché in caso di abrogazione della norma speciale si possa riespandere, con effetto retroattivo, la norma generale, salva una diversa *voluntas legis*, dando luogo al fenomeno della *abrogatio sine abolitione* (Cass. SU, 12 giugno 2009, in «CP», 2009, p. 4131; per una sintesi, D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Giappichelli, Torino<sup>3</sup>, 2019, pp. 420 ss.).

<sup>11</sup> La teoria della “invalidità” della norma generale è quella più diffusa in Italia. Come è noto, l’esposizione più approfondita la dobbiamo a F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966, pp. 64 ss. e 697 ss.

gravi sofferenze». Se il giudice dovesse verificare nel processo l'insussistenza di tale *quid pluris*, che connota la norma speciale derogatoria, il fatto sarà qualificato (originariamente) come contravvenzione, anziché come delitto<sup>12</sup>. Non due norme, ma una sola regola la materia nel caso concreto.

O ancora: nel delitto di *oltraggio a pubblico ufficiale* (art. 341 *bis* c.p.), se l'agente non si rende conto di trovarsi in un luogo pubblico o aperto al pubblico per errore sul fatto, la norma non è applicabile per difetto di dolo, ma ciò non esclude l'applicabilità della norma generale che sarebbe rimasta derogata in forza dell'art. 15 c.p. (diffamazione, art. 595 c.p., se si ritenga non necessaria nell'oltraggio la presenza del p.u.). La norma speciale "derogatoria" risulta non applicabile perché l'agente è in errore su uno dei suoi elementi costitutivi: anche qui il fatto è tipico alla stregua di una sola norma.

#### 4. *Reato speciale non punibile*

Sin qui *nulla questio*, ma già si presenta come più problematico il caso in cui il reato speciale non ricorre perché opera una semplice *causa di non punibilità* solo ad esso riferibile. La distinzione "dinamica" a cui la dottrina fa riferimento potrebbe in questa situazione determinare qualche conseguenza.

Ci si deve domandare, infatti, se il venir meno della punibilità del reato speciale determini ugualmente un caso di tipicità unitaria alla stregua del reato previsto dalla norma generale, facendo difetto un requisito costitutivo del reato speciale, ovvero se qui assuma invece rilievo il passaggio attraverso l'art. 15; ed in questa seconda - più plausibile - prospettiva occorre mettere ben a fuoco il significato, la portata e le condizioni della «deroga» ivi prevista, perché quella "astratta potenzialità di qualificare il fatto come reato" che si riconosce alla norma generale potrebbe trasformarsi in una qualità dotata di concretezza proprio in conseguenza del venir meno della punibilità del reato speciale.

Vediamo, ad esempio, che cosa accade con riguardo alla fattispecie del depistaggio (art. 375 c.p.) all'interno della quale certamente rientrano le figure del favoreggiamento (art. 378 c.p.) e delle false informazioni al p.m. (art. 371 *bis* c.p.)<sup>13</sup>, allorché risulti che il fatto si riferisca ad un reato procedibile a querela e la querela non sia stata proposta. L'art. 375, comma

---

<sup>12</sup> Cass. Sez. VI, 28 aprile 2016, rv. 267313.

<sup>13</sup> V. SANTORO, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio"* (art. 375 c.p., L. 11 luglio 2016, n. 133), in [www.archiviopenale.it], 20 dicembre 2016, p. 9.

8, c.p. sancisce una espressa causa di non punibilità in proposito, ma analoga norma non è prevista per i reati “derogati”, e anzi, si ritiene dai più che essi non vengano meno in caso di improcedibilità del reato presupposto<sup>14</sup>.

Quale è il significato di tale distonia? I reati che sarebbero derogati da quello speciale, la cui punibilità è esclusa per motivi di “opportunità”, trovano normale applicazione perché viene meno la ragione della deroga e, dunque, emerge in qualche modo la rilevanza della distinzione tra tipicità unitaria originaria e tipicità unitaria sopravvenuta?

Vediamo un altro esempio. Si immagini la causa di non punibilità dei delitti contro il patrimonio in danno di prossimi congiunti (art. 649 c.p.) e si ipotizzi un tentativo di estorsione (art. 629 c.p.) perpetrato per il tramite di una minaccia grave. Poiché l'estorsione è sicuramente norma speciale derogatoria rispetto al delitto di cui all'art. 612, comma 2, c.p., ci si può chiedere se la causa di non punibilità, ritenuta applicabile al tentativo di estorsione con minaccia, si estenda anche al reato “derogato”, o invece lo lasci sussistere.

L'assenza di una espressa regolamentazione positiva potrebbe indurre l'interprete a muoversi in una perigliosa indagine sulla *ratio* politico-criminale della previsione di non punibilità, per verificare se la stessa possa valere, per estensione, anche in relazione alla norma generale o debba rimanere circoscritta alla norma speciale; tuttavia, prima di percorrere una simile strada, inevitabilmente lastricata da ampi margini di opinabilità, sembra necessario svolgere un ragionamento sulla “geometria” delle norme e sulla loro applicabilità.

Come si sa, la dottrina che ha scandagliato il significato della deroga sancita dall'art. 15 si è divisa in proposito tra coloro che ritengono che essa incida sulla “validità” della norma generale<sup>15</sup>, equiparando dunque la situazione all'assenza originaria di tipicità, e coloro che preferiscono parlare del venir meno della sua sola “efficacia”, con ciò marcando una diversa stratificazione di quell'intervento e quindi ammettendo che la norma

<sup>14</sup> Si è per esempio affermato in giurisprudenza che ai fini della configurabilità del delitto di favoreggiamento è irrilevante la mancanza di una condizione di procedibilità per il reato presupposto (Cass. SU, 24 maggio 2001, rv. 218769; Cass. Sez. III, 10 marzo 1979, rv. 141321).

<sup>15</sup> R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Firenze, 1936, p. 370, secondo il quale se si avesse una plurima violazione di norme si avrebbe un concorso di reati, mentre se si ha un solo reato vuol dire che *ab initio* una sola norma viene applicata; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, cit., pp. 698 ss., secondo il quale ammettere una convergenza reale di norme, riservandosi poi di eliderne gli effetti in un secondo momento significa aderire all'idea che il concorso di norme è una eccezione al concorso dei reati, senza poter spiegare la differenza dogmatica dei due istituti.

generale possa rimanere in *stand by* per quanto riguarda l'applicazione in concreto della pena, pronta però a riprendere pieno vigore in caso di intervento di ulteriori fattori scongelanti.

Riguardo al tema della non punibilità del reato speciale mi sembra che quale che sia l'opzione teorica privilegiata, si debba constatare che il fatto è apparentemente riconducibile ad una pluralità di norme incriminatrici e che, dunque, non siamo di fronte ad una ipotesi di tipicità unitaria originaria, come nel caso in cui venga meno un elemento costitutivo del reato speciale: in tanto può operare la causa di non punibilità, in quanto il fatto è *tipico* anche alla stregua della norma speciale.

Ciò posto, emerge l'incidenza della distinzione che ho prima richiamato in ordine al funzionamento dell'art. 15 c.p., ed al riguardo mi sembra preferibile la tesi secondo cui avendo stabilito il legislatore che la norma speciale «deroga» alla norma generale nella disciplina della stessa materia, sarebbe arbitrario sostenere che, tuttavia, quella deroga lasci sussistere residui margini applicativi della norma generale.

La «deroga» a favore della norma speciale fonda una competenza esclusiva di questa nella regolazione della materia, vale a dire nella qualificazione del fatto come reato e nella conseguente sua disciplina. La statuizione di non punibilità è niente altro che una modalità regolativa della materia, non una rinuncia ad essa: la norma generale «sembrava» applicabile al fatto concreto, qualificandolo come tipico, ma non lo era e non lo è mai stata, perché definitivamente derogata dalla norma speciale, a cui viene appaltata – in forza di una operazione non coincidente ma assimilabile all'interpretazione – l'intera disciplina della materia.

Con quella statuizione il legislatore prende posizione sugli interessi in conflitto e si risolve per un giudizio di non meritevolezza della pena, sicché se quel giudizio fosse «bypassato» dalla diversa regolamentazione della norma generale, la disposta deroga verrebbe aggirata.

In altri termini, mi sembra che la qualificazione della unitarietà del reato come «sopravvenuta» ad un conflitto e quindi diversa da quella che risulta *ab origine* sarebbe plausibile solo se e laddove il legislatore abbia previsto un simile effetto, ma non come criterio valido una volta per tutte ricavabile dai principi. Del resto, lo stesso art. 15 precisa che la deroga vale «salvo che sia altrimenti stabilito».

Proprio perché l'art. 15 opera in una dimensione astratta, nella regolazione dei rapporti tra norme, quella disciplina definisce la portata applicativa di ciascuna di esse e, dunque, una volta «derogata» la norma generale non è più applicabile alla materia, non la regola più. Il favoreggiamento e le false

dichiarazioni al p.m. vengono eclissati dalla norma sul depistaggio, senza che possano residuarne scorie applicative di sorta e senza che si debba capire se la non punibilità espressa solo per la norma speciale si debba estendere, per identità di *ratio*, anche alla norma generale<sup>16</sup>.

In proposito qualche conferma si può ricavare sul piano sistematico. Intanto, dalla proposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 170 c.p., che precisa che «la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso». Letta al contrario, la norma sembra dire che, invece, la causa estintiva del reato complesso *si estende* anche al reato, che è suo elemento costitutivo o circostanza aggravante, sicché, posto che il reato complesso non è altro che una forma espressiva del principio di specialità, la conclusione estensiva generalizzata nei casi che ho proposto passa attraverso un sostenibile parallelismo tra cause di estinzione del reato e cause di non punibilità.

Anche un altro spunto sistematico può confermare l'assunto. Mi riferisco alla disciplina della desistenza volontaria e alla dichiarata residua punibilità degli «atti compiuti che costituiscano per sé un reato diverso» ad opera dell'art. 56, comma 3, c.p. Partendo dall'ipotesi – molto controversa – che la desistenza volontaria costituisca una causa di non punibilità del tentativo, si può fondatamente sostenere che la disposta residua punibilità del «reato diverso» costituisca proprio quell'«altrimenti stabilito» fatto salvo dall'art. 15, cioè l'espressione di una deroga specifica al criterio generale. Rimane, perverso, da verificare se tale «reato diverso» sia solo un qualunque reato che nel caso concreto l'agente si trovi a commettere lungo l'*iter criminis* (es. porto abusivo d'arma nel tentativo di furto) oppure possa anche essere il reato componente del tentato delitto complesso (es. violazione di domicilio nel furto in abitazione), perché l'applicazione della pena in tale secondo caso, dopo l'operatività della desistenza volontaria per il reato complesso potrebbe comunque generare talune perplessità.

In conclusione, si può dire che questa rapidissima carrellata sembra confermare la bontà, in linea generale, dell'«azzardo» della Cassazione quando parla a proposito dell'art. 15 di una *operazione interpretativa* (aggiungerei: di natura sistematica) che impone – una volta per tutte – la considerazione “congiunta” di due fattispecie tipiche. Al netto di tutte le distinzioni nominalistiche e le dispute di teoria generale mi sembra che

<sup>16</sup> Rimane pur sempre l'irragionevolezza di una disciplina che paradossalmente finisce per avvantaggiare il pubblico ufficiale infedele a scapito del *quisque de populo*, che comunque non potrebbe vantare la non punibilità per i reati di favoreggiamento e di false informazioni: ma da ciò si deve desumere materia per una pronuncia di incostituzionalità *in parte qua* di tali norme e non per ricavare un'*enclave* sul piano interpretativo alla piena operatività dell'art. 15 c.p.

anche coloro che preferiscono parlare di mera inefficacia della norma generale non possono considerare la non punibilità della norma speciale un fattore ‘scongela’nte’ in grado di rimettere in pista la norma generale, rinvigorendo la sua efficacia.

### 5. *Reato speciale non procedibile: casistica*

Le conclusioni possono cambiare quando – avvicinandoci al profilo evocato dalla sentenza della seconda Sezione – il reato speciale rimane bloccato nella sua concreta applicabilità semplicemente per via di un *accidente processuale*, quale, ad esempio, la non procedibilità?

Si consideri, ad esempio, il reato di atti persecutori (art. 612 *bis* c.p.), tendenzialmente procedibile a querela. Si tratta di una fattispecie speciale rispetto a quella che incrimina la minaccia<sup>17</sup>, ed è indubbio che la minaccia costitutiva del reato di atti persecutori possa realizzarsi in uno dei modi previsti dall’art. 339 c.p., dando luogo ad una fattispecie procedibile di ufficio.

Sicché ben può capitare che il reato di atti persecutori (norma speciale), procedibile a querela, si trovi a dover essere applicato al posto di un reato procedibile di ufficio (norma generale). Del resto, l’art. 612 *bis* prevede espressamente, sia pure con inciso risalente e non coordinato con la nuova formulazione del reato di minaccia aggravata, l’ipotesi che le minacce siano realizzate «nei modi di cui all’articolo 612 secondo comma c.p.», stabilendo in tal caso l’irrevocabilità della querela e non la procedibilità d’ufficio.

Altro caso è quello della contravvenzione di molestie o disturbo alle persone (art. 660 c.p.), che, pur mirando a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l’offesa alla quiete privata e non la libertà morale del soggetto preso di mira, viene assorbito dal delitto di minaccia (art. 612 c.p.), procedibile a querela, con il quale si pone in rapporto di specialità bilaterale per aggiunta unilaterale.

Qui disponiamo di un orientamento giurisprudenziale per la soluzione del problema: nei casi in cui la molestia trasmodi in vera e propria minaccia,

---

<sup>17</sup> Più discusso è il rapporto con il reato contravvenzionale di molestie (art. 660 c.p.), che secondo Cass. Sez. I, 14 maggio 2014, rv. 262254, poiché mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l’offesa alla quiete privata, integra una fattispecie distinta, autonoma e concorrente rispetto al reato di atti persecutori di cui all’art. 612 *bis* c.p., in cui non viene assorbita per la diversità dei beni giuridici tutelati. Si tratta di un esempio di non consentita ‘apertura’ ai criteri sostanziali in chiave, non di contenimento, bensì di sovvertimento del criterio di specialità.

l'assenza della querela per il delitto di minaccia o la sua remissione non impediscono di procedere per il reato contravvenzionale, altrimenti assorbito<sup>18</sup>. Dunque, secondo questa opinione, la soluzione sarebbe diversa da quella che abbiamo adottato in caso di non punibilità del reato speciale: la mancanza della procedibilità è equiparata alla mancanza di un elemento costitutivo, ed è come se l'art. 15 non avesse mai operato; ovvero, l'art. 15 opera semplicemente congelando l'efficacia della comminatoria penale della norma generale e la non applicazione in concreto della norma speciale costituisce un fattore scongelante.

La stessa questione aveva tormentato la dottrina allorché, nel 2002, un'avventata riforma dei reati di false comunicazioni sociali aveva previsto la 'bizzarria' di un reato contravvenzionale (art. 2621 c.c.: norma generale) trasformarsi in delitto – però procedibile a querela<sup>19</sup> – quando in conseguenza del fatto previsto come contravvenzione si fosse verificato un danno patrimoniale a soci o creditori (art. 2622 c.c.: norma speciale per aggiunta unilaterale)<sup>20</sup>. In quella occasione, per la verità, la maggior parte degli studiosi non se l'era sentita di concludere che l'improcedibilità del delitto avrebbe comunque comportato l'inapplicabilità della contravvenzione, ed aveva sposato, con varietà di argomentazioni, l'opposta soluzione; c'era chi deduceva la bontà della tesi della "inefficacia" rimovibile della norma generale, a detrimento della tesi della sua invalidità, proprio dalla necessità di evitare il paradosso che la raggiunta prova dell'elemento ulteriore e aggravante di un danno patrimoniale potesse eventualmente paralizzare in via definitiva la punibilità di un fatto altrimenti comunque di per sé punibile anche in assenza di querela<sup>21</sup>; chi, addirittura, traeva proprio dal sussistente rapporto di specialità la conclusione che «ogni qual volta la disposizione speciale risulti in concreto inapplicabile, resterà in ogni

<sup>18</sup> Cass. Sez. I, 16 luglio 2014, rv. 261234; conformi, Cass. Sez. I, 9 novembre 1994, rv. 199624 e Cass. Sez. I, 1° luglio 2002, rv. 222705.

<sup>19</sup> Scelta definita, per esempio, frutto di uno «stravagante intento» da G. DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in «RIDPP», 2003, p. 739, in quale risolutamente conclude che l'esistenza di un rapporto di specialità «da manuale» tra le due norme non consenta di «ripiegare» sulla fattispecie contravvenzionale in caso di mancanza di querela per la fattispecie delittuosa.

<sup>20</sup> Era il testo delle norme introdotto con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

<sup>21</sup> F. GIUNTA, *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 3 ss., secondo il quale la querela in questa costruzione normativa finiva dunque per condizionare non l'*an* della punibilità, bensì il *quantum* della pena (se delitto o contravvenzione).



caso salva l'applicabilità della disposizione generale»<sup>22</sup>; chi, invece, senza coinvolgere i principi generali, valorizzava la clausola di riserva di cui era munito l'art. 2621 c.c., che almeno nell'intenzione del legislatore era stata prevista proprio per evitare di punire sempre un fatto meno grave e solo in presenza di una querela il fatto più grave<sup>23</sup>.

Altro esempio applicativo coinvolge la fattispecie della violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.), che pacificamente si configura come norma speciale rispetto ad alcune altre (ad es., oltre alla stessa minaccia realizzata con modalità che ne facciano, di per sé considerata, una fattispecie procedibile di ufficio, la violenza privata *ex* art. 610 c.p. e i maltrattamenti in famiglia *ex* art. 572 c.p.), con riferimento alla condotta violenta o minacciosa non esorbitante dall'ambito della costrizione a compiere o subire atti sessuali. Anche in tali casi la norma speciale è, in linea di massima, procedibile a querela, a differenza delle norme che dentro di essa possono rimanere derogate come norme generali.

Questi casi sono viepiù peculiari perché l'interprete deve anche fare i conti con la norma che stabilisce che il reato di violenza sessuale diventa procedibile d'ufficio se il fatto è *connesso* con un altro delitto procedibile d'ufficio (art. 609 *septies*, comma 4, n. 4, c.p.), sicché si tratta di capire se il reato previsto dalla norma generale possa o no essere equiparato a quello connesso, ai fini della procedibilità: per tale via risorgerebbe quella potenziale applicabilità della norma generale derogata che “modifica” il regime di procedibilità della norma speciale prevalente.

La giurisprudenza è divisa: secondo un primo orientamento, il giudice a fronte di una residua responsabilità penale per violenza sessuale (*tipicità unitaria*) dovrebbe stabilire se l'altro reato-mezzo non sussiste per difetto di elemento costitutivo (*originaria*) ovvero se sussiste ma rimane assorbito (*sopravvenuta*): solo nel primo caso dichiarerà l'improcedibilità per difetto di querela, perché viene meno il reato “connesso” procedibile d'ufficio, mentre nel secondo potrà ignorare l'ostacolo processuale e pronunciare sentenza di condanna<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in «CP», 2002, p. 1560.

<sup>23</sup> Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 30 ss., che sottolineava comunque come «il rimedio apprestato per assicurare comunque la “perseguibilità” si esponga a non poche perplessità sotto il profilo della funzionalità rispetto allo scopo»; per DE VERO, *I reati societari*, cit., p. 741, per legittimare una tale soluzione sarebbe necessaria una dose di “buona volontà” ermeneutica – se non un vero e proprio “atto di fede” – sovrabbondante e probabilmente incompatibile con lo stesso dato letterale.

<sup>24</sup> Cass. Sez. III, 13 marzo 2008, rv. 238523, in cui si trattava di maltrattamenti.

Per un secondo prevalente orientamento, invece, in linea con quanto abbiamo sostenuto in relazione alla causa di non punibilità, la distinzione è irrilevante, poiché la connessione viene meno anche se il reato procedibile d'ufficio non scompare del tutto ma è inghiottito nel reato di violenza sessuale<sup>25</sup>: evidentemente perché l'eclissarsi del reato procedibile di ufficio fa cessare ogni necessità di procedere al suo accertamento, e quindi preclude il delinarsi di ciò che costituisce, nel contempo, ragion d'essere e limite fisiologico della norma che rende procedibile di ufficio il reato *ab origine* procedibile a querela.

## 6. (Segue) *Conclusioni*

Come si è visto nell'esposizione della casistica, qui il panorama è più variegato. Per sostenere che non vi sia alcuno spazio per riesumare la norma generale dopo la paralisi processuale della norma speciale bisogna passare attraverso la tesi che vede nella specialità una deroga (definitiva) alla validità della norma generale basata sulla coesistenza nel sistema della pluralità delle norme e da esse condizionata. Se viceversa, si seguisse l'idea che le norme convergenti restano comunque tutte valide, salva l'inefficacia di quella generale a fini sanzionatori, allora si potrebbe indicare il caso dell'ostacolo processuale all'applicazione della pena per il reato speciale, come uno dei fattori in grado di restituire pienezza all'efficacia della norma derogata.

In realtà, la teoria della inefficacia, largamente minoritaria nella dottrina italiana, si scontra con l'enorme difficoltà concettuale di spiegare come mai nel caso della specialità, posto che ogni elemento rilevante del fatto tipico è presente tanto nella fattispecie speciale, quanto in quella generale, lo stesso possa assumere una duplice contestuale rilevanza, a cui si aggiunge l'altro problema di stabilire in concreto i margini e le condizioni della predicata inefficacia, in assenza di espresse indicazioni legislative. Per esempio, se l'inefficacia riguardasse solo la pena potrebbero invece permanere altri secondari effetti della norma derogata<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Cass. Sez. III, 30 dicembre 2009, rv. 245871, in cui si trattava di un sequestro di persona; Cass. Sez. III, 12 settembre 2013, rv. 256965, in cui si trattava di una violenza privata.

<sup>26</sup> M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 87, il quale parla di ordinamenti che ricollegano al reato eclissato una vasta gamma di possibili conseguenze giuridiche; in Italia si vedano però le sentenze (Cass. Sez. II, 8 febbraio 2007, rv. 236126; Cass. Sez. II, 10 luglio 2008, rv. 241110) che hanno negato l'applicazione di una pena accessoria (confisca per equivalente: art. 322 *ter* c.p.

A mio avviso, dal punto di vista teorico la previsione di non punibilità, l'intervento estintivo o l'ostacolo processuale di per sé non fanno venir meno l'operatività giuridica della norma speciale, poiché si tratta di effetti che, anzi, la presuppongono; la norma speciale, invero, ha in tal modo *già consumato* la sua operatività rispetto al fatto concreto, la sua disciplina: mentre la norma generale non potrebbe riemergere in sua vece senza violare il principio del *ne bis in idem*.

Ciò che abbiamo visto per la causa di non punibilità mi pare valga a più forte ragione per il concreto ostacolo processuale, il quale opera su un piano diverso da quello della norma incriminatrice e solo "dopo" che tale norma è stata individuata come competente a qualificare il fatto di reato.

### *7. Reato assorbente non procedibile*

È ora tempo di tornare alla sentenza che ha suscitato queste brevi riflessioni e di domandarci se alle medesime conclusioni si può pervenire anche nei casi in cui l'unicità del reato discenda dall'impiego di quei – per quanto dubbi e criticati – *criteri contenutistici* che ogni tanto abbiamo visto emergere sulla scena giurisprudenziale, pur con mille cautele.

Si è visto come la sentenza in questione non si spinga sino ad una risposta affermativa a tale quesito e come, anzi, abbia precisato che l'antefatto non punibile opera *solo se il reato assorbente sia procedibile*, pur avendo – più nella forma che nella sostanza – ricondotto il criterio di consunzione al principio di specialità.

La dottrina che ha criticato la decisione ha messo in luce come evocare il c.d. criterio dell'assorbimento per consunzione, affermando che un reato è assorbito da un altro poiché questo ne esprime tutto il disvalore, sia affermazione che poggia su argomentazioni malleabili come l'argilla e che descrive un orizzonte di senso metodologicamente non compatibile con il campo a cui si iscrive il concorso apparente di norme che è quello dei limiti di applicazione della legge penale.

Sarebbero le vicende del caso concreto – seppur ricorrenti frequentemente – a esprimere l'eccesso sanzionatorio del cumulo dei reati, non già informazioni ricavabili in astratto dalle stesse fattispecie criminose. Da

---

e art. 640 *quater* c.p.) accanto alla pena principale prevista per la norma speciale (art. 8 d.lgs. n. 74/2000), proprio perché la pena accessoria risultava comminata solo dalla norma generale (art. 640 *bis* c.p.).

questa notazione in senso critico, discende allora logicamente che non ci si debba stupire se, una volta che il giudice abbia inteso dar ingresso a tale criterio “equitativo”, egli guardi solo al caso concreto ed escluda l’assorbimento quando il reato assorbente sia concretamente non applicabile per qualche ragione (finanche la mancata contestazione processuale). Con il venir meno in concreto della pena per il reato assorbente verrebbe anche meno l’esigenza equitativa dell’assorbimento.

In effetti, come si è visto, buona parte della dottrina favorevole alla legittimazione di criteri sostanziali, tende a rimarcare la differente operatività di questi rispetto al criterio strutturale di specialità e, in particolare, è propensa a spiegare l’assorbimento della norma che prevede il trattamento sanzionatorio meno grave solo sul piano dell’efficacia sanzionatoria: il principio del *ne bis in idem* sostanziale, inteso come espressione della esigenza di proporzione tra fatto e sanzione, è collocato più nel capitolo della “commisurazione” della pena che in quello della astratta posizione delle norme, nell’ambito di una operazione tesa a porre rimedio ai livelli sanzionatori sproporzionati del concorso dei reati<sup>27</sup>.

A mio avviso una simile distinzione quanto a operatività tra criterio strutturale e criterio valoriale, però, non sembra fondata. È pur vero che i criteri valoriali non trovano un riconoscimento espresso nella legge, ricavandosi dai principi generali (*ne bis in idem*, proporzionalità-offensività) con ampi margini di opinabilità delle soluzioni; ma occorre puntualizzare che anche quando la tipicità unitaria discende da valutazioni di questo tipo, circa i rapporti tra i beni giuridici in gioco o circa la ragionevolezza della complessiva risposta sanzionatoria, l’interprete, senza considerare le peculiarità dell’accadimento concreto, deve ragionare sempre sul piano del rapporto tra norme. Una norma assorbe il contenuto dell’altra a prescindere dalla effettività dell’applicazione della pena commisurata al caso singolo, poiché l’assorbimento riguarda “al più presto” la dimensione delle incriminazioni.

È la stessa dottrina che si mostra fortemente critica nei confronti di aperture a criteri sostanzialistici, tacciandoli di eversione rispetto al quadro della legalità penale, a ricordare che comunque «si sta trattando di più fattispecie i cui ambiti applicativi in qualche modo interferiscono, o presentano contiguità/continuità logica»<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., pp. 74 ss.: «il reato più grave assorbe gli altri unicamente in virtù di un particolare principio di rilevanza giuridica: quello che impone l’applicazione della sanzione capace, di per sé, di esaurire la valutazione penalistica del quadro di vita».

<sup>28</sup> VALLINI, *Tracce*, cit., p. 527; anche PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., p. 77,

Il collegamento tra un reato e l'altro, invero, anche quando opera la consunzione nelle forme dell'antefatto o postfatto non punibile, non dipende dalle peculiarità del concreto accadimento o da una rilevazione statistica circa l'ordinario svolgersi degli accadimenti, bensì proprio dalle stesse "informazioni" che si ricavano dalle fattispecie, sia pure considerate non in una prospettiva logico-strutturale, bensì nel contenuto offensivo che esprimono.

La circostanza indubbia che in tal caso ci si muova su un terreno più friabile non deve far pensare che l'assorbimento di un reato nell'altro discenda da valutazioni attinenti alla «meritevolezza di pena del "fatto concreto"»<sup>29</sup>, poiché siffatta ricaduta a sua volta dipende pur sempre da valutazioni che concernono la descrizione legale del fatto di reato<sup>30</sup>.

Ad esempio, che «il reato di cui all'art. 615 *quater* costituisce necessario antefatto del reato di cui all'art. 615 *ter*», come ha sostenuto la Cassazione, non dipende dagli accidenti della vicenda concreta portata dinnanzi al giudice, ma dalla circostanza apprezzabile sulla base della descrizione del fatto da parte del legislatore che per entrare abusivamente in un sistema informatico occorre avere ottenuto dapprima le chiavi di accesso altrettanto abusivamente.

Nessuna differenza di piani, dunque, si può apprezzare tra la deroga sancita a favore della norma speciale e l'assorbimento (ricavabile dai principi) ad opera della norma prevalente: entrambi i fenomeni eclissano in via definitiva la norma soccombente, che solo in via teorica aveva

---

avverte che si deve evitare il rischio di «bypassare» il diaframma delle fattispecie, operando un raffronto immediato tra il disvalore complessivo dell'accadimento storico e la risposta sanzionatoria».

<sup>29</sup> VALLINI, *Tracce*, cit., p. 526. Riconosce i profili di incertezza che apre il criterio della consunzione, F. CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in «RTDPE», 2015, 75 ss. il quale sottolinea come esso «si presti ad essere una razionalizzazione *ex post* di istanze equitative, incapace di reggere a esigenze estemporanee e contingenti di prevenzione generale e, più in generale, di garantire soluzioni uniformi al di là del caso concreto».

<sup>30</sup> FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità*, cit., p. 348, evidenzia esattamente che il criterio sostanziale dell'assorbimento costituisce espressione di un criterio di sistema volto a confrontare norme giuridiche e non fatti concreti. Per analoghe considerazioni, si può vedere la ricostruzione di N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2020, pp. 219 ss. In questo senso, non ci si discosta dalla "raccomandazione" della dottrina quando, per patrocinare la teoria strutturale, osservava che se la questione del concorso apparente di norme riguarda le relazioni fra fattispecie astratte, i criteri per risolverlo non potranno che far leva unicamente sul confronto fra queste fattispecie (G. DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 40, il quale tuttavia ritiene che il criterio che fa leva sul bene giuridico valorizza un terzo elemento "estraneo" al confronto diretto tra le fattispecie).

preliminarmente la capacità di qualificare giuridicamente il fatto, ma che è destinata a non riapparire in alcun caso sulla scena.

Dunque, a dispetto del tenore di qualche sentenza che sembra affermare il contrario, è preferibile concludere che la distinzione tra tipicità unitaria originaria e sopravvenuta contiene solo una descrizione del diverso ragionamento che conduce il giudice ad applicare un unico reato, ma non ha pratico rilievo: in entrambe le vicende l'altro reato (soccumbente o assorbito) perde *definitivamente* qualsiasi capacità applicativa, almeno finché nel sistema si trovi a convivere con la norma speciale o prevalente.

Ciò significa che, non diversamente dal meccanismo dell'art. 15 c.p., quando operano i criteri di valore – negli sporadici casi in cui essi vengono riconosciuti – la norma assorbente, sul presupposto che il fatto di reato sussiste nei suoi requisiti costitutivi, ha svolto la funzione di tutela del bene che le è stata assegnata, già in astratto comprensiva dell'altra, anche quando risulti preclusa la sua concreta capacità punitiva.

Nella sostanza il divieto di applicazione di più reati, quale che sia il criterio che lo determina, esprimendosi “al più presto” nella dimensione astratta della posizione del precetto e risolvendosi, dunque, in una *vicenda interpretativa* non subisce deroghe legate alla accidentalità delle cadenze processuali del caso di specie; sicché, salva diversa specifica indicazione da parte del legislatore, la tipicità unitaria che ne deriva non presenta alcuna differenza rispetto alla tipicità unitaria che sin dall'inizio si palesa nella qualificazione del fatto.

In un caso e nell'altro è definitivamente preclusa ogni ulteriore diversa qualificazione.



Giovanni Caruso\*

*Per un lessico di questioni definitorie  
in tema di prevedibilità della decisione giudiziale*

SOMMARIO: 1. Premessa. La *prevedibilità* come risposta alla c.d. crisi della legalità? – 2. Il ‘tempo ciclico’ della *prevedibilità* tra diritto interno e sovranazionale – 3. La *prevedibilità* come principio ‘non bilanciabile’ – 4. *Prevedibilità* ‘in senso lato’ e *prevedibilità* ‘in senso stretto’ – 5. La *prevedibilità* nella ‘coralità’ del torto penale: un prius necessario alle conseguenze sanzionatorio-afflittive a carico del singolo – 6. La *prevedibilità* come diritto umano (asseritamente) ‘violato’ nell’art. 7 CEDU e nella giurisprudenza di Strasburgo – 7. La *prevedibilità* in una logica di ‘massimizzazione delle tutele’ tra ordinamento interno e sovranazionale – 8. Corollari e sub-corollari della *prevedibilità* nella prospettiva del principio di massimizzazione delle tutele – 9. La *prevedibilità* come assenza (assoluta o meno) di imprevedibilità. Ragioni e insidie di un’errata equazione – 10. La differenza tra *prevedibilità* e certezza del diritto – 11. Brevi ‘conclusioni interlocutorie’.

1. *Premessa. La prevedibilità come risposta alla c.d. crisi della legalità?*

In occasione del Terzo Convegno Nazionale dell’Associazione dei Professori di diritto penale dal titolo ‘*La crisi della legalità*. Il ‘sistema vivente’ delle fonti penali’, tenutosi a Napoli nel novembre del 2014 –, Antonio Fiorella, studioso al quale il presente contributo è dedicato, con condivisibile rigore richiamava l’esigenza di chiarificare i compiti ai quali, a fronte dell’ormai insistentemente ribadita ‘crisi della legalità’, il formante dottrinale della scienza penale – nel dialogo col formante tanto legislativo, quanto giudiziario-giurisprudenziale – non si sarebbe più potuto sottrarre<sup>1</sup>.

Ormai da decenni la giurisprudenza si è auto-assegnata – pur tra le molte e ulteriori fenomenologie espressive dell’ingravescente invadenza

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Padova.

<sup>1</sup> Cfr. A. FIORELLA, *Pluralità delle fonti e complessità del sistema penale*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno dell’Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, Napoli 7-8 novembre 2014, Napoli 2016, pp. 335 ss.



dello *ius dicere*<sup>2</sup> – una peculiare prerogativa nell’opera di c.d. supplenza giurisdizionale: per un verso esprimendo una sorta di ‘autoritarismo bene intenzionato’<sup>3</sup>, favorito dalle aporie applicative rivenienti – non ultimo – dalla sempre più degradata qualità del prodotto legislativo; per un altro verso, in qualche caso, al fine di salvare le disposizioni dai *deficit* di chiarezza dei precetti, delineando norme ‘extratestuali’ capaci di ‘tassativizzare’ previsioni anfibologiche, sfibrate, porose e indeterminate.

Tale auto-comprensione eccessivamente dilatata dei propri compiti<sup>4</sup>, lungi dal risolvere il problema dell’entropia nell’applicazione uniforme del diritto penale, ha aggravato il *deficit* di conoscibilità delle fattispecie delittuose e, dunque, di calcolabilità delle decisioni giudiziali.

Alle cause genetiche di carattere endogeno, segnatamente raccordabili, sotto plurimi aspetti, al decadimento qualitativo della *lex scripta* e alle prassi ‘creatrici’ e/o ‘emendatrici’ della giurisprudenza, si è sommato un ulteriore fattore di incertezza di origine esogena, ormai da tempo individuato nella c.d. *cross fertilization* tra le forze centrifughe della legalità *multilevel*, domestica e sovranazionale<sup>5</sup>.

Tra le rinnovate declinazioni della legalità, la categoria della *prevedibilità*

<sup>2</sup> Sulle cause di fondo della crisi della legalità, oltre la frammentarietà convulsa del sistema multilivello delle fonti nazionali e sovranazionali, cfr. M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. Ronco, E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna 2016, spec. pp. 20-22.

<sup>3</sup> Così, efficacemente, D. PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in «Quaderni costituzionali», 1982, pp. 93 ss. La giurisprudenza, essendo il potere istituzionalmente deputato alla repressione dei reati mediante l’applicazione delle pene, esprime una marcata sensibilità per la tutela degli interessi penalmente protetti, ispirata a un finalismo repressivo di stampo securitario e politico-criminale, con la tendenza a estendere i confini delle disposizioni.

<sup>4</sup> Così H.J. HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in «Festschrift für Tröndle», Berlin 1989, ora in G. Kohlmann (a cura di), *Strafrechtliche Probleme*, Berlin, *Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin 1999, p. 112.

<sup>5</sup> In via generale, l’espressione *multilevel* va sempre più guadagnando *allure* tra gli studiosi. Sull’argomento cfr., *ex pluribus*, A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia, E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 89 ss.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in «RIDPP», 2014, p. 1109; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, DIKE Giuridica Editrice, Roma 2012; ID., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?* in «RIDPP», 1/2015, 154; ID., *Common Law-Isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in «CP», 3/2017, pp. 955 ss., anche in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Scritti in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 151-173; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano 2007.

delle decisioni giudiziali – in uno al progressivo interesse penalistico dalla stessa destinato negli ultimi tempi – si inserisce proprio nella più ampia cornice del sistema eterogeneo delle fonti, con lo scopo precipuo di contribuire a governare gli esiti antigarantistici dell'incertezza applicativa nel diritto penale.

Anche tale aspirazione, tuttavia, va razionalmente governata. Occorre evitare che la sostituzione dei principi del diritto *flow*<sup>6</sup>, di matrice prevalentemente sovranazionale, a quelli della legalità 'statica' dell'ordinamento interno rivitalizzi una rinnovata forma di 'autoreferenzialità' ermeneutica, preoccupante non solo sul piano del rispetto del super-corollario della legalità – e cioè la riserva di *lex parlamentaria*, con il potenziale e definitivo approdo alla palingenesi dello *ius dicere* in fonte di produzione del diritto penale –, ma, ancor più gravemente, su quello della efficace salvaguardia delle inderogabili esigenze garantistiche del *nullum crimen*.

Senonché, se in tale frastagliato contesto si assiste all'attuale consolidamento della categoria penalistica della *prevedibilità* della decisione giudiziale, non sempre, nel tumultuoso e convulso stato della giurisprudenza e degli studi, se ne assume in senso univoco e omogeneo il riferimento giuridico-semantic.

Un 'lessico di base' sul tema della *prevedibilità* sembra quindi poter proficuamente contribuire – si auspica – ad alimentare il dibattito scientifico, quotidianamente impegnato tra i quasi ingovernabili flutti della legalità contemporanea.

Ciò è quanto mi riprometto nel presente scritto.

## 2. Il 'tempo ciclico' della prevedibilità tra diritto interno e sovranazionale

La nozione di 'prevedibilità' nel diritto penale – sovente accostata in termini di equipollenza semantica a quella, più appropriata e specifica, di 'prevedibilità della decisione giudiziale'<sup>7</sup> (locuzione d'ora in poi sintetizzata anche con il solo lemma *prevedibilità*) – ormai da tempo costituisce un aspetto cruciale e 'trasversale', assunto al rango di autentico principio, della

<sup>6</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986, *passim*.

<sup>7</sup> Quasi tutti i contributi della scienza penalistica in proposito seguono tale terminologia definitoria, recepita anche da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Riscato (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., p. 213-265.

riflessione penalistica.

Essa si pone all'intersezione, nella teoria e nella prassi dell'esperienza punitiva, di plurime prospettive di indagine: dai differenti livelli gerarchico-normativi delle fonti dell'ordinamento penale al versante teorico-generale riferito alle diverse cifre dell'interpretazione, anche penalistica<sup>8</sup>; dai problemi dei rapporti multilivello tra fonti interne e sovranazionali in senso lato alle implicazioni costituzionali o *sub*-costituzionali del principio; dalla limitazione della sua rilevanza nell'esclusivo perimetro della c.d. *matière pénale*, convenzionale o costituzionale, alla sua possibile estensione anche in quello, più ampio, del diritto *lato sensu* sanzionatorio (in quanto tale comprensivo del diritto punitivo amministrativo, delle misure di sicurezza e di prevenzione, *et similia*).

Il tema è divenuto straordinariamente vasto, quasi disorientante ove se ne considerino tutti i correlati plessi problematici.

Antepondo al 'glossario' ripromessomi alcune considerazioni generali, concernenti le origini e ricadute, nel nostro ordinamento, della categoria, curando di riprendere più distesamente il ragionamento nei successivi paragrafi.

Sembra che la *prevedibilità*, nel corso degli ultimi lustri, abbia vissuto un 'tempo ciclico', percorrendo un moto pendolare, tra diritto interno e diritto sovranazionale, caratterizzato da tre fasi: una fase 'ascendente', segnatamente rappresentata dall'originaria enucleazione 'domestica' del principio, sia pure *in nuce*, con la sentenza costituzionale n. 364 del 1988<sup>9</sup> (all'epoca configurato quasi esclusivamente come *conoscibilità* del divieto penale) fino alla proiezione sovranazionale dello stesso nella giurisprudenza della Corte EDU; una fase di consolidamento concettuale e giuridico, con la più decisa maturazione del formante giurisprudenziale europeo sull'art. 7 della CEDU, e l'elaborazione di più analitici criteri intesi a esprimere il significato della legalità penale sovranazionale nei requisiti della *accessibilità* e, appunto, della *prevedibilità*; una fase discendente – forse, nella presente congiuntura storica, la più critica –, raccordabile alle modalità di recepimento, nell'ordinamento interno, della *prevedibilità* guadagnata sul piano sovranazionale<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cfr., senza pretesa d'eshaustività, e rinviando *ivi* per ulteriori indicazioni bibliografiche, i più recenti studi sul tema di M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in «Il Pensiero. Rivista di filosofia», 2019, Fasc. II, pp. 45-79 e O. DI GIOVINE, «Salti mentali». *Analogia e interpretazione nel diritto penale*, in «Quest. Giust.», 2018, pp. 55 ss.

<sup>9</sup> Cfr. C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in «FI», pp. 1385 ss.

<sup>10</sup> Si coglie in modo molto netto il moto pendolare sopra indicato nei più recenti lavori monografici che hanno messo a tema, tra l'altro, proprio la nozione di *prevedibilità-calcolabilità* della decisione giudiziale. Ricordo qui le tre seguenti ricche ricerche: M. LANZI,

L'escursione, quindi, non solo si presenta complessa sul piano storico-giuridico, ma altresì, implicando sovrapposizioni tra differenti tradizioni giuridiche e di 'linguaggio' penalistico, impone la necessità di comprendere il senso stesso delle parole utilizzate nel flusso circolatorio dei diversi modelli, in un quadro in cui le analisi comparatistiche acquisiscono, di conseguenza, eminente rilievo<sup>11</sup>.

Più nel dettaglio, la *prevedibilità* 'in senso stretto' (cfr. *infra*, § 3), originatasi nell'ordinamento penale interno nella zona prossimale del moto pendolare, assume uno specifico inquadramento dogmatico e sistematico, innervando il senso della c.d. colpevolezza normativa, secondo una prospettiva – come noto – comunque, 'astrattizzante' (cfr. *infra*, § 4).

Nella fase distale del moto, invece, la *prevedibilità* convenzionale riveste la qualifica di *diritto umano (asseritamente) violato* (cfr. *infra*, § 5), con rilevanti conseguenze giuridico-concettuali: (a) come *diritto umano* tutelato a livello sovranazionale, essa viene ricondotta alla specifica e irripetibile sfera giuridica del singolo ricorrente; (b) di conseguenza, tende a 'soggettivizzarsi', quasi a cucendosi 'sartorialmente' sulle capacità e competenze professionali, cognitive ed esperenziali del soggetto che lamenta la violazione del proprio diritto (il singolo si duole della violazione della – in certo senso – 'sua' prevedibilità); (c) alla delimitazione soggettiva si accompagna poi la tendenza alla *massimizzazione* degli *standard* di tutela del principio, alla stregua di una protezione "*behind the appearances at the realities of the situation*"<sup>12</sup> (cfr. *infra*, § 6); (d) inoltre, l'esigenza di completezza nella salvaguardia del diritto alla *prevedibilità* si estende ben oltre il *Sollen* normativo, progressivamente occupando, da un canto, il più vasto perimetro della c.d. *matière pénale* e,

---

Error iuris e sistema penale. *Attualità e prospettive*, Giappichelli, Torino 2018, I-X, pp. 1-408, spec. pp. 49-64; D. PERRONE, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino 2019, *passim*, spec. pp. 205 ss.; A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, *passim*, spec. pp. 152 ss.

<sup>11</sup> Sulla circolazione dei modelli, d'obbligo è il richiamo degli studi di R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in «Digesto civ.», vol. 2, Torino, 1988, p. 368. Sulla riflessione di Rodolfo Sacco in generale cfr. A. SOMA, *Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Politica del diritto*, fasc. 1/2015, pp. 105-134. Per una preziosa tematizzazione penalistica di Sacco e della Scuola comparatistica trentino-torinese, cfr. G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Giappichelli, Torino 2014, *passim* e, con riferimento al criptotipo della retroattività della giurisprudenza imprevedibile, spec. pp. 253-271.

<sup>12</sup> Cfr. Co.EDU, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), *Welch c. United Kingdom*, in «*Publications del la Cour Européenne des Droits de l'Homme*», Sèrie A., vol. 307, 1 ss., § pp. 27 ss. – 34 (in *Legisl. Pen.*, 1995, 522), in <[www.echr.coe](http://www.echr.coe)>.

da un altro, la fase sia commisurativa, sia esecutiva nello *ius puniendi* (cfr. *infra*, § 7).

Nella fase di rientro del moto nell'ordinamento interno, la *prevedibilità* richiede, oltre alla 'ricollocazione' tra le 'stanze della dogmatica' in seno al modello continentale di *civil law*, l'identificazione dei contesti esposti maggiormente al rischio d'incrinatura assiologica e applicativa della stessa, tra i quali – come da molti ormai riconosciuto anche a seguito di meritori studi non più giudicabili come avveniristici<sup>13</sup> – va annoverato quello del contrasto o mutamento giurisprudenziale.

### 3. La prevedibilità come principio 'non bilanciabile'

Se davvero si intende 'tesaurizzare' la vigoria acquisita a Strasburgo dalla *prevedibilità*, occorre coinvolgere l'impegno della scienza giuridica, in generale, e di quella penalistica, in particolare.

Sul piano teorico generale, è necessario impedire che il ragionamento condotto attraverso le categorie epistemiche del c.d. *diritto mite* venga ulteriormente depotenziato dall'"insensibilità" del potere giudiziario. La *prevedibilità*, nel suo pregnante senso garantistico, non va fatta sfiorire tra *calembours*, litoti e circonlocuzioni linguistiche, tanto apparentemente neutre nel fluire delle motivazioni delle sentenze, quanto sostanzialmente impietose nello stroncare l'autentico ruolo garantistico del *nullum crimen*.

Di qui alcuni *caveat*.

Va anzitutto detto che la *prevedibilità* merita apprezzamento sul piano *positivo* della predicabilità effettiva, come *ragionevole prevedibilità* della decisione giudiziale, non come *difetto di imprevedibilità* o, addirittura, di

<sup>13</sup> Grande merito va riconosciuto ad Alberto Cadoppi, studioso che per primo ha illustrato un ampio affresco dei problemi che il contrasto tra le interpretazioni giurisprudenziali provoca nell'ordinamento penale. In proposito si rinvia alla monografia, riedita ed aggiornata, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino 2014, *passim*. L'Autore, con pregevole apertura sistematica e dogmatica, si è occupato del valore del precedente nel nostro sistema penale anche in scritti successivi, tra i quali si menziona ID., *Giurisprudenza e diritto penale*, in AMBROSETTI, *Studi in onore di Mauro Ronco*, cit., pp. 33 ss. (scritto pubblicato anche in «DPP», IX aggiornamento, 2016). Nella *Prefazione* all'edizione del 2014, lo studioso, a proposito della prima pubblicazione della ricerca, rileva: «Ragionare in simili termini, e ipotizzare siffatte soluzioni *de lege ferenda*, poteva sembrare allora – mi si permetta la voluta esagerazione – un delirio scientifico, un'elucubrazione teorico-dottrinale priva di futuro e di plausibile riscontro nella realtà operativa» (*Prefazione*, XV).

*assoluta imprevedibilità* (cfr. *infra*, § 8).

Inoltre, non può condividersi la troppo spesso istituita ‘corrispondenza biunivoca’, almeno sul piano funzionale, tra *nomofilachia* e *prevedibilità*.

Sul punto, il quadro risulta davvero complesso, e consente di esprimere soltanto talune notazioni di fondo. L’uniformità e costanza dell’interpretazione giurisprudenziale – la c.d. *nomofilachia*<sup>14</sup> – non è un ‘valore’ esattamente sovrapponibile a quello della *prevedibilità* soggettiva, secondo la sua origine e il suo consolidamento significativo. L’interpretazione evolutiva, infatti, anche nel diritto penale, gli scarti e gli scostamenti tra testo e interpretazione – secondo le acquisizioni dell’ermeneutica giuridica ormai ampiamente recepita anche dal penalista<sup>15</sup> –, vuoi sul piano sincronico, vuoi su quello diacronico, non costituiscono di per sé distorsioni che il diritto penale non possa permettersi. Né è opportuno, a fonte dell’avvertita e ragionevole esigenza di un mutamento giurisprudenziale, auspicare che il legislatore, troppo spesso già inadeguato ai propri compiti, intervenga ‘ad ogni stormir di fronde’.

La *prevedibilità*, tuttavia, è cosa altra – per quanto ‘affine’– rispetto alla *nomofilachia* e alla certezza del diritto (cfr. *infra*, § 9).

La *prevedibilità* è una garanzia della persona che si rivela anche laddove sia - nella vita, nel tempo, nello spazio e tra le comunità raccolte nell’ordinamento - auspicabile il *revirement*, addirittura l’*overruling*, o la traduzione nelle sentenze, ad esempio, delle istanze manifestate dai mutamenti della sensibilità sociale o dai progressi – indipendentemente da ciò che se ne pensi sul piano filosofico o assiologico – nell’‘età della tecnica’. In altre parole se la *nomofilachia* va accuratamente ponderata anche con un plesso articolato di interessi, valori e principi dell’ordinamento, lo stesso – nel settore del diritto in cui esseri umani decidono legittimamente della sofferenza di altri esseri umani (e cioè nel diritto punitivo) – non può accettarsi per la *prevedibilità*, poiché la garanzia e la libertà del singolo contro inaspettate torsioni *in malam partem* dell’interpretazione giurisprudenziale non si possono bilanciare.

Da tale angolazione, il compito del formante dottrinale potrebbe articolarsi non solo *de iure condito* – come sovente è stato perseguito

<sup>14</sup> Sul valore della nomofilachia, cfr. G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in «Dir. pubb.», fasc. 2/2017, 21-28, nonché, anche in relazione alla modifica dell’art. 618 c.p.p., con l’introduzione di un vincolo ‘morbido’ al precedente, ancora ID., *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in *discrimen.it*, 16 marzo 2020.

<sup>15</sup> In proposito, cfr., anche per ulteriori richiami alla letteratura penalistica, M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in «Europeismo giudiziario e scienza penale». *Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, I-XV, pp. 1-211, anche per l’ulteriore bibliografia richiamata.

attraverso pur preziosi – ma spesso inascoltati – moniti di ‘deontologia ermeneutica’<sup>16</sup> a beneficio dell’*esatta applicazione* e dell’*uniforme applicazione* della legge penale –, ma anche ipotizzando coraggiose prospettive *de iure condendo*, traendo ad esempio ispirazione, mediante un’ulteriore ‘circolazione di modelli’, dalle tecniche garantistiche esperite e collaudate nei Paesi di *Common law*, quali le troppo spesso solo evocate tecniche del *prospective overruling* o dell’*absolute discharge*<sup>17</sup>. Certo, con ogni dispositivo di adattamento interno, che proprio la scienza penale dovrebbe farsi carico di suggerire, individuare ed utilizzare, esigendo che allo stesso modo operino legislatore e giudici.

Sia sufficiente, per il momento – come anticipato – proporre una sorta di lessico di base, un ‘glossario’ giuridico, di merito e di metodo, utile alla riflessione penalistica sulla *prevedibilità* della decisione giudiziale in materia penale.

#### 4. Prevedibilità ‘*in senso lato*’ e prevedibilità ‘*in senso stretto*’

La categoria della *prevedibilità* è multiforme, potendo essere intesa perlomeno in una duplice accezione: come prevedibilità del diritto, della legge penale, del divieto, del precetto, *et similia*, alla stregua di una declinazione ‘astrattizzante’ in senso lato, che molto spesso ha impegnato e impegna le riflessioni gius-filosofiche<sup>18</sup>, in generale, e penalistiche, più in particolare.

La *prevedibilità* – così intesa – assume, in realtà, un significato oggettivo-sistematico e non già soggettivo, più affine quindi a quello di *certezza* del diritto.

Senonché, già alla mera considerazione della struttura logico-semantica

<sup>16</sup> Cfr. V. MANES, *Dalla ‘fattispecie’ al ‘precedente’: appunti di deontologia ermeneutica*, in <[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)>, 17 gennaio 2018. In una prospettiva di ‘deontologia interpretativa’ a beneficio dei diversi formanti interni è rivolto, ci sembra, anche lo studio di VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., spec. pp. 237 ss.

<sup>17</sup> Per la rivisitazione ‘penalistica’ di tali tecniche, anche con indagini di tipo comparatistico, cfr. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit., pp. 275 ss. Per una più ampia prospettiva comparatistica, cfr. A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Cedam, Milano 2017, spec. pp. 35 ss., nonché M.A. EISENBERG, *La natura del common law*, Giuffrè, Milano 2010 (traduzione e postfazione di Massimiliano Granieri), e, sulla tecnica del *prospective overruling*, spec. pp. 188 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, cfr. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino 2005, spec. pp. 25-51.

dell'espressione, mentre il divieto racchiuso nella fattispecie incriminatrice può, a stretto rigore, essere solo conosciuto, ignorato o equivocado – e non certo *impreveduto* –, la *prevedibilità* può avere a proprio esclusivo oggetto la rappresentazione soggettiva di una situazione collocata temporalmente nel futuro<sup>19</sup>.

Quindi, meglio esprimersi in termini di prevedibilità *in senso stretto*, la quale ha ad oggetto la futura decisione giudiziale di condanna, il principio dovendo costituire una garanzia del singolo contro una *decisione punitiva* 'imprevedibile' o, meglio ancora, non 'ragionevolmente prevedibile'. Il consolidamento concettuale di tale principio ha espresso il tentativo di rispondere alla progressiva 'dilatazione' di un quesito tanto semplice, quanto cruciale, addirittura fondante, per ogni riflessione penalistica. La versione-base del suddetto interrogativo – sfrondata, ovviamente, di ogni impropria banalizzazione processual-probatoria sul fatto<sup>20</sup> –, va così formulato: può una persona essere *punita* senza che ciò fosse per la stessa *qualificatamente* 'prevedibile' al momento del comportamento tenuto?

In proposito, è d'obbligo rammentare il contributo di Francesco Viganò, studioso – oggi Giudice costituzionale – che per primo, in Italia, ne ha proposta una trattazione autonoma rispetto alle (numerossime e ulteriori) già richiamate e complesse 'contaminazioni' tematiche. L'Autore, in occasione del già evocato terzo Convegno dell'Associazione Nazionale dei Professori di diritto penale<sup>21</sup>, teneva un intervento icasticamente intitolato, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*.

Da allora, l'individuazione specifica del significato e del ruolo della c.d. *prevedibilità* dell'esito giudiziale nella scienza penalistica italiana sarebbe stata sempre più oggetto di studio, la *prevedibilità* esprimendo, a ogni livello dell'ordinamento interno, un "imperativo da perseguire da parte del sistema penale nel suo complesso"<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> L'annotazione, apparentemente banale, si impone posto che non pochi sono gli studi che, come testé rammentato, probabilmente avvalendosi di espressioni brachilogiche, si riferiscono alla *prevedibilità* del 'diritto', o del 'diritto penale', o addirittura della 'legge penale' o del 'divieto'.

<sup>20</sup> Coglie nitidamente la complessità del tema, evidenziando la possibile equivocità del richiamo alla *prevedibilità*, M. DONINI, *Fattispecie o case law? La 'prevedibilità del diritto' e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «QG», 4/2018, spec. p. 85.

<sup>21</sup> Per l'intervento, aggiornato, cfr. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., pp. 213-265.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 214.



### 5. La prevedibilità nella 'coralità' del torto penale: un prius necessario delle conseguenze sanzionatorio-afflittive a carico del soggetto

Una seconda nota qualificatoria va raccordata all'inquadramento teorico-generale della *prevedibilità* nel diritto penale nazionale, cercando di individuare in quale 'anello' della catena che correla il comportamento umano all'attuazione della pretesa sanzionatoria essa si collochi.

Può affermarsi che, nell'ambito dell'ordinamento interno, la *prevedibilità* scaturisca dal rafforzamento del 'sinallagma' tra dimensione oggettiva e soggettiva della legalità penale. Invero, già da tempo si è acquisita consapevolezza che la vocazione garantistico-individuale del principio di legalità, secondo lo specifico corollario (pur sistematicamente inscritto, sul piano interno, nella cornice della teoria delle norme penali) temporale dell'irretroattività dello *ius puniendi*<sup>23</sup>, costituisce lo strumento inteso ad assicurare la rimproverabilità del singolo esclusivamente per le proprie libere e consapevoli scelte d'azione. Che in tanto saranno tali, in quanto sussista, al momento della condotta, un qualificatamente adeguato formante normativo (sia esso legislativo, giurisprudenziale, o legislativo-giurisprudenziale) del divieto. Di qui, in prospettiva di garanzia e al fondo di una corale considerazione dell'esperienza punitiva, può affermarsi che l'esistenza, antecedente rispetto alla condotta, della 'norma'<sup>24</sup> penale contenente il divieto o l'obbligo, unitamente alla sua 'conoscibilità' e 'intelligibilità' da parte del destinatario, non costituiscono un fine in sé dell'ordinamento, bensì solo il mezzo attraverso il quale garantire la 'prevedibilità' delle conseguenze punitive.

Ma neppure la *prevedibilità*, a propria volta, può dirsi un fine in sé e per sé dell'ordinamento penale.

Sul piano delle garanzie, gli 'anelli' della concatenazione da 'mezzo' a 'fine' progrediscono quindi al modo seguente: (1) l'istanza responsabilitaria penale richiede il rispetto del principio di personalità-colpevolezza normativa, e cioè che il reo sia rimproverabile per l'abuso della propria libertà di

<sup>23</sup> Sul tema, cfr. E.M. AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in Ronco, Ambrosetti, Mezzetti, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna 2016, pp. 303 ss.

<sup>24</sup> Come noto, per 'norma' o formante normativo, nel presente contesto, si intende la disposizione interpretata e applicata nell'esperienza giudiziaria, secondo la notissima distinzione di V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in «ED», vol. XIII, Torino, 1964, p. 207, che poi sarebbe stata ampiamente recepita dall'ermeneutica, anche penalistica, contemporanea (cfr., tra i più recenti, gli studi di cui alla nota *retro* 8, anche per le ulteriori indicazioni di letteratura).

autodeterminazione; (2) la rimproverabilità presuppone la *prevedibilità* qualificata delle conseguenze sanzionatorie *lato sensu* punitive; (3) la *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie irrogande dal giudice richiede, a propria volta, la previa e qualificata conoscenza-conoscibilità della *norma* (legislativa, giurisprudenziale o legislativo-giurisprudenziale) penale imperativa; (4) la conoscenza-conoscibilità della norma penale imperativa implica la previa esistenza, nell'ordinamento, della stessa.

#### 6. *La prevedibilità come diritto umano (asseritamente) 'violato' nell'art. 7 CEDU e nella giurisprudenza di Strasburgo*

La complessità multilivello delle fonti, e la conseguente differenza tra le tradizioni giuridiche (*civil law* e *common law*) accomunate sotto la tutela della Convenzione EDU e del diritto dell'UE, hanno fin dall'origine imposto una declinazione della legalità penale altra rispetto a quella classica di origine tipicamente legislativo-continentale: il principio di legalità recepito in sede europea si è nutrito di senso al metro della prevalenza delle ragioni 'garantistico-individuali' della legalità su quelle radicate al fondo del 'super-corollario' della stessa, segnatamente rappresentato dalla *riserva di legge*. Si è assistito, in certo senso, a un mutamento *khuniano* di paradigma o sfondo problematico<sup>25</sup>: dal principio di legalità informato alla riserva di legge proprio dei sistemi di *civil law* – finalizzato a salvaguardare il primato, nell'edificazione della legalità penale, del potere legislativo dalle 'esuberanze' dell'esecutivo e del giudiziario –, la legalità sovranazionale si struttura, fin dall'origine e direttamente, come 'diritto umano' (*nullum crimen sine iure*), assolvendo alla funzione di garanzia per il singolo di non essere 'sorpreso', *ex post*, da carichi sanzionatori non ragionevolmente prevedibili al momento della condotta. L'ambito di operatività dell'art. 7 CEDU (e del 'quasi gemello' art. 49 CDFUE) muove dalla sostanziale equiparazione del formante giurisprudenziale alla legge, espressione tipica del sistema convenzionale ed eurounitario di tutela<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Su tale mutamento *extra-paradigmatico* nel sistema reticolare delle fonti interne e sovranazionali, cfr. F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?* in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, in M. Vogliotti (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Estratti da *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 29-48, spec. p. 35.

<sup>26</sup> Cfr. V. MANES, *Commento all'art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione*

Ne conseguono i requisiti dell'*accessibilità* e *prevedibilità* del diritto, 'legislativo' o 'giurisprudenziale', i quali, con simmetria di rappresentazione, potrebbero esprimersi al modo della proporzione in matematica: l'esistenza della *lex-precetto* (in ambito interno) 'sta' all'*accessibilità* dello *ius-diritto* (in ambito sovranazionale) come la *conoscibilità* della *lex-precetto* (in ambito interno) 'sta' alla *prevedibilità* delle sequele sanzionatorio-afflittive (in ambito sovranazionale).

La c.d. 'fusione di orizzonti' che caratterizza l'ibridazione della legalità penale tra ordinamenti di *civil law* e *common law*<sup>27</sup>, caratteristica del sistema di protezione dei diritti CEDU, sospinge, tra più o meno acerbi entusiasmi e battute d'arresto, verso un progressivo mutamento della 'sensibilità' anche del giurista interno nella presa di coscienza del crescente ruolo svolto dal principio di *prevedibilità* degli esiti giudiziari.

In primo luogo, quindi, sul piano strutturale, la *prevedibilità* è anzitutto un *diritto umano*.

Essa è considerata un diritto umano unitamente a quello, collocato sul piano 'statico-gnoseologico', della c.d. *accessibilità* del diritto, secondo le cadenze di tutela impresse dall'art. 7 CEDU in tema di *nullum crimen*. In relazione ad esso, occorre soffermarsi sulla struttura del paragrafo 1, chiaramente bipartito. Il primo periodo<sup>28</sup> evoca una tutela sotto il profilo temporale, sancendo il canone della *irretroattività* del 'tipo', avvalendosi della nozione di 'diritto', piuttosto che di 'legge'; il secondo mira ad evitare che nella sequela sanzionatoria<sup>29</sup> – su cui la Corte avrebbe messo a frutto una lunga elaborazione giocando sul filo dei confini della c.d. materia penale – influiscano i mutamenti, anche giurisprudenziali, in *malam partem*. Per

---

*europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, CEDAM, Padova 2012, p. 258 ss., spec. p. 274; AA.VV., *Europa e diritto penale*, in Paliero, Viganò (a cura di), Milano 2013; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., *passim*; A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in AA.VV., *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Cedam, Padova 2001, pp. 256 ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in «Jus», 17, 2009, pp. 61 ss.

<sup>27</sup> Per l'efficace espressione cfr. V. MANES, *Common law-isation del diritto penale?* cit., p. 970.

<sup>28</sup> Nella traduzione italiana, art. 7, §1, primo periodo, CEDU: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale».

<sup>29</sup> Nella traduzione italiana, art. 7, §1, secondo periodo, CEDU: «Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

certi versi, potrebbe affermarsi che mentre il primo periodo attiene alla c.d. *accessibilità* del divieto, il secondo riguarda la *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie.

In secondo luogo, è individuabile un'ulteriore connotazione della *prevedibilità*, derivante ancora dalla marcata maturazione della stessa nel quadro dell'esperienza giurisprudenziale della Corte EDU. In tale contesto, in modo solo apparentemente paradossale, rileva, prima ancora della protezione del diritto alla *prevedibilità*, la constatazione della sua, quantomeno asserita, violazione: la *prevedibilità* interessa all'ordinamento sovranazionale CEDU come *diritto umano (quantomeno asseritamente) violato*.

In terzo luogo, se la *prevedibilità*, come diritto tutelato in sede europea, risponde alla logica dell'*après coup*, e cioè alla constatazione *ex post* della sua violazione da parte degli organi giurisdizionali dello Stato, ciò non significa ovviamente che gli stessi, e gli Stati parte ai quali appartengono, non debbano assicurarne preventivamente la tutela già in sede interna, vuoi da parte della giurisdizione ordinaria, mediante le sempre più accelerate tendenze all'accertamento diffuso di costituzionalità<sup>30</sup>, vuoi – se del caso – da parte del legislatore *de lege ferenda*.

In quarto luogo, e di conseguenza, la *prevedibilità* europea si configura come una categoria *asistemica*: essa non assume, in sé e per sé, valenza in tal senso, né di vincolo per il giudice o per il legislatore interno al modo dei principi o corollari, rispettivamente, della *riserva di legge* o della *determinatezza-tassatività*. Ciononostante, al fine di essere adeguatamente recepita e di trovare efficace 'inveramento' nell'ordinamento interno, sarà compito del giurista nazionale procedere a una seria riflessione sulle più adeguate modalità del suo recepimento: da un lato, dopo l'accertamento delle violazioni in sede sovranazionale, occorre ad esempio rimeditare la portata e vincolatività delle c.d. sentenze pilota o le resistenze da opporre al recepimento in forza dei c.d. controlimiti; da un altro lato, prima della violazione, è indispensabile valutare – come già detto – se vi siano margini per adeguati interventi risolutivi dell'imprevedibilità delle decisioni giudiziali, non solo *de iure condito*, ma anche *de iure condendo*.

<sup>30</sup> Per un ampio e documentato affresco relativo al decentramento del controllo di costituzionalità, da accentrato a diffuso, e sul progressivo 'declino' del giudizio incidentale di costituzionalità nell'attuale momento storico, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del 'volto costituzionale' dell'illecito penale*, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 1-48.

### 7. *La prevedibilità in una logica di 'massimizzazione delle tutele' tra ordinamento interno e sovranazionale*

La *prevedibilità* europea, poi, costituisce un *minimo standard* di tutela rispetto a quella eventualmente già assicurata dall'ordinamento interno.

L'annotazione sembra significativa, poiché consente – almeno sul piano individual-garantistico – di corrispondere alle perplessità che anche la più prestigiosa dottrina penalistica italiana ha espresso contro il rischio di assistere a una sorta di 'spodestamento' del principio di legalità e del suo principale corollario, la riserva di legge.

La Corte di Strasburgo non pretende, infatti, che gli Stati parte accedano all'idea che il reato costituisca una creazione puramente giurisprudenziale<sup>31</sup>, né che possa essere il giudice a stabilire cosa sia penalmente rilevante o meno. La logica protettiva dei diritti umani è sempre stata, infatti, quella della *massimizzazione delle tutele*, resa manifesta dall'operare di una norma trasversale, l'art. 53 CEDU, a tenore del quale «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

Detto altrimenti, a seconda delle peculiarità che ciascun caso concreto presenta, potranno operare, alternativamente, o addirittura cumulativamente, le garanzie 'statiche' della legalità-legislativa e/o quelle 'dinamiche' della legalità-giurisprudenziale: la tutela apprestata dall'art. 7 CEDU si andrà a *sommare* a quella della classica *lex parlamentaria*, non a sostituirla. Ne deriva che, in uno scenario in cui si fa ormai dominante la dimensione *in action* della legalità, maggiori *chances* di garanzia potranno essere assicurate dal principio – pur duttile e versatile – della *prevedibilità* degli esiti giudiziari, reale obiettivo garantistico che occorre riconoscere alla persona nelle proprie libere scelte d'azione: solo qualora la riserva di legge e i suoi corollari non corrispondano, per le ragioni più diverse (anfibologie della legge, disposizioni vaghe ed elastiche, orientamenti giurisprudenziali contraddittori, *etc.*), alle esigenze garantistiche della *prevedibilità*, la stessa si imporrà come ulteriore

---

<sup>31</sup> D'altra parte, l'affermazione, nel contesto delle pronunce della Corte di Strasburgo, non avrebbe alcuna ragione d'essere, non tanto perché la CEDU e la Corte ricusino la legalità formale dei Paesi di *civil law*, quanto perché l'ambito di protezione del quale è onerato il sistema sovranazionale, annoverando Stati tanto di *civil* quanto di *common law*, non può che disinteressarsi dell'origine, giurisprudenziale o legislativa, degli illeciti penali, nonché delle questioni dogmatiche e sistematiche che il recepimento interno delle proprie decisioni possano provocare all'interno dei diversi ordinamenti penali.

‘unità di misura’ idonea a garantire l’affidamento dei consociati in favore di un perspicuo ‘dover essere’ del diritto penale<sup>32</sup>.

#### 8. Corollari e sub-corollari della prevedibilità nella prospettiva del principio di massimizzazione delle tutele

Inoltre, non solo per esigenze espositive, è utile classificare la *prevedibilità* come ‘ideale regolativo’, cioè intendendone il contenuto nella portata massima di possibile estensione, sì da consentire – non ultimo – il più congruente giudizio scientifico circa la tollerabilità penalistica di eventuali deroghe o limitazioni al suo completo dispiegamento.

Nella sua massima estensione logica, il principio implica una suddivisione in corollari e sub-corollari. In un mondo ideale<sup>33</sup>, sarebbe necessario che il consociato potesse prevedere, prima di compiere la condotta: 1. se la condotta sarà considerata *illecita*; 2. se la condotta, oltre che genericamente *illecita*, sarà considerata *penalmente rilevante*; 3. *quale pena* sarà chiamato a scontare in caso di affermazione processuale di responsabilità, possibile previsione a propria volta caratterizzata dai seguenti ulteriori sotto-corollari: 4. in quale *fattispecie astratta* sarà sussunta la condotta; 5. quali circostanze *aggravanti* o *attenuanti* saranno configurabili; 6. conseguentemente, quale sarà la *forbice edittale* entro la quale potrà dispiegarsi la discrezionalità commisurativa; 7. come concretamente potrà essere esercitata la predetta discrezionalità nella dosimetria della pena in senso stretto; 8. a quali condizioni eventualmente il condannato potrà accedere ai diversi *benefici in fase esecutiva*, dalla sospensione della pena alle misure alternative alla detenzione, dalla sospensione del processo alle diverse opzioni della magistratura di sorveglianza in fase di esecuzione.

In effetti, le ‘prestazioni’ della *prevedibilità* nell’ambito della tutela dei diritti umani sono molto maggiori di quelle assicurate dagli strumenti di garanzia domestica<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Che, poi, la stessa nozione di *prevedibilità* sia o meno già chiara e univoca in sede sovranazionale è questione ovviamente diversa e tutt’altro che risolta.

<sup>33</sup> Così, molto efficacemente, presenta la massima estensione del principio VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pp. 214-215.

<sup>34</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in «CP», 2016, fasc. 7-8, 2695 ss., spec. p. 2698, nonché VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 224: «Una maggiore capacità di rendimento [...] sembra invece possedere il *nullum crimen* in quanto *diritto umano*, così come riconosciuto in particolare dall’art. 7 CEDU e dalla giurisprudenza for-

Si proporrà solo qualche esempio di ‘ampliamento garantistico’.

Già attraverso l'adozione di un concetto sostanzialistico di *matière pénale*, la Corte di Strasburgo ha da tempo abbandonato l'impostazione tradizionale che raccorda il corredo garantistico della *prevedibilità* alle categorizzazioni formali, alla stregua della concezione del reato in uso alla dogmatica penalistica continentale. In tale prospettiva, è noto, l'accostamento sostanzialistico ha consentito di estendere le garanzie del *nullum crimen* alle *misure di sicurezza*<sup>35</sup>, alle sanzioni *amministrativo-punitivo*<sup>36</sup> e alla *disciplina processuale*<sup>37</sup>. La *prevedibilità*, addirittura, si è aggettata oltre la stessa – pur già molto inclusiva – nozione ampia di ‘materia penale’, applicandosi anche alle *misure di prevenzione*<sup>38</sup> (sul tema, cfr. *infra* a breve).

Altri esempi di ampliamento dell'effettività delle tutele rispetto al diritto penale interno sono i seguenti.

La Corte EDU ha reiteratamente manifestato la propria ostilità nei confronti della distinzione tra interpretazione estensiva e applicazione analogica *in malam partem* della norma penale, in favore della necessità della *interpretazione stretta*, segnandone, pur nei margini riconosciuti all'attività

matasi in proposito a Strasburgo».

<sup>35</sup> Come nel caso deciso da CoEDU, *Welch c. United Kingdom*, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), in «*Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1995», Série A., vol. 307, pp.1 ss., § 27 ss. – 34 (in «Legisl. Pen.», 1995, p. 522, e in <[www.echr.coe](http://www.echr.coe)>).

<sup>36</sup> Come nel noto caso *Grande Stevens c. Italia*, CoEDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, in <[www.echr.coe](http://www.echr.coe)>, su cui cfr. A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato.*, in «DPC», 9 marzo 2014.

<sup>37</sup> Come nel noto caso *Scoppola c. Italia*, CoEDU, [GC], 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in <[www.echr.coe](http://www.echr.coe)>, su cui cfr. E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (nota a C. cost. 210/2013)*, in «DPC», 31 marzo 2014.

<sup>38</sup> Come nel caso *De Tommaso c. Italia*, CoEDU, [GC], 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia* in <[www.echr.coe](http://www.echr.coe)>, su cui cfr. F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in «DPC», fasc. 4/2017, pp. 127 ss. Per le virtualità espansive delle prevedibilità nel contesto delle misure di prevenzione, essenziale è il riferimento alle recenti sentenze costituzionali nn. 24 e 25 del 2019, sulle quali, già a prima lettura, cfr. S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in «DPC», 4 marzo 2019, nonché, con precipuo riguardo alla prevedibilità, F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in «SP» 10 aprile 2020 e M. CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle 'misure di polizia'*, in «AP» 2/2019, rivista web.

ermeneutica del giudice, il limite di fondo inderogabile nella *ragionevole prevedibilità* della eventuale interpretazione ampliativa<sup>39</sup>.

Allo stesso modo, nella prospettiva dell'incremento delle garanzie va letta anche l'interpretazione convenzionale del principio del *ne bis in idem*, dai giudici di Strasburgo riferita alla nozione di 'medesimo fatto storico' piuttosto che al criterio formale dell'*idem* legale<sup>40</sup>.

Rispetto alla portata garantistica dell'art. 5 c.p., come costituzionalmente interpolato, va poi ricordato come la giurisprudenza interna (e talvolta anche la dottrina) si sia manifestata alquanto 'parsimoniosa' nell'applicazione della scusante, assumendo che, ad esempio, l'errore rilevante *ex art. 5 c.p.* – pur nella versione successiva al 1988 – abbia ad oggetto la *generica illiceità* della condotta, non necessariamente la sua rappresentazione come illecito penale, con conseguente irrilevanza, ad esempio, dell'erronea convinzione che il fatto costituisca un mero illecito amministrativo<sup>41</sup>; o che, laddove l'agente si rappresenti un *dubbio* in ordine al carattere lecito o illecito del proprio agire, sia tenuto ad *astenersi* dalla condotta per non incorrere in responsabilità penale<sup>42</sup>; o che la garanzia riconosciuta dalla causa di scusa interna si riferisca solo agli errori inevitabili sul *precetto*, nulla specificandosi in relazione alle conseguenze *sanzionatorie*, previste in astratto ed eseguibili in concreto, in caso di violazione oggettiva della legge penale<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Cfr., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale?* cit., pp. 164-165.

<sup>40</sup> Secondo l'uniforme interpretazione dei giudici di Strasburgo, il requisito dello 'stesso fatto' va inteso come *idem factum* e non come *idem* legale, tenendo cioè conto dell'accadimento storico concreto e singolare a prescindere dalla definizione della norma incriminatrice (cfr. CoEDU, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*, §§ 81-82, in <[www.echr.coe](http://www.echr.coe)>; nello stesso senso, CoEDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; CoEDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*, in <[www.echr.coe](http://www.echr.coe)>).

<sup>41</sup> In tal senso, la giurisprudenza sostanzialmente unanime, nonché parte molto autorevole della dottrina, come F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2011, 445; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., 2013, p. 618 e M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, Milano 2014, pp. 107-108, secondo il quale «il riferimento all'illiceità specificamente penale caricherebbe il mutamento del sistema di un significato eccessivo, oltretutto con difficoltà probatorie difficilmente conciliabili con esigenze generalpreventive».

<sup>42</sup> ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 109-110, con ampi richiami della dottrina tedesca, secondo il quale se l'agente «accetta il rischio dell'illiceità [...] si comprende che da tale coscienza 'condizionata' (o eventuale) dell'antigiuridicità [...] possano derivare conseguenze simili a quelle del dolo eventuale, perché la libertà individuale non può ragionevolmente estendersi anche ai casi di rappresentazione della possibile illecita lesione di beni giuridici altrui, di singoli o della collettività».

<sup>43</sup> In proposito, mette bene in evidenza il diverso 'rendimento' garantistico dell'ordina-



In proposito, il corredo supplementare sviluppatosi a Strasburgo in tema di *prevedibilità* sopravanza di molto lo *standard* domestico, poiché *prevedibile* non deve essere solo la *generica illiceità* della condotta, ma anche la sua specifica rilevanza penale<sup>44</sup>. E prevedibili devono poi essere anche il *tipo* di pena e le *modalità esecutive* della stessa, che non possono retroagire né laddove siano contenuti in una nuova graviosa disciplina<sup>45</sup>, né qualora costituiscano oggetto di un'interpretazione giurisprudenziale peggiorativa<sup>46</sup>.

Anzi, si può dire ancora che la *prevedibilità* assuma un essenziale ruolo garantistico anche oltre gli argini della stessa nozione ampia di *matière pénale*.

I requisiti convenzionali dell'idonea base legale e, quindi, dell'*accessibilità* – e, per quanto qui di rilievo, la *prevedibilità* –, si sono infatti estesi anche alla gran parte dei diritti 'di libertà' (si pensi alla libertà di circolazione di cui all'art. 2, Prot. 4 CEDU) e, in particolare, al diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del Protocollo addizionale.

Nella nota sentenza costituzionale n. 24 del 24 gennaio 2019, infatti, la Corte chiarisce esemplarmente tale assunto: «*Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU). [...]*

Esse dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui – segnatamente –: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della 'base legale' della restrizione, *di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure* (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l'essere la restrizione 'necessaria' rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento

---

mento convenzionale rispetto a quello interno F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., pp. 222-223 e pp. 230-231.

<sup>44</sup> Il principio si trova già espresso in CoEDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. 17862, § 29, in <www.echr.coe>: «*Il en résulte qu'en infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente (art. 7) et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale*».

<sup>45</sup> CoEDU, GC, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, in <www.echr.coe>

<sup>46</sup> CoEDU, GC, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, in <www.echr.coe>.

costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni 'giusto' processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo '*volet civil*'), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta»<sup>47</sup>.

L'ampliamento della *prevedibilità* alle misure di prevenzione patrimoniali da parte della Corte costituzionale costituisce un passaggio essenziale, che merita qualche osservazione per le non esigue potenzialità dogmatiche e sistematiche che presenta.

Come noto, con la citata sentenza costituzionale n. 24/2019 in tema – anche – di confisca di prevenzione, la Corte – quanto alla pericolosità di cui alla lett. *b*) dell'art. 1 d.lgs. 159/2011 – ha optato per una decisione interpretativa di rigetto a seguito di una sorta di 'tassativizzazione' sopravvenuta ad opera del diritto vivente. A proposito della compatibilità costituzionale della fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. *b*) d.lgs. 159/2011, la Corte, pur salvando la 'disposizione', individua due periodi vitali di due – conseguentemente diverse – 'norme' succedutesi nel tempo: il primo, *ante* De Tommaso, di 'sostanziale' illegittimità costituzionale; il secondo, *post* De Tommaso, di recupero della compatibilità costituzionale. La Corte rileva come il diritto vivente della Cassazione *post* sentenza De Tommaso del 2017 abbia vieppiù fatto risaltare i caratteri della precisione e della tassatività interpretativa della fattispecie, diversamente da quanto viceversa emergeva dalla giurisprudenza precedente alla sentenza dei giudici di Strasburgo. L'opzione costituzionale esprime al meglio, e coerentemente, le posizioni scientifiche del redattore, strenuo e convincente sostenitore dell'imprescindibilità del costante ancoraggio al diritto vivente nell'orizzonte del giudizio incidentale di costituzionalità<sup>48</sup>.

Occorre tuttavia considerare alcune possibili conseguenze sistematiche della sentenza.

La Corte riconosce che l'interpretazione della Cassazione *ante* De Tommaso avrebbe veicolato un diritto vivente costituzionalmente illegittimo *pro tempore* per imprecisione e genericità della fattispecie di pericolosità;

<sup>47</sup> *Corsivi aggiunti*.

<sup>48</sup> Da ultimo, cfr. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in «SP», 2021, 19 gennaio 2021.

successivamente alla De Tommaso, invece, il diritto vivente si sarebbe auto-emendato così da rivelarsi costituzionalmente legittimo, per il recuperato tasso di precisione e tassatività esibito. Il problema serio sorge poiché la *ratio* della precisione e della tassatività viene posta dalla Corte, lungo il tracciato inaugurato dalla De Tommaso, proprio nella nozione della *prevedibilità delle conseguenze giuridiche* che, come noto, costituisce argine garantistico valido non solo nel recinto della c.d. *matière pénale*. Ma se la disposizione e la norma sono precise e tassative quando consentono al proposto di vagliare e calcolare in anticipo, e cioè al momento della condotta indice di pericolosità, quali sarebbero state le conseguenze della stessa, risulta difficile stabilire come regolare i casi di giudizio sulla pericolosità condotto secondo le ‘norme’, e cioè il diritto vivente interno *post-De Tommaso*, per comportamenti tenuti in un frangente temporale in cui il diritto vivente non si era ancora auto-emendato. Non essendo più previsto, infatti, per le misure patrimoniali, il requisito dell’*attualità* della pericolosità (da scrutinare *hic et nunc* al momento del giudizio), occorre comprendere come regolarsi di fronte ai casi in cui la pericolosità stessa sia desunta da indici di riferimento e condotte di vita antecedenti alla De Tommaso. Ad esempio, si consideri il seguente interrogativo: poiché la sentenza De Tommaso e l’orientamento di legittimità successivo sono relativamente recenti, è possibile ritenere che la generalità dei consociati potesse, quantomeno prima del 2017, prevedere in anticipo, al momento delle condotte che radicavano la pericolosità generica, le conseguenze economiche o personali incapacitanti che non erano state adeguatamente colte – secondo la Corte - dal formante giurisprudenziale?

Il problema diviene, in modo franco, di diritto intertemporale *tout court*, considerando come almeno le misure di prevenzione patrimoniali si fondino su di un giudizio di pericolosità *in rem* cronologicamente retrodatato all’epoca dell’«illecita accumulazione capitalistica»<sup>49</sup>. Occorrerebbe identificare precisamente il *dies a quo* di vigore-vigenza della nuova ‘norma’ e del nuovo, e costituzionalmente legittimo, ‘diritto vivente’. Per certi versi, la sempre maggiore – e meritoria – insistenza sulla *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie, condurrebbe – alla stregua di una invero sorprendente ‘eterogenesi dei fini’ – ad escludere sempre che anche le stesse misure preventive non rientranti nella c.d. *materia penale* convenzionale (basti pensare alle misure di sicurezza *ex art. 25 co. 3 Cost. o*, appunto, alle misure di prevenzione) possano assoggettarsi al principio intertemporale del *tempus regit actum*: qualsiasi modifica della disciplina sanzionatoria

<sup>49</sup> Cfr. Cass., SU., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Spinelli, in «DPC», fasc. 4/2015, con nota di F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un’altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, pp. 231 ss.

che incida su diritti – dalle misure di sicurezza alle misure di prevenzione, da quelle processuali con ‘effetti sanzionatori’ a quelle di ordinamento penitenziario – mai potrebbero rivelarsi ‘prevedibili’ e quindi mai sarebbero applicabili (qualora ovviamente *in malam partem*) retroattivamente, al di là delle stesse possibilità offerte nell’ordinamento interno dalla disciplina costituzionale intertemporale.

Insomma, una irretroattività generalizzata guadagnata attraverso l’ingrediente gnoseologico soggettivo della prevedibilità. Ma, forse, si potrebbe osservare che ciò è proprio ciò che si sta verificando in via sempre più diffusa<sup>50</sup>.

### 9. La prevedibilità come assenza (assoluta o meno) di imprevedibilità. Ragioni e insidie di un’errata equazione

Un’ulteriore clausola qualificatoria attiene più alla ‘connotazione’ che alla ‘denotazione’ del concetto giuridico, e merita chiarificazione per le oscillazioni che in dottrina e giurisprudenza si registrano in ordine allo *standard* ‘qualitativo’ della *prevedibilità*, come canone adeguato a salvaguardare le esigenze garantistiche della rimproverabilità soggettiva e della colpevolezza, in ambito domestico, e del diritto umano alla *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie, in ambito sovranazionale.

Non è assolutamente infrequente, infatti, che il generico richiamo alla *prevedibilità* delle conseguenze sanzionatorie, comprensive dell’*an* e del *quomodo* della risposta punitiva, faccia beffardo velo al reale spessore che il requisito, e con esso la garanzia e il diritto del singolo, deve assumere nella concretezza dell’esperienza giudiziaria. Tra improprie litoti e circonlocuzioni linguistiche, anche apparentemente ininfluenti o trascurabili, infatti, si annida il rischio della vanificazione sostanziale della garanzia: qualora il requisito della *prevedibilità* equivalesse alla *manca*za di assoluta imprevedibilità (come quando la giurisprudenza, con penna leggera e quasi distratta, afferma, al modo anodino dell’intercalare, che l’affermazione di responsabilità è giustificata poiché ‘non era imprevedibile’ o, addirittura, ‘non era assolutamente imprevedibile’ la condanna), ben si comprende l’effettiva obliterazione del principio (nulla, in linea di

<sup>50</sup> Da ultimo, per l’irretroattività *in malam partem* della graviosa disciplina penitenziaria, cfr. C. Cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in tema di limitazione dell’accesso alle misure alternative alla detenzione per i delitti assoggettati dalla c.d. legislazione ‘spazzacorrotti’ al regime preclusivo di cui all’art. 4 *bis* ord. penit.

principio, è assolutamente imprevedibile); ma lo stesso insulto alle esigenze di protezione e garanzia dell'imputato, tuttavia, scaturirebbe laddove si escludesse l'*assolutezza* dell'imprevedibilità, ritenendosi sufficiente, a fini responsabilitari, anche la più 'asciutta' *mancaza di imprevedibilità*.

La questione non è solo logica, linguistica o semantica, presentando, invece, sia cruciali implicazioni sul piano penalistico-culturale – o, per dirla con Luigi Ferrajoli<sup>51</sup>, di *garantismo penale* –, sia non irrilevanti ripercussioni sul piano applicativo.

Sul piano logico, linguistico e semantico, è del tutto evidente che la nozione di *prevedibilità* positiva di un esito giudiziario, per quanto collocata pur sempre sul piano della normatività dei giudizi (*prevedibilità* non è certo *previsione*), non equivale affatto alla nozione di *mancaza di assoluta imprevedibilità* dello stesso, potendosi certamente presentare casi di concomitante ricorrenza della mancaza di *prevedibilità* positiva e, al contempo, di *mancaza di assoluta imprevedibilità negativa*.

Non solo. La differenza si pone anche ravvisando il rispetto del requisito soggettivo della prevedibilità laddove la novazione interpretativa della giurisprudenza *non fosse imprevedibile*, ancorché in modo *non assoluto*.

La sottile insidia che si annida in tal modo nell'esperienza applicativa potrebbe essere quella di non riscontrare sostanzialmente mai il difetto di *prevedibilità* in tutti i casi di contrasto giurisprudenziale, addirittura nelle ipotesi di presenza di un solo precedente – per quanto recessivo, irragionevole, obsoleto o inadeguato –, se del caso, volendo, pronunciato dal giudice di merito di un circondario provinciale. Basti scorrere talune massime della nostra Corte di cassazione penale, o leggere le motivazioni delle sentenze che più da vicino si sono soffermate sulla questione, per comprendere come la sostituzione del requisito della mancaza di imprevedibilità venga immotivatamente utilizzato per significare '*ragionevole prevedibilità*'<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Sull'inquadramento teoretico, storico e filosofico delle garanzie penali, ormai classico e doveroso è il riferimento alla poderosa opera di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 2004, 8ª ed.

<sup>52</sup> Cfr., da ultimo, Cass. Pen., sez. V, 9 luglio 2020, n. 25944, in «dejure.it» interessante perché opera proprio l'indebita sovrapposizione della *ragionevole prevedibilità* alla *mancaza di imprevedibilità* nel caso di netto contrasto giurisprudenziale in tema di accesso abusivo a sistema informatico di cui all'art. 615 *ter* c.p., segnatamente sul punto se il carattere abusivo dell'accesso potesse configurarsi anche in capo al soggetto che, pur avendo ricevuto legittimamente le credenziali personali, avesse effettuato l'accesso per ragioni 'non istituzionali'. Il contrasto giurisprudenziale aveva visto per ben due volte l'intervento delle Sezioni Unite, nel 2011 e nel 2017 (cfr. Cass. SU., 27 ottobre 2011, n. 4694, Casani, e Cass., Cass. SU., 18 maggio 2017, Savarese, rv. 271061). Con la sentenza del 2011, il più elevato consesso del Supremo collegio aveva ritenuto – a fronte del radicato contrasto tra l'orientamento che

Sul piano delle garanzie personali, poi, l'equiparazione definitoria tra *ragionevole prevedibilità e mancanza di imprevedibilità* sottende in ogni caso la negazione della stretta legalità, secondo la quale il diritto penale, come strumento ordinamentale che più radicalmente incide le libertà del singolo, deve *espressamente* indicare cosa è lecito e cosa no. L'*espressa* previsione di legge, richiamata anche dall'art. 1 c.p., (consacrata anche a livello costituzionale

escludeva la rilevanza penale del titolare delle credenziali d'accesso per usi non consentiti dagli atti di autorizzazione e l'orientamento, diametralmente opposto, che ravvisava l'integrazione del fatto tipico anche a carico di colui che si fosse limitato a de-finalizzare l'accesso rispetto agli scopi, pur utilizzando credenziali legittimamente a lui assegnate – di aderire all'orientamento *in malam partem*. Il comportamento tenuto dall'imputato, in quel caso, risaliva a periodi antecedenti rispetto all'intervento delle Sezioni Unite, quindi quando ancora sussistevano margini di incertezza circa il perimetro del tipo criminoso. Dopo aver ricordato come «l'*overruling* legato ad un mutamento esegetico non è suscettibile di interpretazione retroattiva *in malam partem* per violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto l'opzione ermeneutica che ne è alla base non sia *ragionevolmente prevedibile* al momento della commissione del fatto», la Suprema Corte poi sostituisce il *ragionevolmente prevedibile* con il *non imprevedibile*, rigettando il ricorso poiché «*non poteva ritenersi imprevedibile*» che rientrasse nello statuto punitivo anche l'accesso abusivo del soggetto autorizzato che deviasse rispetto ai limiti ed ai fini connessi alla sua autorizzazione. In altri termini, le Sezioni unite, lungi dall'aver introdotto un'innovazione giurisprudenziale eccentrica rispetto alle precedenti riflessioni svolte nell'ambito delle Sezioni semplici, una volta effettuata la ricognizione dei due indirizzi giurisprudenziali contrapposti, hanno optato poi per l'interpretazione più estensiva già oggetto di numerose pronunce, secondo la quale «è penalmente rilevante anche la condotta del soggetto che, pur essendo abilitato ad accedere al sistema informatico o telematico, vi si introduce con la *password* di servizio per raccogliere dati protetti per finalità estranee alle ragioni di istituto ed agli scopi sottostanti alla protezione dell'archivio informatico, utilizzando sostanzialmente il sistema per finalità diverse da quelle consentite». Nello stesso senso cfr. Cass. sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 10659, in «Dejure.it»: «L'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone un *imprevedibile ribaltamento* dell'orientamento consolidato, che, invece, è da escludere nel caso in cui sussista un contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni unite con il recepimento di uno dei contrapposti orientamenti, anche qualora sia riconosciuto come legittimo quello più restrittivo per le facoltà e poteri processuali della parte. (Fattispecie relativa al termine di impugnazione per l'imputato assente nel giudizio abbreviato, in cui la Corte ha chiarito che il principio enunciato dalle SU n. 698/2020 trova applicazione anche relativamente alle impugnazioni proposte in precedenza)»; Cass. sez. V, 9 luglio 2018, n. 47510, in «Dejure.it», in cui addirittura, nella stessa massima, si equipara la *positiva ragionevole prevedibilità* alla *non imprevedibilità*: «Non sussiste la violazione dell'art. 7 CEDU – così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della CoEDU – qualora l'interpretazione della norma incriminatrice applicata al caso concreto sia *ragionevolmente prevedibile* nel momento in cui la violazione è stata commessa, atteso che l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone il *ribaltamento imprevedibile* di un quadro giurisprudenziale consolidato (c.d. '*overruling*'). (Fattispecie in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico in cui la Corte ha escluso la sussistenza di un '*overruling*' ad opera della sentenza delle Sezioni unite 'Savarese' e la conseguente violazione dell'art. 7 CEDU)».

dall'art. 25, co. 2, Cost.), andrebbe interpretata non solo come requisito relativo alla necessaria 'sussistenza' della fonte del *Sollen*, ma anche come chiarezza e precisione delimitative dello stesso, come perspicuità espressiva il cui beneficiario principale non è certo il giudice nel dispiegamento del mancipio interpretativo (quasi che la chiarezza fosse destinata in primo luogo a consentire l'interpretazione piana delle disposizioni di legge), ma il destinatario del precetto. E anche il troppo spesso evocato imperativo dell'*abstine* in caso di incertezza circa la possibile illiceità della propria condotta forse tradisce, in uno ai fondamenti garantistici dell'agire consapevole in una società liberale, altri principi fondamentali della nostra materia, come la *frammentarietà* e la *sussidiarietà*<sup>53</sup>.

#### 10. *La differenza tra prevedibilità e certezza del diritto*

Ancora, in tema di *prevedibilità*, importante ci sembra una distinzione concettuale e funzionale, non sempre preservata nelle – pure ormai numerose – riflessioni penalistiche. In tale quadro, va detto che *prevedibilità* e *certezza* del diritto non necessariamente coincidono, né sul piano concettuale, né su quello funzionale, imponendo imprescindibili assunzioni postulative o stipulative<sup>54</sup>. Sul piano concettuale, prima di tutto, la *certezza* va tenuta separata dalla *prevedibilità*. Essa evoca, già in prima battuta, un'oggettività di significato e di 'architettura' del sistema giuridico in sé, avente quali prerogative fondamentali l'aspirazione alla 'stabilità' in ogni branca del diritto (costituzionale, civile, amministrativo, sovranazionale e, certamente, anche penale), la 'definitività' delle decisioni, la sicurezza e la stabilizzazione dei rapporti giuridici esauriti, la legalità degli stessi e dei correlativi accertamenti, *etc.* Solo come una tra le proprie diverse sotto-determinazioni categoriali, essa può assumere anche la possibile declinazione di *prevedibilità* della decisione giudiziale<sup>55</sup>.

Tra *certezza* del diritto e *prevedibilità* delle decisioni giudiziali in materia

<sup>53</sup> In prospettiva più ampia, circa l'esistenza di una *norma generale esclusiva di liceità penale implicita*, cfr. M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in «AP», fasc. 1, 2017, spec. pp. 17 ss.

<sup>54</sup> Sull'imprescindibilità di un'opera di generale inquadramento stipulativo, cfr. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., spec. p. 7 ss., nonché p. 24, nt. p. 34.

<sup>55</sup> Sulle diverse dimensioni della *certezza* del diritto, cfr. L. LONGHI, *Riflessioni sulla certezza dei diritti*, in «Nomos, Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale», fasc. 3/2017.

penale sussistono sostanziali differenze.

Mentre la prima è una nozione molto ampia, sovente di carattere meta-normativo<sup>56</sup>, e valida, inoltre, per tutti i settori dell'ordinamento giuridico, la seconda, viepiù laddove riferita al diritto penale sostanziale e processuale, non solo assume valore di garanzia individuale – la quale ben può, in astratto e in potenza, confliggere con le esigenze della certezza (sia solo sufficiente ricordare quanto, nel diritto penale italiano contemporaneo, sia oggi posta in discussione, per ragioni di garanzia individuale e non ovviamente di certezza, la stessa *firmitas* del giudicato) –, ma è sempre più connotata dalla struttura intimamente soggettiva di 'diritto' del singolo, diritto asseritamente 'violato' in sede sovranazionale e che attende di trovare attuazione in sede nazionale.

Le conseguenze da trarre sono importanti: se la tutela della certezza oggettiva del diritto può, in certi frangenti, essere assoggettata alla logica del bilanciamento con altri principi dell'ordinamento (quale quello di assecondare, ove necessario, l'interpretazione evolutiva<sup>57</sup>, o la necessità di prestare la fattispecie di reato a opzioni ermeneutiche caratterizzate da una spiccata valorizzazione del 'tipo'); se l'interpretazione evolutiva in materia penale non è un *malum in sé*, contribuendo talvolta – mantenendo coerenti le scelte d'incriminazione e i pertinenti aggravamenti circostanziali sul piano politico-criminale – all'adeguamento della risposta punitiva cristallizzatasi in testi talvolta anche molto datati e inattuali; ebbene, se tutto ciò è comprensibile, quando non conveniente, sul piano dei principi del diritto mite o *flou*, sarebbe tutt'al contrario inaccettabile che il 'caso espiatorio' del *novum* giurisprudenziale fosse costituito dalla vicenda giudiziaria *sub iudice* a carico dell'imputato in carne e ossa, vittima sacrificale del mutamento giurisprudenziale, adagiato dolcemente – senza ragionevole prevedibilità – sul letto di Procuste dell'*overruling* sfavorevole.

Confutare o quantomeno governare l'asserita biunivocità di corrispondenza tra principio di certezza/valore dell'uniformità interpretativa – in uno alla molto spesso enfatizzata capacità salvifica della *nomofilachia*

<sup>56</sup> Sulla distinzione tra 'certezza' e 'prevedibilità', cfr. ancora le puntuali considerazioni di G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in «Diritto Pubblico», 2018, pp. 517-544.

<sup>57</sup> In particolare, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che «la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale (così CoEDU, 9 settembre 2014, *Vianello c. Italia*, ric. n. 27516/09, § 35, in <[www.echr.coe.int/echr.en/hudoc](http://www.echr.coe.int/echr.en/hudoc)>; nello stesso senso, cfr. anche CoEDU, 20 settembre 2009, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/019, <[www.echr.coe.int/echr.en/hudoc](http://www.echr.coe.int/echr.en/hudoc)>, la quale richiamava a propria volta CoEDU, 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, § 29).



(breve: per garantire la *prevedibilità* sarebbe sufficiente assicurare l'uniformità interpretativa) – e l'inderogabile salvaguardia del diritto individuale alla prevedibilità è uno tra i gravosi compiti che attendono il formante dottrinale, ancora oscillante tra proposte *de iure condito* (sovente poggiate sulla – forse eccessiva – fiducia nel *self-restraint* giurisprudenziale) e trattenuta circospezione *de iure condendo*<sup>58</sup>.

### 11. Brevi 'conclusioni interlocutorie'

Quindi, riassumendo, la *prevedibilità*: ha ad oggetto la futura decisione giudiziale; è germinata nel diritto interno, soprattutto con la sentenza costituzionale n. 364 del 1988, la quale, sul piano dogmatico, ne ha proposta la collocazione nell'ambito della c.d. *colpevolezza normativa*; nell'orizzonte del diritto sovranazionale della CEDU, la *prevedibilità* si è caratterizzata come *diritto fondamentale dell'uomo* e, in modo ancora più specifico, come diritto umano già (*asseritamente*) violato; la *prevedibilità* è, quindi, una *garanzia supplementare*: quale principale ingrediente della legalità penale convenzionale, costituisce un ulteriore presidio rispetto a quelli assicurati dall'ordinamento penale interno, non solo perché il diritto umano che interessa il sistema CEDU è stato già violato dallo Stato, ma per l'espressa previsione della massimizzazione delle tutele di cui all'art. 53 CEDU; la *prevedibilità* va intesa in prospettiva positiva, e cioè come *ragionevole prevedibilità*, non negativa, nel senso di *manca di imprevedibilità o di assoluta imprevedibilità*; per scrutarne le possibili violazioni, nonché i limiti di legittimità delle sue deroghe, la ragionevole *prevedibilità* va delineata in senso ampio e inclusivo, tale da comprendere, almeno in via astratta, il complessivo spettro delle sue declinazioni contenutistiche; la ragionevole *prevedibilità*, non coincidendo con la c.d. certezza del diritto e con la *nomofilachia* in sé considerate, rivendica una protezione individuale come

<sup>58</sup> Molto interessanti, nonché meritevoli di ulteriore dibattito, le indicazioni *de iure condendo* offerte – oltre a quelle sempre preziose di CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., spec. p. 319 ss. – da PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit., spec. p. 342 ss. (la studiosa aveva già suggerito iniziative *de iure condendo* in EAD., '*Stabilizzazione*' del precedente e principio di *colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, [www.lalegislazionepenale.it](http://www.lalegislazionepenale.it), 27 giugno 2016) e R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Risicato (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., p. 283 ss., spec. § 6. *L'integrazione tra legalità europea e legalità nazionale: l'applicazione dei principi sulla successione del diritto penale nel tempo ai mutamenti giurisprudenziali*, pp. 296-300.

diritto umano a garanzia della persona dell'imputato.  
C'è molto lavoro da fare per il penalista.



Andrea R. Castaldo\*

*Quanto Basta.*

*Posologia e controindicazioni del diritto penale d'avanguardia  
(strizzando l'occhio all'emergenza sanitaria da Covid-19)*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Giustizia predittiva: *Deus ex machina?* – 3. Il dolo robotico. – 4. Paradosso dell'asintomatico – 5. Gli *harbingers*.

1. *Premessa*

Più che descrizione del contenuto, il *quanto basta*, funzionale a identificare la *quantità necessaria* nelle ricette farmacologiche o culinarie, è la corretta posologia di considerazioni in ordine sparso, pillole utili a comprendere i riflessi dell'evoluzione sociale e tecnologica sul diritto penale *post-contemporaneo* (senza trascurare la prepotente emergenza sanitaria).

Il rapido e costante mutamento del contesto di riferimento, sotto il profilo relazionale, economico e comunicativo, solleva dubbi in ordine alla capacità dell'armamentario penalistico di adattarsi con efficacia alla nuova dimensione fattuale. E le perplessità non possono che accentuarsi, creando notevoli intralci all'interprete, se si pone mente alle prospettive *in fieri*, i cui prodromi, chiaramente visibili, lasciano presagire la sopravvenienza di sviluppi poco gestibili.

La premessa, scontata ma necessaria, è che si tratta di spunti, sollecitazioni utili a tracciare una linea in un'ottica di individuabilità di scenari futuri che richiederanno un'attenta gestione sotto l'aspetto politico-criminale, così da garantire la efficacia delle misure in campo. La difficoltà, strettamente connessa alle caratteristiche di fenomeni sconosciuti ma da affrontare con fermezza ed efficienza, è ben rappresentata da quanto accaduto nella lotta alla pandemia da *Covid-19*. Non solo in relazione alla gestione di un virus (e della connessa patologia) sostanzialmente sconosciuto, con le gravi conseguenze in termini di perdita di vite umane, ma anche alle misure

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Salerno.

giuridiche che hanno inciso sul diritto penale sostanziale e sulla stessa modalità di amministrazione della giustizia penale. Anche attraverso il ricorso a tecniche fino ad ora sostanzialmente inutilizzate e per le quali si è ancora alla ricerca di meccanismi che consentano di raggiungere un punto di equilibrio tra il ‘nuovo’, ritenuto indispensabile a ridurre il rischio di contagio, e le imprescindibili garanzie del processo penale<sup>1</sup>.

## 2. *Giustizia predittiva*: Deus ex machina?

Tra i progetti candidati dall'Italia per l'ottenimento del *Recovery Fund*, in tutto 557 idee<sup>2</sup>, si colloca quello relativo alla *giustizia predittiva*, per la cui realizzazione è stato richiesto un contributo all'Avvocatura dello Stato. Esso riguarda la predisposizione di modelli di Intelligenza Artificiale per la creazione di atti difensivi e pareri legali, nonché per la predizione del possibile esito della causa *sulla base dei risultati delle precedenti difese dell'Avvocatura di Stato (migliore strategia giudiziaria a partire dai dati)*.

Tra gli obiettivi di detto ambizioso e singolare progetto particolare rilievo riveste la creazione di una piattaforma di servizi, che, attraverso algoritmi predittivi alimentati da dati relativi a pregressi contenziosi, possano prevedere le probabilità di successo in un procedimento giudiziario, ottimizzando la strategia processuale prescelta o per la quale optare.

Il punto di arrivo di meccanismi di tal fatta costituisce uno scenario totalmente inedito, focalizzando l'attenzione sull'idea di una decisione conoscibile *ex ante*.

D'altronde è la norma che qualifica un determinato fatto come reato: chiunque è – *rectius*, dovrebbe essere – consapevole delle conseguenze scaturenti dalla sua azione perché in grado di ‘inquadrare’ o meno la condotta in una fattispecie criminosa. In questo senso, il dubbio assoluto sul tenore letterale assurge a motivo di disapplicazione della norma incriminatrice, per violazione espressa del principio di *chiarezza*<sup>3</sup>.

Tuttavia, come noto a ogni operatore del sistema giustizia, l'*input*

---

<sup>1</sup> Il richiamo è al c.d. appello cartolare, che elimina l'oralità del giudizio di appello, imperniandolo sul deposito di conclusioni scritte ad opera di tutte le parti processuali.

<sup>2</sup> L. SALVIA, *Recovery fund, i 557 progetti dell'Italia: ospedali e lavoro, ma anche voucher computer e borse di studio*, in «Corriere della Sera», 14 settembre 2020.

<sup>3</sup> A. FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla denominazione del concetto di "previsione espressa" della responsabilità per colpa*, in «RDPP», 1977, fasc. 3, p. 1011.

apparentemente granitico è diluito dalle tante variabili connesse alla celebrazione del processo e alle sempre possibili oscillazioni giurisprudenziali. D'altronde, l'operazione euristico-interpretativa deve essere *flessibile*, idonea a plasmare la fattispecie astratta sulla concretezza del *fatto*, garantendo la divaricazione tra *law in the books* e *law in action*<sup>4</sup>.

Interessante dunque interrogarsi sul 'se' sia dato trasformare con lo strumento dell'*intelligenza artificiale* anche la variabile in un secondo *input*, suscettibile di fornire, previa elaborazione con algoritmi predefiniti, un *output* 'prevedibile'.

In altri termini: il *bot* che individua un esito fondato non su intuizioni ma su riscontri statistici.

*Prima facie*, si tratta di un meccanismo la cui attivazione sembrerebbe assicurare il rispetto del principio di legalità e una più stretta aderenza ai principi dettati dalla Corte EDU. Il riferimento è alla pronuncia relativa al noto caso Contrada, con la quale la Corte, nel condannare l'Italia per la violazione dell'art. 7 della Convenzione, aveva messo in discussione la chiarezza della legge, ritenendo la giurisprudenza in materia di c.d. concorso esterno in associazione di tipo mafioso non sufficientemente consolidata nel 1988, anno di presunta consumazione del reato. E ponendo in luce, in tal modo, come la persona sottoposta a giudizio abbia il diritto di sapere, «a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»<sup>5</sup>.

Le attrattive di un *paspartout* con il quale decodificare l'azione 'a monte' per conoscere con certezza gli esiti 'a valle' non sono poche, specie se correlate alla presumibile capacità di favorire uno sgravio dell'ipertrofia processuale. Una prospettiva vantaggiosa sotto il profilo delle esigenze deflattive che trova il proprio cono di proiezione nel bilancio generale dello Stato.

Con un 'effetto domino', lo scopo finale è raggiungere l'ottimo paretiano tra esigenze di giustizia e *appeal* finanziario dello Stato-Impresa: l'esistenza di (una burocrazia asfissiante e di) disposizioni dalla portata incerta e dalla formulazione cervellotica funge da deterrente all'offerta di investimenti dell'imprenditore (soprattutto estero), che, intimorito dalla prospettiva del rischio-contenzioso, indirizzerà il *business* verso porti più sicuri. Un'allocazione fruttifera delle risorse del *Recovery Fund* permetterà pertanto

<sup>4</sup> A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 99; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in «DPC – RT», 2016, fasc. 3, *passim*.

<sup>5</sup> CoEDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, n. 66655/13, causa Contrada v. Italia.

il mancato depauperamento (grazie alle risorse impiegate nell'ischemico sistema-giustizia) e il profitto diretto (maggiore attrattiva della cornice finanziario-imprenditoriale).

In realtà, alcune osservazioni in ordine alla portata reale (e ai risvolti positivi) di meccanismi di giustizia predittiva possono attingere all'esperienza maturata oltreoceano. Da decenni, infatti, negli Stati Uniti gli algoritmi predittivi vengono utilizzati sia nella fase preliminare al giudizio per determinare la cauzione, sia in quella *pre* o *post*-decisoria, per la valutazione della definizione del processo con l'eventuale *probation* dell'imputato o per stabilire i rischi di recidiva, specie nell'applicazione delle regole in materia di libertà vigilata. Con sconfinamenti persino nel segmento più sensibile del processo penale, afferente all'accertamento della responsabilità, come accaduto nel celebre caso *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*<sup>6</sup>, in cui l'intelligenza artificiale costituì la base della decisione del Tribunale circondariale nello stadio di cognizione, di talché la condanna venne fondata anche sugli esiti degli algoritmi integrati nel *software COMPAS (Correctional offender management profiling for alternative sanctions)*.

L'imputato ricorreva alla Corte Suprema del Wisconsin, deducendo la violazione del diritto al *due process*, stante l'impossibilità di contestare la validità scientifica del 'giudizio' di *COMPAS*. I giudici supremi, pur confermando la correttezza della pronuncia assunta dal Tribunale, specificavano come l'*output* decisionale non potesse prescindere dall'esame di fattori concorrenti, essendo altrimenti illegittima una sentenza fondata su meri dati statistici<sup>7</sup>.

Orbene, l'attenzione dell'opinione pubblica americana, destata dalla vicenda sul funzionamento del sistema operativo, portò alla luce non solo la scarsa trasparenza dei meccanismi di funzionamento, ma soprattutto la circostanza che i dati elaborati dal *software* conducevano a risultati discriminatori della popolazione: a mero titolo esemplificativo, basti pensare che *COMPAS* elaborava un maggiore pericolo di recidiva per i soggetti neri rispetto ai bianchi, stimando nel 77% in più la probabilità che un uomo di colore tornasse a delinquere. Il *gap* è strutturale, in quanto un sistema che lavora su basi statistiche e si nutre dei dati che ad esso sono stati forniti non potrà che pervenire a una soluzione plasmata su quanto introitato. In altre parole, l'uso di strumenti informatici nella ricostruzione della verità processuale è subordinato all'accettazione di un giudizio prognostico

---

<sup>6</sup> *Supreme Court of Wisconsin, 5 April – 13 July 2016, Case no. 2015AP157-CR, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis.*

<sup>7</sup> S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in «GP», 2019, 4.

di stampo deduttivo sulla personalità dell'imputato, conducendo alla realizzazione di modelli criminali contrari alla presunzione di innocenza<sup>8</sup>.

La sensibilità *umana* nella valutazione del caso concreto resta elemento ineludibile per la cognizione del fatto, laddove, viceversa, l'elaborazione 'meccanica' dell'*input* non può essere scissa dal recepimento di pregiudizi<sup>9</sup> e di schemi preconcreti.

Ne discende come la peculiarità della decisione del giudice penale, chiamato ad accertare la responsabilità di *quel* soggetto per *quel* fatto, difficilmente potrà adagiarsi su conclusioni 'comode', frutto di modelli comportamentali ricavati da generalizzazioni ampie e diffuse di condotte altrui elaborate da *bot*, attesa l'infungibilità di «un libero convincimento che è tale in quanto tipicamente umano, ovvero capace di cogliere e, dunque, di restituire la complessità di tutte le variabili che condizionano l'agire individuale e che tratteggiano singolarmente ciascuna vicenda giudiziaria»<sup>10</sup>.

La valenza positiva di strumenti informatici, che possono certamente costituire un indubbio sostegno per l'attività giudiziaria classica, non può dunque divenire assorbente, dando cittadinanza all'idea di sostituzione del ruolo del giudice persona fisica con uno strumento di intelligenza artificiale<sup>11</sup>.

### 3. *Il dolo robotico*

Altro banco di prova per la 'tenuta' del diritto penale classico rispetto al prodotto dell'innovazione tecnologica è rappresentato dalla crescente diffusione di *soggetti artificiali intelligenti*, in grado di *agire* e, dunque, astrattamente capaci di realizzare comportamenti sussumibili in illeciti

<sup>8</sup> J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, Milano, 2019, pp. 140 ss.

<sup>9</sup> O. DI GIOVANE, *Il Judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in «CP», 2020, fasc. 3, pp. 958 ss.

<sup>10</sup> B. GALGANI, *Considerazioni sui precedenti dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in «SP», 2020, n. 4, p. 87.

<sup>11</sup> M. E. CASTALDO, M. NADDEO, *Diritto Penale e intelligenza artificiale. Categorie antiche di fronte a responsabilità e giudizi futuri*, in R. Pessi, P. Matera, G. Sigillò Massara (a cura di), *Diritto, Lavoro, nuove tecnologie e blockchain*, Eurilink University Press, 2020, pp. 137 ss., che osservano altresì come «l'idea che un contenzioso possa essere deciso completamente da una macchina, per quanta capacità di intellere dati le si possa installare, non può che far temere la fallacia stessa dell'idea stessa da cui trascolora la perdita di fiducia nella superiorità dell'intelligenza umana, che si nutre di etica, di empatia (Einfühlung, ossia la capacità di comprendere immediatamente i processi psichici dell'altro), e di *sympathia* [...]».



penalmente rilevanti. Riaccendendo un interrogativo con il quale la dottrina penalistica si è negli ultimi anni più volte confrontata: *machina delinquere (et puniri) potest?*

Il quesito diviene ancora più delicato se dal profilo dell'*azione* ci si sposta sul piano della *colpevolezza*, interrogandosi in ordine alla possibilità di adeguarne lo schema all'essere che non è persona fisica ma *bot*.

Ovviamente gli aspetti problematici non sono legati (o lo sono in maniera molto minore) all'impiego di sistemi di Intelligenza Artificiale gestiti dall'uomo quali strumenti per la realizzazione di forme di reato 'sostanziate', come ad esempio per *software* di automatizzazione impiegati in ipotesi di alterazione del mercato o del prezzo degli strumenti finanziari, di bagarinaggio *online* o di reiterate offese alla persona. In questo caso, il tradizionale meccanismo di imputazione del fatto può dirsi salvaguardato, in quanto la *macchina* sarà un semplice *mezzo* nelle mani dell'autore effettivo, ovvero l'uomo che quel *bot* ha costruito o programmato; in altri termini, «l'impiego del *robot* sarà con ogni probabilità considerato strumentale alla condotta dell'uomo che risponderà anche di eventuali anomalie o alterazioni impresse al decorso causale dal sistema di intelligenza artificiale (con l'eventuale ricorso alla disciplina della *aberrationes* o della preterintenzionalità)»<sup>12</sup>.

Radicalmente diverso – decisamente più complesso – è il discorso concernente forme di intelligenza artificiale c.d. 'forte', caratterizzate cioè dalla concreta evenienza che la *macchina* sia in grado di porre in essere autonomamente azioni illecite senza che tale 'determinazione' costituisca oggetto di previsione ad opera dell'uomo che l'ha realizzata/programmata. Il *focus* si sposta cioè sulle azioni di una entità in senso lato *razionale*, capace di decidere e di muoversi indipendentemente dall'*input* proveniente dall'essere umano grazie a programmi di auto-apprendimento e di scambio di informazioni, destinati ai *bot*, che non sono controllati da un programmatore in carne ed ossa e che consentono altresì alle macchine di *evolversi* secondo direttrici non guidate (né condizionate) dall'intervento umano. Forme di apprendimento *machine to machine*, amplificate dalle tecnologie di *cloud computing*, grazie alle quali il *bot* si auto-migliora e acquisisce competenze supplementari rispetto a quelle originariamente programmate. Qualcosa che fino a vent'anni fa sarebbe stato impossibile da immaginare, quando l'elaboratore non faceva altro che processare i dati inseriti dall'operatore persona fisica.

*Quid iuris* laddove il *machine learning* determini delle decisioni

<sup>12</sup> CASTALDO, NADDEO, *op. cit.*, p. 120.

autonome ma errate? O addirittura integranti un reato?

Premesso che il diritto non si occupa di morale, intesa come ulteriore categoria di valutazione dell'agire secondo le categorie del lecito/illecito – giusto/ingiusto, e dunque non potranno rilevare ai fini che ci occupano eventuali scelte utili ma *eticamente scorrette* compiute da *bot* (dato pure emerso da ricerche scientifiche su tali sistemi applicati al mercato finanziario), ciò che preme analizzare è la eventuale valenza 'penale' delle condotte di un 'it'. La *macchina* potrebbe infatti sfruttare le proprie peculiari capacità per falsare l'oscillazione domanda-offerta, restando nell'ambito del mercato finanziario, così trasmettendo un elevato numero di offerte relative a un determinato titolo con una tempistica non replicabile dal concorrente operatore 'umano'.

È dunque declinabile la colpevolezza nata in termini antropomorfici secondo la futuristica *colpevolezza della macchina*?

La concezione *ortodossa* del principio di colpevolezza è lo «specchio giuridico di criteri di attribuzione della responsabilità praticati nella *vita di tutti i giorni*»<sup>13</sup>, che parte dall'osservazione fenomenica per darne una compiuta definizione e inquadrarla nelle categorie del dolo, della colpa e (in ipotesi eccezionali) della preterintenzione.

In tal senso, l'*imprinting* etico-sociale individuale (*Über-Ich*) è inevitabilmente condizionato dalla funzione deterrente del 'timore della sanzione', che limita l'*Es* latente e determina l'interiorizzazione dei codici comportamentali, sfociando nell'*Io*.

Ovviamente, l'opzione dell'*an* e del *quomodo agere* presuppone la *libertà di determinarsi* e l'astratta possibilità di spostare il 'pendolo' tra l'*Es* e il *Super-io*.

Il *bot*, viceversa, sembra essere in grado di 'ragionare', ha potenzialità di apprendimento che gli consentono di evolvere il 'pensiero' e implementare le proprie *performance*, ma non ha capacità di sviluppare una propria *personalità*.

L'*it* virtuale è impermeabile agli stimoli *impulsivi* incidenti sulla *suitas* della condotta<sup>14</sup> e insensibile alle opposizioni binarie del corretto/scorretto. Né potrebbe 'scegliere' di agire diversamente, pur avendone il potere (*Andershandelnkönnen*)<sup>15</sup>.

Non è concretamente praticabile, nonostante non siano mancate voci contrarie, l'idea di applicare lo schema dell'imputazione soggettiva del reato

<sup>13</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 362.

<sup>14</sup> D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, Napoli, 2020, p. 210.

<sup>15</sup> P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 17.

a un *Io* asettico, generatore ‘automatico’ di azioni non (in)temperate dal subconscio: sebbene infatti i sensori del sistema potrebbero essere in grado di fornire dati sufficienti a soddisfare il momento intellettuale, consentendo di processare gli *input* per proporre un’azione volontaria alla *macchina*, a quell’azione «commessa con coscienza e volontà non corrisponderà la intenzionalità del fatto tipico, né la coscienza dei significati che la rimproverabilità (*rectius*, colpevolezza) penalistica presuppone»<sup>16</sup>.

L’idea di condurre una *probatio diabolica*, andando a ritroso alla ricerca dell’ultima persona fisica che ha in qualche modo influito sui processi decisionali del *bot*, lascerebbe il tempo che trova, considerando che la decisione (errata o) illecita è adottata dalla *macchina* e non dallo sviluppatore, che aveva programmato l’automa proprio perché potesse auto-apprendere, auto-svilupparsi, confrontarsi con entità ‘simili’ e autodeterminarsi.

Il superamento dell’ostacolo imposto dal principio di personalità della responsabilità penale richiede l’apertura verso nuove frontiere, rielaborando la percezione tradizionale del dolo e della colpa.

Il primo passo in questa direzione è stato compiuto dal d.lgs. n. 231/2001, che ha ‘sussunto’ la riconducibilità psicologica in un rimprovero – quantomeno per una condotta omissiva – da indirizzare alle persone fisiche, «cui la legge collega il dominio (primo) delle attività dell’ente medesimo»<sup>17</sup>.

Tuttavia, la responsabilità amministrativa dell’ente dipendente da reato presuppone una *aggregated liability*, che si esplica nell’ambito di un esercizio congiunto dell’attività d’impresa: l’ente non è scindibile dagli operatori (apicali e subordinati). Nel caso del *bot*, che, dopo l’iniziale ‘programmazione’; è potenzialmente dotato di autonomia di azione, il tutto assume contorni complessi quanto suggestivi.

Non appare però convincente l’ipotesi di una sorta di ‘modello 231’, replicabile, ove la colpevolezza della persona fisica, che è alla base del principio tradizionale della personalità della responsabilità penale, sia strutturata sulla falsariga di una ‘colpa di organizzazione’ di colui che non ha impiantato sistemi protettivi o dispositivi di emergenza idonei a bloccare l’automa o ad impedire la realizzazione di pratiche illecite.

In questo caso, l’adozione di un modello di organizzazione e gestione

<sup>16</sup> CASTALDO, NADDEO, *op. cit.*, p. 123.

<sup>17</sup> FIORELLA, *Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza*, in A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano (a cura di), *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Sapienza University Press, 2018, p. 449.

sarebbe idonea esclusivamente ad inibire la programmazione di attività *lato sensu* scorrette, ma non la loro cognizione 'autonoma' (*machine learning*) e il successivo compimento.

Neppure, d'altronde, sarebbe pensabile imporre alla società l'onere di 'prevedere' la programmazione e i *possibili risvolti futuri* dell'apprendimento autonomo.

La stessa potrà dunque essere chiamata a rispondere dell'errore del *bot* solo per i difetti 'originari', di programmazione, per non aver anticipato strumenti a presidio della correttezza delle decisioni del *software*. Con il rischio però di addivenire alla mera imitazione di forme di responsabilità civile, esistenti, connesse a errori (umani) nel ciclo produttivo (si pensi agli innumerevoli ritiri di autovetture decisi da case automobilistiche a fronte della rilevazione di *vulnera* nel funzionamento e tali da pregiudicare astrattamente la sicurezza di quanti si fossero posti alla guida dei veicoli viziati).

L'alternativa è una rivoluzione del diritto penale. Non è escluso che tra qualche anno si discorrerà di sanzioni applicate al *bot* e che le pene che siamo (o eravamo) avvezzi ad elaborare in senso materiale – pecuniarie e detentive – avranno nuovi spazi. Del resto, con il paradigma della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente da reato si è superato il binomio illecito-reclusione e potrebbe ragionarsi su sanzioni 'interdittive' da applicare al *robot*, quali la sospensione o il congelamento del *software*.

#### 4. *Il paradosso dell'asintomatico*

Il gatto di *Schrödinger* ha dimostrato che si può essere vivi e morti contemporaneamente.

Un paradosso logico: in una scatola d'acciaio è rinchiuso un gatto, insieme ad un contatore Geiger (protetto dall'interferenza dell'animale), nel quale è contenuta una sostanza radioattiva in quantità così ridotta che nel giro di un'ora forse si disintegrerà, risultando fatale per il povero felino. In caso contrario, il contatore lo segnalerà e mediante un relè libererà un martelletto che spezzerà una fialetta di acido cianidrico.

Lasciando il sistema indisturbato per sessanta minuti, si direbbe che il gatto è ancora vivo se nessun atomo è decaduto. E analizzando la funzione d'onda (quindi lo stato osservabile del sistema fisico) il gatto potrebbe dirsi vivo o morto nello stesso istante<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> E. SCHRÖDINGER, *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik, Naturwissenschaften* 23, 1935, pp. 807 ss.

Dall'informatica alla fisica quantistica, mondi distanti ma uniti dall'idea dell'*eccentricità* quale elemento caratterizzante la post-modernità e il suo riflesso sul diritto penale.

Ciò che vacilla, questa volta, è l'impianto tradizionale della connessione teleologica (oltre la formula stereotipata della causalità) tra azione/omissione ed evento rispetto ad un accadimento che solo convenzionalmente può dirsi fisicamente accaduto. Ecco perché il paradosso del gatto vivo e morto contemporaneamente: innanzi all'esperienza mentale di *Schrödinger* le nostre certezze naufragano, destinate a sgretolarsi ogniqualvolta la manifestazione fisico-meccanica del fenomeno diverga dal dogma 'azione-evento'.

In tema di *Covid-19*, i 'tempi moderni' si colorano con un ulteriore paradosso: l'asintomatico. L'untore immune, un *tertium genus* ossimorico dove l'individuo è insieme sano e malato, infetto ed illeso.

Potrebbe glissarsi sull'incerto confine dell'*ibrido* con un'alzata di spalle, asserendo come ciò che interessa sia il pericolo di contagio e non lo *status fisico* dell'asintomatico.

Il *punctum dolens* di una siffatta conclusione risiede però nei risvolti penalistici.

L'asintomatico non è *autore del reato* (di lesioni colpose, epidemia, *etc.*) ma *centro di imputazione penale*, un 'modello' di trasmissione del *virus* teoricamente chiamato a rispondere della condotta. La sua qualificazione non è 'inequivocabile', non rientra nei canoni paradigmatici dell'*agente*, perché si trova in una condizione clinica scientificamente 'dubbia', che influisce agli effetti dell'imputazione penale.

Incertezza che non lo esime, tuttavia, dal rischio di incorrere nella realizzazione di reati di particolare gravità.

La clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 del codice penale o più grave reato» con cui si apre l'articolo 4, comma 6, d.l. n. 19/2020 (che sanziona penalmente la violazione del «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus», punita con la stessa pena dell'art. 260 R.D. n. 1265/1939, come aumentata dal successivo comma 7) consentirà di contestare l'epidemia colposa quando sia ipotizzabile che la condotta dell'agente abbia cagionato il contagio di una o più persone o l'ulteriore propagazione della malattia.

Orbene, l'integrazione del fatto tipico non richiederà che i germi siano posseduti dall'agente in senso di disponibilità separata dalla sfera fisica, ma sarà sufficiente che essi vengano trasmessi da un soggetto contagiato o *portatore asintomatico durante la fase di incubazione*. Resta irrilevante l'ipotesi

che questi non abbia alcuna consapevolezza dello stato in cui si trova, di per sé di potenziale esposizione a pericolo della salute pubblica. Con il consequenziale attrito con i principi tradizionali (l'agente deve conoscere la natura patogenetica del *virus* oppure ignorarla colposamente).

Tuttavia, l'accertamento della realizzazione del fatto tipico incontrerà un duro percorso a ostacoli.

Sul versante oggettivo, le conoscenze finora acquisite sul *Covid-19*, lette in combinato disposto con la condotta dell'agente, saranno idonee sul piano teorico a 'certificare' la «ragionevole umana certezza»<sup>19</sup> del contagio, anche tenuto conto dell'«evento lesivo *hic et nunc*, quindi della concreta evoluzione dei fatti»<sup>20</sup>.

Pur se associata l'esistenza del nesso causale tra azione ed evento, rilievi di natura sostanziale e processuale si frapperanno all'accertamento della *suittas*.

Innanzitutto, l'*asintomatico* potrà rispondere del reato di lesioni colpose (meno frequentemente, di epidemia colposa *ex artt.* 438, 452 c.p. e di omicidio colposo, riservando ad ipotesi eccezionali la configurabilità del dolo eventuale) solo se consapevole del proprio stato di positivo asintomatico. Viceversa, l'incoscienza del "rischio contagio" da *Sars-CoV-2* funzionerà quale elemento di esclusione della colpevolezza.

Resta estraneo (e apparente insormontabile) il problema di stampo processuale: come *provare*, in primo luogo, il contagio e a cascata la conoscenza della positività e infine, residualmente, la volontà del contagio?

La dottrina penalistica sviluppatasi durante la "peste del 2000" aveva correttamente indicato come la trasmissione dell'HIV presupponeva un rapporto sessuale (o il noto 'scambio di siringhe' o la trasfusione di sangue infetto), ma la partecipazione psicologica dell'agente andava valutata alla luce di diverse e specifiche circostanze, quali frequenza e tipologia di rapporto, l'adozione di precauzioni, l'eventuale presenza (o causazione) di microlesioni<sup>21</sup>. Al contrario, il contagio da *Covid-19* può avvenire tramite uno scambio di oggetti o emissione di *droplet*.

Il *rebus* dell'attribuibilità psicologica dell'evento non incontra soluzioni agevoli sul piano processuale: ne discende la richiamabilità astratta delle

<sup>19</sup> *Ex pluris*, Cass. pen. Sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 5901.

<sup>20</sup> FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., p. 269.

<sup>21</sup> S. CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito". Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, "Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico". Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna, 23.24 marzo 2012*, in «DPC – RT», 6 febbraio 2013; in precedenza, sia consentito rinviare a CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in «Studi Urbinati», 1988-89/1989-90, *passim* e spec. pp. 114 ss.

fattispecie configurabili, ma all'esito pratico si riscontra l'impossibilità *di fatto* di sanzionare penalmente la condotta.

Innanzitutto all'imprevedibile realtà fenomenica, le credenze ortodosse vanno in *tilt*.

Nel sistema tradizionale del diritto penale si è abituati a parlare per assiomi, ciò che è non può *non essere*, anche se il vocabolario è da 'adeguare' alle innovative sfaccettature della *praxis*: la *personalità* della responsabilità penale diventa *colpa di organizzazione*, la *macchina* agisce in *autonomia*, l'agente *borderline* è *centro di imputazione*.

L'eccezione, però, non deve divenire regola per il Legislatore: lo scenario altrimenti ipotizzabile sarebbe quello di lasciare il campo a norme destinate ad essere disapplicate o, peggio, strumentalizzate per scopi illeciti.

L'art. 171 del *Code Civil* francese è un illuminante esempio: la disposizione prevede che il Presidente della Repubblica possa, per gravi motivi, autorizzare la 'celebrazione del matrimonio' in caso di morte di uno dei futuri coniugi, purché una sufficiente raccolta dei fatti dimostri inequivocabilmente che il deceduto avrebbe prestato il futuro consenso. In questo caso, gli effetti del matrimonio retroagiscono al giorno precedente la morte.

In sintesi: *matrimonio col defunto* (e in assenza del diretto interessato).

La norma sembra trarre la sua origine da una vicenda drammatica: una giovane donna, in stato di gravidanza e in attesa delle prossime nozze, aveva perso il promesso sposo *in bello*. La Repubblica Francese escogitò quindi un potere assimilabile alla *grazia, ad personam* e da esercitare in ipotesi eccezionali.

L'ecletticità della prescrizione nasce proprio dall'evento *ultra*-ordinario che ne ha determinato l'introduzione.

Ma, anche in questo caso, premessa la potenziale violazione del *liberas nuptias esse placuit*, quali sono i risvolti sul diritto penale? Quali le tutele ad esempio per il defunto (già) nubendo raggirato?

## 5. *Gli harbingers*

L'ultima rappresentazione dell'avanguardia, che idealmente si ricollega alla prima, gira attorno al modello del *pioniere*.

Il paradossale precursore del futuro: l'*harbinger*. Una figura nata dall'*arte sequenziale*, la rappresentazione iconografica dell'individuo che per propria natura e inclinazione fa sempre scelte impopolari e destinate al fallimento.

È colui che acquista il bene che il mercato rifiuta, che vota per il candidato che non sarà mai eletto.

Nello studio delle aggressive strategie di mercato di stampo nordamericano vengono condotti *test* che 'prendono di mira' lo sfortunato *chooser*. La logica è semplice: non lanciare sul mercato prodotti preferiti da colui che abitualmente punta su indici fallimentari; sul piano politico-elettorale, analogamente, escludere il candidato caro all'*harbinger*.

*Mutatis mutandis*: sfruttare statistiche risultanti dal campione analizzato in una logica proattiva di *marketing a contrario*. Una *intelligenza artificiale* basata su algoritmi *soggettivi*, elaborati inconsciamente da persone fisiche, che conducono a esiti errati.

Come sfruttare, quindi, il senso proclive alla sconfitta degli *harbingers* in un'ottica di riforma del sistema penale?

La ricerca di una politica criminale razionale, che non inseguia il desiderio di consenso, parte necessariamente dalla ricerca del *do not*.

Si tratta di elaborare una legislazione virtuosa, che in un primo momento 'lasci il campo' al potenziale errore, per studiarne le dinamiche applicative e capire *come non operare*. In una seconda fase, la costruzione di un *nocciolo duro concettuale* sui reati e sulle pene, provocato dalle *non-scelte* di colui che sbaglia *per antonomasia*.

Lo scetticismo domestico all'avanguardia, un po' pigro e a tratti superficiale, fa tornare alla mente lo *slogan* di una nota *réclame*: *hey, what did you expect?*

Sarebbe forse il caso di scrivere un finale alternativo alla favola della rana e dello scorpione, sforzandosi di 'superare' la natura ed evitando di avvelenare il salvifico avvenire.

"Chi conosce in profondità si sforza d'essere chiaro. Chi vorrebbe sembrare profondo alla moltitudine si sforza d'essere oscuro". La limpida e arguta frase di *Friedrich Nietzsche* si adatta alla perfezione con il primo dei modelli descritti per quanto riguarda Antonio Fiorella, al quale questo scritto è dedicato, come giusto tributo alla Sua intensa e preziosa attività accademica e professionale. Dal canto mio, ho cercato di essere comprensibile, se non altro per non ricadere nella categoria opposta.





Antonio Cavaliere\*

*Punire per ottenere 'sicurezza':  
corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*

SOMMARIO: 1. Prologo: piccoli e grandi segni di securitarismo nella gestione della pandemia – 2. La revisione solo parziale dei 'decreti sicurezza' e le concessioni al securitarismo. – 3. Il punitivismo securitario. Una sistematica delle sue implicazioni – 4. Dall'illusione della sicurezza mediante il diritto penale alla tutela effettiva dei diritti mediante politiche ordinamentali di orientamento personalistico e solidaristico.

Le riflessioni in tema di 'sicurezza' che seguiranno sono dedicate all'illustre, caro collega Antonio Fiorella, nella cui poliedrica produzione scientifica ricorre, tra l'altro, un puntuale e non comune impegno verso la salvaguardia di esigenze costituzionalmente imposte di offensività, anche con riguardo ai pericoli connessi alla proliferazione di beni giuridici cd. strumentali e di «generici beni di natura “superindividuale”»; ciò conduce, del tutto condivisibilmente, «a prestare la massima attenzione all'effettivo significato di nuove concezioni o semplici *slogan* che la moda proponga»<sup>1</sup>.

*1. Prologo: piccoli e grandi segni di securitarismo nella gestione della pandemia*

Il tema, non nuovo, dei rapporti tra sicurezza e diritto punitivo – in un'accezione comprensiva di interventi formalmente amministrativi, ma sostanzialmente penali o 'parapenali' – si è riproposto durante la pandemia.

Si allude, in particolare, al d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modif. dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173, su cui mi soffermerò tra breve. Peraltro, già nei provvedimenti volti alla prevenzione del contagio da Covid-19 si

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, Torino 2018, p. 224 e *amplius* pp. 205 ss.

possono scorgere tendenze in qualche modo definibili quali securitarie.

Certamente, tendenze in parte comprensibili, considerata l'eccezionale gravità della situazione.

Come vedremo in seguito, l'idea di sicurezza incide sui tre settori fondamentali del diritto penale, limitandoci al diritto sostanziale. Tale tripartizione si può riproporre anche per l'illecito amministrativo punitivo; e sovente il discorso pubblico e i provvedimenti normativi in tema di sicurezza sovrappongono interventi amministrativi e penali<sup>2</sup>.

I tre settori in questione sono quelli della teoria e prassi in materia, rispettivamente, di fonti; di struttura dell'illecito – penale o parapenale –; e di pene e sanzioni punitive.

Ebbene, sul piano delle fonti, durante la pandemia ed in particolare nella sua fase iniziale, non pochi studiosi di diverse discipline giuridiche hanno censurato il ricorso ai d.P.C.M., autorizzati con decreti legge – primo fra tutti il d.l. 23 febbraio 2020 n.6, «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito con modif. dalla l. 5 marzo 2020, n.13 – a prevedere misure limitative di libertà come quelle di circolazione, riunione, esercizio di attività economiche, sulla base di presupposti e in rapporto ad ambiti vaghi.

Sulla base di tale autorizzazione, il d.P.C.M. 9 marzo 2020 estendeva all'intero territorio nazionale le misure adottate con il d.P.C.M. del giorno precedente per le sole cd. zone rosse, prevedendo, in particolare, l'obbligo di non uscire dalla propria abitazione, salvo che per ragioni di salute, lavoro o acquisto di generi di prima necessità; misura non espressamente ricompresa nell'elenco di quelle adottabili secondo il d.l. n.6/2020, ma riconducibile alla generica autorizzazione, contenuta nell'art. 1 co.1 di tale d.l., ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica». Sotto tale punto di vista, la violazione del principio di legalità veniva sanata con l'art. 1, co.2, lett. a) del successivo d.l. 25 marzo 2020, n.19, conv. con modif. dalla l. 22 maggio 2020, n.35, che prevedeva fra le misure adottabili con d.P.C.M. il divieto di

---

<sup>2</sup> In proposito, cfr. criticamente ad es. F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, pp. 350 ss., pp. 458 ss.; M. PELISSERO, *Il superamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo pacchetto sicurezza*, in «*Studium iuris*» n.10/2017, pp. 1100 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino 2019, p.2; A. SBRACCIA, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza* a cura di F. Curi, Pacini giuridica, Pisa 2019, p. 13.

allontanarsi dalla propria abitazione.

In base all'art. 4 co.2 d.P.C.M. 8 marzo 2020, che a sua volta rinviava all'art. 3 co.4 d.l. n.6/2020, il mancato rispetto di tale disposizione del Presidente del Consiglio, così come di una qualunque delle «misure di contenimento» autorizzate da tale d.l. e contenute nel d.P.C.M., era punibile *ex art.* 650 c.p. Il rinvio a quest'ultima disposizione, peraltro tecnicamente problematico sotto diversi profili – in particolare perché l'art. 650 c.p., secondo l'orientamento prevalente, non sanziona l'inosservanza di provvedimenti generali ed astratti, ma solo di ordini individuali e concreti<sup>3</sup> –, veniva anch'esso eliminato con il citato d.l. n.19/2020, il cui art. 4 co.1 prevedeva per la violazione della generalità dei provvedimenti l'applicabilità della sanzione amministrativa, peraltro non lieve, del «pagamento di una somma da euro 400 a euro 3000».

Peraltro prima di tale depenalizzazione, erano state emanate alcune ordinanze di Presidenti di Giunte regionali che prevedevano disposizioni più restrittive di quelle contenute nel d.P.C.M. come, ad esempio, nel caso della Campania, il divieto di svolgere qualsiasi attività motoria individuale all'aperto, richiamando ancora una volta l'art. 650 c.p.

Per far fronte alla sospetta violazione del principio di legalità insita in tali rinvii all'art. 650 c.p., si era sostenuto che il rinvio all'art. 650 c.p. contenuto nel d.P.C.M. fosse solo '*quoad poenam*', rimanendo la vera fonte del precetto penale il d.l.; e solo attraverso considerazioni analoghe – ma al prezzo di ulteriori e note difficoltà, relative alla stessa legittimità di quelle ordinanze – si sarebbe potuta difendere la legittimità del rinvio contenuto in ordinanze regionali allo stesso art. 650 c.p., non potendo certo un'ordinanza regionale estendere l'ambito di applicazione di una norma penale. Tutto ciò salvava la forma, ma non certo la sostanza del problema della conformità al principio di legalità di tali disposizioni. Oltretutto, l'indeterminatezza dei precetti contenuti nei vari d.l. e d.P.C.M. succedutisi ed il sovrapporsi ad essi delle ordinanze regionali davano luogo ad una grave incertezza del diritto penale e, successivamente, amministrativo punitivo.

La tutela della salute ha, dunque, subito una distorsione securitaria, nel senso che si è motivato con l'esigenza di tutelare la 'sicurezza' (della salute) dei cittadini uno spostamento di poteri normativi verso il Presidente del Consiglio e addirittura i Presidenti delle Giunte regionali.

Passando al piano della teoria del reato, risulta evidente che prevedere l'applicazione dell'art. 650 c.p. per la violazione di qualunque provvedimento

<sup>3</sup> Cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 2001, pp.110-112; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 2004, p.39.

volto alla prevenzione del contagio significava imperniare l'illecito penale sulla mera trasgressione, ovvero su un'exasperata anticipazione della tutela. Il bene della salute rimaneva sullo sfondo e se ne presumeva l'offesa, in termini di pericolo, in qualsiasi condotta inosservante: non importava quanto isolato fosse il luogo della passeggiata, della corsa o del giro in bici 'incriminati'. Ciò ha dato adito a denunce penali talora surreali e, per altro verso, ad un'inflazione di procedimenti penali per bagattelle che, come ho ricordato, ha indotto il Governo ad un precipitoso *révirement*.

Ma è sul piano delle sanzioni che la torsione securitaria nella gestione della pandemia si è maggiormente avvertita: basti pensare che l'art. 2 co. 8-9 d.l. 8 marzo 2020, n. 11 si limitava a precludere ai detenuti i colloqui in presenza e ad autorizzare la sospensione della concessione dei permessi premio e della semilibertà. I detenuti venivano così ancor più 'rinchiusi', in una situazione di grave sovraffollamento, che rendeva impossibile il distanziamento fisico, e di grave carenza igienico-sanitaria. Ciò motivava diffuse proteste nelle carceri, con conseguenze mortali per alcuni detenuti. Anche i successivi provvedimenti volti alla deflazione carceraria allo scopo di prevenire la diffusione del contagio risultavano eccessivamente restrittivi e venivano perciò sottoposti a diffuse ed autorevoli critiche<sup>4</sup>. Non quei provvedimenti, ma solo l'uso 'umanitario', da parte della magistratura, degli spazi di discrezionalità di cui disponeva ha dato luogo ad una consistente diminuzione del sovraffollamento carcerario, che peraltro rimane tale<sup>5</sup>.

## 2. La revisione solo parziale dei 'decreti sicurezza' e le concessioni al securitarismo

2.1 Durante la pandemia è stato emanato un provvedimento da più parti atteso, ovvero la revisione dei 'decreti sicurezza' emanati durante il primo Governo Conte, ad opera del citato d.l. n.130/2020, conv. con modif. dalla l. n.173/2020<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Si vedano ad esempio le *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus* del 23 marzo 2020. [http://www.aipdp.it/documenti/AIPDP\\_Proposte\\_emergenza\\_carceraria\\_da\\_coronavirus.pdf](http://www.aipdp.it/documenti/AIPDP_Proposte_emergenza_carceraria_da_coronavirus.pdf).

<sup>5</sup> Secondo i dati disponibili sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia, <<http://www.giustizia.it>>, il 31 gennaio 2021 negli istituti penitenziari erano presenti 53.329 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 50.551.

<sup>6</sup> Per un istruttivo commento, v. G. MENTASTI, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n.130): modifiche al codice penale ed altre novità*, in <<http://www.sistemapenale.it>>, 23 ottobre 2020; EAD., *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n.130/2020)*

Il provvedimento interviene principalmente sulla normativa in materia di immigrazione, ripristinando condizioni minime di umanità, che erano state travolte dai decreti sicurezza del 2018 e del 2019; decreti giustamente denominati 'insicurezza' da diverse voci autorevoli, perché, escludendo possibilità di integrazione sociale per molti migranti, finivano per 'metterli per strada', sospingendoli verso l'illegalità, e quindi anche verso lo sfruttamento nell'economia sommersa o addirittura criminale<sup>7</sup>.

Viene dunque adottata una disciplina meno rigida dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno e della convertibilità degli stessi in permessi di lavoro; è previsto un sistema di accoglienza ed integrazione anche per i richiedenti protezione internazionale; si reintroduce il diritto all'iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale, vietata dall'art.1-*bis* d.l. n.113/2018 (il primo 'decreto sicurezza' del Governo Conte I)<sup>8</sup>. Vengono ampliati i divieti di espulsione, respingimento o estradizione in presenza di rischi di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti ed in ulteriori ipotesi.

È, inoltre, abrogata la draconiana sanzione amministrativa da 150.000 a un milione di euro, con confisca della nave, prevista per l'inosservanza del divieto di ingresso, sosta o transito nelle acque territoriali disposto dal Ministro dell'Interno. Tuttavia, l'inosservanza dei divieti ministeriali di sosta e transito – che restano adottabili sulla base di vaghi «motivi di ordine o sicurezza pubblica» – diventa reato, di mera trasgressione, punibile con la reclusione fino a due anni e con la multa da 10.000 a 50.000 euro<sup>9</sup>. Interventi migliorativi riguardano pure la 'detenzione amministrativa' dei migranti, anche con la riduzione della durata massima, di regola, a 90 giorni. Per altro verso, viene introdotta all'art. 14 co.7-*bis* t.u. imm. una nuova ipotesi di arresto in cd. flagranza differita per i delitti commessi con violenza alla persona o sulle cose in occasione o a causa del trattenimento in un centro di permanenza per i rimpatri o in un *hotspot* o durante la

*diventa legge* (l. 18 dicembre 2020, n.173): le novità introdotte in sede di conversione, *ivi*, 15 gennaio 2021.

<sup>7</sup> Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*. In <<http://www.questionegiustizia.it>>, 22 marzo 2019, par.1.1.

<sup>8</sup> Tale disposizione aveva introdotto un art. 4 co.1-*bis* d.lgs. n.142/2015, dichiarato illegittimo con la recente sent. C. Cost., 9 luglio 2020, n.186.

<sup>9</sup> La disposizione non si applica ad operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera, effettuate nel rispetto, da un lato, delle indicazioni impartite dall'autorità competente per la ricerca e soccorso in mare e, dall'altro, delle norme CEDU e delle disposizioni nazionali, europee ed internazionali in materia di diritto d'asilo. Cfr. sul punto MENTASTI, *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n.130/2020) diventa legge*, cit., par. 3.1.

permanenza nelle strutture di primo soccorso e accoglienza; a seguito dell'arresto, è previsto si proceda sempre con rito direttissimo, «salvo che siano necessarie speciali indagini». L'esigenza di una rapida espulsione del migrante concorre a spiegare, ma non certo a giustificare una tale grave e sistematica compressione del diritto di difesa.

Già da questa cursoria elencazione 'a prima lettura' risulta che, se sicuramente si assiste ad un condivisibile mutamento di rotta nella politica dell'immigrazione, tuttavia permangono ancora strascichi securitari.

Ma il d.l. n.130/2020 non regola soltanto la materia dell'immigrazione, bensì contiene numerosi interventi, di segno prevalentemente repressivo, che in parte si innestano sui decreti sicurezza del 2018 e 2019. Interventi eterogenei – per così dire, più 'sfusi' che in 'pacchetto' – e non sempre riconducibili ai casi 'straordinari di necessità e d'urgenza' di cui all'art.77 Cost.

L'art. 8 d.l. rende applicabile l'art. 391-*bis* c.p., in tema di agevolazione delle comunicazioni di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., anche al detenuto e ne inasprisce il regime sanzionatorio; e l'art. 9 d.l. introduce l'art. 391-*ter* c.p., che rende punibile con la reclusione da 1 a 4 anni sia chi procura ad un detenuto l'accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione, sia il detenuto stesso. Per farsi un'idea della (ir)-ragionevolezza del rigore sanzionatorio che informa tali disposizioni, si tenga presente che entrambi i reati sono ritenuti dal legislatore più gravi sia dell'evasione che della procurata evasione, artt. 385 e 386 c.p. In altri termini, confrontando le cornici edittali, risulta più grave procurarsi un telefonino che evadere; più grave procurare un telefonino che procurare l'altrui evasione!

L'art. 10 d.l. interviene sul delitto di rissa: nell'ipotesi base, ha luogo un aumento della pena prevista, che com'è noto è quella pecuniaria, da € 309 a 2000. Nell'ipotesi di cui al secondo comma, in cui «taluno rimane ucciso, o riporta lesione personale, la pena, per il solo fatto della partecipazione alla rissa», viene aumentata, passando dalla reclusione da 3 mesi a 5 anni alla reclusione da 6 mesi a 6 anni. Difficile immaginare una novella più sterilmente simbolica; la consueta illusione repressiva insita nel mero aumento delle pene edittali raggiunge livelli di vero e proprio umorismo involontario in relazione al primo comma. Ma davvero qualcuno pensa seriamente, negli uffici ministeriali, che per impedire le risse serva a qualcosa aumentare la pena pecuniaria? O che possa avere una qualche efficacia – anche a voler accedere ad una problematica logica di mera deterrenza – l'aumento della pena detentiva previsto al secondo comma? Naturalmente, poi, i problemi di responsabilità oggettiva di cui all'art. 588 co.2 c.p. non

interessano a nessuno, in quegli uffici come in Parlamento.

Incidentalmente, vale la pena osservare che simili interventi puntiformi sul codice penale, per giunta introdotti con decreto legge, risultano eloquenti circa il rispetto, da parte del legislatore, della riserva di codice di cui all'art.3-*bis* c.p. e la praticabilità di autorevoli letture – certo, animate da ottime intenzioni, ma pure ispirate ad una risalente inversione metodologica – volte a ritenere 'costituzionalizzata' tale norma ordinaria<sup>10</sup>. La via maestra, in materia, resta la riforma costituzionale.

Ulteriori interventi punitivi si innestano sui precedenti decreti sicurezza, ma purtroppo ne portano avanti la stessa politica criminale, anziché smentirla. Viene, infatti, ampliata ed inasprita la disciplina di cui agli artt. 13 e 13-*bis* d.l. 20 febbraio 2017, n.14 – «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città», c.d. decreto Minniti –, conv. con modif. dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, in relazione al divieto di accesso a determinati luoghi (molto impropriamente denominato DASPO urbano, dato che non si tratta del divieto di assistere a manifestazioni sportive).

L'art. 13, nel testo risultante dalla l. n.14/2017, prevedeva che il questore potesse vietare alle persone condannate in via definitiva o con sentenza confermata in appello per la vendita o cessione di stupefacenti, art. 73 d.P.R. n.309/1990, commesse all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, Università, locali aperti al pubblico e pubblici esercizi, l'accesso a quei luoghi o lo stazionamento nelle immediate vicinanze. Il questore poteva inoltre imporre, tra l'altro, l'obbligo di uscire di casa prima o dopo di una certa ora e il divieto di allontanarsi dal comune di residenza. La violazione di tali divieti era sanzionata in via amministrativa con il pagamento di una somma da 10.000 a 50.000 euro e la sospensione della patente di guida. Ora, per effetto della l. n. 173/2020, il divieto può essere imposto anche alle persone semplicemente 'denunciate' per quel reato, e la violazione dei precetti del questore diviene reato, punibile «con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 8.000 a 20.000 euro».

L'art. 13-*bis* l. n.14/2017, introdotto dall'art. 21 co.1-*ter* d.l. n.113/2018 (primo decreto sicurezza Salvini), prevedeva che il questore potesse disporre, in rapporto alle persone condannate in via definitiva o con sentenza confermata in appello «per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento» o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio, quello stesso divieto di accesso e di stazionamento nelle vicinanze; il questore poteva inoltre

<sup>10</sup> M. DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in <<http://www.sistemapenale.it>>, 21 settembre 2020, pp. 14 ss.



disporre l'obbligo di presentarsi periodicamente ad un ufficio di polizia. La violazione di tali precetti era punibile con la reclusione da sei mesi ad un anno e con la multa da 5.000 a 20.000 euro. Ebbene, l'ultimo decreto sicurezza amplia il precetto ed inasprisce la sanzione: il divieto e l'obbligo di presentarsi possono essere imposti anche alle persone semplicemente 'denunciate' per quei reati e persino alle 'persone con le quali l'interessato si associa' (mai denunciate per alcunché), e la pena per l'inosservanza dei provvedimenti del questore diventa la reclusione da sei mesi a due anni e la multa da 8.000 a 20.000 euro.

Avanza, dunque, ulteriormente, dopo i decreti sicurezza Minniti e Salvini<sup>11</sup>, un diritto punitivo a tutela della sicurezza, basato su provvedimenti di polizia, imposti ora addirittura a persone soltanto 'denunciate' o a terzi (responsabilità per fatto altrui!) che si 'associano' – in che senso? – a quelle, con un intollerabile rovesciamento della presunzione di non colpevolezza, e una vaghezza di presupposti, corrispondenti alla logica del sospetto tipica delle misure di prevenzione. Inoltre, l'inosservanza del provvedimento del questore viene sanzionata penalmente in modo ben più severo di quanto previsto dall'art. 650 c.p.

Volendo tradurre quanto precede in termini di incidenza dell'idea di sicurezza su teoria e prassi delle fonti, del reato e della pena, ne risulta, anzitutto, che la fonte della sanzione 'parapenale' – divieto di accesso e di stazionamento, obbligo di presentarsi – è il provvedimento del questore, e che la norma penale si limita a presidiare l'inosservanza di tale provvedimento, che costituisce, come si vedrà meglio più avanti, la vera fonte del precetto: si tratta infatti di un'ipotesi speciale che ricalca il modello dell'art. 650 c.p. Dal punto di vista della struttura dell'illecito, il precetto del questore colpisce il tipo d'autore del 'denunciato' o del condannato anche non definitivo, che si presume – ripetiamo, in patente contrasto con l'art. 27 co.2 Cost. – soggettivamente pericoloso per la sicurezza; mentre il precetto penale che rende punibile l'inosservanza configura chiaramente un reato di mera disobbedienza. Dall'angolo visuale della teoria della sanzione punitiva, tutto ciò si fonda sull'idea della neutralizzazione della pericolosità soggettiva, ossia su una finalità di prevenzione speciale negativa. O almeno, quest'ultima è la finalità 'manifesta', dichiarata; le funzioni "latenti" sono la rassicurazione simbolica dei consociati e l'esclusione sociale dei soggetti

---

<sup>11</sup> Per un'ampia analisi in argomento, cfr. spec. AA.VV., *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, cit.; sia consentito pure rinviare ad A. CAVALIERE, *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in <<http://www.laegislazionepenale.eu>>, 21.7.2020, pp. 1 ss.

inseriti nel circuito parapenale e penale<sup>12</sup>.

Tralasciamo un'ulteriore previsione normativa 'sfusa' del pacchetto, concernente misure extrapenali di contrasto del traffico di stupefacenti via internet, art. 12, e concentriamoci invece su un aspetto particolarmente problematico del d.l. n.130/2020, concernente la clausola di particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Il secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p. era stato modificato dal cd. decreto sicurezza *bis*, che, nel testo risultante dalla legge di conversione, aveva aggiunto il seguente periodo finale: «L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341-*bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni». Per i delitti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, si dimezzava dunque la soglia della non punibilità, operando una discriminazione di taglio casistico, priva di giustificazione razionale in rapporto sia ad un fatto commesso durante una qualsiasi altra manifestazione – ad esempio, durante un concerto in uno stadio... –, sia ad un fatto realizzato al di fuori di qualsiasi manifestazione. Ma non meno grave risultava l'esclusione della particolare tenuità del fatto nelle ipotesi di violenza, resistenza ed oltraggio a pubblico ufficiale. Una tale esclusione assoluta, infatti, risultava concepibile soltanto a partire da una visione autoritaria – che riporta ai tempi del fascismo – secondo cui le offese a pubblico ufficiale, in quanto tali, presentano una gravità maggiore rispetto a quella delle stesse offese, se recate ad un'altra persona<sup>13</sup>; e, dunque, quelle offese a pubblico ufficiale, pur rientrando nei limiti di pena edittale che consente la non punibilità ex art. 131-*bis* co.1 c.p., non potrebbero mai risultare lievi.

Com'è noto, il Presidente della Repubblica, contestualmente alla promulgazione della l. n. 36/2019, in una lettera del 26 aprile 2019<sup>14</sup>, aveva

<sup>12</sup> Sulla distinzione sociologica tra funzioni manifeste e latenti dell'esercizio del potere punitivo - risalente a R. K. MERTON, *Teoria e struttura sociale* (1949), Il Mulino, Bologna 2000, p.191 – cfr. A. BARATTA, *Che cos'è la criminologia critica?* in «Dei delitti e delle pene», 1991, pp. 77.

<sup>13</sup> Cfr. per tutti, in riferimento all'art.336 c.p., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 4<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna 2007, p. 287: «Questa rafforzata tutela dei pubblici funzionari, tipica di uno Stato autoritario, non sembra più conforme al principio di eguaglianza quale canone fondamentale dello Stato di diritto: nell'ambito di quest'ultimo, la condizione personale degli appartenenti alla pubblica amministrazione non può che essere parificata a quella di tutti i cittadini».

<sup>14</sup> Reperibile all'interno del sito istituzionale <<http://www.quirinale.it>>.

rilevato che la norma «non riguarda soltanto gli appartenenti alle Forze dell'ordine ma include un ampio numero di funzionari pubblici, statali, regionali, provinciali e comunali nonché soggetti privati che svolgono pubbliche funzioni, rientranti in varie e articolate categorie, tutti qualificati – secondo la giurisprudenza – pubblici ufficiali, sempre o in determinate circostanze. Tra questi i vigili urbani e gli addetti alla viabilità, i dipendenti dell'Agenzia delle entrate [...], gli ufficiali giudiziari, i controllori dei biglietti di Trenitalia, i controllori dei mezzi pubblici comunali, [...] gli insegnanti delle scuole.

Questa scelta legislativa impedisce al giudice di valutare la concreta offensività delle condotte poste in essere, il che, specialmente per l'ipotesi di oltraggio a pubblico ufficiale, solleva dubbi sulla sua conformità al nostro ordinamento e sulla sua ragionevolezza nel perseguire in termini così rigorosi condotte di scarsa rilevanza e che, come ricordato, possono riguardare una casistica assai ampia e tale da non generare “allarme sociale”».

Ebbene, l'art. 7 d.l. n.130/2020, convertito senza modificazioni, sostituisce nell'art. 131-*bis* co.2 c.p. le parole «di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni» con quelle «di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni e nell'ipotesi di cui all'articolo 343». In tal modo, vengono accolte le riserve del Presidente della Repubblica, aggiungendo, per altro verso, l'esclusione della possibile tenuità dell'oltraggio ad un magistrato in udienza.

Tuttavia, resta a mio avviso il dato per cui l'esclusione della possibile tenuità di violenza, resistenza, oltraggio ad un agente di p.s. o di p.g. o ad un magistrato dà luogo ad una presunzione di gravità arbitraria nella sua assolutezza, contrastante con la cornice edittale di applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., irragionevole – per l'agevole prospettabilità di casi concreti di disvalore esiguo – e, in ultima analisi, ispirata ad una visione dei rapporti tra individuo ed autorità incompatibile con la Costituzione. Le esclusioni della tenuità del fatto, già previste dall'art. 131-*bis* c.p., oltre ad essere in sé non esenti da censure – basti pensare che un fatto commesso con crudeltà “verso gli animali” non può mai essere ritenuto di particolare tenuità – non si riferiscono a singole norme incriminatrici in astratto e, quando si fondano sull'impossibile esiguità di una determinata lesione di beni giuridici, si riferiscono alla morte o a lesioni gravissime, e non certo all'offesa al prestigio o ad altri interessi della P.A.

2.2. Il d.l. n.130/2020, conv. con modif. dalla l. n.173/2020, va dunque salutato con favore relativamente alla disciplina dell'immigrazione, sebbene

con qualche riserva; ma per altro verso contiene interventi punitivi che portano avanti la stessa politica criminale dei precedenti decreti sicurezza e non inverte decisamente la rotta emergenziale in relazione all'art. 131-*bis* c.p.

A ciò va aggiunto che tale decreto legge omette di intervenire su una serie di misure adottate con i decreti sicurezza del 2018 e 2019, che convergono nella repressione della marginalità sociale e del dissenso. Tutto questo versante dei decreti sicurezza del primo Governo Conte resta intatto; il che, francamente, è avvilente. Questo stato di cose si spiega, in parte, con il dato per cui quei decreti sicurezza ampliavano la portata di previsioni e/o inasprivano sanzioni che erano state precedentemente introdotte dal d.l. n. 14/2017, conv. con modif. dalla l. n. 48/2017, cd. decreto Minniti; ma in altra parte si tratta della continuità con politiche securitarie adottate a partire dal 2018.

In particolare, il d.l. n. 14/2017, partendo dall'onnivora definizione della sicurezza urbana, di cui all'art.4, quale «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città», aveva introdotto all'art. 9 il potere del sindaco di ordinare l'allontanamento da un nutrito elenco di “aree urbane” di «coloro che ponga[no] in essere condotte che [ne] impediscono l'accessibilità e la fruizione» – locuzione piuttosto oscura – «in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi»; inoltre, in base all'elencazione di cui al co.2 del citato art. 9, potevano essere allontanati coloro che venissero colti in stato di ubriachezza, oppure che commettessero atti contrari alla pubblica decenza – ad esempio, facendo la pipì in luogo pubblico<sup>15</sup> –; nonché i venditori ambulanti e parcheggiatori abusivi.

Nel caso di reiterazione di tali condotte, l'art. 10 co. 2 d.l. n. 14/2017 prevede che il questore, «qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza» – ancora una volta, un'espressione *passé-par-tout!* –, possa ordinare l'allontanamento per un periodo che, nella disciplina originaria del decreto, non poteva essere superiore a sei mesi; e che tuttora – ai sensi del co. 3 dello stesso articolo – va da sei mesi a due anni, qualora le condotte di cui all'art. 9 co. 1 e 2 siano «commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio».

Ebbene, mentre la sanzione per l'inosservanza dell'ordine del sindaco è, secondo art. 10 co. 1 d.l. n. 14/2017, il mero raddoppio della sanzione

<sup>15</sup> Condotta ritenuta riconducibile all'art. 726 c.p. – successivamente depenalizzato dall'art. 2 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, peraltro prevedendo la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 10.000 euro! – da Cass., 28 aprile 1986, Redaelli, CED n. 172533, cit. da A. BASSI, *Art.726 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2<sup>a</sup> ed., IPSOA, Milano 2006, p. 5056.

pecuniaria amministrativa, nell'ipotesi dell'inosservanza del provvedimento del questore era applicabile l'art. 650 c.p. Minacciavano, così, di aprirsi le porte del carcere per mendicanti, senz'altro, venditori ambulanti, parcheggiatori abusivi ed altri soggetti marginali.

Con l'art. 21-ter d.l. n. 113/2018, conv. con modif. dalla l. n. 132/2018, il primo decreto sicurezza del Governo Conte I, è stato inasprito il trattamento sanzionatorio, rendendo punibile l'inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore con l'arresto da sei mesi ad un anno, e nelle ipotesi di cui all'art. 9 co. 3 d.l. n.14/2017 addirittura con l'arresto da uno a due anni. In entrambe le ipotesi, si tratta di sanzioni notevolmente ed irragionevolmente più severe di quelle previste dall'ipotesi generale di inosservanza di un provvedimento dell'autorità, art. 650 c.p.

Il decreto sicurezza del 2018 mostra i muscoli, in particolare, pure nei confronti dei parcheggiatori abusivi, sostituendo come segue l'art. 7 co. 15-bis del codice della strada: «Salvo che il fatto costituisca reato, coloro che esercitano senza autorizzazione, anche avvalendosi di altre persone, ovvero determinano altri ad esercitare senza autorizzazione l'attività di parcheggiatore o guardiamacchine sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 771 ad euro 3.101. Se nell'attività sono impiegati minori, o se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo, si applica la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e dell'ammenda da 2.000 a 7.000 euro. È sempre disposta la confisca delle somme percepite». Colpisce, in particolare, la previsione della sanzione penale, per giunta detentiva e pecuniaria e quindi non estinguibile per oblazione, nell'ipotesi di 'recidiva semplice amministrativa'; si tratta di un ennesimo reato di mera trasgressione.

Ma l'opzione politico-criminale della tolleranza zero ha colpito, con l'art. 21-quater d.l. n. 113/2018, anche i semplici mendicanti, attraverso la reintroduzione nel codice Rocco, all'art. 669-bis, del reato di accattonaggio: è punibile con l'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da 3000 a 6000 euro<sup>16</sup> «chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà...». Alle sanzioni citate si aggiunge il «sequestro» [sic!] obbligatorio dei proventi della mendicizia.

Come si è accennato, neppure la parte dei decreti sicurezza del 2018 e 2019 che ampliava ed inaspriva, direttamente o indirettamente, la repressione del dissenso è stata oggetto di interventi correttivi ad opera del d.l. n.130/2020.

---

<sup>16</sup> Su questa cifra 'stellare' cfr. criticamente F. CURI, *Le alterne vicende del reato di mendicizia*, in AA.VV., *Il decreto Salvini*, cit., p. 272.

Anzitutto, l'art. 30 d.l. n. 113/2018 ha inasprito le sanzioni per l'occupazione di (terreni o) edifici che non costituiscano domicilio altrui, art. 633 c.p. In secondo luogo, l'art. 23 co. 1 d.l. n. 113/2018 ha reintrodotto il reato di blocco stradale, rendendo punibile con la reclusione da uno a sei anni chiunque depona o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie anche in una strada ordinaria e chiunque ostruisca o ingombri una strada ordinaria o ferrata, salvo che impedisca la circolazione su strada ordinaria solo con il proprio corpo, nel qual caso viene previsto un illecito amministrativo. Si è tornati, così ad intervenire penalmente in rapporto a manifestazioni sociali di protesta, in contrasto con i principi di proporzione/ragionevolezza<sup>17</sup> ed *extrema ratio* e comprimendo le libertà e i diritti costituzionalmente sanciti di manifestazione del pensiero, di riunione e di sciopero; con una fattispecie penale di ampiezza tale da risultare applicabile, ad esempio, nei confronti di un gruppo di ciclisti che, nel corso di una manifestazione di protesta, intralci la circolazione con le biciclette.

Ancora, con l'art. 6 co. 1 lett. a del decreto sicurezza *bis* – d.l. n. 53/2019, conv. con modif. dalla l. n. 77/2019 – sono state notevolmente aumentate le sanzioni per il cd. reato di casco, di cui all'art. 5 l. 22 maggio 1975, n.152: la sanzione detentiva è stata raddoppiata, prevedendo l'arresto da 1 a 2 anni e l'ammenda da 1000 a 2000 euro; inoltre, se il fatto è commesso in occasione di manifestazioni, sono previsti l'arresto da 2 a 3 anni e l'ammenda da 2000 a 6000 euro.

Va notato incidentalmente che la fattispecie in questione costituisce un'ipotesi paradigmatica di reato senz'offesa: il mero fatto di rendere difficoltoso il proprio riconoscimento in pubblico non offende, infatti, alcun bene giuridico che sia connotato in termini precisi ed empiricamente afferrabili, com'è invece richiesto dal principio di determinatezza di cui all'art. 25 co. 2 Cost. Ma al di là delle riserve generali sul cd. reato di casco – prodotto emblematico del diritto penale dell'emergenza – preme sottolineare un ulteriore profilo problematico, ossia la previsione di un aumento di pena legato alla realizzazione del fatto in occasione di una manifestazione. Se infatti, da un lato si comprende la *ratio* legata all'ansia ed alle pulsioni repressive nei confronti delle 'folle criminali', dall'altro la discriminazione tra due condotte realizzate in luogo pubblico, a svantaggio di quella che è espressione delle libertà costituzionalmente sancite di riunione, manifestazione del pensiero e/o sciopero, risulta irragionevole ed

<sup>17</sup> Cfr. in proposito P. LOBBA, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, in AA.VV., *Il decreto Salvini*, cit., pp. 282-283.

orientata ad un'incostituzionale repressione 'aggiuntiva' del dissenso<sup>18</sup>.

Sempre con riguardo alle manifestazioni pubbliche, l'art. 6 co. 1 lett. *b* del decreto sicurezza *bis* introduce, subito dopo il reato di casco, l'art. 5-*bis* l. n. 152/1075, che prevede la reclusione da uno a quattro anni per chiunque «lancia o utilizza illegittimamente», durante una manifestazione, razzi, petardi, gas «ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti a offendere», «in modo da creare un concreto pericolo per l'incolumità delle persone»; se il pericolo è solo per «l'integrità delle cose», la reclusione è da sei mesi a due anni. Si tratta di un'incriminazione molto ampia, estesa addirittura al mero pericolo per le cose, e che, essendo riferita anche a oggetti «comunque» atti ad offendere, abbraccia, ad esempio, l'utilizzo illegittimo di lattine o bottiglie di plastica, ombrellini pieghevoli, zaini...: insomma, quasi di qualunque cosa si porti con sé ad una manifestazione.

L'art. 7 del decreto sicurezza *bis*, attraverso una modifica dell'art. 339 c.p., aumenta le pene per le condotte di violenza e resistenza di cui agli artt. 336, 337 e 338 c.p. se commesse «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico»; analoghi aumenti di pena basati sulla realizzazione nel corso di manifestazioni sono previsti dall'art. 7 lett. *b*, *b-bis* e *b-ter*, in particolare, per l'interruzione di pubblico servizio, art. 340 c.p., per l'oltraggio a pubblico ufficiale, art. 341-*bis* c.p. e per l'oltraggio ad un magistrato in udienza, art. 343 c.p.. Si tratta, anche stavolta, di un giro di vite repressivo che incide in modo peggiorativo sui rapporti tra autorità e consociati, rispetto a quelli delineati in materia dallo stesso codice Rocco.

Ma gli inasprimenti sanzionatori in rapporto a fatti commessi durante manifestazioni vanno ancora oltre. L'art. 7 co. 1 lett. *c* aumenta la pena per i reati di devastazione e saccheggio commessi nel corso di pubbliche manifestazioni, rendendo applicabile l'aggravante di cui all'art. 419 co. 2 c.p., prevista in precedenza solo per fatti commessi «su armi, munizioni o viveri [...]»: il massimo di pena, dunque, passa da 15 a 20 anni di reclusione! Si tratta, qui, di un ulteriore irrigidimento di una disciplina già draconiana, con cui il codice Rocco assicurava una tutela rafforzata del patrimonio, guarda caso attraverso il riferimento al bene giuridico vago,

<sup>18</sup> Com'è ormai noto, il principio di offensività si applica anche alle circostanze aggravanti, dovendo esse essere espressione di un diritto penale del fatto, cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCIN, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano 2019, p. 11, pp. 632 ss. Riserve sugli aumenti di pena previsti nel decreto sicurezza *bis* in rapporto a fatti commessi nel corso di pubbliche manifestazioni esprimono pure A. NATALE, *A proposito del decreto sicurezza bis*, in <<http://www.questionegiustizia.it>>, 20 giugno 2019, par. 3; S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 18 giugno 2019, par. 8.

onnicomprensivo ed artificialmente pubblicizzato dell'ordine pubblico<sup>19</sup>.

Ma anche in rapporto al semplice danneggiamento, l'art. 7 co. 1 lett. *d* n. 2 del decreto sicurezza *bis* introduce un inasprimento. Infatti, viene introdotto un nuovo terzo comma dell'art. 635 c.p.: «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con la reclusione da uno a cinque anni». Così, mentre per il danneggiamento 'comune' sono previste le sole sanzioni introdotte per i reati di competenza del giudice di pace penale ed inoltre, per effetto dell'art. 2 co. 1 lett. *l* d.lgs. 15.1.2016, n. 7, occorre che la condotta sia stata realizzata con violenza alla persona o minaccia o che abbia ad oggetto le cose elencate al co. 2 dell'art. 635 c.p., il danneggiamento 'qualificato' dall'occasione della manifestazione pubblica riguarda qualsiasi cosa, non richiede violenza o minaccia ed è punibile con la reclusione da uno a cinque anni, vale a dire una pena notevolmente più elevata di quella prevista per un furto o una truffa e persino per una lesione personale.

Le nuove incriminazioni, gli ampliamenti ed inasprimenti appena elencati, contenuti nei decreti sicurezza del 2018 e 2019 ed ispirati ad un orientamento in chiave di tolleranza zero nei confronti di soggetti marginali e dissenzienti, avrebbero dovuto formare oggetto di semplici interventi abrogativi. Al contrario, il d.l. n.130/2020 si orienta, sotto tale profilo, alla conservazione dell'esistente e, dunque, si pone in continuità con quel *trend* di 'tolleranza zero'.

A ciò va aggiunto che durante il primo Governo Conte sono stati emanati ulteriori provvedimenti ispirati alla stessa illusione securitaria, in particolare sotto due profili: 1) ampliamento della legittima difesa con la l. 26.4.2019, n. 36, nonché delle possibilità di uso legittimo delle armi, con l'art. 19 del primo decreto sicurezza, che ha autorizzato l'uso della famigerata pistola ad impulsi elettrici chiamata 'taser' anche da parte della polizia municipale<sup>20</sup>; 2) aumento delle pene per furti e rapine, oltre che per

<sup>19</sup> Su tali caratteristiche dell'ordine pubblico quale oggetto di tutela penale cfr., tra i tanti, spec. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano 1983, p.193; G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano 1988, p. 3 ss. e *passim*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pp. 238-239; ID., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in «Enc. giur.», XXII, Roma 1990, p. 4; A. BEVERE, *Ordine pubblico*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. DONATI, Savelli, Milano 1980, pp. 275-276; C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. STILE, Jovene, Napoli 1985, p. 280.

<sup>20</sup> L'impiego della pistola *taser* è da tempo oggetto di diffuse critiche, in particolare da



la violazione di domicilio, con la l. 26 aprile 2019, n. 36. Il furto con strappo e il furto domiciliare, art. 624-*bis* c.p. come modificato dall'art. 5 co. 1 lett. *a* l. n. 36/2019, sono ora punibili con la reclusione da 4 a 7 anni (e con una multa); una pena superiore, ad esempio, a quella prevista per le lesioni personali gravi, art. 583 c.p., che, com'è noto, comprendono lesioni tali da mettere in pericolo la vita della vittima o da causare una malattia superiore a 40 giorni! Nell'ipotesi in cui ricorra anche una sola circostanza aggravante di cui all'art. 625 o 61 c.p., il co. 3 dell'art. 624-*bis* c.p., modificato dall'art. 5 co. 1 lett. *b* l. n. 36/2019, prevede ora la reclusione da cinque a dieci anni e la multa; ovvero la stessa pena detentiva della rapina, art. 628 c.p. come modificato dall'art. 6 co.1 lett. *a* della stessa l. n.36/2019, dell'estorsione, art. 629 c.p. e, per altro verso, della violenza sessuale, art. 609-*bis* c.p., e ben più grave di un sequestro di persona, art. 605 c.p., sia semplice che aggravato ai sensi del secondo comma dello stesso articolo. Quindi, ad esempio, un furto con strappo commesso con destrezza – art. 625 co. 1 n. 4 c.p. – o ai danni di un pendolare in stazione – n. 6 – per il legislatore è grave quanto una rapina, un'estorsione o uno stupro ed è più grave del tenere segregato qualcuno in una stanza, magari per mesi o anni!

Anche tali provvedimenti sono tuttora in vigore ed è ben difficile che vengano abrogati, nell'attuale temperie politico-criminale. Questa disincantata considerazione ci conduce al cuore del problema: la persistente esaltazione dell'idea di 'sicurezza'.

### 3. *Il punitivismo securitario. Una sistematica delle sue implicazioni*

Sul rapporto tra sicurezza e diritto penale si discute ormai da decenni<sup>21</sup>. È costatazione diffusa e difficilmente confutabile che il concetto di sicurezza venga impiegato dagli attori della comunicazione di massa quale *slogan* demagogico. Esso viene declinato esclusivamente in chiave repressiva e dà luogo a un'espansione del diritto punitivo e a un inasprimento sanzionatorio

---

parte del Comitato contro la tortura dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e di organizzazioni umanitarie, anche in quanto potenzialmente mortale; in argomento cfr. D. BERTACCINI, *Dotazioni di armi comuni ad impulsi elettrici e interpretazione autentica sulle armi in dotazione alla polizia municipale*, in AA.VV., *Il decreto Salvini*, cit., pp. 251 ss.

<sup>21</sup> Nell'ambito di una vasta letteratura, v. spec. M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna 2011; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit.; nonché l'ampia indagine, in particolare anche in prospettiva storica, di FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit.

che vengono riproposti ad ogni nuova ondata emergenziale.

L'ascesa del securitarismo viene ricondotta da voci autorevoli alle radici di un diritto punitivo orientato in senso specialpreventivo<sup>22</sup>. Vista invece quale fenomeno tipico del mondo contemporaneo, viene ricollegata alla presenza di nuovi, inquietanti rischi globali, di dimensioni macroscopiche, dal terrorismo internazionale all'ecocidio<sup>23</sup>; all'amplificazione, da parte dei *mass media*, di tali rischi e alla loro strumentalizzazione in chiave di consenso politico, attraverso l'offerta di risposte simbolicamente repressive a tali rischi; alla sostituzione della sicurezza sociale perduta da strati sempre più ampi della popolazione – in particolare a causa della crisi dei sistemi di *welfare State*, smantellati in attuazione della dominante ideologia neoliberistica – con l'illusione della sicurezza attraverso il diritto penale<sup>24</sup>.

Tali fenomeni certamente contribuiscono all'esaltazione dell'idea di sicurezza; essa, d'altronde, com'è noto, fin dalle origini dello Stato moderno assume un ruolo fondante ed allo stesso tempo ambiguo. È noto infatti come già in Hobbes lo Stato Leviatano venga legittimato in quanto garantisce sicurezza, superando il *bellum omnium contra omnes* attraverso un duplice contratto sociale, comprensivo del *pactum subjectionis*, con cui i consociati cedono integralmente le loro libertà all'autorità statale per ottenere sicurezza<sup>25</sup>. Ben diversi il contrattualismo di Locke e, successivamente, quello di Beccaria: il primo sancisce l'intangibilità dal potere statale di

<sup>22</sup> W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in DONINI, PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, cit., pp.79 ss.

<sup>23</sup> Cfr. per tutti U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), 21. Aufl., Frankfurt a.M. 2012, *passim*, spec. pp.23 ss., pp. 65-66.

<sup>24</sup> Cfr., a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, nouvelle éd., Paris 2015, p. 7, 10, 18 e *passim*; ID., *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Ombre Corte, Verona 2013, *passim*, spec. pp. 27-28, 30 («transizione da un (semi)*welfare state* 'maternalistico' a uno stato penale paternalista»), 44, dove si parla di una «vasta ristrutturazione del perimetro e delle funzioni dello stato, che ha comportato in modo simultaneo e convergente il restringimento (*downsizing*) della sua componente welfarista e l'accrescimento (*upsizing*) delle sue funzioni poliziesche, giurisdizionali e penitenziarie». V. pure, nella sociologia giuridico-penale italiana, spec. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della «Rivista *ius17@unibo.it*», 3/2013, pp. 32 ss., pp. 46-47, 109; nella dottrina penalistica, MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in BEVERE (a cura di), *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2007, pp.123-124.

<sup>25</sup> T. HOBBS, *Leviatano* (1651), a cura di R. Santi, Bompiani, Milano 2001, Parte seconda, Cap. XVII, par.1 («Il fine dello stato: la sicurezza individuale»), par. 13 ss., pp. 275, 281 ss.

alcuni diritti umani<sup>26</sup>, il secondo afferma che, secondo ragione, ciascuno dei consociati non «vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile» della propria libertà<sup>27</sup>. Già per questa ragione l'intervento punitivo statale, secondo Beccaria, dev'essere l'*extrema ratio*.

In effetti, sul piano giusfilosofico e su quello della politica del diritto ed in particolare della politica criminale, possono darsi concezioni diverse della sicurezza, condizionate da una visione autoritaria oppure liberale o, ancora, personalistico-solidaristica della società; e, in particolare, da visioni diverse dei rapporti tra interessi individuali e superindividuali. Sul punto si avrà modo di tornare.

L'attuale impiego del concetto di sicurezza quale entità onnicomprensiva da tutelare mediante l'intervento punitivo assume, come vedremo, connotati autoritari. Si tratta di una sorta di *super-ratio* dell'intero sistema penale e parapenale, ovvero di un equivalente del concetto di ordine pubblico, dotato, però, apparentemente di maggior pregnanza e presa emotiva, orientato com'è alla rassicurazione collettiva: che si tratti di contrastare il terrorismo, la criminalità organizzata di tipo mafioso o comune, le aggressioni alla persona, i reati contro il patrimonio o il mero degrado urbano, si può sempre invocare più 'sicurezza'. Sicurezza sul lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza stradale, sicurezza del mercato mobiliare, sicurezza dall'immigrazione, sicurezza dalle droghe, sicurezza della vita e della borsa...

Un tale concetto onnivoro di sicurezza, nella sua genericità, è diffusamente riconosciuto quale inutilizzabile in funzione di bene giuridico: si tratta di una '*Rumpelkammer von Begriffen*', un ripostiglio di concetti, non diversamente dal concetto di ordine pubblico<sup>28</sup>. Ed in effetti, la sua riproposizione riflette

<sup>26</sup> J. LOCKE, *Due trattati sul governo* (1690), rist. della 3ª ed., UTET, Torino 2010, *Secondo Trattato*, cap. XI, pp. 326 ss.

<sup>27</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di G. D. PISAPIA, Giuffrè, Milano 1973, par. II, p. 12.

<sup>28</sup> In senso critico rispetto al bene sicurezza, cfr. fra i tanti spec. K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. Hefendehl, A. von Hirsch, W. Wohlers, Baden-Baden 2003, pp.172-173: «Sicurezza è l'assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?* in AA.VV., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia, M. Palma, Milano 2001, pp. 19 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in «*Quest. giust.*», 2006, p. 673: «La sicurezza come criterio di

quella 'pubblicizzazione artificiale' dei beni giuridici, autorevolmente osservata nel codice Rocco<sup>29</sup> e dipendente dall'idea secondo cui ogni reato è, al di là dell'«oggetto giuridico sostanziale specifico» di pertinenza del soggetto passivo, offesa dell'interesse statale alla propria conservazione e, sul piano formale, all'obbedienza ai precetti. Ogni violazione di precetti penali, per quanto esiguo o del tutto assente sia il suo contenuto di offesa a concreti interessi di altri consociati – si tratti, ad esempio, della mendicizia o dell'ubriachezza –, va punita in quanto foriera di 'disordine pubblico' e/o quale mera disobbedienza: una tolleranza zero *ante litteram*.

Allo stesso tempo, il riferimento al concetto di sicurezza viene impiegato anche per propugnare una particolare concezione del modo in cui tutelare i vari beni giuridici 'specifici', concreti, che vengono realmente in considerazione – vita, incolumità, patrimonio, etc. – : quella concezione che assolutizza la tutela dei beni giuridici, pretendendo di tutelarne esasperatamente la sicurezza nel senso di assegnare al diritto penale e, ovunque lo si ritenga opportuno, a rimedi parapenali la funzione di neutralizzare, prima possibile e quanto più possibile, i rischi sociali, espandendo ed inasprendo l'intervento contro gli autori pericolosi. In tal modo la sicurezza, intesa quale funzione di massima neutralizzazione di pericoli, ossia di prevenzione speciale negativa, prevale incondizionatamente sulle garanzie individuali<sup>30</sup>.

Queste due funzioni del concetto di sicurezza – da un lato, finto bene giuridico onnicomprensivo, proprio di un diritto penale della disobbedienza; dall'altro, sinonimo di massima neutralizzazione dei pericoli – si rafforzano a vicenda, convergendo in una sorta di 'doppio binario': repressione della disobbedienza, neutralizzazione specialpreventiva di pericoli.

---

selezione di tipi criminosi si rivela un po' simile al valore dell'«obbedienza come tale» di antica memoria [...]. Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L'esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell'intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., pp. 55-56; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino 2014, p.92 ss. (sia pur con una conclusione cautamente 'aperta'); RISCATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p.8 ss.

<sup>29</sup> T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminoso*, Il Mulino, Bologna 1991, pp. 46-47.

<sup>30</sup> Su tale accezione 'specialpreventiva' di sicurezza, risalente alla Scuola positiva e riproposta, da ultimo, nel diritto penale del nemico di G. Jakobs, sia consentito rinviare a CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?* in «Critica del Diritto» 2009, pp. 43 ss.

L'ideologia della sicurezza, come ho accennato, si riflette nei tre ambiti fondamentali del diritto penale: teoria e prassi delle fonti, del reato, della pena. In questa sede è possibile solo tratteggiare sinteticamente queste relazioni.

Centrale è la funzione della pena<sup>31</sup>; ad essa si ricollegano struttura dell'illecito ed implicazioni in materia di fonti.

Ebbene, sul piano della funzione della pena, sussiste un chiaro e risalente nesso tra sicurezza e prevenzione speciale negativa<sup>32</sup>. La sicurezza si pone qui non come bene giuridico, ma come sintesi di una funzione del diritto penale e di corrispondenti modalità di tutela dei beni giuridici attraverso la sanzione: l'intervento punitivo persegue cioè la finalità di neutralizzare l'autore pericoloso.

Perseguire la sicurezza significa 'mettere al sicuro' la società dal soggetto pericoloso.

Una tale 'difesa sociale' è la funzione manifesta dell'intervento penale; ma ad essa, come ho accennato, corrisponde una funzione latente di assicurazione simbolica dei consociati circa l'aspettativa che ogni pericolo venga neutralizzato. Sotto altro profilo, lo Stato che si presenta quale garante della sicurezza rischia sempre di scivolare, dalla tutela di beni, verso il rafforzamento della sua stessa autorità, tipico del diritto penale della disobbedienza. Nella 'classica' formulazione «*Punitur quia peccatum est, ne res publica detrimentum auctoritatis capiat*»<sup>33</sup>, si trova l'idea della riaffermazione dell'autorità statale, ovvero un autorevole antecedente di quella teoria generalpreventiva positiva di sapore neoretributivo, collocata sul piano comunicativo-simbolico<sup>34</sup>, enunciata da Jakobs in rapporto al diritto penale del 'cittadino', contrapposto a quello del nemico, per il quale viene in considerazione la pura neutralizzazione<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Sui nessi tra funzione della pena e struttura del reato e sulle implicazioni delle diverse teorie della pena in tema di legalità cfr. le magistrali pagine di MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp.17 ss., p. 121 ss.

<sup>32</sup> Lo pone in evidenza, a ragione, in particolare NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., pp.81-82.

<sup>33</sup> E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 4<sup>a</sup> ed., Tübingen 1913, p.7; ma v. soprattutto Id., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig 1908, p. 2 ss. e *passim*.

<sup>34</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed., Berlin - New York 1993, pp. 9-10; v. pure Id., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn 2004, pp. 28-29.

<sup>35</sup> «Nel diritto penale del cittadino la funzione manifesta della pena è la *contraddizione*, nel diritto penale del nemico, *l'eliminazione di un pericolo* [...]. Entrambi i tipi *possono essere legittimi*», cfr. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in «*HRRS 2004*», Heft 3, 95. Per una più ampia analisi e critica della concezione di Jakobs, sia consentito rinviare a CAVALIERE, *Diritto penale 'del nemico' e 'di lotta': due insostenibili legittimazioni*

I riflessi di un tale intreccio di funzioni della sicurezza, quale ideologia della pena, sulla struttura del reato e sulle fonti saranno illustrati più avanti. Vanno qui indicati quelli relativi al sistema sanzionatorio.

Sul piano della comminatoria edittale, viene naturalmente in considerazione un inasprimento, sproporzionato al fatto ed orientato alla pericolosità dell'autore, in particolare se recidivo o addirittura delinquente abituale o professionale<sup>36</sup>. Ciò avviene, ora, anche per le pene, mentre per le misure di 'sicurezza' (!) l'orientamento alla pericolosità dell'autore è, com'è noto, il loro stesso marchio di fabbrica.

Ma l'ideologia della sicurezza incide pure sulla scelta della tipologia di sanzione. La neutralizzazione del soggetto pericoloso in vista della massima sicurezza deve avvenire prima possibile, al primo sospetto: le misure di prevenzione, *ante o praeter delictum*, nascono con l'ideologia della pericolosità sociale e ritornano, oggi, con il *revival* di quest'ultima. Si ripresentano quali misure di polizia, adottate dal questore – o, come abbiamo avuto modo di vedere, dal sindaco – ed orientate ad una prevenzione esasperatamente anticipata, formalmente 'amministrativa' ma in sostanza penale. Tali misure si estendono progressivamente a sempre nuovi soggetti pericolosi, fino ai recenti 'dacur', ossia a pene del sospetto volte a 'neutralizzare' soggetti ritenuti pericolosi per la sicurezza urbana. Esse, come accennavo, sono presidiate mediante il richiamo al diritto penale della disobbedienza: ossia mediante la previsione della pena detentiva nell'ipotesi dell'inosservanza del provvedimento dell'autorità.

Ma l'emblema inquietante del diritto punitivo della sicurezza, sul piano delle sanzioni e non solo, è la detenzione 'amministrativa' dei migranti irregolari. In essa convergono la prevenzione di una sospetta pericolosità del tipo d'autore, spinta fino all'*horror libertatis*; la repressione della mera trasgressione consistente nell'immigrazione irregolare; e la neutralizzazione personalizzante realizzata mediante la segregazione in gabbie desolate, come quelle dei CPR e degli 'hotspots'.

Sul piano dell'esecuzione delle sanzioni, invero, l'idea di neutralizzazione della pericolosità reca con sé in via generale la personalizzazione dell'autore, visto non quale soggetto di diritti all'interno di un trattamento sanzionatorio,

---

*per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, R. Orlandi, Monduzzi, Bologna 2007, pp. 265 ss.

<sup>36</sup> Va ricordato che ad es. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (ed. 1905), trad. it., Giuffrè, Milano 1962, pp.56-57, per la «“neutralizzazione” dei delinquenti irrecuperabili» – tra i quali annoverava autori di furti ed altri reati contro il patrimonio – proponeva dopo la terza condanna «l'isolamento del reo a tempo indeterminato».

bensì come mero oggetto di esclusione sociale, in quanto rappresenta una fonte di pericolo da cui porsi al 'sicuro'.

In un sistema sanzionatorio orientato alla rieducazione quale il nostro, l'orientamento alla neutralizzazione si coglie nell'esclusione di alcuni 'tipi di autore' dalle normali regole del trattamento rieducativo e dalle misure alternative alla detenzione quali parti integranti del trattamento: gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. sono misure di 'incapacitazione selettiva'. E l'ergastolo ostativo è l'acme della neutralizzazione securitaria.

Sul piano delle fonti, l'ideologia della sicurezza tende a trasferire poteri all'esecutivo, ad 'amministrativizzare' l'intervento penale e a far assumere connotati sostanzialmente penali o parapenali ad illeciti e sanzioni formalmente amministrativi. Ne è testimonianza lampante la detenzione cosiddetta amministrativa dei migranti, su cui ci siamo appena soffermati: una privazione della libertà personale 'bagattellizzata' e sottratta, così, alle garanzie del diritto e del procedimento penale. Altri segnali inquietanti dell'erosione dello Stato di diritto sono presenti nei recenti decreti sicurezza, che, com'è noto, prevedono il potere del Ministro dell'interno, per vaghe ragioni di 'ordine' e 'sicurezza', di vietare l'ingresso e la sosta alle navi che trasportano migranti; divieti la cui inosservanza era, com'è noto, pesantemente sanzionata in via amministrativa ed ora costituisce reato.

Ma l'espressione politico-mediatica forse più emblematica della manipolabilità a scopi liberticidi del concetto di sicurezza è stata rappresentata dal ripetuto tentativo di giustificare la privazione della libertà personale di decine di migranti – trattenuti in territorio italiano a bordo di navi –, che senza alcun dubbio realizzava gli elementi del fatto tipico di sequestro di persona e dunque poteva risultare lecito solo in presenza di una scriminante, mediante il generico riferimento alla prevalenza dell'interesse alla 'sicurezza nazionale': una sorta di *Staatsnotwehr*, "legittima difesa di Stato", dai presupposti del tutto indeterminati, ritenuta tale da giustificare la lesione, da parte della pubblica autorità, di beni primari della persona<sup>37</sup>. Più in generale, è noto come l'ideologia della sicurezza nazionale sia stata evocata a sostegno di molte dittature.

Il riferimento alla tutela della sicurezza pubblica tende in effetti – come indica quanto si è detto finora – ad attrarre gli interventi preventivi e repressivi in materia verso il diritto di polizia. L'art. 1 del r.d. n.773/1931, Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del regime fascista, tuttora in vigore, sancisce: «L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento

<sup>37</sup> Sulle ascendenze storiche e i gravi rischi per lo Stato di diritto connessi a tale figura, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, AT, Bd. I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4<sup>a</sup> ed., München 2006, p.674, con ult. rif. bibl.

dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà [...]. Le attribuzioni dell'autorità provinciale di pubblica sicurezza sono esercitate dal prefetto e dal questore; quelle dell'autorità locale dal capo dell'ufficio di pubblica sicurezza del luogo [...]». La tutela di ordine pubblico e sicurezza è dunque compito primario dell'autorità di pubblica sicurezza.

Com'è noto, in tempi recenti Jakobs ha sostenuto che, dal momento che il nemico, ponendosi in irriducibile contrasto con l'ordinamento, non è soggetto con cui l'ordinamento instauri la relazione comunicativa in cui si sostanzierebbe secondo tale Autore l'intervento punitivo, la funzione del diritto penale nei suoi confronti è la mera neutralizzazione della pericolosità: il nemico non è persona, ma mera fonte di pericolo. Testualmente, «si tratta della sicurezza da una fonte di pericolo, come con una bestia selvaggia (*wie bei einem wilden Tier*), non del rapporto con una persona»<sup>38</sup>. Una tale fonte di pericolo va dunque semplicemente gestita, contenuta, 'amministrata' fino alla neutralizzazione.

A tal scopo servono le misure di polizia o di prevenzione: esse neutralizzano preventivamente pericoli, in via formalmente amministrativa.

I decreti sicurezza applicano questo ordine di idee, in particolare, alla sicurezza urbana: gli ordini di allontanamento del sindaco, quale autorità di pubblica sicurezza, e del questore, nei confronti di ubriachi, contravventori alla pubblica decenza, commercianti abusivi e parcheggiatori abusivi, etc. sono provvedimenti di polizia volti alla neutralizzazione di soggetti avvertiti – *rectius*, stigmatizzati – come pericolosi.

A questo complesso normativo di provvedimenti di polizia i decreti sicurezza, a partire dal 2018, forniscono il presidio della sanzione penale: si prevedono, infatti, come si è sinteticamente illustrato, numerose ipotesi normative speciali di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, ossia di reati di mera disobbedienza. Ciò significa assumere l'art. 650 c.p. a modello di incriminazione del diritto penale della sicurezza; un modello nel quale la vera fonte del precetto penale è costituita dall'ordine dell'autorità di polizia, diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina prevalente, che tende a salvare la legittimità della tecnica normativa impiegata nell'art.650 c.p., anche a costo di riconoscere apertamente che si tratti della punizione della disobbedienza come tale<sup>39</sup>. Infatti, prima che venga emanato l'ordine di

<sup>38</sup> JAKOBS, *Staatliche Strafe*, cit., p.41.

<sup>39</sup> Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 39: «È lecito affermare che rileva qui la c.d. *disobbedienza come tale* (cfr. ROCCO, *Oggetto*, 505; DELITALA, *Fatto*, 195) nel senso che l'illecito è dalla legge interamente costruito sulla trasgressione di singoli comandi», seppure, premette l'Autore, per la tutela mediata di determinati interessi.



allontanamento (d.a.c.u.r. o 'daspo' urbano), il precetto la cui inosservanza costituisce reato non esiste, ed è tale ordine che il destinatario deve poter conoscere e che può osservare o trasgredire. Negare questo dato costituisce, a mio avviso, una manifestazione di tartufismo giuridico. I reati di inosservanza di un provvedimento dell'autorità elevano quel provvedimento a fonte di diritto penale e il ricorso, ormai elevato a regola, a tali tecniche di tutela penale nei decreti sicurezza testimonia gli effetti che l'ideologia securitaria comporta in materia di fonti.

Sul piano della teoria del reato, l'ideologia securitaria incide fondamentalmente in due modi: attraverso l'adozione della sicurezza quale pseudo-bene giuridico e attraverso l'anticipazione della tutela, che può assumere svariate forme.

Come abbiamo avuto modo di vedere, l'inidoneità del concetto di sicurezza a fungere da bene giuridico è ormai conclamata in dottrina; si tratta di un ripostiglio concettuale, di un calderone onnicomprensivo. Si può parlare di sicurezza – oggettiva o meramente soggettiva/percepita – della vita, dell'integrità fisica, del patrimonio etc.; e si può giungere ad affermare l'esigenza di tutelare penalmente i consociati dalla sensazione di insicurezza derivante dal degrado urbano, dal disordine, dalla presenza di soggetti marginali quali i mendicanti, gli ubriachi e i venditori abusivi, oppure di persone dissenzienti che danno luogo a manifestazioni di protesta, blocchi stradali, occupazioni di immobili... L'onnicomprendività del bene sicurezza è proprio ciò che, nel linguaggio mediatico, ne consente la strumentalizzazione in chiave di tolleranza zero o 'law and order': se tutto è sicurezza, si può impiegare il diritto penale a fronte di qualunque turbativa della civile convivenza e a tutela del mero 'decoro urbano', magari ricorrendo alla nota teoria criminologica delle 'finestre rotte'<sup>40</sup>. I contenuti dei decreti sicurezza lo dimostrano in maniera evidente e danno vita ad un apparato repressivo incentrato sulla punizione della mera disobbedienza. In tal senso, si tratta di un concetto dalla portata molto più ampia di quello jakobsiano di 'nemico', che pure, come è stato rilevato, si presta ad un'espansione indeterminata.

Altrettanto noto è il dato per cui il riferimento al bene vago ed onnicomprensivo della sicurezza consente di orientare la repressione penale in modo classista, ovvero verso forme di devianza proprie di soggetti marginali, dalla piccola criminalità predatoria dei furti e degli scippi ai

---

Di diverso avviso MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp.110-112.

<sup>40</sup> Sull'erroneità di tale modello criminologico cfr. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, cit., pp. 41 ss.

piccoli illegalismi e alle semplici trasgressioni, distogliendo l'attenzione da altre forme di criminalità ben più gravi<sup>41</sup>.

Da un altro angolo visuale, il concetto di sicurezza, come abbiamo avuto modo di vedere, si ricollega ad una finalità di neutralizzazione della pericolosità assegnata alla sanzione penale. Conseguentemente, sul piano della struttura dell'illecito si assiste ad un orientamento esasperato all'anticipazione della tutela, che – in modo del tutto corrispondente all'onnicomprendività del bene sicurezza – assume le forme più disparate, ma sempre orientate alla predetta finalità<sup>42</sup>. Si va dai reati di pericolo volti a prevenire rischi tecnologici per la 'sicurezza' dell'ambiente o della salute, fino all'adozione del cd. principio di precauzione, che conduce a prescindere da una dimostrata pericolosità anche astratta della condotta. Si anticipa la tutela ai più remoti atti preparatori, in particolare in materia di terrorismo. Si amplifica lo strumentario punitivo mediante un rinnovato ricorso a misure di prevenzione personali nelle materie più disparate, dalla violenza negli stadi al contrasto alla violenza di genere ed all'omofobia... per giungere ai ricordati 'daspo' e 'dacur', nonché alla detenzione amministrativa dei migranti, che sotto tale punto di vista è una misura cautelare fondata sulla sospetta pericolosità del migrante, se lasciato libero.

Il ritorno ad un'ideologia della neutralizzazione della pericolosità, che si realizza mediante il ricorso allo *slogan* della sicurezza, si traduce in un diritto penale dell'autore non solo sotto il profilo già esaminato della selezione di determinati 'tipi d'autore' marginali o dissenzienti e non solo sotto l'aspetto dell'anticipazione della tutela, ma anche perché la punizione orientata alla neutralizzazione è sproporzionata rispetto al fatto ed orientata alla pericolosità dell'autore: con la legge cd. ex Cirielli si è tornati alla 'lotta' alla recidiva della Scuola positiva.

Ancora, l'ideologia securitaria incide sulla struttura del reato anche al livello delle scriminanti e delle scusanti. La riforma della legittima difesa domiciliare, realizzata con la l. n. 36/2019, accorda 'sempre' la più ampia facoltà di tutelare la sicurezza personale e dei propri beni, neutralizzando l' 'intruso': ormai non si presume più soltanto la proporzione – come accadeva con l'introduzione dei co. 2-3 dell'art. 52 c.p. ad opera della l. n.59/2006 –, ma si presumono tutti i requisiti della legittima difesa, art. 52 co.4 c.p.! La stessa percezione di insicurezza, ovvero il "grave turbamento", scusa l'eccesso colposo di difesa domiciliare, art. 55 co.2 c.p. Inoltre, come

<sup>41</sup> Cfr. per tutti WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., pp.64 ss.; PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., pp.154-155.

<sup>42</sup> Cfr. l'ampia disamina di FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., pp. 396 ss.

ho ricordato in precedenza, l'art. 19 del primo decreto sicurezza autorizza l'uso della famigerata pistola ad impulsi elettrici chiamata 'taser' anche da parte della polizia municipale. Un tale ampliamento delle facoltà di difesa privata e pubblica si orienta chiaramente allo scopo della neutralizzazione più 'sicura', pronta e potenzialmente letale di tipi d'autore pericolosi.

#### 4. *Dall'illusione della sicurezza mediante il diritto penale alla tutela effettiva dei diritti mediante politiche ordinamentali di orientamento personalistico e solidaristico*

Il securitarismo è tanto avversato da giuristi e scienziati sociali – almeno da quelli attenti alla tutela dei diritti della persona in rapporto all'esercizio del potere punitivo – quanto popolare. Sebbene l'esaltazione della necessità di un più forte intervento repressivo statale continui a rappresentare un connotato ideologico fondamentale di ideologie reazionarie ed autoritarie, anche orientamenti politici 'democratici' e 'progressisti' tendono a rivendicare il proprio ruolo di tutori non meno 'forti' della sicurezza. E purtroppo interpretano tale ruolo in modo non molto dissimile, ossia utilizzando lo stesso concetto onnicomprensivo ed autoritario di sicurezza e puntando sull'intervento penale o comunque punitivo quale *prima ratio*. Ciò risulta mediaticamente efficace e politicamente redditizio in termini di consensi a breve termine.

A mio avviso, tuttavia, è necessario e possibile, anche in termini di consenso sociale, ricostruire dalle fondamenta il discorso intorno alla sicurezza, se si parte dalla demistificazione di tale concetto, ma anche, allo stesso tempo, dal riconoscimento dei bisogni di tutela che vengono distorti mediante quello *slogan*.

Come abbiamo visto, il concetto onnicomprensivo di sicurezza costituisce una *super-ratio*, un vago bene superindividuale che – ponendo sullo stesso piano aggressioni alla vita ed all'incolumità fisica e mere turbative del decoro urbano, oppure, per altro verso, fatti offensivi, atti preparatori e meri sospetti – prevale sulle libertà e sui diritti individuali, legittimando l'espansione incontrollata dell'intervento punitivo contro gli autori 'pericolosi'.

Decostruire il concetto di sicurezza, ossia abbandonare il riferimento ad un tale contenitore indistinto, comporta ripartire dai bisogni reali delle persone, ricostruendo una scala costituzionalmente orientata di esigenze di tutela di beni giuridici.

Verranno allora in considerazione bisogni di protezione della vita – ad esempio, da aggressioni terroristiche o dalla violenza domestica e di genere –; della salute – si pensi alla protezione da infortuni sul lavoro oppure dalle malattie dovute all'esposizione a sostanze o al consumo di prodotti nocivi, ma anche alla tutela del diritto, per tutti, di accedere a prestazioni sanitarie adeguate –; del pieno sviluppo della personalità – attraverso l'effettiva garanzia dell'esercizio dei diritti costituzionalmente sanciti all'istruzione, al lavoro e ad un'equa retribuzione che assicuri al lavoratore una vita dignitosa –; del patrimonio – anzitutto nel senso del diritto di tutti ai mezzi minimi di sussistenza ed alle prestazioni dello stato sociale necessarie a garantirlo –; e così via. Bisogni fondamentali, meritevoli di una tutela proporzionata ed efficace: ma di una tutela apprestata dall'intero ordinamento costituzionale, e non mediante il solo intervento penale!

Il riferimento al *totem* della sicurezza finisce per celare ciò di cui le persone hanno realmente bisogno, ossia della tutela dei loro diritti fondamentali, e per nascondere con l'alibi dell'intervento punitivo il venir meno delle istituzioni pubbliche ai loro doveri di garantire e rendere effettivi quei diritti mediante politiche sociali, economiche, culturali e, quindi, mediante gli interventi normativi extrapenali necessari<sup>43</sup>.

La via d'uscita dall'ossessione della sicurezza e dalla conseguente espansione dell'intervento punitivo consiste, dunque, non in una visione 'liberale' del diritto penale, ma in una concezione personalistica e solidaristica orientata alla Costituzione, che assegni anzitutto ad interventi ordinamentali diversi da quelli penali il compito di tutelare i diritti fondamentali di tutte le persone<sup>44</sup>.

Volendo rovesciare i termini del discorso dominante intorno alla sicurezza, si tratterebbe di assegnare il primato alla sicurezza sociale, ovvero, di invertire il *trend* del passaggio dallo stato sociale allo stato penale; nella consapevolezza delle concause sociali che sono alla base dei fenomeni criminali e dello stesso etichettamento di condotte quali 'devianti'. Ma anche il generico concetto di sicurezza sociale va disaggregato e scomposto nella tutela, efficace e proporzionata, dei diversi diritti della persona, secondo una scala di priorità costituzionalmente orientata.

Com'è stato autorevolmente osservato, «il garantismo è debole, tanto come teoria che come pratica, se agisce solo come un limite, e non anche

<sup>43</sup> ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York 1973, p. 41: «La "fuga nel diritto penale" significa spesso solo un sottrarsi della società ai propri compiti politico-sociali costruttivi. Segnarlo ad essa e fissare in modo autocritico i limiti della propria possibilità di incidere è dovere anche della scienza penalistica».

<sup>44</sup> Cfr. spec. MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, cit., pp.122 ss.

come un progetto: se si limita a dire cosa *non* si deve fare [...] e non offre anche indicazioni positive per una politica di protezione dei diritti, per una politica rivolta, cioè, a modificare variabili comportamentali, situazionali e sociali che influiscono o possono influire su di essi». Occorrono «progetti di politiche integrate, multiagenziali, per rispondere ai diversi *problemi della sicurezza* in modo differenziato e adeguato alla complessità di ciascuno di essi». «Nel suo significato più ampio, il garantismo è l'emancipazione di tutti i bisogni reali, la protezione di tutti i diritti fondamentali [...]. In questo significato il garantismo dovrebbe essere la bandiera stessa delle forze progressiste». «Il garantismo come progetto politico ha un consenso potenziale molto più grande di quello che non è riuscita ad ottenere, finora, la critica garantistica della comunità scientifica dei penalisti», purché esso sia garanzia dei diritti di tutti, e non 'pseudo garantismo', ovvero garanzia solo dei potenti dall'intervento penale, all'infuori di qualunque progetto di emancipazione sociale e di eguaglianza, che richiede interventi attivi da stato sociale di diritto<sup>45</sup>.

Un tale ordine di idee arricchisce l'idea di *extrema ratio* di un contenuto positivo essenziale. «Un corollario della sussidiarietà è quello della complementarità. Cioè, sostengo che vi sono tre forme corrette di rispondere a conflitti, tanto a livello degli Stati che dell'Unione. Una prima è non fare nulla: non sempre bisogna intervenire, quando vi è conflitto. La seconda è fare altro che un intervento penale, che dovrebbe essere quella normale; e la terza è ricorrere ad un intervento penale insieme ad altro. L'intervento penale, specialmente nel campo del diritto penale in senso stretto, oggi io non lo considero più possibile come risposta isolata, ed appunto la risposta isolata è quella quarta alternativa non corretta che è propria dell'efficientismo, che ritiene che, con il taumaturgico strumentario del diritto penale, e solo con quello, si possano risolvere i conflitti»<sup>46</sup>.

Proviamo a tratteggiare rapidamente qualche esempio in materia di sicurezza. Cominciamo dal degrado e dal decoro urbano. Anziché intervenire in termini repressivi su mendicanti, ubriachi e senz'altro, occorrerebbe garantire i diritti fondamentali a mezzi minimi di sussistenza, e in primo luogo ad un alloggio, nonché l'accesso a servizi di assistenza sociale, sanitaria e psicologica distribuiti in maniera capillare sul territorio<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. BARATTA, *Prefazione* a S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed. riveduta ed ampliata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, pp. 25-28.

<sup>46</sup> *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. Moccia, Napoli 2004, pp. 35-36.

<sup>47</sup> Cfr. già ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*,

In questi tempi di pandemia, l'assenza o le gravi carenze della medicina territoriale sono sotto gli occhi di tutti e il suo potenziamento rientra tra le priorità di programmi strutturali e non meramente emergenziali di governo: ma ciò vale, analogamente, nei settori dell'assistenza sociale e psicologica.

Oppure, accenniamo ad un altro aspetto, ben più preoccupante, tra quelli raccolti nel contenitore della sicurezza: la sicurezza sul lavoro. Un intervento efficace in tale materia non può consistere nel mero inasprimento delle pene o nell'ulteriore estensione di una normativa penale già ipertrofica: dovrebbero venire in considerazione, invece, interventi extrapenalistici che favoriscano l'emersione dell'economia sommersa e la regolarizzazione dei lavoratori, investimenti nella formazione con particolare riguardo alla prevenzione antinfortuni, nonché un rafforzamento delle agenzie deputate al controllo e all'applicazione di sanzioni amministrative, attualmente caratterizzate da organizzazione e risorse umane e strumentali gravemente inadeguate.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi; si pensi solo al contrasto della criminalità organizzata. Ma un ultimo cenno mi sembra opportuno dedicarlo al superamento di una visione securitaria in materia di violenza domestica e di genere. Ormai a livello europeo – si pensi alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011 e sottoscritta dall'Italia il 27 settembre 2012 – è maturata la consapevolezza che una prevenzione efficace di tali fenomeni debba passare attraverso interventi di prevenzione primaria – cioè rivolta alla generalità dei consociati e da attuare in campo economico, sociale e culturale – e secondaria, cioè rivolta a prevenire ed affrontare adeguatamente ed in maniera sistematica singoli e concreti fatti di violenza, anche in modo proattivo, cioè prima che si verifichino. Tali interventi vengono elencati nei capitoli III e IV della Convenzione e riguardano misure volte all'emancipazione, in particolare sul piano economico, delle donne (art. 12); l'informazione e l'educazione a modelli culturali non discriminatori (artt. 12-14); interventi concordati con i *media* in rapporto alla rappresentazione di contenuti violenti o degradanti (art. 17). Sul piano della prevenzione secondaria, vengono previsti interventi quali le linee telefoniche dedicate (art. 24), i servizi informativi sul territorio (artt. 19 e 21), i servizi di assistenza sanitaria, economica – v. in particolare l'art. 18, co.3, 4° alinea –, abitativa, lavorativa e legale (artt. 20, 22), le case rifugio anche per vittime potenziali di violenza (art. 23), la formazione

cit., p.14: «Significato prioritario ha inoltre l'assistenza sociale: le persone [...] quali mendicanti, vagabondi etc. si possono integrare con i suoi mezzi meglio che mediante sanzioni penali, le quali spesso spingono definitivamente tali persone vulnerabili sulla strada sbagliata».

adeguata degli operatori professionali (artt. 15, 20 co.2), i programmi di prevenzione e cura rivolti agli autori di violenze, al fine di scongiurare violenze ulteriori (art. 16).

Prevenire la criminalità e tutelare i diritti fondamentali delle persone richiede, dunque, interventi diversi e ben più efficaci di quello penale, orientati a prospettive personalistiche e solidaristiche, da stato sociale di diritto.

A fronte di ciò, risulta di corto respiro e, per certi versi, fuorviante l'idea di contrastare l'ideologia securitaria con un ritorno al diritto penale 'liberale'. In questa sede è possibile soltanto accennare ad un tema così complesso, ma è necessario farlo, perché quell'idea si pone in termini parzialmente diversi rispetto a quella che si è cercato di riproporre.

Alcuni autorevoli orientamenti dottrinali reclamano la riduzione dei compiti della dottrina penalistica ad una *Strafbegrenzungswissenschaft*, una scienza di mera limitazione del diritto penale.

Ciò si fonda – in maniera più o meno tacita – sulla negazione di qualsiasi funzione socialmente utile dell'intervento penale, stigmatizzato quale mero fatto di potere<sup>48</sup>, ovvero sull'avversione verso un diritto penale orientato verso finalità di prevenzione generale e speciale<sup>49</sup>. Entrambe le posizioni convergono non in una posizione abolizionistica, come ci si potrebbe attendere, bensì verso il ritorno all'idea lisztiana del diritto penale quale limite alla politica criminale. Ma, diversamente dal modello lisztiano – al cui interno il diritto penale doveva fungere da argine garantistico ad una politica criminale orientata in senso specialpreventivo, prevalentemente negativo<sup>50</sup> –, quello proposto più di recente si fonda su una posizione

<sup>48</sup> Si tratta dell'orientamento elaborato da E.R. ZAFFARONI a partire da *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dottrina giuridico-penale* (1989), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994, spec. pp.194 ss.

<sup>49</sup> NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., spec. pp.88-89, dove l'Autore si oppone ad un diritto penale orientato alla prevenzione sulla base della «certezza che la pena può soltanto reagire ad un comportamento ingiusto, imputabile, del passato» e propugna un «diritto penale negativo, un diritto penale di negazione».

<sup>50</sup> VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* (1905), r.a. Berlin 1970, *Bd.I*, p.132, pp. 152 ss., p. 174 ss. Cfr. in proposito Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen 1965, pp. 381 ss.; H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim – Leipzig - Berlin 1935, p. 29 ss.; NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZStW* 1982, pp. 525 ss., spec. pp. 541 ss., p. 547. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, cit., pp.66 ss., pur nel contesto di una generale affermazione di continuità tra la concezione politico-criminale lisztiana e quella dell'*Alternativ-Entwurf*, rileva, però, puntualmente gli aspetti inaccettabili della prima, in particolare in rapporto al ridottissimo ambito riconosciuto

agnostica o scettica circa la funzione della pena ed in particolare verso il finalismo rieducativo, oppure sul ritorno alla teoria retributiva.

Quest'ultima posizione 'liberale' condanna senza appello il diritto penale della prevenzione, perché porterebbe ineluttabilmente, e fin dalle origini del diritto penale moderno, al diritto penale della sicurezza. Ma in questa condanna, certamente fondata in rapporto alla critica degli orientamenti ispirati alla prevenzione speciale negativa o alla mera deterrenza, è impossibile non scorgere una palese unilateralità: anzitutto perché ignora gli aspetti positivi della prevenzione, intesa quale risocializzazione e, più ampiamente, integrazione sociale<sup>51</sup>; ed in secondo luogo perché l'alternativa costituita da un diritto penale fondato sulla teoria retributiva presenta anch'essa una 'robusta tradizione' che va dal fondamento su fonti teocratiche, alla confusione tra reato, peccato e mera disobbedienza allo Stato etico, alla pena di morte, in particolare per le streghe e gli eretici<sup>52</sup>.

La posizione agnostica, invece, parte da una critica condivisibile, sociologicamente supportata, al reale funzionamento dei sistemi penali, ovvero alla funzione di esclusione sociale e/o di riproduzione della delinquenza da essi svolta nella prassi e magari anche consapevolmente perseguita da ideologie autoritarie o neoliberaliste. Tuttavia, tale posizione appare contrassegnata da una fallacia naturalistica: perché deduce dall'essere l'impossibilità di un diverso dover essere, in particolare orientato alla risocializzazione.

In tal modo, però, riducendo il compito della scienza penale al mero porre limiti all'intervento statale, non si dà conto del perché di tali principi di limitazione e della funzione che quel diritto penale 'liberale', così limitato, dovrebbe svolgere. Detto brevemente: perché punire solo fatti lesivi di beni giuridici altrui, se non per la ragione che il diritto penale ha la legittima finalità politico-criminale di prevenire proprio e soltanto tali offese? E a quale scopo legittimo applicare una pena detentiva, laddove anche secondo un diritto penale 'minimo', inteso quale mero argine garantistico, ciò

---

da von Liszt alla rieducazione ed alla prevalente identificazione della prevenzione speciale con la neutralizzazione, spinta in qualche caso fino ad eccessi che costituiscono «quasi un modello per pratiche da campo di concentramento, contrarie alla Costituzione» (*ivi*, p.67, nota 124). V. in particolare le considerazioni sul ridottissimo ambito dei delinquenti 'correggibili' in VON LISZT, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des StGBs in Aussicht zu nehmen?* (1902), in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, cit., Bd.II, pp. 399-400.

<sup>51</sup> Su tale concetto, per tutti, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, cit., p. 85 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp.83 ss.

<sup>52</sup> Cfr. sul tema MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Editoriale Scientifica, Napoli 1988, pp.11 ss.



è inevitabile per mancanza di alternative? Una pena ‘minima’, limitata, deve pur servire a qualche scopo legittimo, se non si vuole che sia mera afflizione retributiva, sterilmente priva di contenuti, oppure addirittura neutralizzazione fino all’annientamento.

In termini di teoria della pena, la posizione qui sottoposta a critica, cancellando il finalismo rieducativo, cancella il no alla pena di morte e all’ergastolo – specialmente ostativo –, perché quel ‘no’ si fonda su di un tale finalismo, posto che non si può risocializzare un cadavere o un detenuto con ‘fine pena mai’; cancella un’esecuzione penale orientata al trattamento rieducativo, e dunque all’offerta di istruzione, di formazione professionale, di rapporti con il nucleo familiare e col mondo esterno; cancella il contrasto alle pene detentive brevi, orientato alla risocializzazione; cancella le misure alternative alla detenzione e la stessa sospensione condizionale. Tutti istituti che non sono meri ‘limiti’ alla politica criminale, ma, al contrario, sono teleologicamente orientati al perseguimento di finalità politico-criminali costituzionalmente imposte di integrazione sociale.

Ciò che limita, fonda. Una *Strafbegrenzungswissenschaft* si fonda necessariamente su opzioni politico-criminali legittime. Si tratta di un insegnamento sorprendentemente, quanto rapidamente, dimenticato: quello del *Berliner Programm* di Claus Roxin. «La vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica»<sup>53</sup>. Sussidiarietà, legalità, offensività, personalità della responsabilità, finalismo rieducativo, non sono meri ‘limiti’ dell’intervento penale: sono principi di una politica criminale da stato sociale di diritto, orientata alla Costituzione. Principi che fondano la legittimità del diritto penale quale *extrema ratio* della politica sociale, che coniughi istanze non solo ‘liberali’, ma anche e soprattutto personalistiche e solidaristiche.

Alla stregua delle considerazioni svolte, anche la recente iniziativa della pubblicazione di un ‘manifesto’ del diritto penale ‘liberale’<sup>54</sup>, impiega un termine riduttivo e per certi versi fuorviante. Le motivazioni e i contenuti del ‘manifesto’ appaiono sicuramente comprensibili e condivisibili, a fronte dell’imperversare di un populismo securitario alimentato da politica, *mass media* ed anche settori della magistratura; e tenendo conto, sul

---

<sup>53</sup> ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (2<sup>a</sup> ed., 1973), in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di MOCCIA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1998, p. 46.

<sup>54</sup> *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, in <<http://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>>, 15 maggio 2019.

piano internazionale e finanche di alcuni ordinamenti nazionali europei, dell'avanzata di orientamenti autoritari che propugnano una 'democrazia illiberale', con i corollari della tirannia della maggioranza e degli interessi superindividuali sull'individuo, dell'attacco alle garanzie costituzionali ed in particolare alla separazione dei poteri e della brutale repressione del dissenso. Fintanto che si tratta di opporre '*liberales und autoritäres Strafrecht*'<sup>55</sup>, l'unica opzione possibile nel nostro ordinamento – e non solo, alla luce delle Carte internazionali – è ovviamente la prima.

Tuttavia, il modello teorico cui fare riferimento non può essere soltanto quello 'liberale', per la semplice ragione che tale definizione mette in ombra il carattere democratico, personalistico e solidaristico di un diritto penale conforme alla nostra Costituzione.

Già il riferimento al principio di legalità, inteso quale comprensivo della riserva di legge parlamentare e della determinatezza legale, non è semplicemente 'liberale', ma richiama il fondamento anche democratico di tale principio, presente già nel contrattualismo di Beccaria. Ed è importante sottolinearlo, perché è proprio quel fondamento democratico che consente di opporsi alle recenti tendenze, europee e nazionali, alla riduzione della legalità a irretroattività, prevedibilità ed accessibilità, da parte dei consociati, di un diritto di fonte anche giurisprudenziale o prodotto dal potere esecutivo, e di rivendicare invece la stretta osservanza della riserva di legge parlamentare, come avviene nel citato manifesto, che, sotto questo profilo, è condivisibilmente "democratico" e non solo 'liberale'.

D'altro canto, la funzione rieducativa della pena – alla quale pure fa riferimento quel manifesto – non si può ricondurre ad un fondamento 'liberale' se non a costo di una grave forzatura: essa è invece espressione di quella componente personalistica e solidaristica presente fin dagli artt. 2 e 3 co.2 della Costituzione.

Il punto 3 dei 'principi di un diritto penale liberale' contenuti nel suddetto manifesto afferma che «liberale è il modello di diritto penale che legittima l'intervento punitivo solo quando è strettamente necessario e proporzionato alle esigenze di tutela, oltre che rispettoso della persona che lo subisce». Questa definizione stipulativa di un concetto riconosciuto, in premessa, quale 'policromo', che può riempirsi è si è riempito di significati storicamente diversi<sup>56</sup>, richiama chiaramente Beccaria: ma il suo 'aureo libretto' contiene, com'è noto, negli ultimi paragrafi, la prospettazione

<sup>55</sup> Per richiamare l'alternativa posta da G. DAHM, F. SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933.

<sup>56</sup> *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, cit., p.9.

di una serie di strumenti di prevenzione sociale, culturale, istituzionale dei reati, orientati ad una consapevolezza non meramente 'liberale' delle concause della criminalità ed ispirati in ampia misura a quello che è stato definito 'garantismo positivo' e a principi non solo di *liberté*, ma anche di *égalité* e *fraternité*. «La maggior parte delle leggi non sono che privilegi, cioè un tributo di tutti al comodo di alcun pochi»; «fate che le leggi favoriscano meno le classi degli uomini, che gli uomini stessi»; «fate che i lumi accompagnino la libertà»; «Il più sicuro ma difficil mezzo di prevenire i delitti, si è di perfezionare l'educazione» (§ XLI).

Per altro verso, se si fosse impiegata una definizione di "diritto penale liberale" meno 'stipulativa' e più orientata all'esperienza storica, si sarebbe dovuto fare i conti con le tendenze 'illiberali' del diritto penale liberale dell'Ottocento, dalla severa tutela della proprietà e della 'sicurezza pubblica' (!), anche attraverso le neonate misure di prevenzione, alla repressione del dissenso e delle associazioni politiche e sindacali<sup>57</sup>; e ci si sarebbe dovuti confrontare con il controverso problema della continuità/discontinuità tra il diritto penale liberale e quello fascista; oppure con quello dei rapporti tra diritto (penale) liberale e principio di eguaglianza, formale e sostanziale.

Molto meglio, allora, 'manifestare' esplicitamente in difesa di un diritto penale costituzionalmente orientato, che rientri, quale *extrema ratio*, in un ordinamento personalistico e solidaristico, volto a garantire la sicurezza dei diritti fondamentali di tutti, mediante politiche da stato sociale di diritto.

---

<sup>57</sup> Cfr. per tutti M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 591 ss., p. 595: «Tra gli anni Sessanta e Settanta» dell'Ottocento «prende forma un sistema di controllo dalla triplice valenza (severa protezione delle proprietà private, disciplinamento dei ceti più poveri e repressione del dissenso politico radicale)».

Paola Coco\*

*Brevi riflessioni  
Sull'illecito contravvenzionale*

SOMMARIO: 1. Abolizione sì, abolizione no – 2. Le alterne vicende di un'araba fenice – 3. Esempi di versatilità oltre la *ratio* originaria: l'art. 674 c.p. Da modesta salvaguardia dell'incolumità pubblica a primo embrione della difesa ambientale – 4. La multiforme funzione dell'art. 650 c.p. – 5. (*Segue*). Come presidio all'osservanza delle misure *anti-COVID 19* – 6. Quale futuro?

1. *Abolizione sì, abolizione no*

Sono trascorsi trentacinque anni da quando, in un eccellente lavoro, Padovani si domandava se vi fosse ancora uno spazio di sopravvivenza per le contravvenzioni, o queste fossero destinate a scomparire, ripartite tra diritto amministrativo e diritto penale<sup>1</sup>.

Era il 1985, e da poco la l. 24 novembre 1981, n. 689 aveva dato origine a quel *diritto penale amministrativo* tanto avversato da Rocco nella convinzione che ogni sanzione punitiva si identificasse con la pena *penale*, e che le leggi amministrative 'in quanto minacciano pene', non fossero altro che leggi penali<sup>2</sup>. Ormai si parlava di un *diritto punitivo* articolato in due sottosistemi, quello degli illeciti penali e quello degli illeciti amministrativi:

---

\* Professore Associato di Diritto penale, Università degli Studi La Sapienza di Roma..

<sup>1</sup> T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale* in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano 1985, p. 423: «[...] la presenza di un illecito amministrativo consente di mantenere ancora la distinzione dei reati in due categorie, o non ne impone invece la soppressione? Nell'ordinamento tedesco-federale, dove il binomio sanzione penale-sanzione amministrativa è compiutamente realizzato, la risposta è stata negativa: l'area delle contravvenzioni si è divisa in due parti disuguali, occupate la minore dall'illecito penale e la maggiore da quello amministrativo. Un analogo cammino si profila inevitabile o, comunque, opportuno anche per l'Italia?».

<sup>2</sup> ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino 1913, pp. 357 ss..

gli uni, in quanto fatti di tale gravità da meritare lo stigma della sanzione penale (c.d. *mala in se*, e dunque delitti), gli altri in quanto fatti *bagatellari*, ossia di minore gravità, da potersi contrastare con le sanzioni afflittive senza riprovazione sociale, tipiche del diritto amministrativo (c.d. *mala quia prohibita*).

A fronte, perciò, del nuovo binomio (*delitti-illeciti amministrativi*), le contravvenzioni non rappresentavano più che un ibrido privo di senso (né gravi come i delitti, né bagatellari al punto da non comportare conseguenze penali). Senza contare che gran parte degli illeciti amministrativi era costituita proprio da illeciti già contravvenzionali, passati nella nuova *famiglia* con l'obiettivo (dichiarato) di sconfiggere l'ipertrofia normativa in materia penale restituendo alla norma penale la funzione di tutela dei beni giuridici, e quello (inconfessato) di alleggerire il carico degli uffici giudiziari senza più dover ricorrere a continue amnistie.

Fra l'altro, si erano appena conclusi i c.d. *anni di piombo*, e, venuta meno con essi la necessità di una legislazione emergenziale, era tornata prepotentemente di attualità l'approvazione di un nuovo codice penale. Logico, dunque, che, fra i tanti punti da ripensare, vi fosse il vecchio binomio *delitti-contravvenzioni*, benché, paradossalmente, tanto nella manualistica più accreditata, quanto nelle aule universitarie, si facesse ancora largo uso di illeciti contravvenzionali per esemplificare le norme penali in bianco<sup>3</sup>, le condizioni obiettive di punibilità<sup>4</sup>, e fattispecie ai limiti del principio di offensività, come i reati di mero sospetto<sup>5</sup>, gli illeciti tabellari o da inosservanze formali<sup>6</sup>, etc.. Per non parlare della buona fede nelle contravvenzioni, che avrebbe fatto da *apripista* alla Sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Una su tutte, quella dell'art. 650 c.p..

<sup>4</sup> Ad es. la sorpresa in flagranza nel possesso di chiavi alterate o di grimaldelli (art. 707 c.p.) e nella partecipazione a giochi d'azzardo (art. 720 c.p.).

<sup>5</sup> Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli (art. 707 c.p.) e possesso ingiustificato di valori (art. 708 c.p.).

<sup>6</sup> Ossia quelli da superamento dei limiti tabellari (ad es. in materia di inquinamento idrico) o relativi a prodotti privi del marchio.

<sup>7</sup> Assai più di quanto ci si potesse aspettare, e di quanto la Corte medesima abbia voluto ammettere.

Piuttosto singolare, anzitutto, è che fosse stata proprio la giurisprudenza ad adottare, fin dagli anni '30, una linea interpretativa tanto avanzata come il riconoscere rilevanza alla c.d. *buona fede*, aprendo, sia pure limitatamente al campo delle contravvenzioni, una breccia in quel principio *ignorantia legis non excusat*, pure considerato, dalla stessa giurisprudenza, un principio generale intangibile.

Vero è che non doveva trattarsi di una generica e indiscriminata ignoranza della illiceità

Negli ultimi decenni si è recitato tante volte il *de profundis* a riguardo di questa categoria: massicce depenalizzazioni, abrogazioni, e qualche Progetto di riforma (*Nordio e Pisapia*) che ne proponeva addirittura l'abolizione a favore degli illeciti amministrativi, quali strumenti di tutela più agili e confacenti al principio di sussidiarietà.

penale, ma dell'erroneo convincimento che il fatto fosse lecito: avendo l'agente esperito ogni possibile indagine e ricevuto da soggetti competenti rassicurazioni in tal senso (Cass. Sez. I, 29 novembre 1939, Molaschi in «GP» 1941, II, 207); come pure per la prolungata tolleranza da parte dell'Autorità di pubblica sicurezza (Cass. Sez. I, 1 giugno 1936, Maggini in «GP» 1937, II, 1054); o in conseguenza di una precedente assoluzione per lo stesso identico fatto (Cass. Sez. I, 19 dicembre 1938, Canova, in «GP» 1939, IV, 460) o quantomeno per lo stesso titolo di reato.

Un punto fermo (riepilogativo delle suddette pronunce) venne fissato dalle Sezioni Unite nel 1963 (7 dicembre 1963, Zorli di Bagnacavallo, in «CP» 1964, 497), affermandosi che la coscienza della liceità della condotta escludeva l'elemento psicologico della contravvenzione quando fosse derivata, non (o non soltanto) dalla semplice ignoranza della legge penale (elemento negativo), ma da un elemento positivo, e cioè da una circostanza la quale avesse indotto nell'agente la ragionevole convinzione, immune da colpa, della liceità del suo operato.

Tale orientamento, che in giurisprudenza già prima non era condiviso all'unanimità, nonostante l'autorevolezza delle Sezioni Unite continuò ad essere disatteso da qualche Sezione semplice anche negli anni successivi. Prova ne sia che il giudizio da cui ebbe origine la storica Sentenza n. 364/1988 riguardava proprio una contravvenzione: quella prevista all'art. 17, lett. b) l. 28 gennaio 1977, n. 10 per opere di bonifica senza concessione edilizia.

Orbene, in diversi passi di detta Sentenza, la Corte dichiarò di non seguire il tracciato di quell'indirizzo giurisprudenziale, «a causa della norma di 'sbarramento', di cui all'art. 5 c.p., che impedisce ogni rilievo, comunque, all'ignoranza della legge penale, sia essa qualificata o meno»; «Qui - precisò - occorre prendere le mosse dalla 'rigorosa' interpretazione che dello stesso articolo danno una parte della dottrina e la giurisprudenza di legittimità (esclusa la "parentesi" della rilevanza della buona fede nelle contravvenzioni)»; «il rilievo attribuito dalla giurisprudenza alla "positiva" buona fede nelle contravvenzioni non trova fondamento nell'attuale sistema del Codice Rocco (l'art. 5 c.p., statuendo, in ogni caso, l'irrelevanza dell'ignoranza della legge penale, non consente di distinguere la disciplina giuridica delle ipotesi che danno luogo all'ignoranza 'inqualificata' da quelle che la 'qualificano' per esser fondate sulla 'positiva' buona fede del soggetto)».

Tuttavia, all'atto di indicare i criteri mediante cui vagliare l'inevitabilità o meno dell'ignoranza, la stessa Corte ammise che quest'ultima potesse essere stata «determinata, fra l'altro, da particolari, positive, circostanze di fatto in cui s'è formata la deliberazione criminosa (es. 'assicurazioni erronee' di persone istituzionalmente destinate a giudicare sui fatti da realizzare; precedenti, varie assoluzioni dell'agente per lo stesso fatto ecc.): in pratica, facendo propria quella casistica sopra ricordata.

Come se non bastasse, concluse rinviando la giurisprudenza «nell'interpretazione ed applicazione del nuovo testo dell'art. 5 c.p. ai criteri generali che, in tema di responsabilità a titolo di colpa e di buona fede nelle contravvenzioni, la stessa giurisprudenza è andata via via adottando».

A giudicare, però, da altri indici, l'impressione è che si tratti di un'*araba fenice*, perché per tante contravvenzioni depenalizzate, altrettante ne sono state create di nuove, e alcune di quelle codicistiche rimaste sono state addirittura potenziate sul piano sanzionatorio. Ma soprattutto, vediamo come, in situazioni di emergenza, ci si trovi a fare ricorso proprio a illeciti contravvenzionali: così fu con l'art. 674 c.p. quando ancora non esisteva una normativa ambientale; così è stato da ultimo con l'art. 650 c.p. a tutela dell'incolumità pubblica.

## 2. *Le alterne vicende di un'araba fenice*

La categoria delle contravvenzioni ha raccolto da sempre gli illeciti più eterogenei. Oggi ne troviamo fra i reati societari, in materia ambientale, di sicurezza nei luoghi di lavoro, di tutela dei consumatori etc.; ma già in origine (XVIII secolo), essendo finalizzate a tutelare la *polizia*, intesa come amministrazione della vita sociale nelle varie sottospecie (polizia di sicurezza, sanitaria, commerciale), spaziavano dall'inosservanza di obblighi diretti a prevenire eventi nocivi per la comunità (reati, epidemie, disordini), alla regolamentazione di certe attività o mestieri (prostituzione, vagabondaggio), dalla disciplina di traffici ed industrie, all'imposizione di prestazioni di interesse pubblico (pagamento di dazi, pedaggi).

Il codice Zanardelli le aveva riunite (una sessantina) nel Libro III<sup>8</sup>; stessa collocazione del codice Rocco, che, portandole a circa ottanta, le valorizzò al punto da farne un sistema di tutela parallela e preventiva ai delitti: *parallela*, come dimostrano le etichette sotto cui sono raggruppate<sup>9</sup>, identiche o similari a quelle dei corrispondenti delitti; *preventiva*, essendo quasi tutte reati di pericolo<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Risolvendo, almeno per quelle codicistiche il problema, all'epoca insoluto, della loro identificazione. Quarant'anni dopo, Alfredo Rocco taglierà il *nodo di Gordio*, adottando, all'art. 39 c.p., un criterio basato sul tipo di sanzione, che, una volta riconvertite (ai sensi del R.d. n. 601/1931) tutte le sanzioni già previste in leggi, decreti e convenzioni internazionali, consentirà un'applicazione uniforme della legislazione speciale, prima rimessa ad una giurisprudenza del *caso per caso*.

<sup>9</sup> Ordine pubblico, incolumità pubblica, fede pubblica, vita e incolumità individuale, patrimonio etc.. Talvolta, comunque, sfugge il criterio sistematico seguito: ad es., perché le armi siano separate dalle materie esplodenti, o perché il maltrattamento di animali sia stato collocato sotto la polizia dei costumi.

<sup>10</sup> Tanto è vero che per molte il tentativo (in generale non punibile) non sarebbe neppure configurabile. Rocco parlava delle contravvenzioni come di fatti, commissivi od omissivi, contrari all'interesse dell'Amministrazione dello Stato: «In realtà – osservava – la norma

Nel lavoro sopra detto, Padovani aveva identificato tre gruppi di norme per omogeneità di *ratio* a prescindere dalla loro collocazione in un particolare capo o sezione o paragrafo dei due Titoli in cui era suddiviso il Libro III del codice Rocco<sup>11</sup>.

Anzitutto, *norme di carattere preventivo-cautelare volte alla tutela anticipata, nella forma del pericolo indiretto, di beni giuridici* (solitamente vita, integrità fisica o incolumità pubblica), come ad esempio, l'omesso collocamento o rimozione di segnali o ripari (art. 673), il getto pericoloso di cose (art. 674), la rovina di edifici o di altre costruzioni (art. 676), l'omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina (art. 677).

Ancora, *norme concernenti la disciplina di attività soggette ad un potere amministrativo in vista del perseguimento di uno scopo di pubblico interesse*, come ad esempio le disposizioni in materia di armi (artt. 695-704), di stampa e di stampati (artt. 662-664), di attività commerciali, industriali e di pubblici spettacoli (artt. 665-668); ipotesi – osservava l'A. – che riguardano una certa attività sottoposta ad un potere amministrativo, non

---

penale in materia di contravvenzioni ha sempre, come scopo, la tutela di detto interesse, in quanto le contravvenzioni necessariamente violano appunto i vari interessi che lo Stato si propone come oggetto della sua attività amministrativa. Alla perfezione giuridica della contravvenzione è indifferente che altro danno o altro pericolo di danno si accompagni alla lesione di quegli interessi statuali [...]. L'attività amministrativa, comunque si consideri nelle sue svariate manifestazioni, si esplica avendo come scopo la tutela del diritto o la cura dei bisogni, materiali o morali, della collettività. Conseguentemente essa è attività giuridica o attività sociale [...] Con l'attività giuridica, detta anche, per la sua finalità specifica, attività di conservazione, lo Stato assicura i beni individuali e collettivi già esistenti e protetti dal diritto e provvede all'osservanza delle norme di legge, che questi beni proteggono. Nell'esplicare tale specie d'attività, lo Stato tende a evitare mali, a impedire danni o pericoli di danni, a prevenire lesioni o minaccia di lesioni di beni o interessi che già esistono, e perciò opera in senso negativo, rimuovendo ostacoli, che si frappongono alla soddisfazione di bisogni. Pertanto l'attività giuridica è detta, in largo senso, attività di prevenzione. L'attività sociale differisce dall'attività giuridica, non perché non sia anch'essa regolata dal diritto, ma perché è un'attività positiva, detta anche di perfezionamento, la quale mira ad attuare mezzi di prevenzione consistenti nel facilitare la soddisfazione di bisogni, e nel realizzare quei fattori di benessere, che indirettamente concorrono a rimuovere le cause criminogene di natura ambientale [...]. Poiché adunque tutta l'Amministrazione dello Stato è o attività giuridica o attività sociale, e le contravvenzioni offendono l'interesse di amministrazione, ne deriva, come logica conseguenza, la distinzione delle contravvenzioni in due grandi classi, a seconda che offendano tale interesse nella parte dell'attività giuridica, o nella parte dell'attività sociale» (ALF. ROCCO, *Relazione sui Libri II e III del Progetto preliminare del codice penale in Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, vol. V, parte II, Roma 1929, pp. 477-478).

<sup>11</sup> PADOVANI, cit., pp. 450 ss.. Parliamo al passato perché nel 1998 fu aggiunto il Titolo II-bis, v. *infra*.



solo quando tale potere «rilevi *negativamente* nel quadro della fattispecie incriminatrice delineando *il presupposto negativo* della condotta (senza licenza, senza autorizzazione ecc.)», ma anche quando «l'esercizio di un potere amministrativo rappresenti *il presupposto positivo* dell'inosservanza, come nei casi in cui l'inosservanza si riferisce ad una richiesta, ad un ordine o a una prescrizione della p.a. (v. ad es. gli artt. 650-652 e 659 comma 2 c.p.), oppure all'operazione materiale conseguente all'esercizio del potere (v. ad es. l'art. 664), ovvero nei casi in cui la violazione presuppone l'organizzazione di un pubblico servizio (v. ad es. l'art. 731 c.p.)».

Infine, ipotesi *residuali*, confluite nell'ambito contravvenzionale perché ritenute di minore gravità rispetto ad omologhe fattispecie delittuose, o perché dirette alla tutela di interessi *secondari*: ad esempio: il disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659), la molestia o disturbo alle persone (art. 660), la mendicizia (art. 670), l'impiego di minori nell'accontanaggio (art. 671), l'acquisto di cose di sospetta provenienza (art. 712), gli atti contrari alla pubblica decenza e turpiloquio (art. 726)<sup>12</sup>.

Padovani scriveva nel 1985, e dunque a sistema normativo sostanzialmente intatto<sup>13</sup>, nonostante quel robusto intervento di depenalizzazione ad opera della l. 24 novembre 1981, n. 689, la quale, però, aveva largamente risparmiato le contravvenzioni codicistiche riducendo ad appena cinque gli articoli interessati<sup>14</sup>: 669 («Esercizio abusivo di mestieri girovaghi»), 672 («Omessa custodia e mal governo di animali»), 687 («Consumo di bevande alcoliche in tempo di vendita non consentita»), 693 («Rifiuto di monete aventi corso legale») e 694 («Omessa consegna di monete riconosciute contraffatte»). Nel

<sup>12</sup> Padovani collocava in questo gruppo l'incauto acquisto, gli atti contrari alla pubblica decenza e l'abuso di credulità popolare non ravvisando in essi una tutela anticipata e preventiva di beni giuridici altrimenti protetti (rispettivamente nei delitti di ricettazione, atti osceni e truffa), propria delle contravvenzioni cautelari, bensì la tutela di un vero e proprio interesse *secondario*, senza alcun rapporto con la tutela approntata per gli omologhi interessi *primari*. «Così – esemplificava – la punizione di un atto indecente non è affatto rivolta ad impedire offese al pudore, ma trova il suo principio di ragione sufficiente nella lesione di un diverso sentimento collettivo» (PADOVANI, cit., pp. 452-453).

<sup>13</sup> Salvo l'abrogazione degli artt. 729 («Abuso di sostanze stupefacenti») con l. n. 685/1975 sugli stupefacenti, nonché 714 («Omessa o non autorizzata custodia, in manicomi o in riformatori, di alienati di mente o di minori»), 715 («Omessa o non autorizzata custodia privata di alienati di mente») e 717 («Omessa denuncia di malattie di mente o di gravi infermità psichiche pericolose») con l. n. 180/1978 (c.d. '*legge Basaglia*') che aveva abolito i manicomi. In entrambi i casi, per trasposizione *ratione materiae* in un testo di legislazione speciale.

<sup>14</sup> Come le prime due leggi di depenalizzazione (l. 3 maggio 1967, n. 317 e l. 24 dicembre 1975, n. 706), infatti, anche la l. n. 689/1981 mirava a sfrondare soprattutto la legislazione speciale.

mentre, anzi, la stessa l. n. 689 aveva rafforzato la sanzione (affiancando alla pena dell'ammenda, l'alternativa dell'arresto) agli artt. 683 («Pubblicazione delle discussioni o delle deliberazioni segrete di una delle Camere»), 684 («Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale») e 685 («Indebita pubblicazione di notizie concernenti un procedimento penale»); e potenziato molte altre contravvenzioni quintuplicandone l'ammenda<sup>15</sup>. Segno che, ancora ai primi anni '80 si continuava a ritenere opportuno sanzionare penalmente quasi tutti gli illeciti contenuti nel Libro III del codice, forse contando sulle continue amnistie che in quegli anni salvarono spesso la giustizia dalla paralisi.

Il *giro di boa* si ebbe nel 1988 con l'entrata in vigore del nuovo processo di tipo accusatorio, inadeguato a trattare un numero esorbitante di procedimenti penali, allorché, allo stesso tempo, fu messo al bando il ricorso a periodiche amnistie.

Gli anni '90 segnano, dunque, il riaprirsi della questione contravvenzionale, ma non nel senso univocamente abolitivo come si potrebbe pensare.

Prima, infatti, della (questa volta incisiva) depenalizzazione portata dalla legge delega 25 giugno 1999, n. 205, vennero sì effettuate talune abrogazioni di contravvenzioni codicistiche: ad esempio quella dell'art. 702 dove si prevedeva l'«Omessa custodia di armi», ma in quanto traslata dal d.l. n. 152/1991 conv. in l. n. 203/1991 nella l. n. 110/1975 sulle armi; o ancora, quella degli artt. 662 («Esercizio abusivo dell'arte tipografica»), 665 («Agenzie di affari ed esercizi pubblici non autorizzati o vietati»), 667 («Esecuzione abusiva di azioni destinate a essere riprodotte col cinematografo») e 706 («Commercio clandestino di cose antiche»)<sup>16</sup> da parte del d. lgs. n. 480/1994, ma nell'ambito di una complessiva «*Riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773*».

Peraltro, a parte che il suddetto d.lgs. n. 480, al contempo, aveva aggiunto un comma all'art. 663 («Vendita, distribuzione o affissione abusiva di scritti o disegni») e sostituito l'art. 686 («Fabbricazione o commercio abusivi di liquori o droghe, o di sostanze destinate alla loro composizione»)<sup>17</sup>, due anni

<sup>15</sup> Già aumentata negli anni precedenti dalle ll. n. 603/1961, n. 497/1974 e n. 110/1975.

<sup>16</sup> Rispetto a quel gruppo di «*Contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio*» (artt. 705-712), la Corte Costituzionale, che già era intervenuta nel 1971 a dichiarare con sent. n. 14 la parziale incostituzionalità dell'art. 707 («Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli»), intervenne di nuovo nel 1996 a dichiarare con sent. n. 370 la totale incostituzionalità dell'altro reato gemello («Possesso ingiustificato di valori») previsto all'art. 708.

<sup>17</sup> Ferma restando, dunque, la natura contravvenzionale. Nel 1999 entrambi gli illeciti

dopo fu addirittura introdotto nel Libro III del codice un nuovo Titolo dalla l. n. 66/1996 sulla violenza sessuale: il Titolo II-*bis* («*Delle contravvenzioni concernenti la tutela della riservatezza*»)<sup>18</sup>.

Fuor di metafora, si continuavano a portare mattoni a un edificio in demolizione; finché, a fine decennio, si giunse a quel massiccio smantellamento prima accennato, ad opera della legge delega n. 205/1999 e decreti legislativi di attuazione, quando, solo per rimanere a quelle codicistiche, ben 14 contravvenzioni furono trasformate in illeciti amministrativi: artt. 654 («Grida e manifestazioni sediziose»), 663 («Vendita, distribuzione o affissione abusiva di scritti o disegni»), 663-*bis* («Divulgazione di stampa clandestina»)<sup>19</sup>, 664 («Distruzione o deterioramento di affissioni»), 666 («Spettacoli o trattenimenti pubblici senza licenza»), 675 («Collocamento pericoloso di cose»), 676 («Rovina di edifici o di altre costruzioni») limitatamente alle ipotesi di cui al 1° comma, 677 («Omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina») limitatamente alle ipotesi di cui al 1° e 2° comma, 686 («Fabbricazione o commercio abusivi di liquori o droghe, o di sostanze destinate alla loro composizione»), 688 («Ubriachezza») limitatamente al 1° comma, 692 («Detenzione di misure e pesi illegali»), 705 («Commercio non autorizzato di cose preziose»), 724 («Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti») e 725 («Commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza»).

Al riguardo, si operò con gradualità, prevedendo ad esempio, che agli artt. 666 e 686 le sanzioni amministrative pecuniarie non fossero inferiori a lire cinquantamila e non superiori a lire cinque milioni in relazione alla gravità degli illeciti; che all'art. 705 la sanzione amministrativa pecuniaria non fosse superiore a lire cinque milioni, in relazione alla gravità dell'illecito e all'eventuale reiterazione della condotta e così via.

Nella stessa occasione, furono, invece, totalmente espunti dall'ordinamento per abrogazione, gli illeciti previsti agli artt. 657 («Grida o notizie atte a turbare la tranquillità pubblica o privata»), 670 («Mendicizia»)<sup>20</sup>, 710 («Vendita o consegna di chiavi o grimaldelli a persona sconosciuta»), 711

---

saranno depenalizzati.

<sup>18</sup> Composto del solo art. 734-*bis* («*Divulgazione delle generalità o dell'immagine di persona offesa da atti di violenza sessuale*»), a sua volta ampliato dalla l. n. 269/1998 e modificato dalla l. n. 38/2006.

<sup>19</sup> Introdotto con la l. n. 127/1958 sui reati commessi col mezzo della stampa; quella stessa storica legge che, facendo seguito alla Sent. n. 3/1956 della Corte Costituzionale, modificò, da oggettiva in colposa, la responsabilità del direttore di periodico all'art. 57 c.p..

<sup>20</sup> Fattispecie dalla storia travagliata, v. *infra*.

(«Apertura arbitraria di luoghi o di oggetti») e 732 («Omesso avviamento dei minori al lavoro»).

In un quadro di tale fatta, può sorprendere che la l. n. 189/2004, confermando la natura contravvenzionale, si limitasse a sostituire all'art. 727 il vecchio «Maltrattamento di animali» con l'«Abbandono di animali». Ma era la legge con cui veniva introdotto nel Libro II del codice il Titolo IX-*bis* («*Dei delitti contro il sentimento degli animali*»), ed evidentemente si intese affiancare alle nuove ipotesi delittuose un illecito di minore gravità, nonostante che l'orientamento generale fosse ormai in controtendenza.

Diversamente dai precedenti Progetti di riforma del codice penale (Progetto *Pagliari* del 1992, Progetto *Riz* del 1995, Progetto *Grosso* del 2000) che avevano mantenuto il binomio delitti-contravvenzioni, proprio nel 2004, infatti, fu pubblicato il Progetto *Nordio*, il quale proponeva un'unica categoria, quella dei *reati*, senza più sottodistinzioni al suo interno; in ciò seguito tre anni dopo (2007) dal Progetto *Pisapia*.

Il destino delle contravvenzioni sembrava irrimediabilmente segnato. Almeno di quelle codicistiche, perché in quanto alla legislazione speciale esse avevano continuato a proliferare nelle materie più disparate<sup>21</sup>.

Nondimeno, come l'araba fenice, negli anni seguenti la categoria è risorta più volte dalle sue ceneri, con una serie di interventi che, a intermittenza, hanno potenziato o incrementato di numero, ovvero diminuito, depenalizzandole o abrogandole, le contravvenzioni presenti nel Libro III del codice.

Un caso a parte è quello dell'«Impiego di minori nell'accattonaggio» di cui all'art. 671, che fu sì abrogato dalla l. n. 94/2009, ma per essere promosso a delitto negli stessi termini (rubrica compresa) all'art. 600-*octies*.

Nel 2011 il d.lgs. n. 159 (c.d. «*Codice delle leggi antimafia*») stabilì un aumento di pena all'art. 699 per il «Porto abusivo di armi», e soprattutto, nello stesso anno, altro d.lgs. (n. 121/2011), in attuazione delle Direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE in materia ambientale, introdusse due nuove contravvenzioni: all'art. 727-*bis* quella di «Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette», e all'art. 733-*bis* quella di «Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto»<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> È ancora viva l'eco dello scandalo che suscitò nel 2002 la riforma dei reati societari (d.lgs. n. 61/2002) con cui il falso in bilancio fu degradato a contravvenzione.

<sup>22</sup> Con lo stesso decreto legislativo veniva prevista altresì la tanto attesa responsabilità degli enti per reati ambientali (art. 25-*undecies* d.lgs. n. 231/2001), e rafforzato, per quanto possibile, il T.U. Ambiente (d.lgs. n. 152/2006). Quest'ultimo, tuttavia, si rivelò un tentativo vano, poiché gli illeciti ivi contenuti (eccezion fatta per il delitto di «Attività

Altre due contravvenzioni furono introdotte nel 2015: agli artt. 678-*bis* («Detenzione abusiva di precursori di esplosivi») e 679-*bis* («Omissioni in materia di precursori di esplosivi»). Entrambe dal d.l. n. 7/2015 conv. in l. n. 43/2015 recante «*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*».

Ultima depenalizzazione nel 2016, ad opera del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, che trasformò in illeciti amministrativi il «Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto» (art. 652), l'«Abuso della credulità popolare» (art. 661), le «Rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive» (art. 668) e gli «Atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio» (art. 726)<sup>23</sup>.

Ultima acquisizione, per contro, nel 2018, allorché l'art. 669-*bis* («Esercizio molesto dell'accattonaggio») venne introdotto dal c.d. «*Decreto Sicurezza*» (d.l. n. 113/2018 conv. in l. 132/2018) come una fra le «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica etc.*». Qui si deve parlare di una vera e propria retromarcia.

Nel testo originario del codice, infatti, la «Mendicizia» era prevista all'art. 670 nei seguenti termini: «Chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico è punito con l'arresto fino a tre mesi. /La pena è dell'arresto da uno a sei mesi se il fatto è commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà».

Nel 1995, la Corte Costituzionale (Sent. n. 519) aveva dichiarato l'illegittimità del 1° comma di tale articolo, che, successivamente – come abbiamo ricordato – fu del tutto abrogato dalla l. n. 205/1999.

Orbene, l'attuale art. 669-*bis* riproduce pressoché integralmente il

---

organizzate per il traffico illecito di rifiuti») erano, nella migliore delle ipotesi, contravvenzionali. Il legislatore dovrà, pertanto, intervenire nuovamente quattro anni dopo con la l. 22 maggio 2015, n. 68 che, introducendo nel codice penale una serie di ipotesi delittuose particolarmente gravi (inquinamento ambientale, disastro ambientale etc.) fornirà una più efficace tutela quale richiedeva l'UE. In occasione, poi, della c.d. «*Riforma Orlando*» (d.lgs. n. 21/2018), tre anni dopo, quell'unico delitto del T.U. Ambiente verrà collocato, più propriamente, fra i nuovi delitti ambientali, all'art. 452-*quaterdecies*.

<sup>23</sup> Per inciso, se quattro contravvenzioni possono sembrare tante, si consideri che, oltre ad una cospicua legislazione speciale, il d.lgs. in questione interessò anche ipotesi delittuose (artt. 527 e 528); per non parlare dell'altro d.lgs. (n. 7) che, nella stessa data, addirittura stravolse il sistema penale riconvertendo un certo numero di delitti in illeciti con sanzioni pecuniarie civili: falsità in scrittura privata (art. 485), falsità in foglio firmato in bianco o atto privato (art. 486), ingiuria (art. 594), sottrazione di cose comuni (art. 627), appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito (art. 647), danneggiamento semplice (art. 635, co. 1).

capoverso dell'articolo abrogato, ma in chiave più repressiva: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà è punito con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000.» Anzitutto, non si richiede più che il fatto sia commesso in luogo pubblico o aperto al pubblico, e in quanto alla sanzione, è stato aumentato il minimo edittale, e aggiunta la pena pecuniaria<sup>24</sup>.

Al momento, comunque, la situazione del Libro III del codice è la seguente: su 84 articoli (fra originari e aggiunti successivamente), 15 sono le contravvenzioni abrogate, 22 sono gli illeciti amministrativi, 48 le contravvenzioni vigenti<sup>25</sup>.

Quanto alle prime, si trattava per lo più di previsioni superflue, in quanto i relativi beni erano già tutelati o in procinto di essere tutelati più efficacemente altrove.

Rispetto agli illeciti amministrativi, v'è solo da domandarsi se abbia ancora un senso la permanenza di queste norme all'interno di un codice penale.

Le contravvenzioni, comunque, sono ancora molte (poco meno di quante ne contava il Libro III del codice Zanardelli). E alcune molto importanti.

### 3. Esempi di versatilità oltre la 'ratio' originaria. L'art. 674 c.p.: da modesta salvaguardia dell'incolumità pubblica a pilastro della difesa ambientale

La contravvenzione del «Getto pericoloso di cose» di cui all'art. 674 c.p. ha origini antiche e non proprio nobili.

Dalla notte dei tempi, era d'uso smaltire i rifiuti organici che si accumulavano in casa svuotandone il contenitore dalla finestra nella strada sottostante. Fin dal diritto romano, perciò, passando per gli Statuti comunali e i Codici penali degli Stati preunitari, fino al codice Zanardelli, si cercò, con disposizioni analoghe a quella vigente, di combattere un tale, radicato malcostume, talvolta sanzionando il getto o versamento di per sé<sup>26</sup>;

<sup>24</sup> Una analoga retromarcia si è registrata con l'oltraggio a un pubblico ufficiale, che era previsto all'art. 341, che fu abrogato sempre dalla l. n. 205/1999 e reintrodotta all'art. 341-bis dal terzo provvedimento del c.d. *Pacchetto Sicurezza* (l. n. 94/2009).

<sup>25</sup> Agli artt. 677 («Omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina») e 688 («Ubriachezza») solo nell'ipotesi aggravata.

<sup>26</sup> Come nel *Codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia* del 1811 dove, all'art. 471 n.

talaltra richiedendo il verificarsi di un evento di danno, ossia l'aver *offeso o lordato* le persone<sup>27</sup>.

Il codice Zanardelli aveva optato per una fattispecie di pericolo, collocandola, all'art. 475, fra le contravvenzioni contro l'incolumità pubblica: «Chiunque getta o versa in luogo di pubblico transito, o anche in un recinto privato comune a più famiglie, cose atte a offendere o imbrattare le persone è punito con l'arresto sino a dieci giorni o con l'ammenda sino a lire cento».

Stessa collocazione e stessa configurazione con cui la ritroviamo nel codice Rocco: «Chiunque getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso, cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti, è punito con l'arresto fino a un mese o con l'ammenda fino a euro 206».

Rispetto alla disposizione previgente, v'è solo qualche differenza: oltre al massimo edittale più alto (arresto fino a un mese), un maggiore ambito applicativo con il riferimento ad «*un luogo privato, ma di comune o di altrui uso*» anziché ad «*un recinto privato comune a più famiglie*», e l'aggiunta di una seconda ipotesi, «*ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti*».

Quel malcostume, infatti, ancora perdurava nel '30, ma, nel frattempo, si prospettavano nuove esigenze di tutela.

La lungimirante formulazione dell'art. 674 c.p., infatti, ne ha consentito, e ne consente tuttora, una vasta applicabilità in settori pressoché sconosciuti al tempo della codificazione, ovvero a tutti, o quasi, i tipi di inquinamento ambientale.

Ora, l'ambiente, almeno nel testo originario del '48, non era bene di rilevanza costituzionale espressa, mentre lo è da sempre il diritto alla salute (art. 32 Cost.)<sup>28</sup>, benché per molti aspetti carente di tutela Dunque, nel

---

6, si punivano «Coloro che avranno gettato od esposto avanti le loro case delle cose atte a pregiudicare con la loro caduta o colle loro esalazioni insalubri».

<sup>27</sup> Così nel Codice penale per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 (art. 532, n. 2), nel Codice penale degli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna del 1839 (art. 733 n. 1) e nel Codice penale sardo del 1859 (art. 686 n. 1).

<sup>28</sup> Al punto che, prima del 2001, la Corte Costituzionale aveva individuato soprattutto nell'art. 32 una piattaforma su cui installare la tutela di un diritto soggettivo all'ambiente salubre, per arrivare alla successiva affermazione dell'ambiente come valore costituzionale, o per meglio dire, come *interesse trasversale costituzionalmente tutelato*.

Neppure la Legge Costituzionale n. 3/2001, però, ha promosso *expressis verbis* l'ambiente a bene di rango costituzionale, limitandosi a dichiararne (all'art. 117, co. 2, lett. s) Cost.) la competenza (esclusivamente statale), e dunque, operando in sostanza una

momento in cui è stata utilizzata a difesa dell'ambiente e della sua salubrità, che della salute è il presupposto, una modesta contravvenzione come il getto pericoloso di cose ha fornito per via mediata anche una protezione a tale primario diritto<sup>29</sup>.

Il primo impiego – per così dire – moderno della contravvenzione in esame si ebbe in materia di inquinamento atmosferico fino alla emanazione della l. n. 615/1966 (c.d. *legge antismog*); ma anche dopo il 1966, e persino dopo il 2006, con l'entrata in vigore del T.U. Ambiente (d.lgs. n. 152/2006) abrogativo della disciplina precedente, la presenza di una legislazione speciale non ha impedito che si continuasse (e si continui) ad applicare contestualmente l'art. 674 c.p.<sup>30</sup> in ragione della diversità dei beni giuridici tutelati (rispettivamente salubrità dell'aria e incolumità pubblica) o della diversità strutturale delle disposizioni: il «*getto pericoloso di cose*», infatti, è reato comune e richiede genericamente l'idoneità dei «*gas, vapori o fumi*» ad offendere, imbrattare o molestare le persone, mentre la contravvenzione dell'art. 279, comma 2, T.U. Ambiente è reato proprio del «*gestore dello stabilimento*», e oggetto delle emissioni devono essere determinate sostanze.

Invero, con l. n. 68/2015, è stato inserito nel Libro II del codice il novello Titolo VI *bis* «*Dei delitti contro l'ambiente*», dove ha trovato idonea collocazione una serie di fattispecie, fra le quali, all'art. 452-*bis*, l'«*Inquinamento ambientale*»<sup>31</sup> che, abbracciandone ogni tipologia (acque, aria, porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo), avrebbe potuto scalzare l'art. 674 dalla sua funzione di tutela vicaria, già in relazione

---

mera *costituzionalizzazione indiretta*, senza dare una definizione chiara del concetto, o quantomeno indicarne i contenuti.

Con ciò permane il problema della sua collocazione nella gerarchia dei valori espressi in Costituzione e conseguentemente, del *peso* che esso avrebbe in un eventuale bilanciamento.

<sup>29</sup> Il tutto a parti rovesciate rispetto a quanto esposto nella nota precedente, laddove, prima del 2001 la Consulta aveva ritagliato per l'ambiente uno spazio di rilevanza costituzionale partendo proprio dall'art. 32 Cost., mentre qui, attraverso la tutela dell'ambiente, assolutamente deficitaria fino agli anni '60/'70, e tuttora dai confini incerti, si è perseguita quella della salute.

<sup>30</sup> Fra le più recenti, v. Cass. Sez. III, 29 dicembre 2017, n. 57958, Setaro e altri.

<sup>31</sup> Art. 452-*bis* c.p. («*Inquinamento ambientale*»): «E' punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili:

- 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo;
- 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna.

Quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata.»



all'inquinamento atmosferico. Ma così non è stato, poiché, diversamente dal getto pericoloso di cose, dove la soglia di punibilità (e perciò la tutela) è oltremodo avanzata, in quanto basta determinare un pericolo gettando cose o provocando emissioni, all'art. 452-*bis* si richiede un evento di danno, e per di più di proporzioni gigantesche, quali la *compromissione* o un *deterioramento significativo e misurabile* (nel caso specifico, dell'atmosfera).

Un secondo impiego dell'art. 674 c.p. in materia ambientale si è avuto con riguardo all'inquinamento idrico, dove solo gli anni '70, con la legge "Merli" (l. n. 319/1976), hanno segnato la nascita di una normativa di settore. Ad essa fecero seguito, prevalentemente su impulso comunitario: la l. n. 36/1994 (c.d. legge *Galli*), il d.lgs. n. 152/1999 (T.U. in materia di acque) e da ultimo, il d.lgs. n. 152/2006 (T.U. Ambiente), dove, alla Parte Terza, un'intera Sezione (la II) è dedicata appunto alla tutela delle acque dall'inquinamento (artt. 73-140), fino alla l. n. 68/2015 e al già citato art. 452-*bis* c.p.

Anche qui, *a pendant* dell'inquinamento atmosferico, sia prima del 1976, sia durante la vigenza delle varie normative succedutesi, si è fatto, e tuttora si fa largo uso dell'art. 674 c.p. per sanzionare fenomeni di inquinamento idrico. E anche qui, nonostante la presenza di una fattispecie delittuosa, per come è stata configurata, la contravvenzione di getto pericoloso continua a svolgere la sua funzione di tutela preventiva.<sup>32</sup>

Fra tutti, comunque, l'impiego della norma in questione più lontano dagli intendimenti del legislatore del '30 è stato quello in materia di inquinamento elettromagnetico causato da elettrodotti e da impianti di radiotrasmissione (c.d. *elettrosmog*).

Infatti, la "*Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*" (l. n. 36/2001) detta sì una disciplina organica del fenomeno (distanze dalle sorgenti elettromagnetiche, limiti di esposizione, valori di attenzione), ma sanzionando le violazioni delle prescrizioni in via esclusivamente amministrativa: "Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque nell'esercizio o nell'impiego di una sorgente o di un impianto che genera campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici superi i limiti di esposizione ed i valori di attenzione di cui ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri previsti dall'articolo 4, comma 2, e ai decreti previsti dall'articolo 16 è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 1.032 a euro 309.874" (art. 15, 1° comma, 1^ parte).

«*Salvo che il fatto costituisca reato*», appunto. E così, ancora una volta,

---

<sup>32</sup> Soprattutto in materia di scarichi non autorizzati, in concorso con le contravvenzioni di cui agli artt. 133 e 137 d.lgs. n. 152/2006, così Cass. Sez. III, 18 ottobre 2019, n. 48406, Tocci.

si è fatto ricorso all'art. 674; in questo caso, secondo taluni, con qualche forzatura.

Il problema riguardava la riconducibilità della propagazione di onde elettromagnetiche al *gettare* o *versare*, nonché l'oggetto della condotta, dal momento che la norma sembrerebbe presupporre la preesistenza in natura delle cose gettate o versate, mentre la emissione di onde elettromagnetiche consiste nel *generare* (e, quindi, far nascere o far venire ad esistenza) flussi di onde che prima dell'azione generatrice non esistevano.

Tuttavia, fin dal 2000 (in pratica, da quando il fenomeno da poco manifestatosi, approdò nelle aule giudiziarie), la giurisprudenza si pronunciò in larga maggioranza a favore di una interpretazione evolutiva del getto, come l'immettere in atmosfera cose, indifferentemente liquide, gassose, solide o di diversa natura, e dunque anche le onde elettromagnetiche<sup>33</sup>.

Tale orientamento, come detto maggioritario fin dalle prime pronunce, trovò una consacrazione con il c.d. *Caso Radio Vaticana*.

La vicenda, durata circa vent'anni, aveva avuto inizio negli anni '90, allorché i residenti nelle zone vicine ai numerosi e potenti ripetitori del Centro Trasmettente di Radio Vaticana, nei pressi di Roma, denunciarono il diffondersi di gravi leucemie nella popolazione, soprattutto infantile.

Il capo di imputazione addebitava a un cardinale e a un monsignore di avere, in concorso tra loro e quali responsabili della gestione e del funzionamento della Radio Vaticana, diffuso tramite gli impianti di S. Maria di Galeria radiazioni elettromagnetiche atte a offendere o a molestare le persone residenti nelle aree circostanti, e in particolare a Cesano di Roma, arrecando alle stesse disagio, disturbo, fastidio, e turbamento così violando l'art. 674 c.p..

In un primo momento, il Tribunale di Roma, con sentenza del 19 febbraio 2005 aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in forza dei Patti Lateranensi. Declinatoria di giurisdizione poi annullata dalla Cassazione<sup>34</sup>, cosicché, con sentenza del 9 maggio 2005, lo stesso Tribunale di Roma aveva condannato i due imputati a giorni dieci di arresto per la contestata contravvenzione.

In secondo grado, la Corte di Appello di Roma, ravvisando nella decisione del Tribunale una interpretazione analogica non consentita in

<sup>33</sup> Cass. Sez. I, 13 ottobre 1999, L. Pareschi, in «FI», 2001, 28; Cass. Sez. I, 14 ottobre 1999, Cappellieri, *ivi*; Cass. Sez. I, 4 agosto 2000, Rigoni, in «Ig. e Sic. Lav.», 2000, 11, 602; Cass. Sez. I, 31 gennaio 2002, Fantasia, in «CP» 2003, 1560; Cass. Sez. I, 12 marzo 2002, Pagano e altri in «Riv. Amb.», 2002, 750; Cass. Sez. I, 14 marzo 2002, Rinaldi, in «CP», 2003, 462.

<sup>34</sup> Cass. Sez. I, 21 maggio 2003, n. 22516, Tucci e altro.

materia penale, aveva assolto gli imputati «perché il fatto non è previsto dalla legge quale reato».

La Cassazione, pronunciandosi su vari ricorsi proposti, annullava con rinvio la sentenza impugnata<sup>35</sup>, enunciando, quale misura di linea decisionale per il giudice di rinvio, il principio di diritto secondo cui, «il fenomeno della emissione di onde elettromagnetiche rientra, per effetto di interpretazione estensiva, nella previsione dell'art. 674 c.p. Detto reato è configurabile soltanto allorché sia stato, in modo certo e oggettivo, provato il superamento dei limiti di esposizione o dei valori di attenzione previsti dalle norme speciali e sia stata obbiettivamente accertata una effettiva e concreta idoneità delle emissioni ad offendere o molestare le persone esposte ravvisata non in astratto, per il solo superamento dei limiti, ma soltanto a seguito di un accertamento, da compiersi in concreto, dell'effettivo pericolo oggettivo e non meramente soggettivo».

La Corte d'appello, nel procedimento di rinvio, accertava «un superamento dei limiti e dei valori di attenzione delle emissioni addebitate, una consapevolezza della intensità delle emissioni su onde corte e medie obbiettiva nella istituzione di una commissione bilaterale tra Repubblica Italiana e Stato Città del Vaticano, una oggettiva idoneità al disturbo e alla produzione di pericolo etc.».

Tuttavia, essendo nel frattempo intervenuta la prescrizione del reato contestato, nonché deceduto uno dei due imputati, la Corte si limitò a confermare le statuizioni civili nei confronti del solo imputato vivente.

Sentenza impugnata e nuovo giudizio di Cassazione, dove fu ribadita definitivamente la piena riconducibilità dei fenomeni di propagazione di onde elettromagnetiche alla fattispecie del getto pericoloso di cose di cui all'art. 674 c.p.<sup>36</sup>.

Ma davvero si tratta di un'interpretazione forzata? Se la condotta descritta all'art. 674, comma 1, consiste nel gettare cose, *mutatis mutandis*, anche la condotta del furto, a norma dell'art. 624, co. 1, consiste nella sottrazione e impossessamento della cosa mobile altrui. In entrambi i casi oggetto dell'azione sono cose, e il concetto di cosa presuppone effettivamente la preesistenza di dette cose in natura.

Senonché, con norma interpretativa (o pseudo-interpretativa<sup>37</sup>) si precisa al capoverso del citato art. 624 che «Agli effetti della legge penale, si

<sup>35</sup> Cass. Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, P.G. e P.C. in Tucci e altro.

<sup>36</sup> Cass. Sez. IV, 9 giugno 2011, n. 23262, Tucci e altro.

<sup>37</sup> Così F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino 2017, sesta edizione, p. 202, inquantoché, estendendo la materia del divieto penale, svolgerebbe la funzione di norma incriminatrice.

considera *cosa mobile* anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico».

Ora, l'energia *lato sensu*, a cominciare da quella elettrica, non è preesistente in natura, bensì viene generata da una qualche fonte<sup>38</sup>; così come le onde elettromagnetiche, a loro volta, sono generate da una sorgente (c.d. *antenna trasmittente*). Leggendo, perciò, l'art. 674 in combinato disposto con l'art. 624, comma 2, c.p., norma di carattere generale dettata «agli effetti della legge penale» (e non solo del furto), se ne ricava proprio il tipo legale applicabile anche a questo particolare fenomeno.

#### 4. *La multiforme funzione dell'art. 650 c.p.*

Emblematico del ruolo, tutt'altro che marginale, delle contravvenzioni nel sistema penale secondo i compilatori del '30, è comunque, l'art. 650 c.p. («*Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*»), ai cui sensi «Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206». Articolo non a caso collocato in apertura del Libro III.

Esso è, infatti, il primo articolo del Titolo I dedicato alle *Contravvenzioni di polizia*<sup>39</sup>, ossia la prima di «quelle disposizioni che limitano l'attività dei singoli, o proibendo in modo assoluto determinati atti, o sottoponendoli a un permesso dell'Autorità amministrativa, o regolando la loro attività nelle sue manifestazioni, allo scopo di prevenire mali o almeno renderli meno gravi»<sup>40</sup>. E dunque, lo si può considerare anzitutto rappresentativo di tutte le contravvenzioni contenute nel Titolo I. In quanto, poi, il Titolo I raccoglieva (e tuttora raccoglie) oltre il 90% delle contravvenzioni presenti nel Libro III<sup>41</sup>, lo si può considerare rappresentativo dell'intera categoria, nel

<sup>38</sup> Ad es., quella elettrica è generata dalle turbine, a loro volta attivate dal vento, dall'acqua in movimento, da centrali nucleari etc..

<sup>39</sup> Anche nel Libro III del Codice Zanardelli analogha previsione era collocata (all'art. 434) in apertura del Titolo I, ma sotto l'intitolazione «*Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico*», e, peraltro, rubricata «*Del rifiuto di obbedienza all'autorità*».

<sup>40</sup> Rocco, *Relazione*, cit., 478.

<sup>41</sup> Titolo particolarmente corposo, contando nel testo originario 81 articoli, contro i 4 del Titolo II dedicato alle *Contravvenzioni concernenti l'attività sociale della pubblica amministrazione*.

suo essere preposta alla tutela preventiva di beni giuridici, in un certo senso sullo sfondo, rispetto all'interesse dell'Amministrazione dello Stato<sup>42</sup>.

Nello specifico dell'art. 650, attraverso la tutela dell'Amministrazione dello Stato, identificata nel '*provvedimento dell'Autorità*', ricevono tutela ben quattro interessi statali basilari: la giustizia, la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e l'igiene<sup>43</sup>. Per tale via mediata (il rispetto del provvedimento),

<sup>42</sup> Evidente esempio di quella *seriazione dei beni giuridici* teorizzata da A. FIORELLA, *Reato in generale* in «ED», vol. XXXVIII, Milano 1987, pp. 791 ss.: una sequenza – cioè – di beni con cui la condotta illecita viene man mano a confrontarsi, da quelli semplicemente *strumentali* (la cui protezione è appunto strumentale a quella di altri beni) a quelli *intermedi o prossimi* (raggiungibili dalla capacità offensiva della condotta illecita), fino al *bene ultimo* (bene pressoché irraggiungibile dalla capacità offensiva della condotta illecita).

Orbene, secondo l'A., facendo riferimento alla detta seriazione di beni, può scegliersi, attraverso un calibrato regresso dal bene 'ultimo' verso il bene 'prossimo', un'entità che appaia più vicina agli scopi di tutela di una determinata norma penale: «Quella ipotesi criminosa [...] che risultasse assolutamente sprovvista di contenuto offensivo rispetto al bene ultimo (ad esempio, la pubblica economia), oggetto di una tutela in qualche modo remota, potrebbe essere invece provvista di tale contenuto offensivo rispetto ad un bene giuridico (intermedio o) prossimo alla condotta (ad esempio, il patrimonio, rispetto alla pubblica economia, è più vicino alle condotte produttive di un'offesa d'ordine economico). È essenzialmente rispetto a questo bene giuridico, più vicino alla capacità offensiva della condotta, che dovrebbe allora studiarsi la giustificazione dell'ipotesi criminosa e quindi delle relative tecniche di tutela». Lo stesso dicasi nel caso di un bene giuridico che non potesse costituire il vero scopo della tutela, «perché concettualmente troppo vicino alla condotta, ad esempio, perché si trattasse di entità così prossima alla condotta da addirittura identificarsi con essa» (*op. cit.*, pp. 797-798).

<sup>43</sup> Le *ragioni di giustizia* vanno identificate in tutti i motivi riferibili non solo all'attività giurisdizionale svolta dai giudici (esclusi i provvedimenti tipici della funzione giurisdizionale come le sentenze, le ordinanze e i decreti in quanto eseguibili coattivamente o accompagnati da una sanzione particolare), ma anche all'attuazione del diritto obiettivo ad opera del P.M. o della polizia giudiziaria (Cass. Sez. I, 20 luglio 2001, n. 29436, Bordi; Cass. Sez. I, 5 maggio 1991, n. 1252, Merola).

Il concetto di *sicurezza pubblica* va desunto dal dettato dell'art. 1 del T.U.L.P.S. (R.d. n. 773/1931), che affida all'Autorità di pubblica sicurezza il mantenimento dell'ordine pubblico, la sicurezza dei cittadini, la loro incolumità e la tutela della proprietà, e dunque si riferisce ai casi in cui l'attività di polizia viene posta in essere in funzione repressiva o preventiva (Cass. Sez. I, 29 luglio 1993, n. 2595, Pisano).

L'interesse all'*ordine pubblico* viene inteso come buon assetto e regolare andamento della convivenza civile, che il legislatore, mediante la norma incriminatrice di cui all'art. 650 c.p., intende proteggere contro l'inosservanza individuale dei provvedimenti emessi dalla pubblica Autorità (Cass. Sez. I, 12 gennaio 2011, n. 355, Filogamo; Cass. Sez. I, 5 novembre 1997, n. 9914, Di Marco).

Le *ragioni di igiene*, infine, fanno riferimento a emergenze sanitarie o di igiene pubblica (come gravi calamità o epidemie), quando vi sia la necessità di una immediata e tempestiva tutela di interessi pubblici, come la salute o l'ambiente, che in ragione della situazione di emergenza non potrebbero essere protetti in modo adeguato, ricorrendo agli strumenti

ricevono così una copertura penale sussidiaria e indiretta (e perciò anticipata) beni già direttamente tutelati quando «*il fatto costituisce più grave reato*».

Da notare, in proposito, il curioso parallelismo che si è venuto a determinare quando, nel 1990, con la riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione<sup>44</sup>, fu riformato anche l'art. 328, il quale, nell'ipotesi del rifiuto di atti d'ufficio attualmente vigente, richiama gli stessi quattro interessi tutelati indirettamente all'art. 650: «Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni».

In questo modo, le due norme svolgono la stessa funzione di tutela indiretta, ma su due fronti opposti: quello di chi, in relazione a dette materie, dovrebbe compiere con tempestività un atto di ufficio e, in violazione dei suoi doveri, si *rifiuta*, mediante azione o mediante omissione, di compierlo<sup>45</sup>; e quello di chi, nelle stesse materie, sia destinatario di un provvedimento e non vi ottemperì<sup>46</sup>, anche qui mediante omissione (l'inosservanza vera e propria), oppure mediante azione (la trasgressione, *lato sensu* riconducibile alla inosservanza)<sup>47</sup>.

Al di là del bene immediatamente o mediatamente tutelato all'art. 650 c.p., comunque, il confronto con fattispecie delittuose centrate anch'esse su una condotta inosservante, pone un interrogativo circa i motivi dell'opzione

---

ordinari (Cass. sez I, 20 ottobre 2010, n. 39830, Domeniconi). Deve trattarsi di interessi della collettività; e pertanto non sussiste detta contravvenzione in caso di inosservanza di provvedimento adottato nell'interesse di privati cittadini (Cass. Sez. I, 7 gennaio 2008, n. 237, Leone).

Assai più limitata era la sfera applicativa del citato art. 434 Zan., dove si parlava solo 'di giustizia e di pubblica sicurezza'.

<sup>44</sup> L. n. 86/1990.

<sup>45</sup> Circa l'ammissibilità di entrambe le forme, v. da ultimo Cass. Sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1657, Villani.

<sup>46</sup> Secondo una costante giurisprudenza (v. *infra*, nota 60) il provvedimento di cui all'art. 650 c.p. deve essere *dato* nei confronti di soggetti determinati o almeno determinabili. V'è dunque da ritenere che, come per l'art. 328, anche in tal caso si tratti di reato proprio.

<sup>47</sup> «Nell'articolo 665 (*n.d.r.* del Progetto preliminare, art. 650 del testo definitivo) – spiegava Rocco – ho adottato una dizione sintetica, la quale comprende così la non osservanza di un provvedimento legalmente dato dall'Autorità, come la trasgressione ad un ordine legalmente dato dall'Autorità stessa. 'Provvedimento', infatti, è termine generico comprensivo dell'ordine, e nel concetto di inosservanza, è contenuto anche quello di trasgressione» (Rocco, *op. cit.*, 489). All'art. 434 Zan., invece, erano previste espressamente entrambe le condotte: anzitutto il trasgredire, e poi (*ovvero*) il non osservare. Del resto, v. *retro*, la fattispecie era rubricata come *rifiuto di obbedienza all'autorità*.

contravvenzionale. L'inosservanza di una prescrizione medica in ordine a specie, qualità o quantità prevista all'art. 445 c.p. non sembra più grave dell'inosservanza di un provvedimento dell'Autorità<sup>48</sup>. Eppure, la prima è un delitto e la seconda una contravvenzione.

L'inciso «*se il fatto non costituisce un più grave reato*» farebbe pensare ad una minore gravità, dimostrata dal fatto che all'art. 650 la pena comminata è piuttosto modesta (arresto fino a tre mesi o ammenda). Ma è proprio così? L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità era stata davvero ritenuta un reato *bagatellare* (come diremmo oggi) o le ragioni dell'opzione contravvenzionale furono altre?

Ragionando per ipotesi, bisognerebbe considerare la struttura della norma e il criterio di imputazione delle contravvenzioni.

Come abbiamo detto all'inizio, quella dell'art. 650 è una tipica norma penale in bianco, e così doveva essere per modellarsi, di volta in volta, alle contingenze del caso.

Tuttavia, anche all'epoca, e pure senza un presidio di rango costituzionale come quello dell'art. 25 Cost., il rispetto della legalità-tassatività era considerato un vincolo altrettanto stringente («Nessuno può essere punito – recita l'art. 1 c.p. – per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge»); sicché una norma il cui precetto richiedesse una integrazione di rango inferiore sarebbe stata forse più accettabile (per non dire meno scandalosa) nel campo contravvenzionale, che non in quello delittuoso.

Ora, la particolare struttura dell'art. 650 c.p. fu oggetto, tanti anni fa, di una verifica di costituzionalità. Si lamentavano: la comminazione di un'unica sanzione per l'inosservanza dei più disparati provvedimenti in violazione del principio d'uguaglianza; una asserita integrazione del precetto mediante il rinvio a «norme regolamentari di là da venire» e dunque una violazione del principio di legalità; e infine una limitazione dei diritti inviolabili dell'uomo e delle libertà civili nascente in particolare dalle ragioni di 'ordine pubblico', pur non avendo tale bene un rilievo costituzionale.

La Corte Costituzionale (Sent. n. 168/1971), però, respinse tutte le censure, affermando la piena compatibilità dell'art. 650 c.p. con i principi sanciti in Costituzione<sup>49</sup>, e sdoganando, insieme all'art. 650 c.p., il concetto

---

<sup>48</sup> Non è detto che la somministrazione ivi descritta sia sempre pericolosa come indicato in rubrica («*Somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica*»), e come, invece, si è aprioristicamente presunto.

<sup>49</sup> «[...] ove il giudice [...] si attenga all'ermeneutica imposta dalla lettera della norma e all'interpretazione che ne danno la dottrina e la giurisprudenza, assicurandosi che si tratti di un 'provvedimento' nell'accezione tecnico-giuridica della parola; che sia stato reso noto nei modi legali; che sia emesso dall'autorità competente per legge; che risponda a

stesso di *norma penale in bianco*, al punto che, negli anni successivi, si è fatto ancora uso di questo modello di incriminazione, e non solo nel campo contravvenzionale<sup>50</sup>.

Remore legalitarie a parte, ancor più convincente, in realtà, è l'ipotesi che, a favore della natura contravvenzionale dell'illecito in discorso, abbia giocato un ruolo il principio dell'alternatività equivalente nell'imputazione, dolosa o colposa, sancito all'art. 42, ultimo comma, c.p.<sup>51</sup>.

Tale principio rappresenta una deroga alla regola generale stabilita per i delitti all'art. 42, comma 2, c.p.<sup>52</sup>: una regola di garanzia, poiché solo in ragione della particolare importanza dell'interesse protetto, talvolta, eccezionalmente si può essere chiamati a rispondere anche a titolo di colpa.

Per le contravvenzioni non è prevista analoga garanzia. Basta che la condotta sia cosciente e volontaria e – dolo o colpa che vi sia in relazione al fatto – si viene puniti.

La motivazione più comune di questo particolare regime dell'illecito contravvenzionale fa leva sulla sua asserita tenuità: nel senso che, in relazione ad illeciti di scarso impatto offensivo, il legislatore avrebbe dispensato il giudice da quelle complicate indagini di ordine psicologico richieste, invece, in relazione ai più gravi illeciti delittuosi. E questo dimostrerebbe, perciò, la minore gravità delle contravvenzioni rispetto ai delitti.

Ma, forse, è vero il contrario, poiché se, come detto, l'imputazione colposa nei delitti rappresenta un'eccezione, giustificata solo dall'importanza di un

---

ragionevoli motivi di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene, previsti con "sufficiente specificazione" da singole leggi dello Stato».

<sup>50</sup> Un primo esempio è quello relativo alla disciplina degli stupefacenti (D.P.R. n. 309/1990), dove la Consulta (Sent. n. 333/1991) dichiarò non contrastare con il principio della riserva di legge la funzione integrativa svolta da un provvedimento amministrativo (nella specie il sistema tabellare di individuazione delle sostanze stupefacenti).

Un secondo esempio è quello relativo alla disciplina della prevenzione incendi (l. n. 818/1984), dichiarata, per converso, costituzionalmente illegittima (Sent. n. 282/1990) nella misura in cui si sanzionava penalmente l'inosservanza al richiedere o rinnovare il certificato di prevenzione incendi o nulla osta provvisorio, rinviando a un decreto ministeriale l'individuazione del destinatario del precetto «nella persistenza del potere dell'amministrazione di modificare l'atto stesso», in violazione – con ciò – della riserva di legge costituzionalmente sancita.

Nel primo caso si trattava di ipotesi delittuose, nel secondo di ipotesi contravvenzionali, ma, a prescindere dalla natura dell'illecito, e dunque dalla maggiore o minore gravità del fatto, la Corte richiamò al rispetto delle garanzie costituzionali in eguale misura.

<sup>51</sup> Art. 42, co. 4, c.p.: «Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa».

<sup>52</sup> Art. 42, co. 2, c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge».



particolare interesse da tutelare, l'estensione prevista per le contravvenzioni (ai limiti della colpa presunta) quale che sia il bene tutelato, evidenzia addirittura una maggiore severità, e, a monte, una non tanto minore gravità.

Se così fosse, l'opzione contravvenzionale per l'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità avrebbe una ragion d'essere. La stessa di tutti gli altri illeciti contenuti nel Libro III del codice, o quantomeno di quelli di natura cautelare o consistenti nella trasgressione di norme cautelari: garantire efficacia ad un precetto amministrativo particolarmente finalizzato sanzionandone qualunque comportamento elusivo<sup>53</sup>.

##### 5. (Segue). *Come presidio all'osservanza delle misure 'anti-COVID 19'*

Se in tutti questi anni l'art. 650 è riuscito a navigare indenne attraverso una verifica di costituzionalità e svariate depenalizzazioni, è segno che la *ratio* su cui era stato fondato nel '30 ha ancora un valore.

Tra i 'provvedimenti' più ricorrenti nella casistica giurisprudenziale sull'art. 650 c.p. sono (o almeno sono state fino ai primi dello scorso anno), le ordinanze c.d. *contingibili e urgenti*, adottate dal Sindaco quale *rappresentante della comunità locale* o quale *ufficiale del Governo*, rispettivamente ai sensi degli artt. 50 e 54 del Testo Unico degli enti locali (d.lgs. n. 267/2000).

In particolare, quanto alle funzioni di rappresentante della comunità locale, l'art. 50, 5° comma già nel testo del 2000 attribuiva tale potere al Sindaco in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale; più di recente, il d.l. n. 14/2017 (c.d. *Decreto Minniti*), convertito in l. n. 48/2017, ne ha ampliato l'ambito anche agli «interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale etc.». Con lo stesso d.l. n. 14/2017 è stato altresì inserito il comma 7-*bis* a tutela della tranquillità e del riposo dei residenti in determinate aree delle città.

Da notare che per l'inosservanza delle ordinanze contingibili e urgenti di cui al comma 5 non si prevede una sanzione, mentre per quelle di cui al predetto comma 7-*bis*, benché *non contingibili e urgenti*, il d.l. n. 113/2018

---

<sup>53</sup> «Per la configurabilità del reato previsto dall'art. 650 c.p., vertendosi in ipotesi contravvenzionale, non è necessario che la condotta omissiva sia motivata da una specifica volontà di sottrarsi ai dovuti adempimenti, essendo al contrario, sufficiente a tanto anche un atteggiamento negativo dovuto a colpa» (Cass., Sez. I, 9 novembre 1994, n. 11187, Hochberger).

(c.d. *Decreto Sicurezza*) convertito in l. n. 132/2018 ha previsto al comma 7-*bis*.1 una sanzione amministrativa<sup>54</sup>.

Quanto, poi, alle funzioni di ufficiale del Governo, fino al 2011 il Sindaco, in tale qualità, poteva adottare sia ordinanze contingibili e urgenti, sia ordinanze non contingibili e urgenti «al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica, ossia l'integrità fisica della popolazione, e la sicurezza urbana».

La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 54, comma 4, dove si prevedevano entrambe, intervenuta con Sent. n. 115/2011<sup>55</sup>, limita oggi detto potere solo alle prime. Che, tuttavia, non sono poche, in quanto una norma interpretativa, come modificata nel 2017 dal citato *Decreto Minniti*, stabilisce al successivo comma 4-*bis* che «I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti». E ciononostante, neppure qui è prevista una sanzione in caso di inosservanza.

Ora, questa differenza tra ordinanze munite e ordinanze sprovviste di

<sup>54</sup> Art. 50, co. 7-*bis*.1: «L'inosservanza delle ordinanze emanate dal Sindaco ai sensi del comma 7-*bis* è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da 500 euro a 5.000 euro. Qualora la stessa violazione sia stata commessa per due volte in un anno, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 12, comma 1, del decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, anche se il responsabile ha proceduto al pagamento della sanzione in misura ridotta, ai sensi dell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689».

<sup>55</sup> Incostituzionalità dovuta alla presenza della congiunzione '*anche*', prima delle parole '*contingibili e urgenti*', che consentiva ai Sindaci di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti. La Corte, distinguendo tra *ordinanze ordinarie* ed *ordinanze contingibili e urgenti*, sottolineò che le prime non possono derogare a norme giuridiche, mentre le seconde possono rifarsi anche ai soli principi generali dell'ordinamento giuridico, proprio perché legate a situazioni eccezionali.

In conclusione, la stessa ritenne che la norma in questione, nel prevedere un potere di ordinanza dei Sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti, violasse la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevedeva «una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati. Questi ultimi – osservò – sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge».

sanzione, in caso di inosservanza, fa, a sua volta, la differenza ai fini dell'art. 650 c.p. poiché, in quanto norma di chiusura, esso trova applicazione «solo quando il fatto non sia previsto come reato da una specifica disposizione ovvero allorché il provvedimento dell'autorità rimasto inosservato non sia munito di un proprio, specifico meccanismo di tutela»; in pratica, «quando l'inosservanza del provvedimento dell'autorità non sia sanzionata da alcuna norma, penale o processuale o amministrativa»<sup>56</sup>. Ossia, come appena illustrato, in moltissimi casi.

Ciò vale a dire che, con il recente ampliamento delle competenze dei Sindaci, vuoi in qualità di rappresentanti della comunità locale, vuoi in qualità di ufficiali del Governo, la mancanza di una apposita disciplina sanzionatoria rende quantomai attuale una previsione come quella dell'art. 650. Ma v'è di più.

Nei drammatici giorni segnati dalla c.d. *pandemia* nel nostro Paese ai primi del 2020, l'art. 650 c.p. ha addirittura vissuto un protagonismo, breve ma senza precedenti.

Tutto è cominciato allorché, per fronteggiare un contagio ormai dilagante, il 23 febbraio fu emanato un decreto-legge (n. 6/2020) recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*».

L'adozione di tali misure (in parte già ipotizzate in quella sede<sup>57</sup>) veniva demandata<sup>58</sup> alle *Autorità competenti*: Presidente del Consiglio dei ministri, Presidenti delle Regioni, Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni. E, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, nei casi di estrema necessità ed urgenza, anche al Ministro della salute, al Presidente della giunta regionale e al Sindaco *ex art.* 32 l. n. 833/1978 (istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale), nonché ancora al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, *ex artt.* 117 d.lgs. n. 112/1998 (sul conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello

---

<sup>56</sup> Cass. Sez. I, 8 ottobre 2018, n. 44957, P.E; Cass. Sez. I, 19 aprile 2016, n. 44126, Azzarone; Cass., Sez. I, 29 novembre 1999, n. 2653, Parlà; Cass. Sez. I, 7 dicembre 1999, n. 1711, Di Maggio.

<sup>57</sup> All'art. 1 del decreto («*Misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19*»): «1. Allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. 2. Tra le misure di cui al comma 1, *possono essere adottate anche le seguenti* [...]».

<sup>58</sup> All'art. 3, co. 1 e 2.

Stato alle Regioni ed agli enti locali) e 50 del Testo Unico degli enti locali già citato.

A presidio di esse, poi, si prevedeva una comminatoria penale in caso di inosservanza<sup>59</sup>: «Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

Molte le criticità di tale previsione. Anzitutto, la natura degli atti che le Autorità sopra elencate avrebbero dovuto emanare: DPCM, ordinanze regionali, sindacali e del Ministro della Salute. Atti a contenuto normativo, in quanto costituiti da disposizioni generali e astratte, laddove l'art. 650 c.p., per costante giurisprudenza<sup>60</sup>, è applicabile alle sole ordinanze contingibili e urgenti di natura provvedimentoale destinate a soggetti previamente individuati o individuabili, e non ad una generalità di persone.

Probabilmente il rinvio all'art. 650 c.p. era solo per il profilo sanzionatorio<sup>61</sup>, poiché, ove invece si fosse ritenuta applicabile *in toto* la contravvenzione codicistica, già vigente, una norma del genere sarebbe stata inutile.

Altra criticità riguardava la determinatezza-tassatività della fattispecie, dal momento che, in aggiunta a quelle ipotizzate, si attribuiva alle suddette Autorità il potere di adottare "misure ulteriori" di contenimento del rischio sanitario<sup>62</sup>, lasciando così il precetto aperto ad integrazioni successive e praticamente illimitate.

Fra l'altro, misure ulteriori furono adottate – per l'appunto – con D.P.C.M. dell'8 marzo 2020<sup>63</sup>, ma, diversamente da quelle indicate nel decreto-legge, non tutte di tipo impositivo: accanto a divieti, sospensioni, chiusure etc. figuravano raccomandazioni o inviti, inidonei ad integrare quell'*ordine* la cui inosservanza è punita all'art. 650 c.p.. Cosicché, in quello

<sup>59</sup> All'art. 3, co. 4..

<sup>60</sup> V. da ultimo, Cass. Sez. III, 9 maggio 2018, n. 20417, D.R.; Cass. Sez. I, 8 ottobre 2018, n. 44957, P.E. cit..

<sup>61</sup> Come si dice, *quoad poenam*.

<sup>62</sup> Art. 2 («*Ulteriori misure di gestione dell'emergenza*»): «1. Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1».

<sup>63</sup> D.P.C.M. 8 marzo 2020, recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*», richiamato nel modulo dell'autodichiarazione imposta dal 10 marzo ai cittadini in caso di spostamento all'interno del territorio nazionale e settimanalmente sostituita (il 17 marzo e il 23 marzo), per introdurre regole sempre più stringenti.

stesso D.P.C.M. fu modificata la formula del decreto-legge, da «*mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto*» in «*mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto*»<sup>64</sup>, con la conseguenza che solo la violazione degli «*obblighi*» introdotti dal D.P.C.M. risultava sanzionata ai sensi dell'art. 650 c.p., mentre quella delle semplici «*raccomandazioni*» era priva di conseguenze.

Almeno per questa parte, il d.l. n. 6/2020 si rivelò un *provvedimento-tampone* sostanzialmente inefficace. La minaccia penale, sia pure nella forma contravvenzionale, non esercitò sull'opinione pubblica la deterrenza sperata: migliaia di denunce per inosservanza delle misure di contenimento (soprattutto quella relativa agli spostamenti) rischiarono di paralizzare la macchina giudiziaria, già compromessa per effetto del virus.

Fu, dunque, emanato il 25 marzo un nuovo decreto-legge (n. 19/2020 abrogativo del precedente<sup>65</sup>) il quale, dettando nuove e ancor più limitative «*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*», adottò una diversa strategia.

Anche qui (art. 2, comma 1) si rinviava a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.) su proposta o con il parere di vari soggetti (Ministro dell'Interno, Ministro della Difesa, Ministro dell'Economia e delle finanze etc., Presidenti delle Regioni, Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome etc.); e anche qui (art. 3), nelle more del varo di tali decreti, si autorizzavano le Regioni ad introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle ivi previste, facendo, nel contempo, divieto ai Sindaci di adottare ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza che fossero in contrasto con le misure statali o eccedendo i limiti posti dal decreto-legge stesso.

La vera novità, rispetto al precedente d.l. del 23 febbraio, era contenuta all'art. 4 («Sanzioni e controlli»), dove, al primo comma, si stabiliva che «Salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di

---

<sup>64</sup> All'art. 4, co. 2: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale, come previsto dall'art. 3, comma 4, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6».

<sup>65</sup> Si rese necessaria l'abrogazione espressa in quantochè, nel frattempo, il d.l. n. 6/2020 era stato convertito in legge (n. 13/2020). Venivano meno, così, tutte le misure (assai più blande) ivi contenute.

legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3. Se il mancato rispetto delle predette misure avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni sono aumentate fino a un terzo»<sup>66</sup>.

Con ciò il legislatore, non solo risolveva il problema determinatosi con il precedente provvedimento, ma chiariva il senso di quel rinvio all'art. 650 sul quale si era tanto dibattuto, concludendo trattarsi di un rinvio *quoad poenam*.

Laddove, infatti, nella presente norma si dichiarava non applicarsi «le sanzioni contravvenzionali previste nell'articolo 650 del codice penale», voleva intendersi che quello di cui al precedente decreto-legge era in realtà un nuovo reato, rubricabile più o meno come «Mancato rispetto delle misure di contenimento previste nel decreto-legge n. 6/2020» e punito con le sanzioni dell'art. 650 c.p.; dunque, nient'altro che un'ipotesi speciale di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità.

Reato non già depenalizzato dal successivo d.l. 25 marzo<sup>67</sup>, bensì abrogato; mentre veniva confezionato *ex novo* un illecito amministrativo consistente nel mancato rispetto delle nuove e più limitative misure.

Al comma 6 dello stesso art. 4 si disponeva che «Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7».

Da precisare che la misura in questione era quella del «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus»; e – come visto – fatta salva la possibilità di punire tale violazione come delitto colposo contro la salute pubblica, la si puniva «*ai sensi*» dell'art. 260 Testo Unico delle leggi sanitarie. Norma della quale al successivo comma 7 si aumentavano le sanzioni.

Ebbene, v'è da chiedersi se, anche qui, una formula identica a quella utilizzata nel precedente decreto-legge («è punito *ai sensi* dell'articolo 650 del

<sup>66</sup> Anche nei moduli di autodichiarazione successivi alla data del decreto (uno del 26 marzo e l'altro del 4 maggio) il riferimento all'art. 650 c.p. fu sostituito da quello al suddetto art. 4.

Quanto alla non applicabilità di «ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3», trattavasi, presumibilmente, dell'art. 260 T.U. sulle leggi sanitarie, ai cui sensi «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000»; altra ipotesi contravvenzionale riservata espressamente, invece, alla violazione della c.d. *quarantena*, v. *infra*.

<sup>67</sup> Nella confusione di quei giorni, su molti organi di stampa si parlò addirittura, erroneamente, di una depenalizzazione dell'art. 650, rimasto, viceversa, ancora una volta illeso.

codice penale») dovesse intendersi nello stesso modo, ossia come un nuovo reato consistente nel mancato rispetto della misura di cui alla lettera e), e punito con le sanzioni dell'art. 260. Ipotesi avvalorata dalla considerazione che, altrimenti, una tale disposizione non avrebbe avuto senso, trattandosi, anche qui, di una norma già vigente e applicabile.

A regolare le situazioni pregresse, infine, provvedeva una norma transitoria (comma 8 dell'art. 4, *cit.*) secondo cui «Le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507».

La norma riproduceva i contenuti dell'art. 100, 1° comma d.lgs. n. 507/1999, evidentemente qui inapplicabile, essendo stato dettato a regolare soltanto gli effetti di quella passata depenalizzazione: «1. Le disposizioni del presente decreto legislativo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili».

In questo caso non si faceva parola di sentenza o decreto divenuti irrevocabili, essendo trascorso un periodo di tempo (appena un mese) insufficiente al verificarsi di una simile eventualità.

Tanto è vero che si faceva rinvio alle «disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507», *in quanto applicabili*. Rinvio *ad abundantiam* per quanto riguarda l'art. 101<sup>68</sup>, mentre si fece largo uso di quello al successivo art. 102<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Art. 101 («*Procedimenti definiti con sentenza irrevocabile*»): «1. Se i procedimenti penali per le violazioni depenalizzate dal presente decreto legislativo sono stati definiti, prima della sua entrata in vigore, con sentenza di condanna o decreto irrevocabili, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza o il decreto, salvo quanto previsto dai commi 2 e 3, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti. Il giudice dell'esecuzione provvede con l'osservanza delle disposizioni dell'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale. 2. Le multe e le ammende inflitte con le sentenze o i decreti indicati nel comma 1 sono rimosse, insieme alle spese del procedimento, con l'osservanza delle norme sull'esecuzione delle pene pecuniarie. 3. Restano salve la confisca nonché le pene accessorie, nei casi in cui queste ultime sono applicabili alle violazioni depenalizzate come sanzioni amministrative».

<sup>69</sup> Art. 102 («*Trasmissione degli atti all'autorità amministrativa e procedimento sanzionatorio*»): «1. Nei casi previsti dall'articolo 100, comma 1, l'autorità giudiziaria, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, dispone la trasmissione all'autorità amministrativa competente degli atti dei procedimenti penali relativi ai reati trasformati in

Liberata così la macchina giudiziaria da migliaia di procedimenti penali già avviati o in procinto di esserlo, arriviamo ad un nuovo decreto-legge (n. 33 del 16 maggio 2020), con cui si decretava la cessazione di tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale. E qui vale la pena di soffermarsi, poiché, al 1° comma art. 2 (anch'esso rubricato "Sanzioni e controlli") la formula appariva leggermente modificata rispetto a quella del comma 1 art. 4 previgente: «Salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale, le violazioni delle disposizioni del presente decreto, ovvero dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione del presente decreto, sono punite con la sanzione amministrativa di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19».

Ora, non v'è dubbio che, dettando nuove misure e nuovi rinvii, il decreto-legge in questione introducesse un nuovo illecito amministrativo consistente nel mancato rispetto delle misure in esso contenute; e, nel fare ciò, abrogasse implicitamente l'illecito di cui al previgente art. 4<sup>70</sup>, pur richiamandone (al comma 2) le sanzioni e il procedimento<sup>71</sup>. Ma v'è da

---

illeciti amministrativi, salvo che il reato risulti prescritto o estinto per altra causa alla medesima data. 2. Se l'azione penale non è stata ancora esercitata, la trasmissione degli atti è disposta direttamente dal pubblico ministero, che, in caso di procedimento già iscritto, annota la trasmissione nel registro delle notizie di reato. Se il reato risulta estinto per qualunque causa, il pubblico ministero richiede l'archiviazione a norma del codice di procedura penale; la richiesta ed il decreto del giudice che la accoglie possono avere ad oggetto anche elenchi cumulativi di procedimenti. 3. Se l'azione penale è stata esercitata, il giudice, ove l'imputato o il pubblico ministero non si oppongano, pronuncia, in camera di consiglio, sentenza inappellabile di assoluzione o di non luogo a procedere perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, disponendo la trasmissione degli atti a norma del comma 1. 4. L'autorità amministrativa notifica gli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dalla ricezione degli atti. 5. Entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione degli estremi della violazione, l'interessato è ammesso al pagamento in misura ridotta a norma dell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ovvero, se si tratta di violazione al codice della strada o in materia finanziaria, dell'articolo 202, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 o dell'articolo 16, comma 3, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472. Il pagamento in misura ridotta è ammesso anche in deroga ad eventuali esclusioni o limitazioni previste dalla legge. 6. Il pagamento determina l'estinzione del procedimento. 7. Si applicano, per quanto non stabilito dal presente articolo, le disposizioni delle sezioni I e II del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto compatibili. 8. Nei casi previsti dal presente articolo la prescrizione della sanzione o del diritto alla riscossione delle somme dovute a titolo di sanzione amministrativa non determina responsabilità contabile».

<sup>70</sup> Questa volta, infatti, non vi fu un'abrogazione espressa, come era stato per il d.l. del 23 febbraio.

<sup>71</sup> Art. 2, co. 2: «Per l'accertamento delle violazioni e il pagamento in misura ridotta si applica l'articolo 4, comma 3, del decreto-legge n. 19 del 2020 [...]».



domandarsi il perché di questo nuovo riferimento all'art. 650 c.p..

Forse perché si temeva un possibile concorso fra il nuovo illecito amministrativo e l'illecito contravvenzionale di cui all'art. 650, se non una prevalenza di quest'ultimo.

Il protagonismo dell'art. 650 durò pochi giorni, ma forse, dopo tre mesi, e due decreti-legge che lo avevano fatto uscire dalla porta, ancora si temeva che potesse rientrare dalla finestra. Magari per inosservanza di qualche ordinanza contingibile e urgente di tipo provvedimentale (cioè *ad personam*) e dunque idonea a integrare tale fattispecie.

## 6. *Quale futuro?*

Il duello sul presidio *anti-COVID 19* fra una contravvenzione (quell'ipotesi speciale di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità) e un illecito amministrativo, concluso a favore di quest'ultimo, sembrerebbe riassumere ogg i termini della questione.

Da un lato, emersero sul campo tutti i difetti dell'illecito contravvenzionale: accertamento giudiziale (e relativi costi), rischio prescrizione (dati i tempi della giustizia penale), possibilità di oblazione e dunque scarso profitto<sup>72</sup>. Dall'altro, risultarono evidenti i pregi dell'illecito amministrativo, che viene gestito in via amministrativa<sup>73</sup>, assicurando un rapido assolvimento delle sanzioni da applicare<sup>74</sup>, a tutto vantaggio delle casse dello Stato.

Da qui, però, a ricavarne una profezia sul futuro delle contravvenzioni ce ne corre.

È vero che l'illecito contravvenzionale, in quanto penale, comporta oneri, e che questi vengono almeno compensati dalla deterrenza di una minaccia – appunto – penale, nello specifico del tutto mancata. Ma si era in una fase di emergenza nazionale, per fronteggiare la quale, furono imposte pesanti misure che spiegano l'alto numero di infrazioni (sia prima, alla minaccia penale, sia dopo, a quella amministrativa), a prescindere dalla natura delle conseguenze.

È vero, poi, che una generalizzata depenalizzazione comporterebbe

---

<sup>72</sup> Calcolata ai sensi dell'art. 162-*bis* c.p., appena euro 103 (oltre le spese del procedimento), essendo il massimo dell'ammenda fissato in euro 206.

<sup>73</sup> Nel caso, dal Prefetto, avvalendosi delle Forze di polizia e, all'occorrenza, delle Forze armate (art. 4, co. 9, d.l. n. 19/2020).

<sup>74</sup> Sanzioni pecuniarie assai più remunerative: cfr. l'ammenda comminata all'art. 650 c.p. (fino a euro 206) e la sanzione amministrativa per l'illecito *anti-COVID 19* di cui all'art. 4, co. 1, d.l. n. 19/2020 (da 400 a 3.000 euro).

maggiori e più rapidi introiti, ma con il rischio di una *monetizzazione* della tutela, e dunque di uno svilimento degli obblighi che – in nome del contratto sociale – lo Stato assume *ne cives ad arma ruant*.

Del resto, ripercorrendo le alterne vicende di quest'*araba fenice*, abbiamo visto come l'illecito contravvenzionale, fino a poco tempo fa, abbia goduto di una grande fortuna presso il nostro legislatore: al netto delle depenalizzazioni e abrogazioni intervenute negli ultimi quarant'anni,

il bilancio delle contravvenzioni ancora vigenti e operative (cioè applicate) è, infatti, largamente positivo.

In una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, più o meno coeva allo scritto di Padovani<sup>75</sup>, sui «*Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*», si raccomandava che l'utilizzazione della qualificazione contravvenzionale fosse «riservata a quei soli casi in cui l'esigenza di un controllo coercitivo penale sia certa ed indiscutibile, ma non sia peraltro giustificato, in termini di sussidiarietà, il ricorso alla figura del delitto». E pertanto si affermava che, mediante il ricorso a tale qualificazione, dovesse in linea di principio sanzionarsi ogni condotta la cui illiceità dipendesse: *a)* dal difetto di un provvedimento abilitante della pubblica amministrazione; *b)* dal contrasto con un ordine, una prescrizione o una richiesta della pubblica amministrazione; *c)* dalla violazione di un obbligo di denuncia o di comunicazione alla pubblica amministrazione, concernente attività sottoposte al suo controllo; *d)* dalla violazione di un obbligo di registrazione, di documentazione di attività parimenti sottoposte al suo controllo, o di altre prescrizioni strumentali.

«In questa prospettiva – chiosava Padovani<sup>76</sup> – è chiaro come non tutte le contravvenzioni cautelari debbano automaticamente transitare nell'area amministrativa: quelle tra esse che esprimono un'offesa qualificata dal tipo di pericolo e/o dal numero degli interessi coinvolti potranno restare nell'ambito penale, qualora in termini di sussidiarietà il ricorso ad una sanzione amministrativa appaia insufficiente [...] E nemmeno tutte le contravvenzioni 'amministrative' potranno lasciare il diritto penale [...] sin tanto che nell'ambito del sistema penale permarranno illeciti di questo tipo permarrà l'esigenza di un regime giuridico differenziato su cui si fonda, funzionalmente, il senso della loro contrapposizione ai delitti».

Il nostro codice (c.d. Rocco dal nome del Guardasigilli in carica in quel lontano 1930) ha da poco compiuto novant'anni, ma tutto lascia presagire una sua ulteriore sopravvivenza, almeno fino a tagliare il

<sup>75</sup> Emanata il 5 febbraio 1986 su testo predisposto dalla 'Commissione per lo studio della politica e della normativa sanzionatoria' istituita presso il Ministero di Grazia e Giustizia.

<sup>76</sup> PADOVANI, cit., pp. 463-464.

traguardo del secolo<sup>77</sup>.

Significativi gli esiti del Convegno che fu organizzato a Bologna nel 2009 dall'Associazione 'Franco Bricola' per 'Gli ottant'anni del codice Rocco'<sup>78</sup>.

In quella occasione ci si interrogò sulla attualità di un sistema penale ancora centrato sul concetto di *codice*, a fronte di un ordinamento complesso nazionale e sovranazionale, che offriva ormai del *penale* una visione al tempo stesso frammentaria e molteplice.

Da una tale presa d'atto risultava evidente l'inutilità di un nuovo codice nella illusoria prospettiva di combattere la decodificazione.

Dunque, nel 2009, la dottrina sembrava ormai rassegnata all'idea di quelle due costanti, una classica (codice) e una moderna (leggi complementari) insieme: una sorta di doppio binario di intervento, assegnando al codice la funzione di esprimere una tavola dei valori fondamentali quale *Costituzione in negativo e cabina di regia* di tutto il sistema penale.

Quanto in particolare al già allora ottuagenario codice Rocco, superati i giudizi e pregiudizi del passato, si arrivò addirittura a considerarlo un *possibile presidio* contro gli abusi del potere legislativo.

Con il recente d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ha introdotto al nuovo art. 3-*bis* c.p. la riserva di codice in materia penale<sup>79</sup>, sembra, però, che proprio il legislatore abbia inteso restituire centralità al codice Rocco<sup>80</sup>, il quale, tramontata la stagione dei Progetti di riforma, continua indisturbato nella sua vigenza e con la stessa conformazione di origine: con un Libro I «*Dei reati in generale*», un Libro II «*Dei delitti in particolare*» e un Libro III «*Delle contravvenzioni in particolare*».

Insomma, lunga vita al codice Rocco e – con esso – al (più che mai) *irriducibile* binomio *delitti-contravvenzioni*.

---

<sup>77</sup> In ciò, peraltro, trovando compagni ben più longevi, come il codice penale napoleonico, sostituito solo nel 1994, dopo quasi due secoli di vigenza.

<sup>78</sup> Gli atti del Convegno sono stati pubblicati nel volume AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, a cura di L. Stortoni, G. Insolera, Bologna 2012.

<sup>79</sup> Art. 3-*bis* c.p.: «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Direttamente o indirettamente, tutti i Progetti ministeriali di riforma facevano riferimento a tale principio.

<sup>80</sup> Contestualmente, sono state ricollocate all'interno del codice, per lo più in nuovi articoli *bis* o *ter*, numerose fattispecie di legislazione complementare (in materia di *doping*, interruzione della gravidanza, delitti contro l'uguaglianza, indebito utilizzo o falsificazione di carte di credito o di pagamento, trasferimento fraudolento di valori etc.). Non è chiaro, tuttavia, il criterio selettivo in base al quale si sia operata una tale traslazione, poiché la riserva suddetta vale solo per le «*nuove disposizioni*», e d'altro canto, detta traslazione non è stata accompagnata da un riordino complessivo della parte speciale del codice e della produzione legislativa di settore, fatta eccezione per le fattispecie sopra citate.

Vincenzo Nico D'Ascola\*

*Stato democratico,  
Leggi retroattive e prevenzione*

SOMMARIO: 1. Il divieto di retroattività come caratteristica di ogni legge – 2. I primi punti fermi – 3. Il divieto di retroattività nel dialogo tra le Corti – 3.1. Irretroattività e diritto penale – 4. La presunta retroattività delle misure di sicurezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione – 4.1. L'inappropriato principio di 'assimilazione' – 4.2. L'equivoco insito nella ritenuta retroattività sfavorevole delle misure di sicurezza – 4.3. Significato e limiti della retroattività in tema di misure di sicurezza – 4.4. Natura e funzione delle misure di prevenzione – 5. Il caso deciso dalla sentenza *Spinelli* – 6. La retroattività è inconciliabile con ogni misura di carattere affittivo e limitativo dei diritti. L'insoddisfacente statuto costituzionale delle misure di prevenzione.

*1. Il divieto di retroattività come caratteristica di ogni legge*

Malgrado l'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile – norma che gode di rilevanza paracostituzionale – qualifichi l'irretroattività come nota caratteristica di ogni legge, il penalista, nell'interessarsi della nota questione concernente l'applicazione retroattiva di misure di sicurezza e di prevenzione, potrebbe trascurare questa disposizione, indotto nell'erronea convinzione di doversi esclusivamente concentrare sulla tutela di rango costituzionale dettata dall'art. 25 cpv. soltanto per il reato. Come se l'appena citato art. 11 non vi trovasse applicazione. Ma l'errore sarebbe evidente e per di più duplice.

In primo luogo perché la garanzia costituzionale oggi assume una portata più vasta per la maggiore ampiezza che si ritiene di attribuire al participio passato «punito» rispetto al più ristretto ambito costituito dalle conseguenze sanzionatorie del «reato»<sup>1</sup>.

\* Ordinario di Diritto penale, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

<sup>1</sup> Come chiarito da C. cost., sent. n. 196/2010, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-affittivo devono

In secondo luogo a causa della evidente necessità, per le materie di incerta collocazione sistematica come le misure di prevenzione, di porre al centro dell'attenzione i rigorosi limiti imposti alle leggi retroattive anche al di fuori del perimetro segnato dall'art. 25 cpv. Cost.

Da questa prospettiva è più facile comprendere che l'appartenenza di un certo settore alla materia penale ne comporta la sicura sottomissione al principio di irretroattività, così come accade anche nel caso di misure punitive ma non penali<sup>2</sup>. Ma che tuttavia il predicato della irretroattività è proprio di 'ogni' altra legge. In altri termini anche le leggi diverse da quella penale sono, in via di principio, irretroattive. Osservazione che pone la questione delle leggi eventualmente retroattive in termini di eccezione rispetto al principio contenuto nell'art. 11 delle preleggi. Quindi di individuazione dei limiti all'interno dei quali l'eccezione può essere consentita, nel quadro di un bilanciamento che la giustifichi. Premesso pertanto che il divieto di irretroattività è costituzionalmente dettato per il solo diritto penale, occorre però chiedersi quale sia la sua reale latitudine al di fuori di questo privilegiato ambito<sup>3</sup>. In altri termini, osservare che il divieto

---

essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, ritenuto desumibile anche dall'art. 25, co. 2, Cost. che, data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...»), può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, «il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (§ 3.1.5.). Posto che anche per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto sussiste «l'esigenza della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (C. cost., sent. n. 447/1988, § 4), e che la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulta pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» (C. cost., sent. n. 78/1967, § 4), non si è mancato di affermare che pure la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati, di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, ha stabilito che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, co. 1), dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema.

<sup>2</sup> Non si allude soltanto al settore degli illeciti amministrativi punitivi, ma anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul concetto autonomo di *matière pénale* e alle relative conseguenze sulla qualificazione di determinati istituti, che – a far data dal celebre arresto *Engel e altri c. Olanda* – invitano a prendere le distanze dalle qualificazioni giuridiche degli ordinamenti nazionali, considerandole alla stregua di un punto di partenza di un giudizio ben più complesso, nel quale trovano spazio gli ulteriori criteri costituiti dalla natura dell'illecito e dalla natura e severità della sanzione.

<sup>3</sup> In questa fase preferiamo non specificare, quanto alla categoria della retroattività, il

di retroattività è costituzionalmente garantito per il reato, non giustifica la conclusione secondo la quale tutte le leggi diverse da quella penale possano liberamente disporre per il passato. Le disposizioni preliminari al codice civile infatti assumono la irretroattività quale caratteristica generale della legge e quindi di ogni legge. Potendo quest'ultima disporre soltanto per il futuro. La Corte costituzionale sin dal 1957 riconosce espressamente che il principio di irretroattività garantisce la certezza del diritto, lo definisce come uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile, pur affermando che la Costituzione lo tutela con esclusivo riferimento alla materia penale<sup>4</sup>. Nondimeno avremo modo di notare in seguito in quali limitati casi di stretta necessità la stessa Corte costituzionale autorizza il ricorso a leggi retroattive.

Sul punto dei limiti alle leggi retroattive è ancora più incisiva la giurisprudenza successiva della stessa Corte costituzionale, la quale «ha reiteratamente chiarito come al legislatore non sia [...] precluso di varare norme retroattive (sia innovative che di interpretazione autentica), purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscano altrettanti motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU»<sup>5</sup>.

Del tutto simile è la giurisprudenza costituzionale formatasi con riferimento alle leggi di interpretazione autentica con efficacia retroattiva<sup>6</sup>. In materia di limiti ai casi di leggi retroattive, la Corte costituzionale richiama, in talune sue altre sentenze, la giurisprudenza della Corte EDU, allargando così l'ambito delle proprie decisioni sul punto. Si riporta infatti il già richiamato limite costituito dagli imperativi motivi di interesse generale, nonché quello – parimenti già citato – consistente nella necessità di tutelare principi, diritti o beni di rilievo costituzionale. Ma si segnala anche il rischio che leggi retroattive possano violare il principio costituzionale di uguaglianza. Si aggiunge pure, utilizzando il parametro del 'giusto processo' di cui all'art. 6 della Convenzione, che le leggi retroattive determinano l'intromissione del legislatore nell'amministrazione della giustizia e quindi possono influenzare la risoluzione di controversie giudiziarie in corso. A tale proposito sono citati i noti principi della Corte EDU in materia di parità delle armi e di «ragionevole possibilità di presentare il proprio caso in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto

segno che la precede. Ossia se favorevole o sfavorevole, data l'appartenenza di una simile connotazione al diritto penale.

<sup>4</sup> C. cost., sent. n. 118/1957, spec. § 2.

<sup>5</sup> C. cost., sent. n. 156/2014, § 2.2.; C. cost., sent. n. 308/2013, § 4.3.2.; C. cost., sent. n. 78/2012, § 12.

<sup>6</sup> Sul punto, cfr. C. cost., sent. n. 257/2011, spec. §§ 1 e 5.

alla controparte». È ovviamente ribadito il limite costituito dai «motivi imperativi di interesse generale»<sup>7</sup>.

Quanto poi alle leggi di interpretazione autentica, la Corte costituzionale, pur decolorandone la differenza rispetto alle leggi innovative retroattive, pone un ulteriore vincolo. Il significato attribuito alla legge interpretata non può essere qualsivoglia. Deve risultare in essa contenuto, in quanto «riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario»<sup>8</sup>.

La dottrina ha pure elaborato un *test* specifico per il controllo di costituzionalità delle leggi di interpretazione autentica. *Test* secondo il quale la legittimazione della loro efficacia retroattiva presuppone la oggettiva ambiguità del testo, al fine di evitare che a questo genere di leggi si ricorra per soddisfare il sopravvenuto interesse del legislatore alla modificazione del testo originario<sup>9</sup>.

In materia di retroattività delle leggi, la giurisprudenza della Corte EDU si ispira quindi a parametri ancora più restrittivi di quelli posti dalla Corte costituzionale. Infatti la Corte di Strasburgo non ha mai del tutto escluso il margine di apprezzamento riconosciuto al legislatore nazionale e, quindi, il suo legittimo ricorso al bilanciamento tra imperativi interessi di ordine generale e certezza del diritto.

Tuttavia ha sempre di più valorizzato – in netta direzione contraria alla retroattività – il rischio di ingerenze, in tal modo generate, sull'esito di una controversia giudiziaria<sup>10</sup>.

Non è pertanto casuale il ridimensionamento della clausola dei motivi imperativi di interesse generale che si registra nella giurisprudenza della Corte costituzionale a seguito dell'ennesima pronuncia della Corte EDU con la quale se ne riconosce la inadeguatezza in rapporto alla opposta necessità di tutelare i diritti dei lavoratori<sup>11</sup>.

D'altronde è significativo notare come la giurisprudenza di Strasburgo

---

<sup>7</sup> In tal senso, si vedano C. cost., sent. n. 227/2014, § 3; sent. n. 170/2013, § 4.3.; sent. n. 303/2011, § 4.2.; sent. n. 15/2012, § 3.2., con ampi richiami alla giurisprudenza della CoEDU.

<sup>8</sup> Sul punto, cfr. C. cost., sent. n. 257/2011, cit., § 4; Co. cost., sent. n. 74/2008, § 4.4.

<sup>9</sup> Sul punto, si veda A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova 1997, pp. 165-166.

<sup>10</sup> Così, ad esempio, CoEDU, 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*, in materia di inquadramento del personale nei ruoli dell'amministrazione statale, nonché Corte EDU, 25 marzo 2014, *Biasucci c. Italia*, con la quale ogni pretesa di bilanciamento cede il passo dinanzi al ritardo con il quale è intervenuta la legge di interpretazione autentica rispetto al consolidarsi di una giurisprudenza di legittimità conforme agli interessi dei ricorrenti.

<sup>11</sup> Sul punto, C. cost. sent. 166/2017, nonché CoEDU, sent. 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*.

sul punto delle leggi retroattive miri a salvaguardare le garanzie individuali del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu rispetto a interessi asseritamente collettivi. Si fa notare infatti che non può ritenersi casuale che il ricorso a leggi retroattive si sia prevalentemente verificato nei casi «in cui lo Stato, amministrazioni pubbliche o soggetti da esse controllati erano parte della lite»<sup>12</sup>.

Tant'è che la Corte EDU si esprime con maggiore severità nel caso *Plalam*<sup>13</sup> per il fatto che l'applicazione retroattiva di una disposizione sfavorevole era dipesa da un ritardo amministrativo. In altri termini la Corte EDU, pur non escludendone l'uso, tende a trascurare il bilanciamento degli interessi e conferisce priorità all'abuso processuale che renda imprevedibile la decisione, mediante una legge retroattiva che ne modifichi l'esito<sup>14</sup>.

Il risalto conferito alla tutela dei diritti individuali rispetto all'interesse pubblico eventualmente insito nei noti 'motivi imperativi di interesse generale' pone così questi ultimi in una posizione diversa e subalterna rispetto a quella da loro occupata nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.

Proprio nella direzione di ridurre drasticamente il ricorso a leggi retroattive è frequente la tendenza a limitarle ai soli casi in cui occorra porre rimedio ad un errore tecnico del legislatore, quindi in funzione esclusivamente riparatrice<sup>15</sup>.

Anche la dottrina si colloca su posizioni di comprensibile severità nei confronti delle leggi retroattive. È diffuso il richiamo ai principi della certezza del diritto, della sicurezza dei rapporti giuridici, del legittimo affidamento dei cittadini che risultano compromessi da leggi retroattive.

Taluni giustamente pongono il problema sul piano politico affermando che se il legislatore si fa giudice del caso concreto, non solo viene alterato l'equilibrio tra i poteri, ma anche l'autonomia e l'indipendenza del giudice<sup>16</sup>.

Si evidenzia così il rischio che le leggi retroattive possano ribaltare gli equilibri costituzionali in quanto provenienti da Parlamento e Governo che

<sup>12</sup> Così, testualmente, M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in «Quest. Giust.», 13 settembre 2017, p. 14-15, con ampi richiami alla giurisprudenza. Per un'analisi sul piano politico delle leggi retroattive, si vd. anche L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile*, in «Europa e diritto privato», 2017, 4, pp. 1219 ss.

<sup>13</sup> Cfr. CoEDU, 8 maggio 2010, *Plalam c. Italia*.

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, BIGNAMI, *La Corte EDU*, cit., pp. 4, 9.

<sup>15</sup> S. MABELLINI, *La retroattività "riparatrice", ovvero... si preannuncia un nuovo fronte nel difficile dialogo tra Corte costituzionale e Corte edu in tema di legislazione retroattiva?*, in «Giur. cost.», 2019, 3, pp. 1937 ss.

<sup>16</sup> Sul punto, cfr. A. PUGIOTTO, *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, in «Giur. cost.», 2005, 6, pp. 5145 ss.



per questa via potrebbero invadere la funzione giurisdizionale.

È per queste superiori ragioni che le leggi retroattive sono limitate da una tassativa elencazione delle ipotesi eccezionali che le giustificano, nonché dalla rilevanza dei beni costituzionali che, in termini di controinteressi, ne consentono il ricorso. Proprio in questa direzione si richiama il principio di sostenibilità dei diritti delle generazioni future, soprattutto sul versante dei rapporti economici di durata<sup>17</sup>. Così come si valorizzano – ancora una volta sul piano della eccezionalità – vicende e fatti intervenuti, quindi non prevedibili al momento della legge, con particolare riguardo agli effetti prodotti da gravi crisi economiche ed alla loro incidenza sul principio costituzionale del pareggio di bilancio, richiamando così la recente sentenza n. 108/2019 della Corte Costituzionale. Si sostiene ulteriormente che il sindacato di costituzionalità delle leggi retroattive (sia interpretative, sia innovative) deve essere condotto alla luce del principio di ragionevolezza, spinto però ad un livello ben più elevato rispetto alla soglia tradizionale costituita dalla mancanza di arbitrarietà. Pertanto la retroattività è presentata come una categoria sottoposta a rigorose condizioni. Condizioni che, secondo la Corte di Strasburgo<sup>18</sup>, non possono nemmeno consistere nel pur rilevante e collettivo interesse al contenimento della spesa pubblica<sup>19</sup>.

La già richiamata dottrina, infine, evocando la giurisprudenza della Corte costituzionale, giustifica i casi di retroattività in termini di ‘riparazione’<sup>20</sup>. Non occorre dunque spendere alcun ulteriore impegno per dimostrare come, nel quadro della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, il ricorso a leggi retroattive sia limitato a casi di strettissimo diritto, risultando addirittura prevalente, rispetto agli interessi pubblici che ne giustificherebbero l’uso, la valorizzazione in senso contrario dei diritti fondamentali del cittadino.

## 2. I primi punti fermi

Non sembri eccessiva l’attenzione prestata nel descrivere i limiti che condizionano il ricorso a leggi retroattive in ogni settore dell’ordinamento giuridico. A breve avremo modo di apprezzarne l’utilità. Infatti gli arresti giurisprudenziali sui quali ci siamo soffermati ci permettono già di giungere

---

<sup>17</sup> MABELLINI, *La retroattività ‘riparatrice’*, cit., spec. pp. 1940 ss.

<sup>18</sup> CoEDU, 11 aprile 2006, *Cabourdin c. Francia*.

<sup>19</sup> MABELLINI, *La retroattività ‘riparatrice’*, cit.

<sup>20</sup> C. cost., sent. n. 108/2019 e sent. n. 173/2016.

a talune conclusioni.

L'uso di leggi retroattive è consentito soltanto in presenza di imperative ragioni di interesse generale, supportate dalla necessità di tutelare beni di rilievo costituzionale.

Se i principi garantistici sottesi all'art. 11 preleggi concernono tutte le leggi, maggiormente devono investire quelle concordemente definite 'afflittive' perché fortemente limitative di diritti costituzionali del cittadino. Caratteristica unanimemente riconosciuta alle misure di prevenzione<sup>21</sup>.

Ben al di là del confuso panorama volto alla identificazione della materia penale, e della genericità dei *criteri Engel*, sembrerebbe contraddittorio negare l'applicazione di principi fondamentali – come la sicurezza nei rapporti giuridici, la certezza del diritto e l'affidamento – al settore delle misure di prevenzione, per riconoscerla poi ad ogni altra legge.

Dunque sembrerebbe chiaro che alle misure di prevenzione compete quanto meno la tutela apprestata dall'art. 11 preleggi.

Ciò non significa aderire alla tesi, di origine esclusivamente giurisprudenziale, secondo la quale le misure in questione esulano dall'area del diritto penale e, quindi, dal campo di applicazione dell'art. 25 cpv. Cost., perché dotate di funzione preventiva e non punitiva. Significa invece tentare di dimostrare che anche a prescindere dalla richiamata disposizione costituzionale, le misure di prevenzione non possono essere applicate retroattivamente.

Già basterebbe chiedersi quali motivi imperativi giustificano l'applicazione retroattiva delle misure di prevenzione, ma anche – ci permettiamo di aggiungere – delle misure di sicurezza.

Oltretutto, anticipando qui un argomento che da subito ci introduce nel merito della questione, nessuna delle sentenze che sulla base della ritenuta 'assimilazione' tra misure di sicurezza e misure di prevenzione ne giustifica l'applicazione retroattiva, per di più sfavorevole, si pone nel solco della giurisprudenza costituzionale sopra richiamata in tema di limiti alla retroattività di "ogni" legge. In particolare, per come abbiamo già osservato, da nessuna parte si legge quali motivi imperativi di interesse generale e quali beni di rilevanza costituzionale imporrebbero l'applicazione retroattiva di misure di sicurezza e di prevenzione. È scontato sin d'ora, pertanto, che la

<sup>21</sup> A dimostrazione della crescente attenzione dedicata dalla giurisprudenza costituzionale al delicato tema della efficacia nel tempo di disposizioni non formalmente penali, ma ciononostante contrassegnate da spiccata afflittività a cagione della loro incidenza su sfere di libertà fondamentali del cittadino, cfr. C. cost., sent. n. 32/2020, nonché C. cost., sent. n. 208/2017. Sul tema, nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. SU, 26 giugno 2014, n. 4880, in «Dejure».

irretroattività di queste ultime non passa attraverso la loro inclusione nella materia penale o – più in generale – in quella punitiva, presidiate dall'art. 25, co. 2, Cost.<sup>22</sup>, ma anche da una loro incomprensibile sottrazione alla disciplina dettata dall'art. 11 preleggi.

Occorre osservare poi che nessuno tra gli argomenti utilizzati accredita l'assunto secondo il quale – addirittura in assenza di ogni disposizione che espressamente attribuisca alla legge efficacia retroattiva – a questo risultato si possa giungere per il tramite della interpretazione del giudice, in una materia concordemente definita afflittiva e gravemente lesiva dei diritti dei cittadini.

Dinanzi a principi di questo calibro non si capisce poi come si possa tentennare. Né al riguardo si può tener conto di alcuna esigenza politico-criminale. Occorre tenere il timone dritto, pur nel massimo rispetto delle autorevolissime opinioni contrarie.

### *3. Il divieto di retroattività nel dialogo tra le Corti*

La Corte costituzionale ha recentemente esteso il principio di irretroattività sfavorevole alla fase della esecuzione penale<sup>23</sup>. La motivazione prende lo spunto dalla svolta già impressa in materia dalla Corte edu<sup>24</sup>. Gli snodi salienti della pronuncia della Consulta sono costituiti dal riconosciuto impatto sulle scelte difensive degli imputati dei mutamenti legislativi sfavorevoli intervenuti nella fase dell'esecuzione.

In altri termini, essendo l'esercizio del diritto di difesa condizionato anche dai benefici preveduti per questa conclusiva fase, le modificazioni sfavorevoli che la riguardano determinano una non prevedibile alterazione dei presupposti che potrebbero avere orientato le scelte difensive, capovolgendone il senso.

La Corte costituzionale, pertanto, preso atto dell'art. 25 cpv. Cost., come anche di tutte le altre norme convenzionali ed euro-unitarie che disciplinano il principio di irretroattività sfavorevole, ne ha rimodulato la nozione sulla base di una duplice *ratio*. Da un lato si garantirebbe la ragionevole prevedibilità dei giudizi, così assicurando il libero esercizio del diritto di difesa, nonché, secondo il noto schema della sentenza costituzionale n.

---

<sup>22</sup> È importante spiegare che la giurisprudenza costituzionale ed europea, che avremo modo di citare in seguito, pongono sullo stesso piano del reato le sanzioni amministrative punitive.

<sup>23</sup> Sul punto, cfr. C. cost., sent. n. 32/2020, cit.

<sup>24</sup> Anche qui si veda CoEDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

364/1988, la ‘sicurezza giuridica di libere e consentite scelte di azione’ dei cittadini. Dall’altro lato il cittadino verrebbe tutelato dagli arbitri del potere legislativo, dal momento che così facendo si impedirebbe allo Stato di ingerirsi nei processi modificandone l’esito, anche con riferimento alla fase della esecuzione.

Peraltro, proprio in relazione all’ordinamento penitenziario e all’art. 4-*bis* modificato in senso sfavorevole dall’art. 1, co. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3, la sentenza ha efficacemente richiamato la differenza che intercorre tra il ‘dentro’ e il ‘fuori’. Ossia tra una esecuzione che avvenga in stato di carcerazione, ovvero con le forme dell’affidamento in prova al servizio sociale. Ribadendo con ciò la naturale destinazione della legge ai casi futuri, l’importanza della calcolabilità delle conseguenze al momento del fatto (e non della decisione o, peggio, della esecuzione), nonché la natura sostanziale delle norme che incidono sulla quantità e qualità della pena.

Si rende necessario osservare, tuttavia, che la sentenza dichiaratamente si colloca all’interno del perimetro segnato dall’art. 25 cpv. Cost., avendo attribuito alle disposizioni in oggetto natura di norme sostanziali perché riguardanti la materia delle pene.

Malgrado questa doverosa precisazione occorre però notare che i risultati cui giunge la Corte costituzionale, per come avremo modo di osservare, svolgono pur sempre una funzione non irrilevante anche in relazione ai temi dei quali ci stiamo occupando. Congiuntamente a tutti gli altri casi dimostrativi della condivisibile tendenza ad estendere ed ampliare il raggio di applicazione del più volte citato art. 25 cpv. Cost.

Infine, non è superfluo puntualizzare che la dilatazione del principio di irretroattività sfavorevole, come anche di quello di retroattività favorevole, ha riguardato pure le sanzioni amministrative punitive<sup>25</sup>. Appare utile osservare, ancora, questa volta con riferimento alle disposizioni penali diverse da quelle incriminatrici, che la Corte costituzionale, con sentenza n. 236/2011, ha chiarito che il principio di retroattività favorevole non può applicarsi per il tramite del parametro costituito dall’art. 25 cpv. Cost., bensì attraverso il diverso principio di ragionevolezza introdotto dall’art. 3 Cost.

### 3.1. *Irretroattività e diritto penale*

Il principio di irretroattività sfavorevole occupa, nel diritto penale, una posizione così rilevante da renderne qui superflua ogni approfondita illustra-

<sup>25</sup> Sul punto, cfr. C. cost., sent. n. 223/2018, spec. §§ 6 e ss.; C. cost., sent. n. 63/2019, spec. §§ 6.1. e ss.

zione<sup>26</sup>. Si tratta infatti di un principio baricentrico rispetto ai contenuti del principio di legalità che gli ruotano intorno e lo presuppongono. Oggi sarebbe bersaglio di 'tentativi di aggiramento' ben più pressanti di quanto non avvenga nei confronti del correlativo principio di legalità, per come sarebbe dimostrato dall'art. 7, co. 2, CEDU, nonché dalla c.d. legge Severino<sup>27</sup>.

Al riguardo non sembra un caso che l'art. 25 cpv. Cost. metta insieme legalità e irretroattività. A dimostrazione dell'assunto che la legalità è pienamente rispettata solo in presenza della irretroattività, al riguardo basti pensare che il requisito di necessaria tipicità non svolgerebbe alcun ruolo di garanzia in un diritto penale della retroattività e che la colpevolezza sarebbe priva del suo necessario requisito di rimproverabilità se la legge penale incriminatrice non fosse anteriore al fatto. È ovvio infatti che se la colpevolezza implica la conoscenza o la conoscibilità della norma, quest'ultima non può che preesistere al fatto.

Analogamente deve dirsi che la funzione di orientamento dei cittadini svolta dalle norme giuridiche presuppone una legge anch'essa anteriore al fatto commesso<sup>28</sup>.

È chiaro poi che un diritto penale ispirato al principio costituzionale di personalità colpevole della responsabilità non può tollerare una diversa relazione temporale tra legge e fatto. Detto in altre parole, ogni principio che implica rapporti consapevoli tra fatto e autore, inevitabilmente presuppone l'irretroattività della legge. Quanto alla legalità convenzionale, retta dai noti principi di prevedibilità e accessibilità e quindi di calcolabilità delle conseguenze cui ci si espone, occorre convenire che l'irretroattività costituisce un evidente presupposto di entrambi<sup>29</sup>.

La più autorevole dottrina italiana, già in anni risalenti e dunque ben prima della citata sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale, ha ritenuto di potere estendere il principio di irretroattività sfavorevole alle norme processuali e a quelle di ordinamento penitenziario<sup>30</sup>. Così ponendo

<sup>26</sup> Per tutti, si veda M. GALLO, *Diritto Penale Italiano. Appunti di parte generale*, seconda edizione, vol. I, Giappichelli, Torino, p.72.

<sup>27</sup> In questi esatti termini, cfr. ID, *Diritto Penale Italiano*, cit., 72-73, il quale definisce «scandaloso» l'art. 7 CEDU, a nulla rilevando il fatto di essere «segnato dallo spirito di Norimberga» (69 ss.), e riserva poi analoghe riflessioni anche alla c.d. legge Severino.

<sup>28</sup> A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in «ED», vol. XXXIX, Milano 1988, pp. 1289 ss.; ID., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 317 ss.; v. anche S. MASSI, *La fattispecie 'in divenire' nella disciplina della legge penale nel tempo*, Giappichelli, Torino 2005, *passim*.

<sup>29</sup> Si veda CoEDU, 10 febbraio 2009, *Zolotukhine contro Russia* e, tra le più recenti, CoEDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

<sup>30</sup> Quanto al primo aspetto, cfr. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpreta-*

in risalto lo stretto legame tra punizione e fatto, già risultante dall'art. 1 c.p., e sottolineando che nel testo dell'art. 25 cpv. Cost. questo legame appare più tenue, restando invece evidenziato quello tra legge – da intendersi anche in senso processuale – e fatto. Insomma, se l'art. 1 c.p. consente di capire *perché* si è puniti, l'art. 25 cpv. Cost. concernerebbe il *come* si è puniti.

Donde la conclusione secondo la quale anche la legge processuale penale, a dispetto della regola del *tempus regit actum*, sarebbe sottomessa al principio di irretroattività sfavorevole. Pertanto il cittadino dovrebbe essere giudicato sulla base di tutte le disposizioni vigenti al momento del fatto, comprese quelle di natura processuale, se più favorevoli. Ciò perché anche queste ultime hanno contribuito a motivare la sua condotta nella scelta tra il vietato e il consentito.

Se sul piano dei valori del diritto penale il divieto di retroattività sfavorevole è scontato, altrettanto lo è su quello politico e su quello degli equilibri costituzionali. I già richiamati principi di tutela del cittadino dagli arbitrii del legislatore, nonché di divieto di intromissione legislativa nei giudizi in corso, congiuntamente al rischio di usurpazione della giurisdizione, ne costituiscono una inequivocabile conferma. Anzi, assumendo il diritto penale sostanziale e processuale come indice del tasso di liberalità di uno Stato, è facile riscontrare come quelli totalitari abbiano usato la retroattività sfavorevole per colpire l'opposizione politica interna<sup>31</sup>.

In particolare Giuliano Vassalli, descrivendo i tragici scenari che hanno fatto da sfondo all'esperienza del nazional-socialismo, ha posto in evidenza l'eccezionalità dell'art. 7, co. 2, CEDU, che troverebbe giustificazione nei casi di crimini commessi in paesi privi di una legislazione in grado di tutelare beni giuridici fondamentali. Beni, al contrario, protetti dalla comunità internazionale<sup>32</sup>.

In conclusione si può affermare che la retroattività, non soltanto della legge penale, bensì anche di ogni altra legge, se utilizzata al di fuori degli stretti limiti consentiti, modificherebbe irrimediabilmente il volto del diritto.

---

*zione giudiziaria a proposito delle garanzie della difesa nella istruzione sommaria*, in «RIDPP», 1965, pp. 200 ss., il quale – tra l'altro – pone a confronto l'art. 1 c.p. con l'art. 25 cpv. Cost., segnalandone la diversa latitudine applicativa; con riferimento al secondo aspetto, cfr. F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, ivi, 1977, pp. 13 ss., con largo anticipo su C. cost., sent. n. 32/2020, cit.

<sup>31</sup> Sul punto, si veda, quanto al diritto penale del nazional-socialismo, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*; A. BARATTA, *Positivismismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, Camerino 1966, pp. 32 ss.

<sup>32</sup> VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., pp. 292 ss.

Quest'ultimo possiede infatti un profilo argomentativo e altruistico, posto che mira alla condivisione attraverso il consenso dei cittadini. Svolge quindi una funzione giustamente definita di tipo 'integrativo-inclusivo', data la sua propensione a creare aggregazione e a stimolare adesioni. Funzione che sarebbe contraddetta dalla ingiustizia di leggi retroattive discriminatorie. Così inteso il diritto, il suo pronome è 'chiunque', espressione del principio di uguaglianza. Principio che sarebbe sfigurato dal ricorso a leggi retroattive che pongono i cittadini in una condizione di irragionevole disparità e di sottomissione<sup>33</sup>.

#### *4. La presunta retroattività delle misure di sicurezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione*

Alla retroattività delle misure di sicurezza la giurisprudenza della Corte costituzionale perviene attraverso una sequenza argomentativa che ci sembra criticabile anche con riferimento alla sua stessa giurisprudenza. In particolare si pone in contrasto con quei principi che già abbiamo avuto modo di apprezzare allorquando abbiamo delineato i casi di stretto diritto che sempre secondo la Consulta giustificerebbero l'eccezione alla generale irretroattività di ogni legge<sup>34</sup>. La Corte afferma infatti che la nostra Costituzione in materia di misure di sicurezza riconosce, all'art. 25, co. 3, così come fa il codice all'art. 199, soltanto il principio della riserva di legge, ma non anche quello della irretroattività. Con la conseguente inapplicabilità dell'art. 2, sostituito dall'art. 200 c.p.<sup>35</sup>, dal quale indiscutibilmente discenderebbe l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Retroattività giustificata dalle finalità da queste perseguite, ossia quelle volte ad assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale. A tale riguardo si precisa che sulla base del perseguimento di simili finalità

---

<sup>33</sup> Al contrario il pronome della politica è il 'noi', dato che quest'ultima svolge una funzione 'integrativo-esclusiva', posto che perimetra un gruppo di sostenitori, escludendovi gli altri. La portata politica della retroattività lega quest'ultima al significato altrettanto politico della stretta legalità. Sul punto, S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 107 ss.; J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, Feltrinelli, Milano 1999, pp.19 ss.

<sup>34</sup> Sul punto si vedano le sentenze della Corte costituzionale richiamate nel primo paragrafo.

<sup>35</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 196/2010, *cit.* In senso assolutamente conforme si veda C. cost., sent. n. 53/1968, con la quale la Corte aveva sostenuto che l'inserimento della pena e della misura di sicurezza nell'ambito di una categoria unica non poteva avere l'effetto di eliminare le caratteristiche specifiche proprie dei due mezzi di tutela giuridica.

il legislatore possa, «sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate», prevedere «che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità)»<sup>36</sup>. È bene chiarire, in via del tutto preliminare, che il richiamo alla lotta contro il dilagare della criminalità non assurge, nel testo della motivazione, al ruolo di controinteresse alla irretroattività. Intanto non risulta compiuto tra i due opposti principi alcun bilanciamento. Addirittura non è nemmeno richiamato il valore di garanzia del divieto di retroattività né sono richiamati l'art. 1 c.p. e l'art. 11 preleggi. Vi è poi da osservare che anche le pene – anzi principalmente le pene – contrastano il dilagare della criminalità, ma non per questo si applicano retroattivamente. Segno che la lotta al crimine certamente non passa attraverso l'uso di leggi retroattive. Infine, l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, ma anche l'esaltazione del loro ruolo come strumenti di lotta alla criminalità ne enfatizza l'efficacia punitiva in luogo di quella terapeutico-preventiva. Così giustificando, semmai, la sottoposizione al contrario principio di irretroattività. Sarebbe infine incoerente attribuire un ruolo di primo piano nella lotta alla criminalità alle misure di sicurezza, posta la loro attuale marginalità conseguente alla loro ridotta utilizzazione.

Non senza una qualche contraddizione, la sentenza conclude nel senso che tutte le misure dotate di prevalente efficacia punitivo-afflittiva devono rientrare all'interno del diritto penale e che l'ampiezza della formulazione dell'art. 25 cpv. Cost. («Nessuno può essere punito [...]») giustifica l'interpretazione «nel senso che ogni intervento sanzionatorio il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale [...] è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»<sup>37</sup>. Affermazione per l'appunto giustificata dalla difficoltà di escludere, seguendo la via indicata, che le misure di sicurezza, specie quelle detentive, abbiano natura anche punitiva.

<sup>36</sup> In questi termini, C. cost., sent. n. 196/2010, *cit.*, § 3.1.2. del *considerato in diritto*. Vi è poi da notare che in senso del tutto opposto si esprime C. cost., sent. n. 19/1974, con la quale si afferma che le misure di sicurezza non sono retroattive, dato che la pericolosità deve essere attuale.

<sup>37</sup> Sul punto è il caso di notare – dato il tema che stiamo trattando – che la giurisprudenza della Corte costituzionale riconosce lo stesso carattere afflittivo anche alle misure di prevenzione. Si v. Corte cost., sent. n. 24/2019, nonché C. cost., sent. n. 208/2017. In dottrina, cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino 2017, p. 419.



#### 4.1. *L'inappropriato principio di 'assimilazione'*

La Cassazione si esprime negli stessi termini della Corte costituzionale quanto all'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Per di più estende il principio dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza alle misure di prevenzione, delle quali ciononostante riconosce la marcata carica afflittiva. Rilevando infine che la 'assimilazione' tra i due istituti giustificerebbe il trasferimento della disciplina espressamente dettata per le prime alle seconde<sup>38</sup>. Costituisce poi un punto fermo dell'intera argomentazione la ritenuta estraneità delle misure di prevenzione al diritto penale. Estraneità sostenuta anche sulla scorta dell'ampia e convergente giurisprudenza della Corte ed espressamente richiamata. In conseguenza di questa esclusione si conviene circa l'inapplicabilità al settore delle misure di prevenzione delle garanzie previste dall'articolo 25, co. 2, Cost. In materia sostituito dal successivo terzo comma che non reca alcun riferimento al divieto di retroattività.

Vi è infine da osservare che dopo la citata sentenza Spinelli la Corte di cassazione, tornando sulla questione, ha ristretto la portata del principio di retroattività<sup>39</sup>, sia pure con esclusivo riferimento alle misure patrimoniali. Si sostiene che l'art. 236 c.p. rinvia al solo comma 1 dell'art. 200 c.p., destinato alla fase dell'applicazione e non anche al suo secondo comma, al contrario dedicato alla successiva fase della esecuzione. Fase dell'esecuzione che pertanto rimane sottratta al meccanismo retroattivo<sup>40</sup>.

A questo punto occorre però ancora una volta notare, proprio in virtù di quanto sin dal primo momento abbiamo osservato, che la richiamata esclusione delle misure di prevenzione dal perimetro dell'art. 25 cpv. Cost. non risolve il problema della retroattività di queste ultime, soprattutto nella direzione auspicata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Ciò per il semplice motivo che, anche a prescindere dall'art. 25 cpv. Cost., il principio di generale irretroattività di ogni legge è chiaramente sancito dall'art. 11 disp. prel. c.c. Di quest'ultimo, pertanto, al fine di sostenere la retroattività di queste misure, andrebbero illustrate le ragioni che ne giustificerebbero la mancata applicazione. Impegno che non si

---

<sup>38</sup> Cass. SU 26 giugno 2014, n. 4880, *cit.*, nonché Cass. Sez. VI, 30 gennaio 2014, n. 11751, *ivi*, con ampia giurisprudenza richiamata.

<sup>39</sup> Cass., sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 21491, in «Dejure».

<sup>40</sup> In argomento, si veda GALLO, *Imputabilità. Appunti degli studenti della Università di Roma 'La Sapienza'*, 1980, p. 90, *inedito*.

riscontra in alcuna delle sentenze che se ne occupano.

Oltretutto, per come già prima abbiamo osservato<sup>41</sup>, le eccezioni al generale principio della irretroattività di ogni legge, nella giurisprudenza della Corte costituzionale sono limitate a casi di stretto diritto. Motivi imperativi di interesse generale indotti dalla necessità di tutelare interessi di rilevanza costituzionale.

Ciò premesso, si deve ulteriormente notare come il termine intorno al quale ruota l'intera argomentazione sul punto della Corte di cassazione – come anche della Corte costituzionale – sia costituito dal sostantivo 'assimilazione'. Termine al quale ordinariamente si attribuisce un significato diverso, nel senso di indicare uno tra i possibili strumenti di adeguamento delle legislazioni interne a quella eurounitaria<sup>42</sup>.

Il sostantivo 'assimilazione' pone tuttavia un ulteriore problema, ossia quello della pertinenza del termine impiegato per descrivere la realtà che si intende ricomprendervi. Infatti, se il termine in questione è utilizzato per affermare una certa medesimezza di *ratio* delle due diverse misure, l'affermazione potrebbe anche condividersi in astratto, pur nella piena convinzione della sua inutilità scientifica<sup>43</sup>. Se però da questo stesso termine si pretende di trarre conseguenze sul piano del legittimo trasferimento della disciplina dettata per l'una misura all'altra, le obiezioni diventano molteplici e di rilevanza anche costituzionale.

Prima di passare ai principi giuridici così asseritamente violati, si deve però notare, sia pure sul piano della completezza dell'argomentazione, che la contratta sequenza esplicativa qui criticata non affronta mai il problema cruciale.

Ossia in virtù di quale principio o norma giuridica che lo autorizzi si ritiene di sostenere l'assimilazione' o l'equiparazione' tra le due misure. Posto soprattutto il rilievo che di 'assimilazione' o di 'equiparazione' non vi è traccia nella Costituzione e nel codice penale, che per di più nemmeno si occupano delle misure di prevenzione. Né si coglie alcun riferimento al riguardo nell'ampia legislazione dedicata al settore. Non si spiega poi per quale ragione in alternativa non si usi l'unico sostantivo davvero pertinente,

<sup>41</sup> V. *retro*, § 1.

<sup>42</sup> Come è noto, in base al principio di 'assimilazione' che attiene al settore della lotta contro le frodi comunitarie, gli interessi finanziari comunitari vengono per l'appunto 'assimilati' a quelli nazionali, sicché gli Stati sono vincolati ad agire con gli stessi mezzi ed adottando le medesime misure in entrambi i casi.

<sup>43</sup> I parallelismi tra la disciplina delle misure di sicurezza e quella delle misure di prevenzione sono fortemente rimarcati in C. cost., sent. n. 177/1980, che peraltro evidenzia come l'assimilazione tra i due istituti non possa che essere soltanto parziale.

ossia il termine ‘analogia’, destinato a guidare il trasferimento di una disciplina espressamente dettata per un caso – che pertanto da essa è regolato – ad un altro caso che, al contrario, ne è totalmente privo<sup>44</sup>. Analogia che, non soltanto è disciplinata dall’art. 14 disp. prel. c.c., ma che in aggiunta costituisce uno dei contenuti del principio di legalità del quale contribuisce ad assicurare il corretto funzionamento. Analogia che, peraltro, si caratterizza per una serie di limiti, per l’appunto costituzionalmente rilevanti, alla sua stessa applicazione. Al riguardo l’uso del termine ‘assimilazione’ suggerisce semmai il sospetto di una fuga dal più pertinente meccanismo analogico, ma soprattutto dal limitato uso che di quest’ultimo è consentito fare.

Ricorrere all’analogia, ma anche alla ‘assimilazione’, per usare il sostantivo preferito dalla giurisprudenza della Consulta e della Cassazione, significa introdurre un ulteriore elemento di contrasto con la conclusione cui si giunge in tema di natura non penalistica delle misure di prevenzione. Entrambe le espressioni, infatti, lasciano presumere l’appartenenza di misure di sicurezza e di prevenzione al medesimo settore dell’ordinamento. Posta l’indubbia appartenenza delle prime al diritto penale, risulta ulteriormente difficile legittimare il ricorso all’analogia, come all’assimilazione, con le seconde. In altri termini, se queste ultime ne sono escluse, la ritenuta appartenenza a settori diversi dell’ordinamento avrebbe dovuto sconsigliare il ricorso a procedure che quanto meno dovrebbero implicare il contrario.

Per concludere vi è ancora da osservare che il procedimento analogico impone medesimezza di *ratio* tra la legge *integrante* e la legge *integrata*<sup>45</sup>. Sul punto si registra invece una spiccata eterogeneità funzionale tra le misure di sicurezza e quelle di prevenzione, tale da escludere questo presupposto affatto preliminare, senza il quale il ricorso all’analogia è del tutto vietato<sup>46</sup>.

Giova infatti chiarire che la incidenza di entrambe le misure sulla libertà personale, la loro sottomissione alla riserva di legge e di giurisdizione, nonché la medesimezza di taluni degli effetti giuridici prodotti, non consentono comunque di affermare che la pericolosità (*post delictum* e *ante nova delicta*)

---

<sup>44</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 85 ss.

<sup>45</sup> In assenza di una medesima *ratio legis*, è consentito il ricorso ai principi generali dell’ordinamento, ossia all’*analogia iuris*.

<sup>46</sup> Al riguardo, risulterebbe del tutto inadeguata ogni critica che in materia si opponesse al ricorso, sia pure ipotetico, all’analogia, negando ancora una volta natura penalistica alle misure di prevenzione. Infatti, anche a prescindere dalla riconosciuta natura afflittiva e limitativa di diritti costituzionalmente garantiti delle misure di prevenzione, vi è da osservare che le misure di sicurezza – secondo polo del ragionamento analogico – a dispetto della formale denominazione codicistica di misure ‘amministrative’, appartengono indiscutibilmente al diritto penale e al suo versante sanzionatorio, sia pure con finalità terapeutiche.

di cui si occupa il codice penale equivalga a quella (*ante e/o extra delictum*) rilevante invece nell'ottica della prevenzione della delinquenza primaria.

Stando al combinato disposto degli artt. 202 e 203 c.p., le misure di sicurezza possono trovare applicazione solo in presenza di due precisi presupposti: la pericolosità sociale e la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato (o quasi-reato). Riveste la qualifica di persona socialmente pericolosa colui che – imputabile, non imputabile o non punibile – abbia commesso taluno dei reati indicati nell'art. 202 c.p., quando sia 'probabile' che commetta nuovi fatti previsti dalla legge come reato. Con la precisazione che la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p. (art. 203, co. 2, c.p.). Ciò autorizza a ritenere che la commissione di un reato (o di un quasi-reato) assume un duplice significato nel disegno del codice penale: non costituisce soltanto uno dei presupposti per l'applicabilità delle misure di sicurezza, ma rappresenta anche uno degli indici su cui si fonda il giudizio di pericolosità. Un giudizio da effettuarsi anche attraverso l'apprezzamento della capacità a delinquere del reo, la cui intensità varia proprio in funzione del reato commesso. Se da un lato la commissione del reato legittima la valutazione della pericolosità, segnando il limite – anche cronologico – a partire dal quale ci si può occupare della qualità di persona socialmente pericolosa, dall'altro costituisce parte dell'oggetto di questa stessa valutazione. La conseguenza è che la pericolosità deve essere desunta dal fatto e non semplicemente riflettersi in esso.

Al contrario, nel caso delle misure di prevenzione il giudizio di pericolosità non si regge su alcun fatto di reato che possa dotarlo di coordinate davvero affidabili e rassicuranti, proprio perché si tratta di analizzare i comportamenti indizianti di un futuro agire criminoso, senza che in passato vi sia stata necessariamente una condotta antigiuridica. Se dunque non è richiesta la previa commissione di un reato, che queste misure dovrebbero semmai per definizione impedire, è chiaro che la pericolosità dovrà rintracciarsi sulla base di elementi che da esso prescindono e che al più dimostrino l'inclinazione a commetterlo. Si tratta di elementi i quali assumono una prevalente connotazione antisociale e che sembrano escludere ogni possibile rapporto di corrispondenza tra la pericolosità rilevante in questo settore e quella destinata invece ad operare quale presupposto delle misure di sicurezza.

Come è noto le misure di prevenzione sono applicabili alle categorie soggettive previste dagli artt. 1 e 4 d.lgs. n. 159/2011, allorquando «siano pericolose per la sicurezza pubblica» (art. 2; art. 6, co. 1, d.lgs. n.

159/2011). Tanto la pericolosità generica quanto la pericolosità qualificata non si esauriscono quindi nella mera constatazione dell'inquadramento del prevenuto in una delle categorie soggettive previste dal cd. codice antimafia, ma richiedono una verifica ulteriore, per l'appunto costituita dall'accertamento della pericolosità. Una pericolosità che tuttavia non è mai definita 'sociale' (a differenza di quanto emerge dagli artt. 202 e 203 c.p.) e non è accompagnata da ulteriori qualificazioni che consentano di definirne lo statuto in termini di concretezza e/o di attualità.

Il riferimento esplicito alla «sicurezza pubblica», infatti, non sembra in grado di contenere la discrezionalità dell'interprete all'interno di coordinate sufficientemente definite, rinviando piuttosto all'a-selettivo interesse finale a presidio del quale è posto l'intero sistema. Un interesse che peraltro dovrebbe a rigore essere ritenuto uno sperabile effetto – non certo un fine – dell'apparato di prevenzione<sup>47</sup>.

Tornando ora all'elencazione dei presupposti generali del procedimento analogico, è noto come esso imponga la necessità di colmare una lacuna nella legge che a causa di ciò dovrebbe giovare della integrazione. Proprio con riferimento alla presunta lacuna, non si riesce a comprendere in cosa essa possa consistere nella materia delle misure di prevenzione, avuto riguardo al loro assetto legislativo preesistente nonché a quello successivo costituito dal c.d. Codice antimafia<sup>48</sup>. Né si può obiettare che la incompletezza della legislazione sia costituita dalla mancanza di una disposizione che ne imponga l'applicazione retroattiva. Una siffatta argomentazione, sicuramente *contra legem*, scontrerebbe tra l'altro una ulteriore critica, dato che si risolverebbe in una mera presunzione, quella della obbligatoria efficacia retroattiva delle misure di prevenzione. Oltretutto nessuno comprenderebbe le ragioni della rinuncia né del ribaltamento del principio di cui all'art. 11 disp. prel. c.c. Quest'ultima disposizione trova infatti automatica applicazione in tutti i casi in cui il legislatore non provveda al riguardo.

*Last but not least*, nel caso in questione l'analogia produce effetti inequivocabilmente sfavorevoli ed è pertanto vietata, dal momento che si risolverebbe nell'applicazione di misure che al momento della commissione dei fatti che le giustificano non erano previste dalla legge<sup>49</sup>. Oltretutto, malgrado le misure di sicurezza impongano l'attualità della pericolosità sociale al momento della loro applicazione, così non è più per

---

<sup>47</sup> Sul significato della nozione di 'sicurezza pubblica', DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, in «DDP», vol. XIII, Torino 1997, 286.

<sup>48</sup> Cfr. d.lgs. n. 159/2011 e successive modificazioni.

<sup>49</sup> V. quanto già osservato *retro*, nota 46.

le misure di prevenzione patrimoniali, a seguito dello sganciamento tra queste ultime e il requisito dell'attualità della pericolosità sociale<sup>50</sup>.

#### *4.2. L'equivoco insito nella ritenuta retroattività sfavorevole delle misure di sicurezza*

Nonostante le nostre osservazioni ci sembrano già sufficienti ad escludere anche la residuale ipotesi di un ricorso all'analogia, il punto di arresto di una simile riflessione sembra però limitarsi a questo insufficiente risultato. Resta invece fuori dalla sua portata esplicativa la verifica della ritenuta retroattività delle misure di sicurezza. Cioè del punto di partenza dell'intera argomentazione che, partendo da questo presupposto ha inteso estendere la retroattività anche alle diverse misure di prevenzione in quanto 'assimilabili' alle prime. È dunque necessario chiedersi se sia davvero condivisibile – ed eventualmente in quale misura lo sia – la diffusa convinzione dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Non potendosi nemmeno escludere, in caso di risposta affermativa, un ragionevole dubbio sulla costituzionalità dell'art. 200 c.p.<sup>51</sup>

Abbiamo già avuto modo di sottolineare che le misure di sicurezza presuppongono la commissione di un reato, salvo i casi ben limitati di quasi-reato che tuttavia implicano pur sempre fatti espressamente preveduti dalla legge come reato, con la conseguente possibilità di collocarli nello spazio e soprattutto nel tempo. In altre parole, non ci si può dimenticare che qui si discute di una pericolosità da reato. Rilievo, questo, che potrebbe sembrare scontato ma che tuttavia si dimostra ben rilevante nel quadro della critica che stiamo conducendo.

A ben riflettere la giurisprudenza costituzionale secondo la quale sarebbe consentita un'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, malgrado

<sup>50</sup> Ci si riferisce al noto principio dell'applicazione disgiunta delle misure patrimoniali rispetto a quelle personali, introdotto dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 125. Ulteriori rilevanti modifiche all'intero apparato di prevenzione sono poi state introdotte dalla l. 15 luglio 2009, n. 94.

<sup>51</sup> Sul punto si deve osservare come la disciplina delle misure di sicurezza abbia subito incisivi interventi della Corte costituzionale, univocamente orientati a mitigarne l'eccessiva severità. Si pensi, tra l'altro, ai casi di presunzione di pericolosità sociale, all'indeterminatezza della durata massima, nonché al divieto di rivalutazione del persistere della pericolosità sociale – e quindi di revoca della misura – prima che fosse trascorso il periodo corrispondente alla durata minima (art. 207, co. 2, c.p., poi dichiarato costituzionalmente illegittimo da C. cost., sent. n. 110/1974). Questo per sottolineare che in tema di serio confronto tra misure di sicurezza e Costituzione c'è ancora qualcosa da scoprire.

la sua indiscutibile autorevolezza, non sembra avere contemplato tutte le vicende che possono concretizzarne casi di retroattività. Si è infatti limitata ad esemplificare quello concernente un fatto originariamente punito con la sola pena alla quale, successivamente alla commissione, sia stata aggiunta una misura di sicurezza, nonché quello in cui la misura di sicurezza fosse originariamente prevista, ma la legge intervenuta ne abbia disposto un'applicazione più sfavorevole.

Invero, all'esemplificazione della Corte costituzionale manca il ben più estremo caso di un fatto che al momento della sua commissione non fosse nemmeno preveduto dalla legge come quasi-reato, ma che sia divenuto tale successivamente, risultando pertanto punito con la sola misura di sicurezza. Infatti, se di retroattività si deve veramente parlare, anche questa ipotesi andrebbe contemplata tra i casi di retroattività, per di più sfavorevole. Aggettivo, quest'ultimo, che usiamo per la prima volta posto che ci introduce dentro il diritto penale.

È chiaro però che in questa ultima vicenda resta del tutto esclusa ogni possibile applicazione retroattiva, posto che difetterebbe – in relazione al momento della condotta – l'espressa previsione del fatto come quasi-reato. Conseguentemente ne risulterebbe vietata l'applicazione, ostandovi al riguardo la chiara disposizione di cui all'art. 1 c.p. nonché dell'art. 25, co. 2, Cost.

Né si può trascurare quanto già sopra abbiamo osservato e cioè che le misure di sicurezza presuppongono la previa commissione di un reato congiuntamente all'attualità della pericolosità sociale.

Da ciò consegue che il principio di legalità, come quello di irretroattività, è fatto salvo, pure in questa materia, dalla disciplina – di livello costituzionale – destinata al reato o al quasi-reato che ne costituiscono presupposto. Pertanto la retroattività delle misure di sicurezza, apparentemente generalizzata, già registra una eccezione che ne incrina il carattere di regola giuridica. Né sorte diversa spetta alle altre due esemplificate ipotesi, per come avremo modo di notare.

Infatti, anche in relazione a queste ultime vi è da osservare che resta preclusa l'applicazione retroattiva e sfavorevole di misure intervenute, o rese più sfavorevoli dopo la commissione del fatto.

Oltre all'applicazione automatica dell'art. 11 disp. prel. c.c., nonché del principio del *favor rei*<sup>52</sup>, a sostegno della nostra opinione milita anche

---

<sup>52</sup> In senso del tutto conforme alle nostre tesi, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano 2020, p.120 ss.; E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in «ED», Agg., I, Milano 1997, p. 764; A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, ivi, XXIII, pp. 1065-1067; VASSALLI, '*Nullum crimen sine lege*', in *Nss. D.I.*, XI, Giappichelli, Torino 1965, pp. 503-505.

il non certo trascurabile principio di legalità della pena. Questo impone che ciascun cittadino sia posto nella condizione di poter conoscere – prima della commissione del fatto – tutte le conseguenze sanzionatorie ad esso ricollegate.

Detto diversamente, il richiamo al reato presupposto, dato che la legalità delle pene implica anche per queste ultime l' anteriorità della legge al fatto, comporta l' integrale rinvio al complessivo trattamento sanzionatorio che la legge prevedeva al momento del fatto.

Né, in senso contrario emerge alcuna ragione che, posta la giurisprudenza costituzionale più volte richiamata<sup>53</sup>, giustifichi eccezioni alla generalizzata irretroattività di ogni legge. Ragioni giustificatrici delle eccezioni consentite all' art. 11 disp. prel. c.c. che, peraltro, la richiamata giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività delle misure di sicurezza non sembra richiamare in un contesto di bilanciamento di interessi contrapposti<sup>54</sup>. Quasi dimenticando ciò che sul contrapposto versante delle leggi retroattive e di interpretazione autentica ha reiteratamente sostenuto.

Abbiamo già osservato che risulta impossibile escludere le misure di sicurezza dal diritto penale. Conclusione rafforzata dal fatto che le finalità rieducative e risocializzanti non sono certamente estranee, anche per espressa previsione costituzionale, alla materia penale. Dovendosi pure convenire sul fatto che la prevenzione rappresenta un elemento costitutivo della nozione stessa di pena<sup>55</sup>.

Né può ritenersi irrilevante, sul piano di garanzie fondamentali, che le misure di sicurezza prevedano ipotesi integralmente segregative e quindi del tutto privative della libertà personale<sup>56</sup>, a fronte delle quali l' applicazione retroattiva risulta costituzionalmente improponibile, anche alla luce dei tanti principi qui richiamati. Principi che concorrono a delineare il volto garantista del principio di irretroattività<sup>57</sup>.

Quanto poi all' art. 25, co. 3, Cost., che si deve leggere in continuità con l' art. 202 c.p., appare chiaro che se ci si libera dalle tante suggestioni che ne

<sup>53</sup> Si veda, ancora, § 1.

<sup>54</sup> Si veda quanto già osservato sul punto nel § 4.

<sup>55</sup> Cfr. art. 27, co. 3, Cost. In dottrina, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino 2018, p. 64, che richiama i termini della nota CoEDU, *M. c. Germania*, § 130. Per ulteriori approfondimenti, si veda quanto sul punto sostenuto nel successivo § 4.4.

<sup>56</sup> C. cost., sent. n. 250/2018.

<sup>57</sup> Per alcune considerazioni concernenti le misure di sicurezza detentive, viste in chiave residuale (circostanza che certamente non è sufficiente a negarne l' esistenza), si veda C. cost., sent. n. 250/2018, cit.



sminuiscono la portata, si può convenire che nessun elemento – men che meno letterale – ne legittima la lettura in termini di retroattività. Ciò anche per l'evidente ragione – qui più volte esposta – della previa commissione di un reato. Pertanto lo statuto costituzionale dettato in materia è duplice. In primo luogo implica quello dettato dall'art. 25 cpv. Cost., nonché quello del successivo terzo comma che del precedente si giova.

In altre parole, una cosa è disciplinare la legalità del reato, altra e diversa cosa è disciplinare la legalità delle misure di sicurezza che lo presuppongono.

Lo stesso art. 200 c.p. sempre evocato al proposito, si limita ad affermare il principio secondo il quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione, nonché quello secondo il quale, se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura è diversa, si applica quella vigente in questa ultima fase. Ma la norma in questione non contiene alcun elemento in grado di legittimare il sospetto dell'assoluta irrilevanza della legge vigente al momento del fatto. Quindi della possibilità di applicare una misura di sicurezza anche nel caso in cui quest'ultima nemmeno la prevedeva o ne prevedeva una meno gravosa.

In realtà il citato art. 200 c.p. si limita ad affermare la prevalenza della misura di sicurezza vigente al momento della applicazione ovvero dell'esecuzione, rispetto a quella vigente al momento del fatto. Nel pieno rispetto, quindi, della obbligatoria preesistenza al fatto di una misura di sicurezza o comunque di una misura di sicurezza più grave di quella successivamente applicabile o eseguibile.

Nulla autorizza una generalizzata eccezione ai principi che reggono il processo di successione tra leggi penali nel tempo.

Peraltro non può nemmeno trascurarsi che tra l'art. 200 e l'art. 11 preleggi dovrebbe senz'altro prevalere quest'ultimo, non solo perché successivo ma anche perché gerarchicamente sovraordinato.

Né l'art. 200 c.p. qualifica la misura vigente al momento della sua applicazione ovvero della sua esecuzione come favorevole o sfavorevole rispetto a quella vigente al momento del fatto, lasciando quindi impregiudicata l'applicazione dei principi generali.

Appare poi difficilmente contestabile l'assunto secondo il quale l'art. 200 c.p. deve essere letto in senso restrittivo, orientandolo ai noti principi costituzionali che regolano l'applicazione delle leggi penali.

Insomma, lo stesso principio, apparentemente scontato, dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, presupposto della simmetrica applicazione retroattiva delle misure di prevenzione, sembra vacillare. Premessa sempre la non trasferibilità della disciplina dettata per le une a

quella dettata per le altre.

Prima di concludere ci sembra però opportuna una ulteriore riflessione.

La già richiamata sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale afferma il molto persuasivo principio secondo il quale il legislatore non può approfittare della fase dell'esecuzione per applicare un trattamento diverso e sfavorevole rispetto a quello previsto al momento del fatto. Così promulgando leggi 'in forma di sentenza'. Principio che perfettamente si addice agli esemplificati casi di applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Anche in questo caso, come nelle ipotesi di modifica all'art. 4-*bis* della legge di ordinamento penitenziario, data anche la innegabile presenza di misure di sicurezza detentive, la ritenuta retroattività di queste ultime darebbe luogo a quella plastica differenza tra un 'fuori' e un 'dentro' che in termini politici stigmatizza una intollerabile alterazione dei principi che regolano il patto sociale e che sul contrapposto versante giuridico delinea i contorni di una legge ingiusta, per di più incostituzionale<sup>58</sup>.

#### 4.3. *Significato e limiti della retroattività in tema di misure di sicurezza*

A questo punto, però, resteremmo esposti ad una critica del tutto fondata. Avremmo confutato la pretesa retroattività sfavorevole delle misure di sicurezza, ma non avremmo fornito alcuna spiegazione circa l'innegabile mobilità del meccanismo preveduto dall'art. 200 c.p.

Per dare una risposta all'apparente incompletezza della nostra argomentazione, è necessario tornare a riflettere sugli scopi perseguiti dalle misure di sicurezza. Queste ultime sono misure trattamentali, quindi perseguono finalità rieducative e di cura. Ciò premesso, appare ragionevole ritenere che la citata mobilità del meccanismo di cui all'art. 200 c.p., erroneamente definito di retroattività, non significa far retroagire una disciplina sfavorevole con la conseguenza di regolare diversamente una certa fattispecie rispetto a come era disciplinata al momento del fatto. Pretesa che tra l'altro risulterebbe del tutto incoerente con le finalità e le peculiarità delle

<sup>58</sup> L'evidenziato conflitto tra i principi posti a base della richiamata sentenza n. 32/2020 e la giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto la retroattività delle misure di sicurezza sembra irrimediabile. Prefigurando addirittura una giurisprudenza costituzionale dai volti diversi in relazione a vicende del tutto simili. Al riguardo ci permettiamo di osservare che quanto si sostiene in relazione all'art. 200 c.p. sembra tradire la vocazione, successivamente affermata, di una Corte costituzionale posta a tutela dei diritti fondamentali della persona. Sul tema, ampiamente, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 1 ss.

misure di sicurezza. A noi sembra piuttosto che il legislatore abbia voluto orientare la scelta del giudice, nelle fasi dell'applicazione e della esecuzione, verso le misure più efficaci – ancorché sopravvenute – rispetto all'obiettivo della rieducazione. È indicativo a tale riguardo il meticoloso riferimento alle due fasi sopra citate al fine di consentire, anche dopo l'applicazione, una ulteriore rimodulazione nel corso della esecuzione della misura, anch'essa volta al raggiungimento dei massimi benefici trattamentali. Non sembra trovare spiegazione alternativa la disciplina dell'art. 200, co. 1 e 2, c.p., salvo rassegnarsi ad una conclusione di stampo autoritario. Conclusione secondo la quale uno Stato democratico addirittura tollererebbe una doppia retroattività sfavorevole. Generando così la spiacevole sensazione di un codice definito 'fascista', ma che si rivela più moderno di chi lo interpreta.

Se poi ci si ostinasse a definire retroattiva e sfavorevole questa disposizione, dovremmo però convenire che qui si tratta di una retroattività *sui generis*. Lascia infatti inalterato il principio costituzionale dell'anteriorità della legge penale e di tutte le sue previsioni rispetto al fatto.

Né si può trascurare un ulteriore aspetto. Questa disciplina, per come da noi delineata, è particolarmente appropriata per la materia, dal momento che costituisce una sorta di finestra che il legislatore ha voluto lasciare aperta sui settori scientifici diversi dal diritto penale. Ai progressi dei quali saggiamente rinvia nel rispetto delle altrui competenze. Così consentendo che la legge penale possa sfruttare i miglioramenti trattamentali intervenuti, rinunciando in tal modo alle misure maggiormente risalenti e meno efficaci. Né ci può essere obiettato che queste conclusioni sono contraddette dal testo degli artt. 200 c.p. e 25, co. 3, Cost., per come prima abbiamo spiegato<sup>59</sup>.

Emerge quindi una ragione in più per confermare le conclusioni alle quali saremmo giunti. Costituirebbe poi un odioso paradosso ribaltare in direzione illiberale, autoritaria ed inutilmente punitiva una disciplina finalizzata alla cura, al trattamento e alla risocializzazione dei condannati. Risultando contraddittorio ritenere che simili risultati possano essere raggiunti attraverso l'inflizione retroattiva di misure di sicurezza, personali o detentive che siano. Così opinando ci si porrebbe, tra l'altro, in controtendenza rispetto ai massicci interventi del legislatore e della stessa Corte costituzionale, volti a umanizzare le misure di sicurezza, rendendo coerente con le finalità rieducative loro assegnate e con la intervenuta Costituzione repubblicana il volto della loro originaria disciplina.

È chiaro ancora una volta che così facendo si stimolerebbe soltanto la ribellione del condannato, precludendo sul nascere ogni possibile percorso rieducativo.

---

<sup>59</sup> V. *retro*, § 4.

#### 4.4. *Natura e funzione delle misure di prevenzione*

Abbiamo già avuto modo di osservare come negare la retroattività delle misure di prevenzione non comporti di certo il loro automatico inserimento nell'area del diritto penale e di conseguenza l'applicazione dei relativi benefici convenzionali e costituzionali. Tuttavia non possiamo esimerci dal prendere posizione circa la loro natura. La questione assume infatti una posizione cruciale nel perimetrale l'ambito delle garanzie da apprestare alle misure di prevenzione.

Giova premettere che la dottrina è concordemente orientata nel senso di affermare la natura penalistica di queste misure<sup>60</sup>.

A tale proposito è utile richiamare un recente studio che ha il merito di avere evidenziato, in una prospettiva di ordine generale, che talune misure, anche se formalmente estranee al diritto penale, possono comunque godere delle garanzie a quest'ultimo riservate, come quella della legalità/prevedibilità. Infatti, alcune significative sentenze della Corte edu hanno negato che la dicotomia punizione/prevenzione possa definire l'ambito del diritto penale. In particolare, con la sentenza *M. contro Germania*, concernente la custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), si è osservato che ha natura affittiva, che è priva di un programma trattamentale, che la prevenzione – che nel caso di specie si dubita sia perseguita – è comunque una componente della punizione, negando di conseguenza efficacia retroattiva ad una misura di riconosciuta natura penale<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Per un'ampia indagine sul tema, cfr. A. MANNA (con la collaborazione di V.P. D'AGOSTINO), *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Ius Pisa University Press, Pisa 2019, *passim*; ID., *Il diritto delle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Giappichelli, UTET, Torino 2013, p. 10 ss., che qualifica le misure di prevenzione come 'pene del sospetto'. Di recente, E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, *passim* e spec. p. 101 ss., pp. 230 ss., pp. 395 ss.; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, CEDAM, Milano 2020, pp. 369 ss. Con specifico riferimento alla confisca antimafia, V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in «DPC», 3-4, 2012, pp. 54 ss. In argomento, sia consentito il rinvio a V.N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale, Confronto di idee su: «Il procedimento di prevenzione tra evoluzione e involuzione»*, in «AP», 2012, p. 795 ss. *Contra*, ribadisce la natura squisitamente preventiva delle misure di prevenzione, F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo 'statuto' della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 26 maggio 2014, p. 30 ss.

<sup>61</sup> MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., pp. 63 ss., il quale non manca di sottolineare il carattere affittivo delle attuali misure di prevenzione (215).

Riteniamo di condividere integralmente l'assunto, affermando tra l'altro, con riferimento alle misure di sicurezza e particolarmente a quelle detentive, che queste dimostrano la piena compatibilità dei trattamenti – e quindi della prevenzione – con il diritto penale. Donde l'errore insito nella contrapposizione punizione/prevenzione al fine di delimitare il penale da ciò che non sarebbe tale. Al contrario, le mille sfaccettature che caratterizzano il concetto di 'pena' e le altrettanto innumerevoli funzioni che l'ordinamento le assegna provano l'esistenza di situazioni miste, dove modalità esecutive di tipo segregativo si accompagnano a scopi preventivi.

Ragionare diversamente, d'altronde, vorrebbe dire distorcere il senso stesso del termine 'prevenzione', il quale verrebbe usato come una sorta di etichetta in grado di coprire i significati più diversi. Premesso che è di per sé ambiguo e polisenso perché coniugabile con le diverse vie attraverso le quali può essere perseguito l'obiettivo, nemmeno possono condividersi generalizzazioni che hanno il sapore di un vero e proprio disimpegno dalla questione. Costituisce riprova delle nostre perplessità la prasseologica equivalenza di significati riferiti al sostantivo 'prevenzione'. 'Prevenzione speciale', 'rieducazione', 'risocializzazione', 'trattamento' e 'cura' di personalità tendenti a delinquere, 'interdizione' e 'neutralizzazione' dei reati, sono termini che nell'uso che se ne fa finiscono per assumere un'apparente equivalenza di significati malgrado tra di loro sussistano non trascurabili differenze. Differenze che, per quello che qui più interessa, incidono anche sul tormentato dualismo prevenzione/punizione. Dualismo che al fine di mantenere le misure di prevenzione fuori dall'area del diritto penale si presume talmente netto da escludere ogni rischio di possibile confusione. Infatti, il frequente richiamo all'effetto preventivo delle misure in oggetto – e in particolare di quelle patrimoniali – è in realtà tarato sul ben diversificato versante della prevenzione generale. Cosa, questa, che esalta l'efficacia dissuasiva e intimidatrice *erga omnes* di una misura presentata come 'esemplare' e che ancor più colloca il proposto nella posizione di un soggetto punito che serva di esempio agli altri per il caso in cui intendessero imitarlo. Deterrenza per tutti, dunque, e strumentalizzazione del ruolo assegnato al prevenuto. Logica, quella della prevenzione generale, che si esprime in termini di prevenzione solo avuto riguardo alla generalità dei cittadini, ma che trascura il diretto interessato rispetto al quale non si intravede alcun progetto di rieducazione.

È per questa ragione che il criterio della funzione è privo di reale capacità esplicativa e delimitativa. Così come tale è quello della 'funzione prevalente'<sup>62</sup> che, pur ammettendo la contemporanea presenza di punizione

<sup>62</sup> C. cost., sent. n. 196/2010, cit., spec. § 2.2.1.

e prevenzione, si regge sull'ambiguo e non determinabile concetto di 'prevalenza' che non spiega nemmeno il suo stesso funzionamento. Non tollerando, peraltro, il concetto di appartenenza al diritto penale, come ad ogni altra materia, alcun gradualismo.

Anche per questi motivi in dottrina si esclude l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione (delle quali si sottolinea la severità della disciplina legislativa e della prassi applicativa), opportunamente osservando che anche al di fuori del diritto penale si pone un problema di legalità<sup>63</sup>. Osservazione alla quale segue l'ulteriore riflessione secondo la quale, a prescindere da una risalente nozione di 'pena', non si comprende come possano essere tenute fuori dal cerchio delle garanzie misure che incidono gravemente sui diritti dei cittadini. Sul piano della legalità, poi, non può trascurarsi che se le misure di prevenzione fossero retroattive, le disposizioni in esse contenute che vietano comportamenti inosservanti prescrivendone altri di segno contrario, del tutto contraddittoriamente resterebbero prive della capacità di orientare le scelte dei cittadini. Dato che l'ordinamento di costoro presuppone la conoscibilità delle norme e quindi la loro priorità temporale rispetto ai fatti<sup>64</sup>.

Tutte queste riflessioni ci sembrano condivisibili.

Ci permettiamo di aggiungere ancora che il tema della legalità qui è tanto fondato quanto fondato è il rischio che le esclusioni dal diritto penale non siano del tutto disinteressate, così come è stato ancora una volta sottolineato dalla Consulta con la sentenza n. 208/2017.

In questo caso, premesse le differenze tra il processo penale e quello di prevenzione dettate dalle peculiarità di quest'ultimo, ritenendo anche comprensibili livelli di garanzia differenziati nel caso di compromissione di diritti patrimoniali in luogo di quelli concernenti la libertà personale, la Corte ha sostenuto che allorquando è in gioco il bene supremo della libertà anche il processo di prevenzione deve essere assoggettato alle garanzie fondamentali.

Sulla base di queste considerazioni la Corte ha ritenuto che nei casi di incapacità di partecipare al giudizio, data la preminenza del diritto di difesa e di autodifesa, il processo di prevenzione deve essere sospeso, dandosi così applicazione all'art. 70 c.p.p.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> M. ROMANO, *Introduzione. Parole introduttive*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini, L. Foffani, Giappichelli, Torino 2018, p. 4.

<sup>64</sup> Nelle misure di sicurezza, invece, la funzione di orientamento delle scelte d'azione dei cittadini è svolta dalla norma penale incriminatrice a presidio della quale sono poste.

<sup>65</sup> In senso conforme, C. cost., sent. n. 39/2004. È poi curioso notare come in questo caso la Corte abbia comprensibilmente incluso all'interno del diritto di difesa quello di autodifesa,

Tutto ciò non tiene ancora conto, però, del volto prevalentemente punitivo assunto dalle misure di prevenzione dopo i 'pacchetti sicurezza' del 2008 e del 2009. In particolare da quando l'attualità della pericolosità sociale – originariamente condizione necessaria ma non sufficiente della misura patrimoniale – è stata sganciata da quest'ultima. Così concependo una prevenzione impossibile perché addirittura priva del suo stesso destinatario. Né può trascurarsi che funzione preventiva e retroattiva risultano caratteristiche tra loro incompatibili, dato che la seconda esalta una funzione del tutto opposta perché orientata in senso ultra-punitivo<sup>66</sup>. Pertanto, nel sostenere la efficacia retroattiva delle misure di prevenzione, nonché nell'escluderle dal diritto penale sulla base della funzione prevalentemente preventiva da esse svolta, si dà luogo ad un vero e proprio paradosso.

Quello di non avvedersi che la retroattività di una misura da tutti definita come afflittiva e limitativa di diritti costituzionalmente presidiati, serve soltanto ad esaltarne il ruolo punitivo. Ci sembra infatti un errore metodologico quello di chi, anziché estrarre un concetto da una regola, conduce la lettura della regola alla stregua di un concetto aprioristicamente prestabilito. Tanto più che le misure patrimoniali puntano a scopi non del tutto sovrapponibili rispetto a quelli delle misure personali. Se, infatti, queste ultime non hanno subito negli anni alcuna reale variazione dei propri contenuti finalistici, essendo sempre rimaste ancorate alla tradizionale e 'generalista' funzione di controllo sociale (via via estesa a nuove categorie di proponibili)<sup>67</sup>, quelle patrimoniali hanno invece cambiato pelle, colorandosi anche di un nuovo teleologismo. L'introduzione della confisca 'disgiunta' dalla pericolosità attuale, se da un lato ha consentito un considerevole ampliamento dell'azione di contrasto ai capitali di provenienza illecita, dall'altro ha finito con l'attribuire allo strumento ablatorio una dimensione che non ha proprio nulla di preventivo, ma che al contrario esibisce una (a tratti esclusiva) connotazione sanzionatoria per ciò che il prevenuto abbia (o

---

ossia di difesa materiale (sul punto, cfr. C. cost., sent. n. 188/1980, § 6), stranamente del tutto svalutato nella precedente sentenza n. 21/2012, dedicata alla posizione degli eredi del prevenuto. Sentenza nel corso della quale la questione è stata ritenuta infondata sul presupposto che gli eredi subentrano al prevenuto nell'esercizio di ogni diritto processuale del quale quest'ultimo era titolare. Riconoscendo, senza però attribuire alcun peso alla circostanza, che rispetto al *de cuius* gli eredi scontano un diverso rapporto di conoscenza dei fatti. Affermazione dimostrativa che gli eredi, al pari dei soggetti incapaci di partecipare al giudizio, non sempre sono in grado di esercitare il diritto di autodifesa.

<sup>66</sup> In argomento, ad esempio, Cass. Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, in «DPC», con nota di A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura 'oggettivamente sanzionatoria' e si applica il principio di irretroattività: una sentenza 'storica'?*, 26 luglio 2013.

<sup>67</sup> SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., pp. 96 ss.

si sospetta che abbia) commesso.

Sempre nel solco della necessità di spiegare che le tante modificazioni legislative intervenute nel settore delle misure di prevenzione, malgrado le migliori intenzioni, ne hanno mutato il volto, sbiadendo molto la originaria vocazione preventiva ed enfatizzando l'opposto versante punitivo, vi è da notare che in questa direzione inequivocabilmente depone la introduzione del criterio della sproporzione quale presupposto della misura di prevenzione patrimoniale. Criterio, questo, perfettamente alternativo rispetto a quello tradizionale costituito dalla provenienza del patrimonio da attività illecite in quanto frutto o reimpiego delle stesse<sup>68</sup>. A parte il rilievo che l'intervenuto requisito della sproporzione ha di fatto sostituito quello della provenienza, perché di più agevole e semplificata dimostrazione, svolgendo una funzione assorbente, vi è da osservare che esso risulta del tutto cieco e privo di significatività. Ciò non solo per la sua incapacità di spiegare il modo in cui il patrimonio illecito si sia formato, ma anche per la sua inidoneità a dialogare con l'insostituibile requisito della pericolosità sociale, oggi tra l'altro sganciata dalla misura patrimoniale. A conferma basterà osservare che il rapporto di sproporzione è compatibile anche con percorsi di formazione della ricchezza assolutamente leciti, ma soprattutto non dà conto, per come già abbiamo osservato, della imprescindibile connessione – per la materia delle misure di prevenzione patrimoniali – tra ricchezza sospetta e i fatti dimostrativi della pericolosità sociale. In assenza di queste connessioni, che la norma minimamente valorizza, non può dirsi giustificato l'intervento ablatorio dello Stato che pertanto, in casi del genere, assume contorni non soltanto punitivi, ma ciecamente tali, anche per effetto degli squilibri generati da una irregolare distribuzione degli oneri probatori. Non è un caso, infatti, che le Sezioni unite siano dovute intervenire, integrando l'esangue disposizione legislativa con l'ulteriore requisito della necessaria corrispondenza temporale. Nel senso che i fatti posti a giustificazione del giudizio di pericolosità

<sup>68</sup> Come è noto, l'art. 3 l. 24 luglio 1993, n. 256 introdusse, limitatamente al sequestro di prevenzione, l'indizio della 'sperequazione' tra il valore dei beni posseduti e i redditi ufficiali, quale elemento sintomatico di derivazione illecita della ricchezza, modificando l'art. 1-ter, co. 2, l. n. 575/1965, nei termini seguenti: «(...) Il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego». Successivamente, l'art. 10 d.l. n. 125/2008 ha sostituito il primo periodo dell'art. 2-ter, co. 3, l. n. 575/1965, estendendo alla confisca l'indizio della sproporzione (non più connotato dall'aggettivo 'notevole'), prima limitato al solo sequestro.



sociale, per motivare anche il contrapposto versante patrimoniale, devono essere stati compiuti contestualmente all'acquisizione patrimoniale<sup>69</sup>. Il necessario intervento della Corte di cassazione, che somiglia molto ad una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, è pienamente condivisibile ma ci sembra incompleto. Infatti, per evitare che il requisito della sproporzione continui a manifestare spinte evidenti in direzione della natura punitiva delle misure di prevenzione, bisognerebbe introdurre anche l'ulteriore requisito del rapporto di corrispondenza quantitativa tra il valore dei beni confiscati e l'entità dei proventi illeciti. In caso contrario e cioè nella ipotesi in cui si ritenesse legittimo confiscare quote di patrimoni eccedenti rispetto a profitti illeciti di trascurabile rilevanza, la misura di prevenzione risulterebbe punitiva in quanto, non soltanto ablatoria di quote di patrimonio delle quali non è stata dimostrata la illecita provenienza, ma soltanto l'insignificante sproporzione con i redditi dichiarati, ma soprattutto perché priva di ogni funzionalità in chiave di prevenzione.

La Corte costituzionale si è recentemente avveduta di quanto ci permettiamo di osservare sul punto, operando, in tema di misure di prevenzione, un significativo riferimento alla relazione quantitativa<sup>70</sup>. È chiaro che così facendo si torna al presupposto originario della provenienza da attività illecita o del reimpiego, di fatto eliminando il requisito della sproporzione, ma si potrebbe dire che questo dovrebbe essere il destino delle disposizioni insensate<sup>71</sup>.

Considerazioni analoghe possono farsi con riferimento ai casi di pericolosità sociale nascenti dalla commissione di delitti anche gravissimi, ma improduttivi di proventi illeciti. In simili ipotesi, infatti, è difficile pensare che il pur meritato giudizio di pericolosità sociale possa poi trasferirsi dal piano personale a quello patrimoniale. Del tutto simmetricamente alle considerazioni che precedono la misura ablatoria qui avrebbe soltanto una coloritura ulteriormente punitiva, ingiustificatamente associandosi alla sanzione penale quale ulteriore motivo di incremento – sul piano patrimoniale – del trattamento sanzionatorio. È ovvio, pertanto, che tra il *nomen iuris* generativo del giudizio di pericolosità sociale e la misura patrimoniale deve sussistere una relazione qualitativa che renda effettiva la funzione preventiva delle misure in esame in quanto intimamente connessa all'insostituibile rapporto causale tra i fatti dimostrativi della

---

<sup>69</sup> Cass. SU, 26 giugno 2014, n. 4880, cit.

<sup>70</sup> Cfr. sent. n. 24/2019, cit., § 12.2.

<sup>71</sup> MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in «DPP», 2020, pp. 107 ss.

pericolosità sociale e la formazione di un patrimonio illecito. In altri termini la commissione di delitti anche gravi può spiegare la pericolosità sociale, giustificando la misura personale, ma non fornisce alcun elemento in direzione dell'illecito arricchimento, non giustificando, di per sé, la misura patrimoniale.

Si badi bene, parlare in questi esatti termini di funzione preventiva ha un senso del tutto conforme al codice genetico delle misure di prevenzione e non si presta alle ambiguità di una utilizzazione non disinteressata, ma soprattutto discendente dalla astratta qualificazione delle misure in oggetto. Ciò non soltanto perché si utilizzano concetti empirici e quindi verificabili, ma anche perché, in questi casi, la trasformazione dell'asserita funzione preventiva in punitiva è di tutta evidenza. Lo stesso non avviene, per come abbiamo già notato, allorché si agisce sulla spinta della pretesa di dilatare quanto più possibile l'uso di queste misure, non avvedendosi della utilizzazione di criteri che non si combinano in alcun modo con le esigenze della prevenzione.

È per questa ragione che se per le misure in oggetto si vuole conservare una effettiva funzione preventiva non si può abbandonare il collaudato schema della relazione eziologica tra l'attività illecita e la formazione di un patrimonio altrettanto tale. Per altro verso, è pure ovvio che ciò conduce ad abrogare per via interpretativa il criterio della sproporzione, dal momento che la imposizione di una relazione di tipo temporale, ma anche di natura quantitativa e qualitativa, per come sopra segnalato, ne comporta la eliminazione. Posto che se la formazione di un patrimonio sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati dovrà anche risultare temporalmente coeva rispetto ai fatti dimostrativi della pericolosità sociale, ma anche quantitativamente commisurata ai proventi tratti dall'attività delittuosa e che per di più quest'ultima dovrà risultare pure produttiva di proventi illeciti, lo stesso patrimonio inevitabilmente risulterà il frutto o il reimpiego di attività delittuose. Infatti, le tre indicate limitazioni restituiscono al rapporto tra pericolosità sociale e patrimonio illecito una significatività inequivocabilmente causale.

Se questa sequenza argomentativa persuade si giungerà alla sconcertante conclusione che il requisito della sproporzione, indubbiamente introdotto al fine di facilitare, semplificandola, la confisca dei patrimoni di origine illecita, invece si risolve nel suo esatto contrario. In altri termini, il requisito della sproporzione, come ogni elemento aggiuntivo di una fattispecie, non importa se di diritto penale o meno, dovrà ricorrere insieme ai preesistenti, creando ulteriori difficoltà probatorie.

Oltretutto quella da noi segnalata ci sembra costituisca l'unica soluzione per far dialogare tra loro pericolosità sociale e illecito arricchimento. Vero e proprio perno, quest'ultimo, sul quale soltanto può reggersi una prevenzione che non sia meramente illusoria o peggio dissimulata.

Nella direzione di negare efficacia retroattiva alle misure di prevenzione sulla base della rigida separazione tra la funzione punitiva e preventiva, soccorre poi il senso da attribuire a taluni significativi arresti giurisprudenziali. Si pensi alla dilatazione del concetto di 'sanzione' che si registra nelle pronunce della Corte edu<sup>72</sup>. Alla maggiore 'ampiezza' attribuita al participio passato «punito» contenuto nell'art. 25 cpv. Cost., con la conseguenza di includere, nel divieto di retroattività illeciti anche diversi da quello penale. Alla riconosciuta irretroattività/retroattività favorevole delle sanzioni amministrative punitive<sup>73</sup>. All'ampliamento dell'art. 7 Cedu, posto a garanzia del principio di irretroattività, ma ora anche di quello di retroattività *in mitius*<sup>74</sup>. Nonché infine, ai reiterati riconoscimenti della natura afflittiva delle misure di prevenzione e della loro pesante incidenza su diritti costituzionalmente garantiti dei cittadini<sup>75</sup>.

Tutto ciò che abbiamo scritto dimostra infatti come le misure di prevenzione costituiscano una sorte di 'monade' dell'ordinamento, che ci si ostina ad escludere dal diritto penale malgrado siano affidate alla competenza del giudice penale.

L'assertoria affermazione che criticiamo non è poi nemmeno scalfita

---

<sup>72</sup> Viene in rilievo, al riguardo, la definizione 'autonoma' di 'materia penale' elaborata e poi progressivamente affinata dalla CoEDU, anche al fine di sottrarre l'applicazione delle garanzie penalistiche previste dalla Convenzione al vincolo delle qualificazioni formali dei diversi ordinamenti giuridici interni. In effetti, nella giurisprudenza di Strasburgo sulla *matière pénale* si registra un processo di elaborazione dei parametri dai quali far dipendere l'operatività delle garanzie penalistiche, avviato dal già citato *leading case Engel* e poi scandito da fondamentali tappe quali quelle rappresentate, da un punto di vista teorico, dalle pronunce *Öztürk* e *Jussila* e, sul piano applicativo, dalle sentenze *Welch* e *M.*, che hanno segnato altrettante aperture della giurisprudenza convenzionale rispetto al principio generale della irretroattività sfavorevole degli illeciti non formalmente penali. Tanto è vero che non si sa sino a che punto potrà reggere – in una prospettiva solo in parte diversa – la tuttora ribadita estraneità delle misure di prevenzione al diritto penale.

<sup>73</sup> Si veda, ad esempio, C. cost., sent. n. 223/2018.

<sup>74</sup> Cfr. CoEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, secondo la quale l'art. 7, co. 1, CEDU, non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice debba applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo.

<sup>75</sup> Tra le tante, cfr. Cass. SU, 26 giugno 2014, n. 4880, *cit.*, nonché, nella giurisprudenza costituzionale, C. cost., sent. n. 24/2019.

dalla prasseologica constatazione che al diritto penale e al diritto processuale penale si deve obbligatoriamente ricorrere per risolvere ogni questione pratica che ne condizioni l'applicazione.

Ciononostante le misure di prevenzione non sarebbero diritto penale. Ma non sarebbero nemmeno diritto amministrativo punitivo. Qualificazione, quest'ultima, che se riconosciuta per lo meno conferirebbe loro un decoroso statuto di garanzia. Ma non sarebbero neanche diritto civile, data l'indiscutibile appartenenza all'area del diritto pubblico di misure orientate alla difesa sociale che incidono sulle libertà individuali.

Insomma, così ragionando quello delle misure di prevenzione sembrerebbe uno strano caso di apolidia nel mondo del diritto. Ovvero di irriducibile prevalenza delle etichette sulla realtà. Come se si trattasse di figli illegittimi che si ha imbarazzo a riconoscere.

##### 5. *Il caso deciso dalla sentenza Spinelli*

Sul tema della efficacia nel tempo delle misure di prevenzione le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono così testualmente espresse nella già più volte richiamata sentenza *Spinelli*, replicando le conclusioni alle quali era giunto il giudice di merito: «La Corte distrettuale richiamava l'insegnamento giurisprudenziale di legittimità sulla necessità della verifica incidentale della pericolosità sociale e sull'efficacia nel tempo delle novelle del 2008 e del 2009, in tema di confisca 'disgiunta', sul rilievo che il detto ambito di efficacia si estendeva anche a fatti-reato commessi prima dell'entrata in vigore delle stesse riforme, in forza del disposto dell'art. 200 cod. pen., relativo all'applicabilità alle misure di sicurezza della legge vigente al tempo della loro applicazione ovvero, in ipotesi di modifiche normative intervenute in fase di esecuzione, della legge vigente in quel momento (Sez. 1, n. 5361 del 13/01/2011, Altavilla, Rv. 249800).

Dallo sviluppo dell'iter logico-giuridico della pronuncia impugnata, balza evidente che all'applicazione della confisca di prevenzione nei confronti delle due prevenute il giudice *a quo* è pervenuto sulla base delle menzionate novelle, applicate, quindi, retroattivamente. In particolare, ha fatto corretta applicazione del principio dell'irrelevanza del requisito dell'attuale pericolosità sociale e del disposto ampliamento della platea dei destinatari delle misure di prevenzione patrimoniale, sì da ricomprendere, nel relativo ambito, anche i soggetti indicati alla L. n. 1423 del 1956, art.

1, nn. 1 e 2 tanto da applicare la misura ablatoria proprio sul presupposto dell'appartenenza delle odierne ricorrenti a siffatta categoria.

Viene, così, in evidenza il punto focale della questione di diritto oggi alla cognizione delle Sezioni Unite, ossia l'applicabilità retroattiva delle nuove disposizioni di legge in materia. Ed infatti, se è vero che la proposta di prevenzione, per quanto si è detto, ricadeva, temporalmente, nella sfera di previsione della nuova disciplina, la misura di prevenzione, richiesta ed applicata, si riferiva a situazioni e fatti pregressi, risalenti al tempo in cui si è ritenuto che le prevenute fossero dedite ad attività delinquenziale, come desunto dai numerosi precedenti penali e giudiziari a loro carico».

Abbiamo preferito riportare un intero stralcio della sentenza per evitare il rischio di travisarne le argomentazioni. Offrendo così un quadro quanto più possibile fedele della questione di diritto devoluta alle Sezioni unite.

Al riguardo vi è da aggiungere che il meccanismo della retroattività nel caso preso in esame dalle Sezioni Unite interviene in una vicenda già contrassegnata dall'infruttuoso esercizio dell'azione di prevenzione, a causa dell'originaria disciplina legislativa concernente il rapporto tra misura personale e patrimoniale, che qualificava la prima come condizione necessaria, ancorché non sufficiente, della seconda.

Ciò premesso, si deve notare che il giudice di merito, come anche la Corte di cassazione, ritengono di poter ordinare la confisca utilizzando una legge intervenuta perché successiva alla commissione dei fatti per i quali la misura di prevenzione è stata poi applicata. In altri termini, senza l'intervento legislativo posteriore ai fatti oggetto della proposta e l'attribuzione alla legge posteriore di efficacia retroattiva, la confisca non sarebbe stata applicabile, data la impossibilità di qualificare le due donne proposte come socialmente pericolose 'ora per allora'.

In altre parole, ritenere che le misure di prevenzione siano applicabili retroattivamente ha comportato che soggetti che non ne erano destinatari secondo le leggi vigenti al momento dei fatti loro addebitati – circostanza che aveva comportato il rigetto di una originaria proposta – siano divenuti tali sulla base di una legge intervenuta.

È curioso notare che così ragionando si prefigura una vicenda molto simile a quella decisa con la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020. Anche qui si registra l'intromissione della legge posteriore in una controversia giudiziaria, le sorti della quale sono state decise con 'effetto sorpresa'.

Ed è ancora più rilevante notare che ciò conduce a sottomettere il cittadino al pericolo di interventi legislativi che incidono su suoi diritti costituzionalmente garantiti, ancorché la legge vigente all'epoca

dei fatti inducesse a ritenerli definitivamente acquisiti e consolidati. Con ciò verificandosi non soltanto i danni tipici della pluririchiamata incertezza dei rapporti giuridici, ma anche quelli propri dell'incalcolabilità delle conseguenze sfavorevoli alle quali il cittadino e tutti i suoi eventuali eredi restano perennemente esposti.

Con l'aggravante – se il termine può esserci fatto passare – che in questo caso l'applicazione retroattiva non deriva da una disposizione legislativa, ma dalla interpretazione dei giudici. Peraltro, per come abbiamo più volte ricordato, nessuno può negare che l'eventuale carenza di norme regolative della successione tra leggi nel tempo è automaticamente colmata dall'art. 11 delle preleggi.

Anche qui, come per le misure di sicurezza, ci si dovrebbe chiedere di quale prevenzione parliamo se pensiamo di attuarla a mezzo di leggi retroattive. Ossia di leggi che concretizzano il senso di una punizione che si potrebbe definire sleale. Ancora una volta per l'evidente ragione che il destinatario di un trattamento retroattivo e sfavorevole apprezzerà la legge – o, peggio, l'interpretazione – che lo ha giustificato come punitiva ed ingiusta. Tale cioè da suscitare sentimenti di ribellione.

*6. La retroattività è inconciliabile con ogni misura di carattere afflittivo e limitativo dei diritti. L'insoddisfacente statuto costituzionale delle misure di prevenzione*

A ben riflettere la questione della retroattività delle misure di prevenzione è più limitata di quanto si possa pensare. Già il richiamo, sia pure in tema di misure di sicurezza patrimoniali, alla giurisprudenza che ne limita la retroattività al solo caso dell'applicazione, ma non a quello della esecuzione<sup>76</sup>, seguendo la logica della 'assimilazione', dovrebbe produrre analoghi risultati anche con riferimento alle misure di prevenzione. La circostanza testimonia come nel caso la Corte di cassazione abbia fatto ricorso ad un vero e proprio procedimento analogico, trasferendo la disciplina espressamente dettata per le misure di sicurezza dagli artt. 236 e 200 c.p. alle misure di prevenzione. Come se tale disciplina si debba ritenere automaticamente applicabile a queste ultime in quanto dettata per le misure di sicurezza. Pur condividendosi il rilievo secondo il quale in materia di misure di sicurezza patrimoniali il meccanismo di cui all'art. 200 c.p. è richiamato dal

<sup>76</sup> Cass. Sez. VI, 16 febbraio 2015, n. 21491, in «Dejure».

successivo art. 236 c.p. limitatamente alla fase dell'applicazione e non anche a quella esecuzione, ciò dimostra come sotto la impropria etichetta della 'assimilazione' si reputi di poter operare un totale trasferimento delle regole dettate espressamente per un istituto all'altro. A prescindere dalla necessità di regolare la fase della esecuzione delle misure di prevenzione in maniera differenziata rispetto a quello dell'applicazione e data soprattutto l'assenza di alcun problema pratico da risolvere quanto alla intervenuta variazione di misure di prevenzione applicate ed eseguite.

In aggiunta – e questa volta con esclusivo riferimento alle misure di prevenzione – in caso di pericolosità qualificata (o da reato) è ben difficile parlare di retroattività. In effetti, premesso che il presupposto di questa forma di pericolosità è il reato, lo statuto costituzionale di quest'ultimo inevitabilmente le condiziona, così assicurando il divieto di retroattività sfavorevole. Divieto che, in virtù di quanto sin qui osservato deve riconoscersi anche alle misure nascenti da pericolosità generica, nella misura in cui quest'ultima fa riferimento alla condizione di chi vive, in tutto in parte, dei proventi di attività delittuose. Al riguardo sarebbe anche irragionevole una diversa disciplina dell'applicazione nel tempo delle misure di prevenzione basata sulla diversa natura della pericolosità – se generica o specifica – che ne impone l'applicazione. Particolarmente se valutata in relazione ai medesimi effetti patrimoniali che da entrambe le ipotesi di pericolosità possono conseguire<sup>77</sup>.

Resta poi ferma la già manifestata convinzione circa la incompatibilità tra un sistema di vera prevenzione e la sua applicazione retroattiva.

Siamo semmai dell'idea che il vero predicato della prevenzione sia la irretroattività. Il dialogo tra Stato e prevenuto che ogni sistema che si ispiri a queste finalità deve necessariamente perseguire, in caso contrario si reggerebbe su presupposti di vera e propria arbitrarietà.

Se poi si convenisse sulla opportunità di prescindere dalla formalistica e fin troppo gracile contrapposizione tra punizione e prevenzione, cui soltanto si deve la esclusione di queste misure dal perimetro delle garanzie, ben si comprenderebbe che, addirittura anche sulla scorta dei criteri *Engel* – per quel poco che possono valere – le misure di prevenzione meriterebbero di essere qualificate come 'punitiva'. La pur riconosciuta natura afflittiva e limitativa di diritti costituzionalmente rilevanti, anche se associata a finalità preventive, dovrebbe semmai comportare, ammesso che ciò abbia un senso, la prevalenza del momento punitivo. Assoggettandole, così, nel rispetto di noti e consolidati principi generali, alle garanzie riservate alla funzione

---

<sup>77</sup> V. art. 16 d.lgs. n. 159/2011.

maggiormente limitativa dei diritti. Solo così, ossia mettendo insieme legalità e divieto di retroattività, sarà possibile ovviare all'insoddisfacente statuto costituzionale delle misure di prevenzione<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Corte cost., sent. n. 24/2019, *cit.*





Gaetano De Amicis\*

*Formulazione del principio di diritto e rapporti  
tra Sezioni semplici e Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione*

SOMMARIO: 1. La formulazione del “principio di diritto” – 2. Il ruolo del precedente – 3. “Confronto” di nomofilachie o “nomofilachia integrata”? – 4. Il principio di diritto nella dinamica dei rapporti fra Sezioni unite e Sezioni semplici – 5. La modifica dell’art. 618 c.p.p. e il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione – 6. L’enunciazione del principio di diritto nei casi di inammissibilità del ricorso – 7. La “delimitazione” del principio di diritto – 8. L’individuazione del contrasto con un principio affermato dalle Sezioni unite – 9. Nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie – 10. Tra “vincolo” e mera “persuasione”: l’incidenza sistematica di una “tendenziale stabilità” della giurisprudenza di legittimità – 11. Conclusioni.

1. *La formulazione del “principio di diritto”*

Il principio di diritto non costituisce fonte del diritto nel nostro sistema, né rappresenta la codificazione di una norma di dettaglio a corredo di quella interpretata, quanto invece la generalizzazione della interpretazione ed applicazione della norma ad una fattispecie concreta.

La sua formulazione è il risultato di un’operazione interpretativa attraverso cui la decisione individuale viene ricondotta sotto una norma generale destinata ad applicarsi non solo nei casi uguali ma anche in quelli simili o assimilabili.

Non si tratta ovviamente «di un principio astratto, ma di un principio che regge il caso, cioè del diritto applicato al caso»<sup>1</sup>.

È la regola di giudizio in cui si condensa il criterio di decisione della fattispecie concreta, criterio estratto dalla norma e suscettibile di costituire l’anello cui si aggancia la soluzione di altre fattispecie analoghe o uguali e di farsi, dunque, principio di diritto costantemente enucleabile dalla catena delle susseguenti pronunzie.

\* Consigliere della Corte di Cassazione.

<sup>1</sup> G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in «EGT», Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1990, p. 11.

Diversa la ratio decidendi, attraverso cui si delinea il fondamento della decisione, instaurando un percorso logico che, a differenza della legge, come pure dell'atto negoziale, mira a persuadere dell'esattezza, sul piano della rispondenza al comando normativo, dell'opzione ermeneutica sintetizzata nella formulazione del principio di diritto.

Essa altro non è che «il rapporto fra la risoluzione (motivata) del caso e il “caso” stesso, cioè il “fatto” e le “questioni inerenti”»<sup>2</sup>.

Il “principio di diritto”, dunque, ha la funzione di “universalizzare” la decisione individuale.

Questo è il cuore della “funzione uniformante” della Corte di cassazione. Le indicazioni che in tal senso provengono dalle sue decisioni, di conseguenza, costituiscono “principio di diritto” a tutti gli effetti, poiché la funzione della Corte di legittimità è proprio quella di individuare la portata applicativa della norma in via generale.

È normale, allora, che la Corte prenda le mosse dall'ipotesi specifica oggetto della decisione per scalare via via i gradini di una più generale enunciazione<sup>3</sup>. Se si rimanesse ancorati al solo caso di specie, formulando un principio astratto unicamente ad esso riferibile, di fatto le pronunce non sarebbero mai destinate ad essere applicate con certezza nel futuro: nella realtà, infatti, è difficile che un caso si presenti identico all'altro, ed ove l'attività di uniformazione fosse lasciata totalmente nella disponibilità dei singoli giudici, essa, attraverso la tecnica del *cd. distinguishing*, rischierebbe di essere vanificata in via di fatto.

Se il giudice è soggetto solo alla legge, il principio di certezza del diritto esige tuttavia che casi eguali vengano trattati in modo eguale: di qui il compito di curare la unità del diritto oggettivo nazionale storicamente assegnato alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12); compito cui tende in questi ultimi anni ad aggiungersi, con sempre maggiore incidenza rispetto al passato, quello di individuare una lettura delle norme interne al tempo stesso conforme ai principi costituzionali e coerente anche con il diritto euro-unitario e della CEDU, così come interpretata nella elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>4</sup>.

Questioni dense di profili problematici si pongono, infatti, con riguardo alla vasta area dei rapporti fra la Corte di cassazione, da un lato, ed altre

---

<sup>2</sup> GORLA, *Precedente giudiziale*, cit., p. 11.

<sup>3</sup> R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 131 ss.

<sup>4</sup> Sul tema, da ultimo, v. A. DI STASI, *Corte di Cassazione e Corti europee*, in *I processi civili in cassazione*, a cura di A. Didone, F. De Santis, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 289 ss.

alte Corti, la cui giurisprudenza (avente ad oggetto normative diverse dalla legge statale) può al contempo condizionare o essere condizionata dalla giurisdizione di legittimità<sup>5</sup>.

L'ampia composizione dei collegi delle Sezioni semplici e l'ancor più ampia composizione delle Sezioni unite della Corte sono espressione di una generale esigenza di garanzia funzionale a permettere la emersione del principio ritenuto correttamente espressivo del quadro dei valori di riferimento di una comunità sociale in un determinato momento storico.

Il principio, tuttavia, nasce e vive sempre su un terreno ove emerge un'incolmabile "eccedenza" rispetto al contenuto delle singole norme, la cui tradizionale gerarchia tende oggi a ridisegnarsi all'interno di una prospettiva allargata alle "dichiarazioni" di diritti di carattere internazionale che vincolano gli ordinamenti delle nazioni civili<sup>6</sup>.

Nella individuazione del principio lo sguardo è rivolto verso il passato ed è connotato da un senso di rispetto e valorizzazione di una realtà normativa preesistente, consentendo al giudice "di andare alla radice, di vedere cosa sta al fondo della disciplina e, quindi, di trarre ispirazione per applicare la legge in modo corretto", mentre la costruzione della regola guarda al futuro, posta come è dal legislatore per disciplinare ciò che dovrà accadere<sup>7</sup>.

La formulazione del principio di diritto si traduce in una direttiva ermeneutica per gli interpreti, in funzione della prevedibilità delle decisioni, della coerenza del sistema e di un auspicato effetto deflattivo rispetto all'insorgere di procedimenti inutili, in quanto destinato ad operare in un numero indefinito di processi, ed ancor prima nella realtà extra-processuale, perseguendo al tempo stesso scopi di eguaglianza delle tutele di fronte alla legge<sup>8</sup>.

È, più in particolare, il frutto di una trama di sequenze argomentative che si distendono nella motivazione di una decisione, trama la cui ampiezza e complessità, più o meno estese e variabili a seconda dei casi, producono la cristallizzazione di quelle sequenze in una o più affermazioni conclusive di sintesi, al fine di orientare stabilmente il successivo lavoro dell'interprete.

Ad una maggiore specificità di formulazione del principio di diritto

<sup>5</sup> Al riguardo v. R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in «CP», 2017, pp. 2608 ss.

<sup>6</sup> P. RESCIGNO, *Sui principi generali del diritto*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 127 ss.

<sup>7</sup> PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in RESCIGNO, PATTI, *La genesi della sentenza*, cit., p. 178.

<sup>8</sup> Cfr. L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, pp. 10 ss.

si ricollega la possibilità di dar vita, per progressiva germinazione, ad una catena di susseguenti affermazioni che ad esso direttamente si richiamano, precisandone, se del caso, ovvero ampliandone la latitudine applicativa in relazione ad una serie indefinita di casi e situazioni; ad una maggiore ampiezza di formulazione del principio si accompagna, a sua volta, una più agevole riconducibilità del caso al suo nucleo concettuale primigenio, attraverso un giudizio sussuntivo tendenzialmente replicabile all'infinito, sempre che la cornice di riferimento entro cui si inserisce quell'affermazione sia così precisamente delineata nei suoi contorni di riferimento e solidamente strutturata sul piano argomentativo, da potervi ricomprendere una quantità indefinita di casi analoghi.

In ogni caso, quanto più solida e convincente si mostrerà la base argomentativa di una decisione, tanto più longeva potrà risultare la vita del principio di diritto in essa racchiuso.

## 2. *Il ruolo del precedente*

Nel nostro ordinamento non esiste la codificazione del principio di vincolatività del precedente come tale (*stare decisis*), neppure se originato da una pronunzia delle Sezioni unite, ma tale regola costituisce innegabilmente un valore di tendenza all'interno dell'ordinamento, in forza del quale non ci si deve discostare da una consolidata interpretazione del giudice di legittimità, istituzionalmente investito della funzione di nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative.

Il fondamento normativo di tale regola generale si rinviene comunemente negli artt. 360-*bis*, 384, commi 1 e 2, 388 c.p.c. e 143 disp. att. c.p.c., nonché negli artt. 610, 618, 627, comma 3, 628, comma 2, c.p.p. e 172-173 disp. att. c.p.p.

Una recente decisione della Corte di cassazione<sup>9</sup> richiede la sussistenza di “buone ragioni” per mutare un indirizzo giurisprudenziale acquisito, e di “ottime ragioni” per giustificare l'*overruling* nel settore processuale, che incide sull'affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle “regole del gioco”. E in altra sentenza la stessa Corte<sup>10</sup>, pur convenendo sull'inesistenza della regola dello *stare decisis* nel nostro ordinamento, parla di una direttiva immanente per cui non ci si possa discostare da un precedente orientamento

---

<sup>9</sup> Cass. SU, n. 23675 del 06/11/2014, Rv. 632844.

<sup>10</sup> Cass. SU, n. 13620 del 31/07/2012, Rv. 623343.

di legittimità senza forti e apprezzabili ragioni giustificatrici.

L'impiego dei precedenti, in linea generale previsto nel nostro sistema processuale (ex artt. 118 disp. att. c.p.c.; 348-ter c.p.c.), permette un calcolo di probabilità, un'aspettativa circa la futura decisione del giudice, ma implica una pura relazione logica, che mantiene le sentenze pur sempre nel rango di decisioni su singoli casi: ciò sta a significare, per un verso, che le sentenze, sia le precedenti che la susseguente, si pongono quali decisioni di casi tra le quali viene stabilito un rapporto di riconoscimento, e, per altro verso, che esse non si elevano a norme generali, di per sé applicabili ad altri casi. Il criterio di decisione, infatti, sta prima e fuori di esse: non nascono *ex nihilo*, ma presuppongono quel criterio, del quale fanno applicazione<sup>11</sup>.

Dal precedente è dunque possibile discostarsi, ma in ossequio a rigorosi vincoli motivazionali e procedimentali.

Le tecniche di distacco più frequenti dal precedente, come è noto, sono quelle del *distinguishing* (si amplia o si restringe il raggio d'azione della *ratio decidendi* di un caso, per adeguarsi ai diversi profili della fattispecie) e dell'*overruling* (superamento di un principio giurisprudenziale affermato in passato), con il correttivo, per quest'ultimo caso, del *prospective overruling* a tutela dell'affidamento incolpevole, ossia della limitazione, nei sistemi di *common law*, della retroattività del mutamento, che varrà solo per future fattispecie, ma non per quelle anteriori.

Le riforme processuali intervenute in questi ultimi anni, ispirate come sono ad una moderata valorizzazione del principio dello *stare decisis*, in una misura compatibile con il canone costituzionale che vuole il giudice soggetto solo alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), danno il senso di un "rassicurante indizio di formazione del diritto vivente" attraverso la particolare forza assegnata al precedente delle Sezioni unite, civili e penali, della Corte di cassazione ex artt. 374 c.p.c. e 618 comma 1-*bis* c.p.p. (norme similari, del resto, sono da tempo previste per l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni riunite della Corte dei conti rispettivamente dall'art. 99 c.p.a. e dall'art. 117 cod. giust. cont.)<sup>12</sup>.

Si ritiene, tuttavia, che anche in mancanza di questa giurisprudenza, per così dire di tipo apicale, una giurisprudenza stabile e consolidata ben possa definirsi "diritto vivente": ciò non esclude, ovviamente, una successiva evoluzione della giurisprudenza, ma "nel momento in cui si raggiunge lo stadio del diritto vivente si ha, come conseguenza sul piano del

<sup>11</sup> N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in «Riv.dir.proc.», 2017, p. 1544.

<sup>12</sup> Così AMOROSO, *Massime e principi del diritto vivente*, in *I processi civili in cassazione*, cit., p. 159.

giudizio costituzionale, che è priva di rilevanza la questione incidentale di costituzionalità di una disposizione che il giudice rimettente ritenga esprima un significato (norma) diverso dal diritto vivente”<sup>13</sup>.

### 3. “Confronto” di *nomofilachie* o “nomofilachia integrata”?

L’affermarsi della giurisdizione delle Corti europee (Corte di giustizia UE e Corte europea dei diritti dell’uomo), quale epifenomeno più agevolmente percettibile della interrelazione, in continuo divenire, tra gli ordinamenti sovranazionali e quello interno, ha ridisegnato l’ambito di esercizio del potere appartenente ai giudici nazionali<sup>14</sup>, determinando un mutamento di prospettiva della funzione nomofilattica tradizionalmente attribuita alla Corte di cassazione, obbligata a garantire, oggi, l’uniforme interpretazione della legge come reinterpreta alla luce di una dimensione reticolare complessa, caratterizzata come è dall’incrocio di plurime fonti esterne, talora non sovrapponibili nel loro significato, provenienti dal diritto euro-unitario, dal sistema della CEDU e dalle altre Carte dei diritti fondamentali.

Una Corte di legittimità chiamata, da un lato, a sviluppare un serrato dialogo interno fra le singole Sezioni e le Sezioni unite, dall’altro lato ad avviare un problematico confronto esterno con la Corte costituzionale e la Corte di giustizia – obbligata come è al rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE in assenza dell’atto chiaro – e presto legittimata a richiedere pareri consultivi non vincolanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo, appena sarà reso esecutivo in Italia il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, già operativo in dieci Paesi del Consiglio d’Europa.

Una Corte garante della complessiva uniformità di interpretazione dell’ordinamento, la cui attività è sempre più percepita, entro questa prospettiva, quale punto di snodo di un sistema “multilivello” in via di continua destrutturazione e progressiva ricomposizione, “gradino ultimo” oltrepassato il quale possono aprirsi le porte di una giurisdizione “altra”, ma non “esterna”, quella di Strasburgo, determinando, in caso di condanna dello Stato italiano per una violazione convenzionale, l’ulteriore compito

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, che al riguardo osserva come la stessa Corte costituzionale (C. cost., 5 novembre 2015, n. 220, in «GC» 2015, p. 2020) attribuisca alla ricostruzione interpretativa delle Sezioni unite della Corte di cassazione il rango di diritto vivente in considerazione del ruolo nomofilattico dell’organo da cui promana.

<sup>14</sup> Cfr. G. DE AMICIS, E. VINCENTI, M. ACIERNO, *Il ruolo della Corte di Cassazione: tradizioni e mutamenti*, in «DPC», 10 novembre 2011, pp. 14 ss.

di affrontare i complessi problemi della “fase di ritorno”, ove il giudice di legittimità è tenuto a verificare quali effetti potrebbero o dovrebbero prodursi in esito alla condanna pronunciata dalla Corte EDU sul giudicato nazionale ‘corrotto’<sup>15</sup>.

Il quadro di riferimento normativo di fronte al quale si staglia oggi l’opera dell’interprete è dunque assai più ampio rispetto al passato.

Basti solo pensare alle implicazioni sottese al termine “legge” nel sistema del diritto convenzionale europeo dei diritti e delle libertà fondamentali, che si estende anche alla norma di diritto vivente, inglobando il diritto di origine legislativa e giurisprudenziale, con la conseguente espansione del principio della irretroattività all’ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibile con effetti *in malam partem*.

Entro questa prospettiva, il ruolo del diritto vivente nella costruzione della trama normativa, regolatrice della decisione nel caso concreto, emerge con particolare incisività nella sentenza delle Sezioni unite penali n. 18288 del 2010, con riferimento al c.d. giudicato esecutivo *ex art. 666, comma 2, c.p.p.*, dove la Corte afferma il principio secondo cui “*il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata*”<sup>16</sup>.

Il “formante” del diritto vivente, che nella dimensione nazionale è da riconoscere soprattutto nella elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione in funzione nomofilattica, postula in particolare “*la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione, la quale, senza varcare la linea di rottura col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima*”.

Nella complessa dinamica dei rapporti inter-ordinamentali, dunque, il sistema interno tende a divenire “diritto vivente” ad opera del giudice nazionale, il quale, dal testo al contesto e al significato della norma nella prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, sperimenta il vincolo della “interpretazione conforme” al diritto comunitario e a quello convenzionale ed assume, al contempo, la veste di “giudice comune comunitario” e di “giudice comune della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> R. CONTI, *La Corte di cassazione e la sua funzione*, in «Giustizia insieme», 17 novembre 2018, pp. 5 ss.

<sup>16</sup> Cass. SU, n. 18288 del 21/01/2010, Beschi, Rv. 246651.

<sup>17</sup> C. cost., nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, in «FI», 2008, I, p. 39.



È proprio con le istanze garantistiche sottese al principio di tipicità e di determinatezza della fattispecie incriminatrice, tuttavia, che la progressiva formazione del diritto vivente (anche mediante i mutamenti di giurisprudenza e sulla base del criterio della “sostanza dell’infrazione”) deve fare i conti, nel prisma della conoscibilità del precetto da parte dell’agente, della scusabilità dell’errore e della buona fede, con le inevitabili conseguenze sul piano della colpevolezza, secondo il canone stabilito dall’art. 7 CEDU nell’interpretazione offertane dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo<sup>18</sup>.

Sembra difficilmente percorribile, in effetti, a fronte del sistema costituzionale dell’illecito penale, qualsiasi tentativo di esplorazione interpretativa finalizzato ad oltrepassare il limite invalicabile rappresentato dai “cancelli delle parole”<sup>19</sup>, se è vero, come è vero, che il principio di soggezione alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) - di cui l’art. 25, comma 2, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale<sup>20</sup> - costituisce il presupposto di legittimazione di ogni attività giurisdizionale.

Si avverte, dunque, come proprio il concetto di “fattispecie”, la cui “solidità” è sempre stata assunta come presidio garantistico di uguaglianza e certezza, rischi di apparire “minacciato e messo in crisi dalla volatilità della *judge-made law*, e dall’irrompere del sempre più marcato “valore” del “precedente” anche in materia penale”<sup>21</sup>, la cui singolarità, propria di un “diritto dei limiti”, impone di fare ricorso ad un peculiare approccio metodologico nel procedimento interpretativo<sup>22</sup>, volto a conferire alla decisione del giudice un “fondamento ermeneutico controllabile”, anche attraverso la previsione di un più stringente obbligo di motivazione (quale quello oggetto della novellata disposizione di cui all’art. 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., a seguito dell’interpolazione operata dall’art. 1, comma 52, della legge 23 giugno 2017, n. 103).

<sup>18</sup> G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in «FI», 2012, V, pp. 305 ss.

<sup>19</sup> Si leggano le dense pagine di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 63 ss, nonché 72 ss., secondo cui “la legge - in che oggi si risolvono le fonti di diritto (regionali, nazionali, europee, internazionali) - con suoi contenuti e significati, traccia i confini invalicabili, entro cui si muove la decisione del giudicante. I principi vi stanno dentro, inclusi nel testo linguistico, e da esso o enunciati o ricavabili”.

<sup>20</sup> C. cost., n. 24 del 26 gennaio 2017.

<sup>21</sup> Cfr. le riflessioni di V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica*, in «DPC», 17 gennaio 2018, p. 5.

<sup>22</sup> F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike giuridica, Roma, 2017, pp. 68 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 63 ss.

#### 4. *Il principio di diritto nella dinamica dei rapporti fra Sezioni unite e Sezioni semplici*

Nel sistema processuale italiano i gradi di efficacia del precedente sono scanditi da un significativo reticolo di disposizioni normative, tutte orientate al rafforzamento della funzione nomofilattica<sup>23</sup>.

Nell'ipotesi di cassazione con rinvio, le norme di riferimento (art. 384, comma 2, c.p.c.; art. 143 disp. att. c.p.c.; artt. 627, comma 3 e 628, comma 2, c.p.p.; art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p.) fissano la natura diretta del vincolo per il giudice di rinvio, il quale “deve uniformarsi” al principio di diritto che la Corte ha enunciato nella soluzione delle questioni di diritto (precedente verticale) e dal quale la stessa Corte non potrà distaccarsi in caso d'impugnazione della decisione del giudice di rinvio, neppure se fosse intanto mutata la propria giurisprudenza (autoprecedente).

Riveste invece carattere indiretto, nei rapporti fra le Sezioni unite e le Sezioni semplici, il vincolo di coerenza con il precedente costituito dalla decisione che le Sezioni unite hanno pronunciato per dirimere i contrasti o per risolvere questioni di particolare importanza (precedente orizzontale): in tal senso appaiono orientate specifiche prescrizioni dei codici di rito, civile e penale (art. 374, commi 2 e 3, c.p.c.; artt. 610, comma 2 e 618, comma 1, c.p.p.; art. 172 disp. att. c.p.p.).

In linea generale si ritiene, all'interno del sistema processuale civile, che il “principio di diritto” espresso dalla Corte, quando si dirige verso l'esterno (dunque non verso i soggetti del processo, ma verso i soggetti dell'ordinamento, ivi compresi gli altri giudici), assume un'efficacia prevalentemente “persuasiva”, mentre nelle ipotesi in cui il *dictum* delle Sezioni unite si rivolge alle Sezioni semplici si va oltre la persuasività, determinando comunque un obbligo, se i suoi componenti non intendono uniformarsi, di rimettere alle Sezioni unite stesse la decisione del ricorso, spiegando le ragioni della divergenza. In questo caso, è la legge a stabilire un margine al principio che vuole il giudice soggetto esclusivamente alla legge, ed “è un limite compatibile con il principio costituzionale perché non obbliga alcun giudice a decidere in difformità dal significato che egli attribuisce alla legge, ma gli consente di provocare un nuovo giudizio, sul punto, dell'organo che esprime al più alto livello l'esigenza di “uniforme interpretazione” della legge e di incidere su quel giudizio esprimendo, con l'esplicazione delle ragioni della divergenza, una sorta di *dissenting opinion* preventiva”<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> CANZIO, *Nomofilachia*, cit., p. 307.

<sup>24</sup> In tal senso v. L. ROVELLI, *Nomofilachia e diritto vivente*, in *I processi civili in cassazione*, cit., p. 37.

Un ordinamento che consente alla pronuncia giurisprudenziale di sopravvivere al caso di specie, elevandone il *decisum* a paradigma di riferimento ovvero a modello per la risoluzione di casi futuri, imprime senza dubbio una forte spinta verso la stabilità e la prevedibilità del sistema attraverso la salvaguardia dei convergenti valori dell'uguaglianza e della certezza del diritto.

Sotto altro, ma connesso profilo, il giudice *a quo* (sia esso il giudice di merito ovvero quello di legittimità), come non è vincolato in ragione della "esclusiva" dipendenza dalla legge a non dissentire dall'interpretazione elevata a diritto vivente, così è libero di proporre una sua diversa esegesi del testo normativo e richiedere su di essa il controllo di compatibilità con il parametro costituzionale<sup>25</sup>, ovvero quello oggetto del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

Nel sistema processuale penale, volgendo lo sguardo sull'assetto normativo delineato dal legislatore prima della novella n. 103/2017, la disposizione di cui all'art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p. ha previsto, con riferimento a tutte le sentenze di annullamento con rinvio pronunciate dalla Corte di cassazione, che debba essere enunciato "specificamente" il principio di diritto al quale il giudice deve uniformarsi. In questo caso, il principio di diritto è funzionale al giudizio di rinvio, in cui vi è un obbligo assoluto e inderogabile di uniformarsi ad esso e l'effetto vincolante è collegato esclusivamente al principio specificamente enunciato, non anche ad affermazioni esplicative della *ratio decidendi* oppure a singoli sviluppi argomentativi che si limitino a scandagliare i vizi del provvedimento annullato, ma non forniscano, in sé, le indicazioni riparatorie in punto di legittimità.

Diversamente, lo stesso art. 173 disp. att. c.p.p., al terzo comma, là dove impone che la sentenza delle Sezioni unite debba «sempre» enunciare il principio di diritto sul quale si basa la decisione, attribuisce una diversa valenza alla "costruzione" del principio, nel senso che, ferma l'efficacia vincolante che esso produce sul giudizio di rinvio in caso di annullamento, gli si riconosce la funzione di contribuire all'attività nomofilattica della Corte di cassazione.

Nel risolvere i contrasti di giurisprudenza le Sezioni unite, a prescindere dall'esito della decisione, se la stessa sia, dunque, di annullamento, di rigetto o anche di inammissibilità, sono proiettate a *jus dicere* in funzione della tutela dello *jus constitutionis*, sicché ad esse s'impone di enunciare, sempre e comunque, il principio di diritto.

Rimane, tuttavia, il problema di individuare qual è il "principio di

---

<sup>25</sup> Cfr. *ivi*, p. 38.

diritto” cui fanno riferimento le nuove formulazioni lessicali dell’art. 618 comma 1-*bis* e comma 1-*ter*, c.p.p.<sup>26</sup>.

5. *La modifica dell’art. 618 c.p.p. e il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione*

La c.d. legge “Orlando” (art. 1, comma 66, della legge 23 giugno 2017, n. 103) ha inserito nel corpo dell’art. 618 c.p.p. due nuovi commi, volti ad incidere significativamente sul ruolo che le Sezioni unite della Corte di cassazione sono destinate a svolgere nel futuro.

Si tratta di disposizioni modellate dal legislatore sulla base di canoni di riferimento (rispettivamente, degli artt. 374, comma 3 e 363, comma 3, c.p.c.) già presenti nel sistema del processo civile a seguito della riforma operata con il d.lgs. 21 febbraio 2006, n. 40 e sostanzialmente riprodotti nell’ambito del processo penale attraverso un innesto finalizzato a potenziare l’uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite<sup>27</sup>.

Il comma 1-*bis*, in particolare, stabilisce che “*se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso*”. Si ripristina, in tal modo, la previsione originariamente contemplata nel progetto definitivo del codice di rito, e successivamente modificata alla luce delle perplessità avanzate dalla Commissione parlamentare consultiva sulla problematica della incidenza tendenzialmente vincolante del precedente, sia pure circoscritta al rapporto tra la Sezione semplice e le Sezioni unite<sup>28</sup>.

Siffatta disposizione si configura come norma “speciale” rispetto a quella “generale” contenuta nel comma precedente del medesimo art. 618, dove è prescritto che «*se una delle Sezioni della Corte rileva che una questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo o può dar luogo a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o d’ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite*».

Secondo la norma generale, non si ritiene doverosa la rimessione quando l’indirizzo contrastante si manifesti tra Sezioni ovvero si registri, all’interno

<sup>26</sup> V., *infra*, i parr. 7 e 8.

<sup>27</sup> M. BARGIS, *Impugnazioni*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di M. BARGIS, Wolters Kluwer – Cedam, Milano – Padova, 2018, p. 966.

<sup>28</sup> Sul punto v. E. LUPO, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in , *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 44 ss.

di una singola Sezione, una qualsiasi forma di dissenso inconsapevole che si presti ad essere agevolmente superata sulla base di un più meditato esame e di un semplice coordinamento di non equivoche disposizioni di legge<sup>29</sup>, ovvero, ancora, quando il ricorso può trovare autonoma soluzione in ragione della presenza di un concorrente motivo di annullamento del provvedimento impugnato<sup>30</sup>.

Le due disposizioni su richiamate (commi 1 e 1-*bis* dell'art. 618) vanno "lette" insieme poiché regolano la stessa materia, ossia le situazioni in cui matura un contrasto giurisprudenziale, ma la disposizione inserita dalla legge "Orlando" nel nuovo comma 1-*bis* c.p.p. si riferisce ad uno dei sottocasi ricompresi fra tutte le sotto fattispecie del comma 1: ossia il contrasto giurisprudenziale futuro e potenziale che coinvolge una Sezione semplice e le Sezioni unite. Si tratta, in altre parole, del conflitto interpretativo che si verrebbe a configurare qualora la Sezione semplice si pronunciasse adottando una decisione difforme da quanto precedentemente affermato dalle Sezioni unite.

La disposizione di nuovo conio, inoltre, individua una modalità incompatibile con quella regolata dal primo comma: obbligatorietà della rimessione alle Sezioni unite, non già mera facoltatività. In tal senso, infatti, deve essere letto l'indicativo «rimette»: se invece si optasse per la facoltatività della rimessione, la nuova previsione non avrebbe alcun senso, o comunque si trasformerebbe in una mera duplicazione della precedente disposizione, perché verrebbe sostanzialmente ad esprimere quanto già previsto dal primo comma.

Va ricordato che il Primo Presidente, *ex* art. 610, comma 2, c.p.p., può da subito assegnare un ricorso alle Sezioni unite, se le questioni proposte sono di particolare importanza, o nell'ipotesi in cui già esistano contrasti fra le decisioni adottate dalle singole Sezioni.

L'assegnazione è deliberata dal Primo Presidente d'ufficio o su richiesta formulata dal Procuratore generale o dai difensori.

Ove il Primo Presidente, invece, abbia assegnato ad una Sezione semplice il ricorso, questo può essere ancora rimesso alle Sezioni unite, ma in tale circostanza la titolarità dello spostamento è attribuita alla decisione della stessa Sezione assegnataria in due diverse ipotesi.

Nell'ipotesi in cui la Sezione investita del ricorso rilevi che già esiste un

---

<sup>29</sup> Cass. Sez. 6, n. 2801 del 12/10/1993, Santolla, Rv. 196029.

<sup>30</sup> Cass. Sez. 1, n. 17850 del 12/01/2017, Castriotta, Rv. 270298, che in motivazione ha richiamato il cosiddetto principio della "*ragione più liquida*" - già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, anche a Sezioni Unite, nella giurisdizione civile - annullando il provvedimento impugnato con rinvio al giudice di merito a causa della sua nullità e ritenendo recessiva l'opzione della rimessione alle Sezioni unite.

conflitto fra le Sezioni semplici (che evidentemente il Primo presidente ha ritenuto di non portare all'attenzione delle Sezioni unite), la decisione sulla rimessione — adottata su richiesta delle parti o d'ufficio — è facoltativa: il collegio, infatti, può decidere di alimentare ancora il conflitto, pronunciandosi sul ricorso, con l'evidente intenzione, magari attraverso l'esposizione di nuovi argomenti, di determinarne, o avviarne, il superamento; in alternativa, può trasmettere direttamente il procedimento alle Sezioni unite. Al riguardo si è precisato, infatti, che la rimessione facoltativa di una questione di diritto alle Sezioni unite, prevista dall'art. 618, comma 1, c.p.p., richiede la ravvisabilità di un contrasto "sufficientemente consolidato", sì che risulti superata la soglia dell'ordinario svolgimento di una riflessione giurisprudenziale in progressivo affinamento per essere sedimentate posizioni delle quali non è prevedibile l'ulteriore evoluzione<sup>31</sup>.

Qualora, invece, la Sezione semplice ritenga che essa stessa darà vita ad un conflitto, in quanto la questione di diritto che deve risolvere è già stata oggetto di una pronuncia - non condivisa - delle Sezioni unite, la rimessione costituisce un esito obbligatorio, poiché per la Sezione semplice, in questo caso, non vi è alcun margine di scelta.

Se, dunque, i meccanismi previsti dagli artt. 610 comma 2 e 618 comma 1 c.p.p. fanno capo alla discrezionalità, rispettivamente, del Primo presidente e delle singole Sezioni, la norma di nuovo conio pone in capo alla Sezione assegnataria del ricorso un vero e proprio vincolo, sempre che sulla questione si siano già pronunciate le Sezioni unite e la Sezione investita del ricorso venga a trovarsi in disaccordo con il principio di diritto dalle stesse affermato<sup>32</sup>.

Evidente la *ratio* dell'intervento legislativo, che attraverso la previsione di un'ipotesi di rimessione obbligatoria mira a contenere la formazione dei contrasti giurisprudenziali, risolvendoli in via preventiva e scoraggiando, al tempo stesso, la presentazione di ricorsi che proprio sulla aleatorietà dell'esito facciano affidamento, a causa dello stato di incertezza interpretativa incombente sulla materia che ne costituisce l'oggetto<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cass. Sez. 4, n. 39766 del 23/05/2019, Cappadona, Rv. 277559.

<sup>32</sup> R. APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Giuffrè, Milano, 2017, p. 276; A. CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.: verso un effettivo ed auspicato potenziamento della funzione nomofilattica*, in «LP», 16 luglio 2018, p. 13.

<sup>33</sup> BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 966; A. BASSI, *Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*, in «CP», 2018, p. 4060.

Al riguardo, una recente decisione delle Sezioni unite ha confermato tale linea interpretativa<sup>34</sup>, affermando che la disposizione prevista dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. introduce, al fine di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, un'ipotesi di rimessione "obbligatoria" alle Sezioni unite, che trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione.

Con un modello di regolazione dei contrasti in tal modo congegnato si favorisce, o comunque si consente, la possibilità di avviare un confronto interno alle singole Sezioni ovvero ai singoli collegi di una medesima Sezione: dialogo che può svilupparsi anche attraverso decisioni che producono o incrementano contrasti interpretativi.

Viene così confermata ed incentivata una prassi già da tempo consolidata: le Sezioni semplici, soprattutto di fronte al flusso continuo delle novità prodotte dal legislatore, sono chiamate a dialogare su come i testi normativi debbano essere interpretati ed inseriti nel sistema, sicché la stessa possibilità di decisioni difformi costituisce una eventualità naturalmente configurabile all'interno di tale dialogo<sup>35</sup>.

Si stimola, in tal modo, l'emersione di tutte le problematiche potenzialmente ricollegabili all'introduzione di modifiche o novità normative ed il sistema confida nella possibilità di un componimento spontaneo del contrasto.

Tuttavia, una volta che le Sezioni unite si pronunciano, il sistema tende ad irrigidirsi. Una eventuale decisione successiva difforme da parte di una Sezione semplice è inibita, poichè in tale ipotesi il collegio è obbligato a rimettere alle Sezioni unite la definizione della questione controversa.

Ne discende che solo queste ultime sono tenute a valutare i motivi per cui le Sezioni semplici propongono di modificare o superare la precedente interpretazione, e sempre al supremo consenso è riservata la determinazione relativa alla conferma del precedente indirizzo interpretativo ovvero al suo mutamento.

Opportunamente, l'obbligatorietà della rimessione non viene esplicitamente presidiata dal legislatore con l'articolazione di un apposito quadro di sanzioni<sup>36</sup>, né appare configurabile, del resto, fra le pieghe di meccanismi propri dell'attività interpretativa, la emersione di alcuna forma di invalidità processuale, sia essa tipica o atipica. Deve escludersi, in particolare, la nullità della pronuncia emessa dalla Sezione semplice

---

<sup>34</sup> Cass. Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273549.

<sup>35</sup> APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 301.

<sup>36</sup> Sul punto v. Cass. Sez. 1, n. 464 del 22/09/2020, dep. 2021, Di Leo, Rv. 280213.

in violazione dell'obbligo di intervento delle Sezioni unite: la deviazione dall'*ordo procedendi* in tal guisa verificatasi non può riferirsi ad alcuna delle nullità generali previste dall'art. 178 c.p.p.

È proprio tale scelta legislativa, tuttavia, a disvelare, sotto altro profilo, la natura "debole" del vincolo posto in capo alle Sezioni unite, affidando alla sensibilità di ciascuna Sezione la decisione se dar luogo o meno alla rimessione, ancorché nelle ipotesi in cui questa si profilerebbe come obbligatoria<sup>37</sup>.

Certamente il legislatore, sulla base del riferimento al modello dell'art. 374, comma 3, c.p.c., avrebbe potuto esplicitare l'obbligo di motivazione dell'ordinanza adottata dalla Sezione semplice, ma è pur vero che, trattandosi di un tipo di atto per il quale l'ordinamento processuale di per sé impone l'obbligo di motivazione (*ex art. 125, comma 3, c.p.p.*), l'ordinanza di rimessione dovrà congruamente illustrare, a fronte della specifica evenienza procedimentale venutasi in tal modo a determinare, quali siano le ragioni per le quali si ritenga emendabile o, addirittura, superato l'orientamento fissato con il principio di diritto a suo tempo statuito dalle Sezioni unite, dando così modo alla Sezione semplice di sviluppare sul piano argomentativo il suo contributo nomofilattico<sup>38</sup>.

A sua volta, il mutamento di indirizzo da parte delle Sezioni unite dovrà costituire il frutto di una scelta attentamente ponderata, poiché volta a costruire un nuovo punto di equilibrio all'interno del sistema, e potrà dunque avvenire solo quando sia giustificato da solide ragioni «e in modo tale da assicurare la creazione di una "nuova uniformità"»<sup>39</sup>.

## 6. *L'enunciazione del principio di diritto nei casi di inammissibilità del ricorso*

La seconda modifica operata dal legislatore ha comportato l'introduzione del nuovo comma 1-ter dell'art. 618 c.p.p., ove si stabilisce che «*il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta*».

In tal caso la novella viene a disciplinare un'ipotesi del tutto peculiare, poiché le Sezioni unite, una volta investite, possono risolvere la questione

<sup>37</sup> CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.*, cit., p. 18.

<sup>38</sup> Sul punto cfr. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 966.

<sup>39</sup> M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 165.



di diritto prospettata con la ordinanza di rimessione anche se il ricorso è inammissibile per una causa sopravvenuta (ad es., nell'ipotesi della rinuncia al ricorso, ovvero nei casi di sopravvenuta rimessione in libertà quando venga impugnato un provvedimento *de libertate*).

La risoluzione del quesito di diritto, tuttavia, è solo enunciata, svolgendo per il futuro la sua generale funzione di orientamento, senza che la stessa possa incidere sull'esito processuale di specie, dal momento che il ricorso presentato deve comunque essere dichiarato inammissibile. L'istituto, dunque, rappresenta una espressione pura della funzione nomofilattica, muovendosi nell'esclusivo ambito di tutela dello *ius constitutionis*, senza incidere su alcun profilo attinente al versante del cd. *ius litigatoris*<sup>40</sup>.

La pronuncia della Corte, quindi, avviene in funzione esclusiva dell'interesse dell'ordinamento e delle applicazioni future della norma che ne è l'oggetto<sup>41</sup>.

Ne consegue che la pronuncia non produce alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito, presentando la nuova norma una finalità di tipo semplificativo-acceleratorio, basata essenzialmente sulla valorizzazione di una presunzione: essendo prevedibile che il medesimo problema a breve termine si ripresenterà, tanto vale risolvere da subito il contrasto, senza attendere i tempi di una nuova rimessione alle Sezioni unite<sup>42</sup>.

In relazione ad un caso presentatosi alcuni anni orsono in materia

---

<sup>40</sup> G. DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità, flussi nomofilattici e "isole nella corrente": il coagulo di una nuova sintassi nei rapporti tra Sezioni semplici e Sezioni unite*, in *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, a cura di A. Pulvirenti, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 286 s.

<sup>41</sup> E. LUPO, voce *Cassazione penale*, in «ED», Annali, X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 177 ss., che segnala come, in una recente decisione (Sez. U, 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, in «CP»., 2016, p. 4334), le stesse Sezioni unite abbiano ritenuto di affermare, ancor prima dell'approvazione della nuova legge, il principio di diritto in un caso in cui il ricorso è stato dichiarato inammissibile (in applicazione di un orientamento da esse per la prima volta affermato), considerando prioritaria l'esigenza di nomofilachia in occasione della prima interpretazione del nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (*ex art. 168-bis c.p.*).

<sup>42</sup> APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 303; G. FIDELBO, *Verso un sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in «DPC», 29 gennaio 2018, p. 13, nonché in AA.VV., *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, a cura di M. Bargis, H. Belluta, Giappichelli, Torino, 2018; L. LUDOVICI, *Il giudizio in cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, Wolters Kluwer – Cedam, Milano – Padova, 2017, pp. 447 ss.

estradizionale, le Sezioni unite furono chiamate a risolvere un contrasto giurisprudenziale verificatosi in merito ad una rilevante questione di diritto, che non venne tuttavia affrontata perché nel corso del processo l'estradando venne consegnato allo Stato richiedente, con la conseguente perdita di interesse al ricorso, sicché l'esito decisorio fu quello di una dichiarazione di inammissibilità per carenza di interesse sopraggiunta<sup>43</sup>.

Presupposto della decisione cui la Corte pervenne in quel caso era, significativamente, da ravvisare nel fatto che nel sistema processuale penale non v'era una disposizione simile a quella di cui all'art. 363, comma 3, c.p.c. che, valorizzando la funzione nomofilattica del giudice di legittimità, consente alla Corte di cassazione, pur quando dichiara inammissibile il ricorso, di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, anche se tale pronuncia non è destinata a spiegare alcun effetto sul provvedimento del giudice di merito (comma quarto del citato articolo)<sup>44</sup>. Né le Sezioni unite ritennero concretamente percorribile, in quella peculiare evenienza procedimentale, la strada di un'estensione analogica di tale disciplina nell'ambito del sistema processuale penale, attraverso l'auto-attribuzione del corrispondente potere.

La su richiamata disposizione, pur trovando certamente la sua principale fonte di ispirazione nel modello disegnato dall'art. 363, comma 3, c.p.c., se ne distacca tuttavia per la presenza di differenze niente affatto trascurabili<sup>45</sup>.

L'attuale formulazione della norma processual-civilistica attribuisce sia alle Sezioni semplici della Cassazione, sia al massimo collegio, il potere di pronunciare, anche d'ufficio, il principio di diritto, quando l'impugnazione è dichiarata inammissibile (per qualsivoglia motivo), ove la Corte ritenga che la questione da decidere sia di particolare importanza.

Il nuovo comma 1-ter dell'art. 618 c.p.p., di contro, sembra dar vita ad un meccanismo assai più «angusto», poiché conferisce il potere di emanare il principio di diritto in capo unicamente alle Sezioni unite e presenta un

<sup>43</sup> Cfr., in motivazione, Cass. Sez. U, n. 6624 del 27 ottobre 2011, Marinaj, Rv. 251692 che erano state chiamate a risolvere la questione «*se la misura coercitiva a fini estradizionali perda efficacia nel caso in cui lo Stato richiedente non prenda in consegna l'estradando nel termine di legge a causa della sospensione dell'efficacia, disposta dal giudice amministrativo, del provvedimento ministeriale di concessione dell'estradizione*».

<sup>44</sup> Al riguardo cfr., in generale, BARGIS, *Ricorso per cassazione inammissibile e principio di diritto nell'interesse della legge* ex art. 363, comma 3, c.p.c.: un istituto esportabile in sede penale a fini nomofilattici?, in «CP», 2013, p. 119.

<sup>45</sup> BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., pp. 966 s.; APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 303 ss.; CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.*, cit., pp. 20 s.; M. GJALUZ, J. DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la "riforma Orlando"*, in «Proc. pen. e giust.», 2018, pp. 989 ss.

ambito di applicazione limitato ad un solo caso specifico di inammissibilità, quella sopravvenuta, peraltro omettendo qualsivoglia riferimento al profilo della particolare importanza della questione decisa.

È risalente, nella elaborazione giurisprudenziale della Corte, la formazione di una progressiva dicotomia, già di per sé problematica nella ricerca di una precisa linea di demarcazione, fra cause di inammissibilità “originarie” (per la mancanza dei motivi, la non specificità degli stessi, la loro manifesta infondatezza, ecc.) e “sopravvenute”.

Su tali, circoscritte, basi testuali dovrebbe ritenersi che le Sezioni unite penali possano effettivamente giovare della nuova disposizione soltanto in quelle limitate ipotesi che ancora vengono intese come “inammissibilità sopravvenute”, ossia nel caso di rinuncia all’impugnazione e di sopravvenuta carenza di interesse o di legittimazione ad impugnare.

Non sembra, tuttavia, sotto altro ma connesso profilo, che tale disposizione precluda alle Sezioni unite la possibilità di enunciare il principio di diritto nella sentenza con cui dichiarano l’inammissibilità per una delle altre cause previste dalla legge: i meccanismi di regolazione del sistema certamente non dovrebbero consentire la devoluzione di ricorsi affetti da inammissibilità c.d. formale (ad es., ex art. 591, comma 1, lett. c) c.p.p.), ma è altrettanto vero che a fronte di talune evenienze (ad es., contrasti interpretativi sull’impugnabilità dei provvedimenti e sui profili di legittimazione al ricorso, ovvero nelle ipotesi di manifesta infondatezza dei motivi) le Sezioni unite non possono che assumere una decisione di inammissibilità, ossia una pronuncia con la quale il ricorso viene comunque deciso, con la conseguente risoluzione della questione oggetto del contrasto e l’enunciazione del principio di diritto che spiega effetto sul rapporto processuale dedotto<sup>46</sup>.

Una contraria soluzione produrrebbe il discutibile effetto di impedire l’attuazione della funzione nomofilattica in tutti quei casi in cui il ricorso, “seppure affetto da vizi originari, veicoli *quaestiones iuris* sulle quali penda un contrasto giurisprudenziale ovvero che siano idonee a generarlo”<sup>47</sup>.

In tale direzione, del resto, si sono già orientate le Sezioni unite con una recente decisione<sup>48</sup>, che nell’enunciare il principio di diritto secondo cui “*La Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio*

---

<sup>46</sup> FIDELBO, *Verso un sistema del precedente?*, cit., pp. 13 s.

<sup>47</sup> Così L. LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, cit., p. 449; *contra* v. A. DE CARO, *Il ricorso per cassazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Giappichelli, Torino, 2017, p. 248, che ritiene insuperabile il dato normativo.

<sup>48</sup> Cass. SU, n. 3464 del 30/11/2017, dep. 2018, Matrone, Rv. 271831.

se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni discrezionali, può decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando necessari ulteriori accertamenti", ha dichiarato inammissibile il ricorso per la manifesta infondatezza dei motivi, escludendo l'eccepito vizio di travisamento della prova.

All'intervento delle Sezioni unite, investite a seguito di una rimessione del ricorso, la norma contenuta nell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p. ricollega "sempre", nella più ampia prospettiva della tutela dello *ius constitutionis*, la enunciazione del principio di diritto sul quale si basa la decisione.

Con la disposizione di cui al comma 1-ter dell'art. 618 c.p.p., si introduce, in definitiva, una nuova occasione di pronuncia legata all'attuazione del generale interesse ad una esatta ed uniforme interpretazione della legge da parte delle Sezioni unite, il cui epilogo decisorio si traduce comunque nella formulazione di un principio di diritto che, in forza della, strettamente collegata, previsione di cui al comma 1-bis della medesima disposizione, dovrà essere parimenti recepito dalle Sezioni semplici in tutte le successive decisioni vertenti sul medesimo tema, salva la facoltà, in caso di dissenso, di rimettere il ricorso alle stesse Sezioni unite al fine di sollecitarne un eventuale *revirement*<sup>49</sup>.

### 7. La "delimitazione" del principio di diritto

Il piano dell'indagine deve ora volgersi verso le forme e le modalità di individuazione del principio di diritto. Tutti gli ingranaggi del meccanismo costruito dal legislatore, infatti, ruotano intorno a tale sintagma, di problematica ed incerta definizione già sul piano teorico anche per le inevitabili ricadute sugli ambiti di operatività delle successive pronunce delle Sezioni semplici<sup>50</sup>.

In primo luogo, il "principio di diritto delle Sezioni Unite" cui si riferisce l'art. 618 c.p.p. è senza dubbio quello che viene pronunciato per risolvere la questione specifica oggetto della rimessione da parte della Sezione semplice: è la risposta al c.d. "quesito" delimitato nella relativa ordinanza.

Se è questo, dunque, il tema principalmente sottoposto alla cognizione

<sup>49</sup> Sul punto cfr. CALIGARIS, *Le modifiche all'art. 618 c.p.p.*, cit., p. 25; LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, cit., p. 448.

<sup>50</sup> GJALUZ, DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica*, cit., p. 982.

delle Sezioni unite, è pur vero che le stesse Sezioni unite possono, in sede di decisione, riformularne il contenuto o modificarne il perimetro, ove ritengano che la *quaestio iuris* non sia stata posta in termini corretti o esattamente delimitata.

In secondo luogo, costituiscono principio di diritto ai sensi dell'art. 618 c.p.p. anche quelli strettamente connessi, ovvero logicamente "pregiudiziali", purchè autonomamente isolabili, rispetto al principio di diritto attorno al quale ruota l'asse principale della questione. Si tratta di principi "decisivi", poiché in loro assenza quello principale non potrebbe essere formulato o, comunque, non assumerebbe alcun significato di rilievo; sono, più in particolare, "*conditio sine qua non*" rispetto alla risoluzione del quesito "devoluto", traducendosi, però, in un nesso non materiale, ma di implicazione logica e giuridica, poiché afferiscono all'interpretazione delle norme necessarie per risolvere il quesito principale<sup>51</sup>.

Resta infatti immutato in capo alle Sezioni Unite, anche dopo l'introduzione dell'art. 618, comma 1-*bis*, il potere di enunciare il principio di diritto *ex art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p.* definendone gli esatti confini, secondo un'ottica di razionalizzazione sistematica in funzione nomofilattica, sensibile alle possibili connessioni ed implicazioni anche in relazione a profili non specificamente devoluti, così che la regola enucleata possa essere esauriente e fungere da guida per orientare in maniera certa e, quindi, prevedibile, le future decisioni<sup>52</sup>.

Non sono principio di diritto, invece, le sequenze argomentative attraverso cui si articola la *ratio decidendi*, ovvero gli *obiter dicta* eventualmente contenuti nella motivazione relativa alla questione principale, ossia le formulazioni di principi generali ed astratti che esulano del tutto dal tema a cui si riferisce la questione rimessa (come, ad es., quando si ricostruiscono istituti diversi per fare parallelismi, distinzioni, analogie)<sup>53</sup>.

Occorre sottolineare, inoltre, che alle Sezioni unite non viene devoluta solo la specifica questione su cui è sorto il contrasto, poichè la rimessione ha ad oggetto l'intero ricorso e quest'ultimo, una volta assegnato, deve essere interamente definito, non essendo configurabile nel sistema una decisione parziale cui si accompagni una contestuale riserva di definizione delle residue questioni ad opera della Sezione semplice<sup>54</sup>. Nel processo penale,

---

<sup>51</sup> Cfr, al riguardo, APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 320; F.R. DINACCI, *Il difficile rapporto giudice-legge nel giudizio di cassazione, tra accentuata nomofilachia e poteri di merito*, in «CP», 2019, p. 874.

<sup>52</sup> Cass. Sez. 5, n. 1757 del 17/12/2020, dep. 2021, Lombardo, Rv. 280326.

<sup>53</sup> FIDELBO, *Verso un sistema del precedente?*, cit., p. 10; APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 320.

<sup>54</sup> BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 967.

infatti, non è prevista la possibilità che il ricorso sia definito solo in parte dalle Sezioni unite, come è invece previsto nel diverso sistema del processo civile, in cui è possibile distinguere i motivi di ricorso di competenza delle Sezioni semplici e i motivi di ricorso di competenza delle Sezioni unite (*ex art. 142 disp. att. c.p.c.*). Del resto, è la stessa giurisprudenza delle Sezioni unite penali a chiarire che ad esse compete la decisione dell'intero ricorso e non solo del motivo attinente alla questione che ha suscitato il contrasto giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che l'ordinanza di rimessione ha natura sostanzialmente amministrativa e non giurisdizionale<sup>55</sup>.

Ne consegue che nella motivazione della sentenza ben possono essere affermati principi del tutto estranei all'ambito della questione controversa, che non v'è alcuna ragione di escludere dalla sfera di applicazione della previsione dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. L'art. 173 comma 3 disp. att. c.p.p., infatti, collega il principio di diritto alla decisione assunta dalle Sezioni unite, per cui tutti i principi sui quali si basa la decisione devono essere enunciati e in quanto collegati alla decisione devono ritenersi idonei ad obbligare le Sezioni semplici alla rimessione, qualora non li condividano<sup>56</sup>.

Condivisibile, dunque, deve ritenersi, in questa prospettiva ed in linea con la valorizzazione del ruolo nomofilattico attribuito dal legislatore all'intervento delle Sezioni unite, l'auspicio che le relative decisioni indichino in maniera sempre puntuale e specifica la griglia dei principi di diritto ritenuti rilevanti ai sensi dell'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p., eventualmente facendo ricorso alla procedura di lettura e approvazione della motivazione prevista dall'art. 617 comma 3 c.p.p.<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> FIDELBO, *Verso un sistema del precedente?*, cit., p. 9; Cass. SU, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216660; Cass. SU, n. 28 del 25/10/2000, Morici, Rv. 217297.

<sup>56</sup> Così, in termini del tutto condivisibili, FIDELBO, *Verso un sistema del precedente?*, cit., p. 10; *contra*, v. APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 296, che ha sostenuto un'esegesi restrittiva della nozione in esame, secondo cui nell'ambito di applicazione dell'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. rientrerebbero soltanto i principi di diritto emanati per risolvere la specifica questione devoluta alle Sezioni unite, a cui andrebbero ad aggiungersi solo quelli «strettamente pregiudiziali» ai primi. Al contrario, tutti gli altri principi di diritto contenuti nelle sentenze del massimo collegio non fungerebbero da «precedente» ai sensi della norma in esame. Condividono la seconda impostazione ricostruttiva della nozione, inoltre, GJALUZ, DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica*, cit., p. 982.

<sup>57</sup> FIDELBO, *Verso un sistema del precedente?*, cit., p. 10.

## 8. *L'individuazione del contrasto con un principio affermato dalle Sezioni unite*

Sulla base di una risalente linea interpretativa tracciata dalla stessa giurisprudenza di legittimità<sup>58</sup> i presupposti della rimessione obbligatoria sembrano potersi individuare ove sussista un palese e totale contrasto fra l'opzione esegetica sostenuta dal singolo collegio ed ogni interpretazione prospettabile di un principio di diritto delle Sezioni unite<sup>59</sup>, ossia una situazione di assoluta inconciliabilità *ictu oculi* emergente fra le diverse affermazioni di principio.

Al contempo, tuttavia, non si può non rilevare come il meccanismo dell'art. 618, comma 1-*bis* sia in grado di produrre già ora notevoli "effetti riflessi" sulla giurisprudenza di merito e sull'operato delle parti nelle fasi antecedenti a quella di legittimità. I giudici di merito e le parti, infatti, se, da un lato, possono giovare della accresciuta omogeneità degli orientamenti della Corte di cassazione, dall'altro lato sanno, fin dal principio, di correre il forte rischio di vedersi impugnato prima e cassato poi un provvedimento, nel caso in cui decidano di fondarlo su un'esegesi difforme rispetto ad un principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite.

Tutto ciò rischia di provocare un irrigidimento esegetico nella stessa elaborazione della giurisprudenza di merito, con il conseguente pericolo di travolgere sul nascere qualsiasi possibilità di sperimentazione di ipotesi ermeneutiche alternative: rischio, tuttavia, agevolmente superabile, ove si consideri che possono essere gli stessi giudici di merito, anche sollecitati dalle parti, ad aprire la strada per il possibile mutamento di una linea interpretativa tracciata dal massimo collegio e che la stessa Sezione semplice - quale unico organo giudiziario tenuto alla rimessione in caso di argomentato dissenso - ben "potrà attingere a piene mani dai suggerimenti del giudice di merito (oltreché di quelli delle parti) per predisporre la sua opinione dissenziente, avendo così un valido aiuto per provare a superare il precedente del collegio esteso, considerato oramai non più attuale"<sup>60</sup>.

Occorre dunque evitare che il rafforzamento della funzione nomofilattica del Supremo Collegio, assicurata attraverso la garanzia della prevedibilità delle decisioni e della stabilizzazione dei percorsi procedimentali, si realizzi ponendo a rischio l'altrettanto necessaria garanzia di un'evoluzione giurisprudenziale in grado di tenere sempre conto delle dinamiche della società, delle norme di riferimento e del progressivo divenire della

---

<sup>58</sup> Cass. Sez. 6, n. 865 del 24/03/1993, Morabito, Rv. 194193.

<sup>59</sup> GJALUZ, DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica*, cit., p. 983.

<sup>60</sup> In tal senso v. GJALUZ, DELLA TORRE, p. 988.

giurisprudenza costituzionale ed europea<sup>61</sup>.

### 9. *Nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie*

Nella logica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la "base legale" su cui poggiano le fondamenta di un ordinamento statale deve essere chiaramente definita nei suoi contorni e facilmente accessibile a chiunque: il requisito della "prevedibilità" riguarda anche i profili dell'applicazione in sede giudiziaria della norma<sup>62</sup>, la cui funzione concorre ad assicurarne la "conoscibilità" ai consociati anche al fine di evitare possibili interferenze statali nel quadro di una generale garanzia della sostanza dei diritti e delle libertà riconosciuti sul piano convenzionale.

La prevedibilità delle decisioni giudiziarie è dunque strettamente collegata, anche nei sistemi di *civil law*, alla stabilità dei precedenti: l'esistenza di divergenze giurisprudenziali "profonde e persistenti" nell'ambito delle Corti nazionali di ultima istanza incide direttamente sui requisiti dell'equo processo, il cui rispetto la Corte EDU ritiene escluso se l'ordinamento interessato non preveda strumenti idonei a risolvere i contrasti ovvero se tali strumenti, pur formalmente contemplati, si rivelino in concreto inefficaci<sup>63</sup>.

Non è, dunque, l'esistenza, ma la "persistenza" dei contrasti di giurisprudenza a confliggere con le esigenze della Convenzione europea sotto il profilo del rispetto dei complessivi requisiti di equità del processo, con la conseguente decisività, entro tale prospettiva, del ruolo unificante attribuito alle Corti supreme nazionali ai fini della valorizzazione di quelle ragioni di coerenza ed eguaglianza di trattamento sulle quali si fonda la stabilità della risposta giurisprudenziale<sup>64</sup>. La presenza di eventuali divergenze giurisprudenziali costituisce, infatti, una evenienza di per sé non contraria alla Convenzione, poiché inerente alla evoluzione propria di ogni

<sup>61</sup> Cfr. G. SPANGHER, *Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza*, in «DPP», 2018, p. 986.

<sup>62</sup> In linea generale, sul tema, cfr. l'ampio studio di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in «DPC», 19 dicembre 2016, pp. 23 ss. Sulla prevedibilità della legge, prima ancora che delle decisioni, v. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illicitointerpretativo*, in «DPC», 6 giugno 2016, pp. 20 ss.

<sup>63</sup> CoEDU, 2 luglio 2009, *Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria*, §§ 49-50; CoEDU, 2 novembre 2010, *Stefanica e altri c. Romania*, § 36.

<sup>64</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 129.



sistema giudiziario<sup>65</sup>, purchè tale sviluppo rispetti la sostanza della disciplina portata dalla norma<sup>66</sup>.

Anche di recente la Corte europea ha ribadito il suo indirizzo ermeneutico, affermando che il risultato del processo interpretativo deve essere coerente con la sostanza dell'illecito penale e allo stesso tempo prevedibile, laddove la divaricazione fra la norma penale scritta e l'interpretazione che di essa era stata data in sede giudiziale non poteva considerarsi tale da consentire neanche *a posteriori* una chiara delimitazione tra condotte lecite e condotte penalmente illecite, con la conseguente statuizione di assolutamente imprevedibilità della condanna pronunciata dalle autorità dello Stato parte. Più che in un mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, nel caso di specie l'oggetto della censura è stato individuato nell'interpretazione irragionevolmente estensiva delle norme incriminatrici proposta dai tribunali nazionali, in quanto ritenuto non congruente rispetto alla sostanza dell'illecito e incapace di soddisfare i necessari *standards* di chiarezza, determinatezza e prevedibilità imposti dalla Convenzione<sup>67</sup>.

Ora, il congegno normativo delineato attraverso la interpolazione dell'art. 618 c.p.p. sicuramente incide sul rafforzamento della "prevedibilità" della base legale del sistema<sup>68</sup>, valorizzando quegli aspetti - connaturali ai canoni del *fair trial* e della legalità convenzionale *ex art. 7 CEDU* - di "certezza del diritto" e di "stabilità" del quadro giurisprudenziale che la Corte EDU considera da sempre centrali nel ruolo che le Corti supreme nazionali sono oggettivamente chiamate a svolgere al fine di garantire ed accrescere la fiducia dei consociati nel funzionamento del sistema giudiziario

---

<sup>65</sup> Cfr. CoEDU, 20 maggio 2008, *Santos Pinto c. Portogallo*, § 41.

<sup>66</sup> CoEDU, 30 marzo 2004, *Radio France e altri c. Francia*, § 20.

<sup>67</sup> CoEDU, 17 ottobre 2017, *Navalnyye c. Russia*, ric. n. 101/15, in «DPC», 16 gennaio 2018, con nota di S. BERNARDI, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyye c. Russia*, pp. 3 ss., ove le autorità giudiziarie interne, nel pronunciare la sentenza di condanna contro i due ricorrenti, avevano adottato una interpretazione alternativa della norma del codice penale russo che prevede il reato di "frode commerciale", disancorando l'applicazione della norma incriminatrice in questione dai principi stabiliti dal codice civile in materia di libertà contrattuale e attività commerciali, e giungendo a riconoscere integrato il delitto di truffa contrattuale pur in assenza di un effettivo inadempimento contrattuale o di un'altra causa di nullità o invalidità del contratto.

<sup>68</sup> APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., pp. 306 ss.; GJALUZ, DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica*, cit., pp. 984 ss.; O. MAZZA, *Conciliare l'inconciliabile, il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in «AP», Speciale riforme, 14 maggio 2018, p. 10.

quale componente ineliminabile di una società democratica<sup>69</sup>.

Entro tale prospettiva la Corte di Strasburgo ha più volte affermato che se la presenza di un profondo e persistente contrasto giurisprudenziale all'interno di una Corte suprema può condurre alla violazione dei principi di certezza del diritto e di equità processuale *ex art. 6, par. 1, CEDU*, allo stesso tempo la predisposizione, da parte degli ordinamenti nazionali, di meccanismi finalizzati a prevenire o a superare la formazione di tali - peraltro inevitabili - divergenze interpretative può portare ad escludere la violazione delle garanzie convenzionali<sup>70</sup>.

Esigenze, queste, che la stessa Corte di legittimità ha più volte posto in rilievo nella sua elaborazione giurisprudenziale<sup>71</sup>, affermando che l'uniforme interpretazione della legge significa uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla stessa, con l'ovvia conseguenza che la nomofilachia costituisce diretta espressione del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 della Carta fondamentale.

Già nella Relazione al Progetto preliminare del vigente codice di rito si osservava con chiarezza: *"..è infatti ricorrente il rilievo che viene meno l'effettiva uguaglianza davanti alla legge se nella sede giudiziaria situazioni uguali ricevono trattamenti diversi. Il contrasto tra le decisioni della Corte - si è sottolineato - elude inoltre la richiesta di certezza, che in materia penale è ancor più pressante e si ricollega al principio di stretta legalità, con il suo corollario di tassatività, che non consente di ritenere di volta in volta penalmente lecito o illecito lo stesso fatto o di ravvisare in esso reati diversi di ineguale gravità"*.

L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, a sua volta, attribuisce la funzione nomofilattica alla istituzione che ne rappresenta storicamente la "naturale" detentrica<sup>72</sup>: funzione, questa, che *"...appartiene ad ogni sezione della Corte medesima; ma quando, essendovi decisioni in contrasto, intervengono le Sezioni unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni unite costituisce un annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: sicché, in tale ipotesi, la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto, salvo la riproposizione"*

<sup>69</sup> CoEDU, 15 maggio 2008, *Faltejssek c. Repubblica Ceca*, § 34.

<sup>70</sup> Da ultimo v. CoEDU, 9 febbraio 2016, *Çelebi e altri c. Turchia*, § 67; CoEDU, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, § 51; CoEDU, 28 giugno 2007, *Perez Arias c. Spagna*, § 25.

<sup>71</sup> Cfr., ad es., nella motivazione, Sez. 2, n. 19716 del 06/05/2010, Merlo, Rv. 247113.

<sup>72</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 256 ss.

della quaestio a norma dell'art. 172 disp. att. c.p.p., comma 2....”<sup>73</sup>.

La modifica normativa che ha investito il quadro dei meccanismi regolati dall'art. 618 c.p.p. rafforza, dunque, una linea di tendenza chiaramente presente e già fortemente avvertita nell'ordinamento<sup>74</sup>, favorendo l'adeguamento del sistema a quanto auspicato dalla stessa Corte costituzionale, che con ancor maggiore incisività della Corte di Strasburgo pretende che i precetti penali siano prevedibili, sottolineando il fatto che «un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» comporta imprevedibilità del diritto e dunque scusabilità dell'errore di diritto<sup>75</sup>.

#### 10. Tra “vincolo” e mera “persuasione”: l'incidenza sistematica di una “tendenziale stabilità” della giurisprudenza di legittimità

Nel modulare la dinamica della risoluzione dei conflitti interpretativi fra Sezioni semplici e Sezioni unite<sup>76</sup>, il legislatore non ha di certo inteso conformare sul piano dei contenuti sostanziali le linee di indirizzo potenzialmente emergenti dalla naturale evoluzione dell'attività giurisprudenziale di legittimità, ma si è limitato ad introdurre nel nostro ordinamento, con la novellata disposizione dell'art. 618 c.p.p., una forma di precedente con effetti solo tendenzialmente vincolanti sul piano processuale, senza immutare la connotazione di “persuasività” connaturale al ruolo del precedente nei sistemi di cd. *civil law*.

La diversità delle famiglie di *civil law* e di *common law*, pur con tutti i limiti che siffatte linee di demarcazione inevitabilmente presentano, viene tradizionalmente individuata sulla base del ruolo attribuito al giudice, che nel diritto continentale si limita ad applicare la legge, mentre nei sistemi di diritto angloamericano produce il diritto attraverso la regola dello *stare decisis et quia non movere*<sup>77</sup>. Al centro del primo sistema si colloca il precedente

<sup>73</sup> Così, testualmente, Cass. Sez. 2, n. 19716 del 06/05/2010, Merlo, *cit.*, che nella motivazione richiama, in senso conforme, quanto già affermato da Cass. Sez. 3, n. 7455 del 23 febbraio 1994, Di Chiara, Rv. 198355.

<sup>74</sup> APRATI, *Le Sezioni Unite*, *cit.*, p. 309.

<sup>75</sup> C. cost., 24 marzo 1988, n. 364.

<sup>76</sup> Sul tema, di recente, v. E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>77</sup> V., al riguardo, l'ampia ricostruzione di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, *cit.*, pp. 171 ss.

“persuasivo”, poiché i giudici si adeguano alle decisioni anteriori in quanto convinti della loro plausibilità, mentre il dato sistemologico tipico degli ordinamenti di *common law*<sup>78</sup> è rappresentato dal precedente vincolante, anche se l’obbligo giuridico di conformarsi alle decisioni delle corti superiori non riveste un carattere assoluto, ma è derogabile attraverso il ricorso alle tecniche interpretative del *distinguishing* o dell’*overruling*.

Occorre inoltre considerare che nell’ordinamento italiano l’art. 101 comma 2 Cost. proclama la soggezione soltanto alla legge dei giudici: in maniera esplicita, dunque, è vietato che il diritto possa essere generato dalla giurisprudenza. Nella materia penale, inoltre, un eventuale vincolo del precedente violerebbe anche il principio costituzionale della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.): il precedente giurisprudenziale dovrebbe essere equiparato, in sostanza, ad una fattispecie incriminatrice creata dai giudici penali e non dal legislatore<sup>79</sup>.

Al riguardo, il Giudice delle leggi ha con nettezza affermato che l’orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite ha «una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell’organo di nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l’onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle Sezioni singole, come in più occasioni è accaduto»<sup>80</sup>.

Entro tale prospettiva deve correttamente inquadrarsi la valutazione del “peso” specifico della innovazione tradottasi nella costruzione del nuovo canone di riferimento delineato dall’art. 618 c.p.p., la cui “lettura” deve combinarsi con quella che dottrina e giurisprudenza hanno offerto dell’analogo modello introdotto nel sistema processuale civile dalla richiamata disposizione di cui all’art. 374 comma 3 c.p.c.

Un’opzione esegetica incentrata sulla valorizzazione del carattere *tout court* vincolante del principio affermato dalle Sezioni unite dovrebbe essere

<sup>78</sup> Sul tema cfr., in linea generale, A. GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Wolters Kluwer – Cedam, Assago – Milano, 2016, pp. 347 ss.

<sup>79</sup> M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in «RIDPP», 2008, pp. 538 ss. Sui pericoli storicamente riconnessi alle “utopie di una giustizia penale oltre la legge”, v. le riflessioni critiche sviluppate da G. INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in «AP», Speciale riforme, 2018, pp. 5 ss.

<sup>80</sup> C. cost., 12 ottobre 2012, n. 230.

decisamente esclusa non solo perchè non autorizzata dalla oggettività del dato normativo, ma perchè si porrebbe in palese contrasto con le implicazioni sottese alla valenza storicamente assegnata al principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.)<sup>81</sup>: si è già osservato come l'intenzione del legislatore sia stata quella di rafforzare e promuovere un valore, sotto più profili, ritenuto di decisivo rilievo in una moderna società democratica, quello della stabilità degli indirizzi giurisprudenziali, attraverso la introduzione anche nel processo penale di un vincolo tendenziale, relativo e di natura essenzialmente processuale.

Non si tratta, dunque, di un "impianto incardinato su cinghie di trasmissione a rime obbligate", poiché alle Sezioni semplici è sempre consentito di attivare e promuovere meccanismi di progressione e sviluppo degli orientamenti interpretativi di legittimità: la norma si limita, piuttosto, ad introdurre una "sintassi virtuosa" sulla base di un protocollo operativo che converge verso il potenziamento dell'autorevolezza e del ruolo nomofilattico delle Sezioni unite, senza creare una situazione di necessaria "obbedienza" al quadro dei principi da esse enunciati<sup>82</sup>.

Sulla base di tale meccanismo non può negarsi che le Sezioni semplici continuano a non essere obbligate ad adottare una decisione di contenuto conforme a quella delle Sezioni unite, dal momento che l'obbligo origina solo dalla necessità di rimettere il ricorso alle Sezioni unite nel caso in cui esse non siano persuase dal precedente e intendano discostarsi da esso<sup>83</sup>. In definitiva, se alle pronunce delle Corti supreme anglosassoni può attribuirsi la qualità di "autorità" perché vincolano tutti i giudici, nel sistema italiano le decisioni delle Sezioni unite penali mirano ad orientare il flusso delle future decisioni, sono dunque "autorevoli" ma non posseggono l'autorità di cosa giudicata oltre i limiti del caso deciso e non possono, quindi, esercitare un'efficacia vincolante in altri casi analoghi.

Coordinando l'analisi dell'art. 618 c.p.p. con le altre norme che regolano i casi di rimessione delle questioni controverse dinanzi alle Sezioni unite, emerge con chiarezza come il legislatore abbia inteso delineare un "protocollo procedurale", volto a garantire che i contrasti e i mutamenti giurisprudenziali si realizzino nel rispetto di quella "prevedibilità" che la giurisprudenza convenzionale considera di centrale rilevanza per assicurare stabilità e certezza ad un intero ordinamento: il sistema così novellato, in altri termini, ha codificato "una sorta di griglia procedimentale che regola il

---

<sup>81</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 77 ss.

<sup>82</sup> G. DI CHIARA, cit., pp. 277 ss.

<sup>83</sup> APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 314.

modo in cui si formano e poi si compongono i contrasti interpretativi e il modo in cui si generano o si evitano i mutamenti giurisprudenziali”<sup>84</sup>.

Non si è posto in capo alla singola Sezione un “vincolo positivo” ad accogliere necessariamente l’esegesi offerta dalle Sezioni unite, pur se non condivisa, ma soltanto un “vincolo negativo o processuale” a non pronunciare in senso consapevolmente difforme rispetto ad un precedente del massimo collegio, dovendo necessariamente incanalare le ragioni dell’eventuale dissenso in una motivata ordinanza di rimessione<sup>85</sup>.

Del tutto diversa, invece, deve ritenersi l’ipotesi in cui la Sezione semplice, pur collocandosi nel solco tracciato dalle Sezioni unite, ritenga meritevole di un apporto integrativo l’enunciazione del principio di diritto e ne operi un adeguamento o un’estensione della base giustificativa: attività, questa, di certo non inibita alla Sezione semplice, che potrà offrire al riguardo il suo contributo argomentativo arricchendo ulteriormente l’efficacia della funzione nomofilattica<sup>86</sup>.

Solo una lettura parziale e riduttiva della riforma in esame - che non coinvolge il ruolo dei giudici di merito - potrebbe consentire di scorgere fra le pieghe di tale modulazione della interna dinamica dei rapporti fra le Sezioni semplici e le Sezioni unite un ruolo attenuato o, addirittura, secondario assegnato alle prime: esse, in realtà, vengono fortemente responsabilizzate nella prospettiva di garanzia di una fisiologica evoluzione del sistema, sino ad assumere funzioni di snodo e di impulso fondamentali nella gestione dei tempi, delle forme, dei contenuti e della stessa “direzione” finalistica dei contrasti giurisprudenziali, essendo solo vincolate ad ostentare con chiarezza quali siano le solide ragioni argomentative in grado di mettere in discussione l’autorevolezza di un precedente delle Sezioni unite e di imporre la ricerca di un nuovo, e maggiormente “persuasivo”, punto di equilibrio.

Al riguardo, basti solo pensare al fascio di implicazioni legate alla valutazione circa la possibilità - di certo non preclusa alla Sezione semplice dalla novella n. 103/2017 - di sollevare una questione di legittimità costituzionale<sup>87</sup> o di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE o, ancora, di

<sup>84</sup> Così, in termini del tutto condivisibili, APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 315; v. inoltre, LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, cit., p. 445; CALIGARIS, *Le modifiche all’art. 618 c.p.p.*, cit., p. 8.

<sup>85</sup> Cfr., sul punto, GJALUZ, DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica*, cit., p. 988.

<sup>86</sup> DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità*, cit., p. 279; A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 64.

<sup>87</sup> Sul punto v. le considerazioni di DI CHIARA, *Laboratori giurisprudenziali di legittimità*, cit., p. 284.

formulare (sempre che ne ricorrano i presupposti e non appena il relativo strumento sarà recepito nel nostro Paese con apposita legge di ratifica) una richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo ai sensi del Protocollo n.16 annesso alla CEDU, con riferimento a materie che hanno costituito oggetto di un precedente intervento nomofilattico da parte delle Sezioni unite.

## 11. Conclusioni

La funzione nomofilattica è dall'ordinamento conferita all'intera Corte di cassazione, affinché vigili in modo che tutti i giudici interpretino correttamente ed «applicino in modo coerente» la legge.

È indubbio che, per effetto della novellata disposizione dell'art. 618 c.p.p., il legislatore sia intervenuto sulla funzione nomofilattica, concentrando assai più di prima in capo alle Sezioni unite la sua declinazione come controllo di legalità astratta, ossia di correttezza interpretativa, consegnando alle esigenze di tutela dello *ius constitutionis* una valenza più incisiva sul piano funzionale e sistematico<sup>88</sup>. Entro questa prospettiva si è altresì osservato che, in tal modo, la tutela dello *ius constitutionis* viene per lo più assegnata alle Sezioni unite: «competerà ad esse verificare “l'esatta applicazione della legge” dal punto di vista della “esatta interpretazione della legge”; competerà invece alle Sezioni semplici per lo più la tutela dello *ius litigatoris*, ossia degli aspetti più propriamente attinenti alla sfera della “corretta applicazione della legge”»<sup>89</sup>.

Occorre peraltro considerare che nel nostro sistema processuale, tanto in quello disciplinato dal codice abrogato che in quello vigente, non è riconosciuta alle Sezioni unite “alcuna autonomia istituzionale esterna rispetto alle singole Sezioni, fatta eccezione per i casi tassativamente previsti dalla legge”<sup>90</sup>.

Non v'è, dunque, alcuna sovraordinazione rispetto alle Sezioni semplici, né alcuna connotazione in senso gerarchico dei rapporti fra queste ultime e le Sezioni unite affiora dall'analisi del testo normativo: la funzione di nomofilachia continua tuttora ad essere attribuita alla Corte nell'insieme delle sue interne articolazioni e a prescindere dalla sua composizione nel

---

<sup>88</sup> Cfr. APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 316; FIDELBO, *Verso un sistema del precedente?*, cit., p. 15.

<sup>89</sup> APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 316.

<sup>90</sup> Cass. Sez. 2, n. 2927 del 10/06/1994, Favia, Rv. 198691.

caso di specie, anche se può essere esercitata in via esclusiva dalle Sezioni semplici nel solo caso in cui la questione non abbia ancora formato oggetto di pronuncia da parte delle Sezioni unite, rendendosi altrimenti necessaria - in caso di argomentato dissenso da un orientamento già stabilmente definito -, l'attrazione della cognizione sulla questione di diritto (ritornata) controversa alla sfera d'intervento che l'ordinamento stesso da sempre riserva alla medesima Corte nella sua più autorevole composizione: ad una delle due voci liberamente dialoganti deve pur spettare la decisione - peraltro sempre modificabile nel tempo - se mantenere la stabile direzione della già tracciata linea interpretativa, confermando così il precedente orientamento, ovvero modificarne la portata o, addirittura, mutarne la sostanza, alla luce del nuovo quadro di riflessioni criticamente prospettate dalla Sezione semplice nella sua ordinanza di rimessione.

Particolare rilievo assumerà, dunque, la motivazione dell'ordinanza di rimessione, quale atto di impulso che nel nuovo sistema delineato dal legislatore dovrà necessariamente atteggiarsi non "come mera sollecitazione di intervento del *plenum* ma come vera e propria proposta di rinnovamento e ricambio giurisprudenziale"<sup>91</sup>.

Nella prospettiva di una autentica ed efficace custodia del *nomos*, fino a decidere di rimetterne in dubbio il patrimonio di stabilità già acquisito nel nome di una sua migliore ermeneutica e non certo di una sua "creazione" sul piano giudiziario, è ancora e sempre il vincolo del giudice alla legge "il punto di forza che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma *ragionevolmente* discutibili": sulla scelta liberamente orientata a disattendere un indirizzo già affermato incombe un "onere di adeguata motivazione", cui fa da equilibrato punto di bilanciamento il diritto ad una adeguata risposta, "non appiattita sulla autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi"<sup>92</sup>.

La riforma "Orlando", nel riprendere il progetto inizialmente scartato dalla Commissione ministeriale di studio istituita presso il Ministero della giustizia, sembrerebbe aver introdotto un meccanismo tale da conferire

<sup>91</sup> LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, cit., p. 445.

<sup>92</sup> Così, in termini del tutto condivisibili, D. PULITANÒ, *Quale giudice supremo in materia penale?*, in «QuestGiust», 2017, n. 3, p. 40. Al riguardo una lettura più "forte" viene invece proposta, nella prospettiva di un "dovere", sia pure meramente "tendenziale", di attenersi ai precedenti di legittimità consolidati, da F. VIGANÒ, cit., pp. 34 ss., che ne ritiene necessario il riconoscimento "in chiave strumentale rispetto agli interessi di rango costituzionale sottesi alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, *a meno che* non sussistano *ragioni cogenti* in senso opposto (delle quali dovrà, ovviamente, darsi analiticamente conto nella motivazione della decisione)".



alla struttura della Corte di legittimità una “fisionomia maggiormente gerarchica e piramidale”, attribuendo, alla stregua di quanto già avvenuto nel processo civile, solo alle Sezioni unite “il potere di smentire sé stesse”<sup>93</sup>.

Poste al vertice della giurisdizione anche rispetto alle Sezioni semplici, dotate di competenza esclusiva sulle questioni su cui si sono già pronunziate, chiamate ad interpretare le disposizioni in via generale e astratta, le Sezioni unite “in un attimo” potrebbero trasformarsi in legislatore, con il rischio che l’uniforme interpretazione del diritto “in un baleno può diventare l’uniforme creazione del diritto”<sup>94</sup>.

Occorre certamente evitare, dunque, il rischio di una concentrazione del monopolio interpretativo in una sede verticistica, per giunta slegata da qualsiasi rappresentatività, con l’ulteriore pericolo di ridurre lo spazio del contraddittorio sulle questioni di diritto, preservando comunque il bene rappresentato da quella “preziosa dialettica” con i giudici di merito che può indurre la Cassazione a rivedere e perfezionare i propri indirizzi ermeneutici<sup>95</sup>.

Per altro verso, tuttavia, la Sezione semplice mantiene sempre la possibilità di distinguere il caso da decidere rispetto al precedente stabilito dalle Sezioni unite, con la conseguenza che laddove l’oggetto della cognizione sia diversamente delineato la stessa potrà non conformarsi al precedente. La disciplina introdotta con la novella dell’art. 618 c.p.p. sembra delineare, infatti, un “sistema basato su un modello *soft* di precedente a vincolatività relativa”, che se da un lato pone al centro il ruolo delle Sezioni unite, dall’altro lato continua a riconoscere all’intera Corte di cassazione la vocazione naturale all’esercizio della nomofilachia, sia pure “sul presupposto, tutto da verificare, che i giudici di cassazione sappiano nutrirsi della cultura del precedente”<sup>96</sup>.

Se realizzato con efficacia, il nuovo modello di regolazione dei rapporti fra Sezioni unite e Sezioni semplici può riuscire, proprio perché strutturato in forma dialogica, ad arginare e ridurre la formazione dei contrasti

---

<sup>93</sup> LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la cd. Riforma Orlando*, cit., p. 444; C. COLUCCI, *Nomofilachia “espressa” e nomofilachia “occulta”: meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in «Criminalia», 2017, p. 216.

<sup>94</sup> In tal senso v., in termini assai incisivi, le preoccupazioni espresse da R. APRATI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 317.

<sup>95</sup> Rischio paventato da P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in «DPP», 2017, p. 1273.

<sup>96</sup> Cfr., sul punto, in termini problematici, le riflessioni di FIDELBO, *Verso un sistema del precedente?*, cit., p. 18, che individua ulteriori, condivisibili, forme di intervento normativo per rendere maggiormente efficace la funzione di nomofilachia della Corte.

giurisprudenziali all'interno della Corte di cassazione, attribuendo una maggiore stabilità alle decisioni delle Sezioni Unite e, al tempo stesso, facendo partecipare le Sezioni semplici allo sviluppo della giurisprudenza, nell'ambito di una procedura, tutta interna alla Corte, che, attraverso il dialogo tra le varie Sezioni, conduca all'emersione dialettica del punto di equilibrio interpretativo maggiormente adeguato e condiviso ai fini di una più ampia e sicura tutela dello *jus constitutionis*.

La sostanziale identità dei tratti del nuovo quadro normativo con la corrispondente disposizione di matrice processual-civilistica restituisce il senso profondo dell'esigenza di tendenziale "certezza" che il legislatore ha inteso preservare nella delineazione di un sistema ritenuto «il solo idoneo per un verso a conservare integra la libertà di giudizio dei giudici delle sezioni semplici, per altro verso ad evitare quel grosso discredito e quelle grosse disuguaglianze nel caso singolo che seguono ogni qualvolta una sezione semplice si ribella ad una precedente decisione delle Sezioni unite»<sup>97</sup>.

"*Isole nella corrente*": a questa felice metafora<sup>98</sup> può ricondursi l'aspirazione a quel bisogno, generalmente percepito, di "uniformità" e, in senso più ampio, di "isonomia" da ricostruire nelle maglie profonde di un sistema che oscilla per l'effetto di plurime sollecitazioni, interne ed esterne, e continua a svilupparsi "*nell'ambito di un diritto che fluisce in crescente disordine lungo la freccia del tempo*": alle nuove sfide che queste esigenze di fondo pongono, la Suprema Corte deve, unita in tutte le sue interne articolazioni, saper efficacemente rispondere, pur nella consapevolezza della necessità di ulteriori interventi da parte del legislatore, per evitare il pericolo, sempre in agguato, di un deleterio slittamento verso il più modesto, e del tutto inutile, ruolo di una Corte «di revisione o di terza istanza, non funzionale all'interesse generale della collettività nell'ottica del principio di uguaglianza»<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> A. PROTO PISANI, *Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione*, in «FI», 1988, V, 29.

<sup>98</sup> L'espressione è di M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in «Criminalia», 2014, p. 57.

<sup>99</sup> G. CANZIO, *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, in a cura di A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale*, cit., pp. 333 ss.



Luciano Eusebi\*

*Legalità, non oligarchie: profili penalistici.  
Una scommessa ancor attuale sulla peggior forma di governo,  
Eccezion fatta per tutte le altre<sup>1</sup>.*

SOMMARIO: 1. Una cattiva fama: sul rapporto tra legge e potere – 2. Sottrarsi ai *de profundis* sulla funzione dei Parlamenti – 3. Il profilo nobile, e tuttavia bifronte, della legalità in materia penale – 4. La legge, in ambito criminale, serve per *condannare*: a) legalità e prevenzione – 5. (*Segue*) b) legalità, offensività e poteri dello Stato – 6. (*Segue*) c) legalità e politica criminale – 7. (*Segue*) d) fare verità per *migliorare* – 8. La legalità nasce e muore con la democrazia – 9. Appunti fiduciosi circa un *revival* dell'ideale democratico quale garanzia per il futuro dell'umanità.

1. *Una cattiva fama: sul rapporto tra legge e potere*

Il potere originario è quello esecutivo. Non quello di *eseguire* la legge, bensì quello di *costringere*, che diviene legge a sé stesso. Secondo la logica di chi detiene il potere perché gli deriva dalla forza, ovvero, come affermava, appena prima di *tangentopoli*, la nota *Educare alla legalità* della Commissione CEI Giustizia e Pace, secondo «la logica mafiosa dei comportamenti che si fanno legge nel momento stesso in cui si attuano»<sup>2</sup>.

La legge, dunque, ha portato con sé l'*imprinting* dell'essere espressione del potere. E, in effetti, lo è stata, tutte le volte in cui il potere s'è impadronito della legge. Così che sovente, in quei casi, è dovuto ergersi, per affermare che la legge non è questo, taluno di quei *trentasei giusti* i quali, secondo la tradizione talmudica, reggono il mondo – reciprocamente ignari – nei momenti più bui, rendendosi capro espiatorio all'inverso nei confronti del male (il capro espiatorio subisce il male su di esso riversato dalla società, che in tal modo lo disconosce come suo membro, mentre quei *giusti*,

\* Ordinario di Diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

<sup>1</sup> Contributo pubblicato anche in «*Jus. Rivista di scienze giuridiche*», 2020, 2-3, pp. 345 ss.

<sup>2</sup> Cfr. *Educare alla legalità. Per una cultura della legalità nel nostro Paese*. Nota pastorale della Commissione ecclesiale Giustizia e Pace, 4 ottobre 1991, in [<https://www.chiesacattolica.it/documenti-segreterial/>].

riaffermando con proprio rischio il bene, si fanno carico personalmente del male presente nella società, affinché ne sia liberata). Posto che «c'è un limite estremo – sono parole del professor Kurt Huber durante il secondo processo al gruppo de *La rosa bianca*, che lo vide condannato a morte nel 1943 – in cui ogni legalità esteriore diviene mendace e immorale, e ciò avviene quando essa si trasforma nel paravento della viltà, che non osa prendere posizione contro una palese violazione del diritto»<sup>3</sup>.

In forza della sua assimilazione primigenia al manifestarsi del potere, la legge è stata dunque percepita, e tale resta in non poca parte dell'immaginario collettivo, come mezzo per il consolidamento del potere stesso. Per cui s'è intesa la fedeltà alla legge come sudditanza a quest'ultimo, o comunque come fattore di chiusura a esigenze diverse da quelle in essa sedimentate e funzionali al potere. Vale a dire come sinonimo di conservatorismo e di indisponibilità acritica (*dura lex sed lex*) verso l'interrogativo se la legge corrisponda alla giustizia. Non di rado attraverso lo scudo difensivo di un'osservanza formalistica delle norme, che, riducendo la legalità al legalismo, offre alla coscienza la via di fuga onde eludere la questione che poneva Kurt Huber e la sensazione di trovarsi nel giusto pur ove si siano smarrite le ragioni fondanti del diritto: «guai a voi [...] che pagate la decima della menta, dell'anèto e del cumino, e trasgredite le prescrizioni più gravi della legge: la giustizia, la misericordia e la fedeltà» (*Mt 23,23*).

Ciò in quanto la legge e, più complessivamente, il diritto, che pure sono stati utilizzati dal potere, non costituiscono fattori di *legittimazione* del potere. La legge – la stessa legge che il monarca assoluto ritenga di dover enunciare – *imbriglia*, in qualche modo, il potere. Una realtà, questa, divenuta evidente nel momento in cui si riuscì a ottenere che la legge non fosse più formulata dal detentore della capacità di obbligare, ma da un organo, rispetto ad esso, indipendente (con tutte le possibili graduazioni di simile attributo). Con il che s'inaugurava l'idea – formidabile, ma non irrevocabile – secondo cui la legge risponde a un'altra logica rispetto a quella di un mero esercizio del potere. Una logica che ingloba interessi ulteriori e diversi rispetto a quelli di chi possa imporre la propria forza: riferibili, perfino, a soggetti che non abbiano una propria forza contrattuale, perché, si confida, *altri* sapranno farsene interpreti.

Tanto che s'è reso possibile coniare, circa un testo di legge non più emanato in perfetta solitudine dal sovrano, l'attributo di *Magna charta libertatum*. Addivenendosi, in tal modo, a ritenere che il potere (di

<sup>3</sup> Cfr. C. FRANCOVICH (a cura di), *Scholl. La rosa bianca*, La nuova Italia, Firenze, 1966, pp. 56 ss.

obbligare) fosse da concepirsi come sottomesso alla legge: vale a dire, che il potere *esecutivo* dovesse essere inteso, esclusivamente, in termini di esecuzione della legge.

Con tutto questo il baricentro relativo alla definizione delle regole comportamentali in ambito sociale si sposta dalla volontà di chi detenga materialmente il potere di obbligare a un luogo decisionale in linea di principio autonomo, volto a dirimere gli interessi di più parti (fino all'ideale costituito dal perseguimento del *bene comune*) e, anzi, ad attribuire esso stesso quel potere, sottraendolo a chi lo detenga *di fatto*: in modo da renderne titolare organi pubblici, il cui operato sia suscettibile di controllo, sul piano giurisdizionale e su quello politico.

L'intera questione inerente alla qualità delle norme inerenti alla vita sociale viene pertanto a concernere i criteri operativi di quel luogo decisionale. Su questa via, in ogni caso, la legge non è più legittimabile attraverso il potere, e non è poca cosa. Anche se, ovviamente, i poteri, quelli che oggi definiamo *forti*, permangono (insieme agli egoismi diffusi) e incidono: ragione per la quale una gestione virtuosa dei rapporti sociali risulta dipendere da come quel luogo decisionale funzioni, e più precisamente dal fatto che quei poteri (quelli prevalenti fra di essi) non se ne appropriino, rendendo vano l'intero percorso liberale di affrancamento della legge dal potere.

Per evitare questo s'è pensato (ed è cosa antica) a un espediente sbalorditivo, al limite della temerarietà: rendere tutti, per una quota che vorrebbe essere paritaria, compartecipi delle decisioni da assumere, attraverso mezzi, per lo più di carattere *rappresentativo*, suscettibili di salvaguardare la competenza decisionale senza slegarne gli esiti dal rapporto con l'intera popolazione.

Lo si è chiamato democrazia: si discute, ci si ascolta, si cerca di decidere per il meglio (almeno così dovrebbe essere), deliberando in base al criterio della maggioranza. Un sistema che non assicura le scelte migliori: può ben permettere, infatti, di eleggere dittatori, discriminare minoranze, recepire corruzioni, barattare il consenso con la demagogia, dichiarare guerre, rottamare chi non può farsi sentire e compiere molte altre nefandezze. In modo non molto diverso, tutto sommato, da quanto possono fare, e hanno fatto, i sovrani assoluti. Da cui il tentativo, a sua volta geniale, di creare *ex ante* attraverso le carte costituzionali un argine condiviso dato per insuperabile (sebbene tutt'altro che infrangibile o immutabile nelle letture che se ne diano, sulla base delle dinamiche storiche e culturali) rispetto all'assoluta discrezionalità delle scelte possibili: col quale si vorrebbe garantire, altresì, il senso di una comune solidarietà, affinché il pluralismo

delle società libere non si trasformi in competizione fra nemici.

E tuttavia un sistema – la democrazia – il quale resta il migliore tra quelli che abbiamo saputo immaginare, in quanto mira a far sì che ciascuno sia reso, direttamente o indirettamente, responsabile delle scelte comuni. Attribuendo, in tal modo, spessore effettivo alla *dignità sociale* di ogni individuo: non solo come *destinatario* di condotte, poste in essere da altri individui o dalle istituzioni pubbliche, ma altresì come *protagonista* attivo, nella sua autonomia personale, circa la definizione delle regole necessarie per la convivenza civile e la cooperazione tra gli Stati.

Si tratta di una scommessa sulla qualità del tessuto sociale: se la democrazia non garantisce scelte buone, ambisce a renderle, peraltro, *probabili*, o meno improbabili di quanto lo sarebbero nel quadro di sistemi fondati, a priori, sul potere di uno solo o di pochi. Facendo conto sul fatto che tra i membri del consesso sociale prevalgano persone motivate al bene, disposte a non esasperare gli interessi particolari, oneste, pacifiche, rispettose delle opinioni altrui, desiderose di un'informazione obiettiva, e così via.

Condizioni nient'affatto scontate, la cui tenuta, senza dubbio, è fragile. Tanto più quando le compagini politiche non avvertano la responsabilità loro propria di offrire all'opinione pubblica programmi che la orientino pur sempre verso obiettivi, conformi alla Costituzione, di natura solidaristica: preferendo, piuttosto, la ricerca fine a sé stessa del consenso mediante l'appello a sensibilità emotive, utilitaristiche o faziose mai espunte in modo definitivo dall'animo umano, che in tal modo vengono riesumate e ne traggono accreditamento.

Del resto, l'elenco dei limiti che si frappongono al quadro ideale della democrazia di cui s'è detto può andare ben oltre: dalla difficoltà, per esempio, del cittadino – che coinvolge anche i suoi rappresentanti – di comprendere le dinamiche che reggono davvero i rapporti economici e le relazioni internazionali<sup>4</sup>, all'immiserimento di un dibattito politico fondato sempre più sulla tattica, per fini elettorali, e sulla denigrazione sistematica tra le controparti. Ma vi è molto altro.

Così che compaiono solerti schiere di riformatori illuminati pronte a curare simili mali dichiarando quel modo d'intendere la convivenza democratica non solo *ideale*, ma anche *ingenuo*. Attraverso rimedi che della democrazia, però, rischiano di conservare soltanto una scorza esteriore.

Ecco che quindi, dinnanzi alle problematicità di una gestione partecipata e responsabile dei destini sociali, la quale faccia propri punti di vista più ampi

---

<sup>4</sup> Profilo, questo, che significativamente veniva individuato come uno degli elementi cardine del ritorno alla democrazia in A. MORO, *Non possiamo disperare perché possiamo capire*, in «Studium», 1945, 10, p. 290.

rispetto a quelli dei diversi *stakeholders*, si sente parlare di investiture dirette dei *leader* e dei loro Governi, cui attribuire, poi, poteri svincolati da troppe discussioni, o di come *élites* professionali, non escluse quelle giudiziarie, ben sarebbero in grado di interpretare l'interesse di tutti, senza le lungaggini delle procedure classiche di elaborazione delle norme, o anche di come la gestione contrattuale degli interessi, e su un altro piano la concertazione diretta tra le *lobbies*, meglio potrebbero rispondere ai bisogni di ciascuno, rispetto alla pretesa della legge di garantire i diritti sociali.

Sotto accusa, a ben vedere, è il ruolo dei Parlamenti, vale a dire il ruolo della legislazione, almeno come la si è intesa nel *post-illuminismo*. L'alternativa è data dall'investitura di nuove oligarchie, chiamate a regolare – secondo un suadente assetto paternalistico, ancorché non di rado proposto in veste liberale – i rapporti sociali: col rischio che il percorso di affrancamento tra norma e potere vada incontro a inattese regressioni.

## 2. *Sottrarsi ai de profundis sulla funzione dei Parlamenti*

Il compito dei Parlamenti sta nel progettare al meglio, attraverso atti che non siano unilaterali – e pertanto attraverso un confronto politico trasparente – le regole necessarie per il futuro della società. L'importanza della legge, infatti, va ben oltre la sua funzione di garanzia, che esige la predeterminazione del comando da ottemperare, ma non si occupa del suo contenuto. Per cui simile importanza non dipende soltanto dalla collocazione formale della legge nella gerarchia delle fonti (è tale collocazione, semmai, che dipende dalle caratteristiche peculiari della procedura parlamentare). E, del pari, non attiene, per quanto concerne il diritto penale, alla mera salvaguardia della *certezza* che dovrebbe contraddistinguere le norme (*lato sensu*) incriminatrici.

Se così fosse, sarebbero nel giusto gli orientamenti – non a caso, oggi, così suggestionanti – che ritengono sostituibile il principio della riserva di legge attraverso la prevedibilità delle pronunce giudiziarie penali desumibile dalla lettura, nel suo evolversi, del c.d. diritto vivente, tenuto conto della funzione stabilizzatrice svolta, rispetto a quest'ultimo, dalle sezioni unite della Cassazione<sup>5</sup>. Ma il fatto è, per tornare al tragico richiamo iniziale, che

<sup>5</sup> Per una ricostruzione dell'intera problematica, e per i connessi riferimenti, si vedano V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; R. PALAVERA, *Il penalista e il suo spartito. L'imprescindibilità del segno nel diritto penale*, ETS, Pisa, 2018.



la sentenza di condanna capitale nei confronti di Kurt Huber era prevedibile: *prevedibilissima*. E che ad essa si pervenne stante l'appropriazione pregressa della legislazione da parte del potere nazista e l'essere venuto meno il ruolo del Parlamento. O più precisamente: la legge purtuttavia vigente in Germania nel 1943 sarebbe stata ancora in grado di offrire validi motivi per salvare i membri de *La rosa bianca* e, proprio per evitare che si applicasse *tale legge* da parte di giudici ordinari che non avessero abdicato completamente alla sudditanza nei confronti della legge, si affidò il processo al *Tribunale del popolo*, presieduto da Roland Freisler, un nazista fanatico.

Quel che si tratta di garantire anzitutto, allora, è il modello democratico di produzione parlamentare delle leggi, il quale implica (almeno tendenzialmente) la terzietà della legislazione rispetto all'esercizio fattuale del potere e ai diversi interessi operanti nella società. Ma richiede, altresì, di creare le condizioni per favorire la qualità intrinseca della legislazione.

Una critica solo demolitiva, peraltro, riferita ai limiti di autorevolezza, competenza e autonomia che caratterizzano oggi, pure in Italia, l'attività parlamentare finisce per sostanziarsi inevitabilmente in una critica demolitiva riferita al sussistere stesso del potere legislativo. Quei limiti, infatti, non costituiscono un ostacolo alla fissazione di regole giuridiche: fine per il quale non vi è la necessità di un Parlamento efficiente, né di un Parlamento *tout court*. Piuttosto, incidono sui criteri della produzione di tali regole. E se si desidera – purché sia così – che simili criteri restino costruiti secondo il modello liberaldemocratico della divisione tra i poteri dello Stato, un succedaneo del Parlamento non è disponibile.

Ove il Parlamento, dunque, non riesca a gestire la progettazione del diritto, le regole suddette finiscono per essere dettate dai soggetti istituzionali cui compete di incidere immediatamente – cosa che il Parlamento non può fare – sulla realtà e sui diritti delle persone, vale dire il Governo e la Magistratura. Con il che, tuttavia, il distinguo tra legislazione ed esercizio del potere torna a essere oltremodo incerto. E con il che, inoltre, lo stesso rapporto tra competenza esecutiva e giudiziaria, una volta deterioratosi il comune ancoramento delimitativo alla legge, finisce per rendersi o *antitetico* (come attestano le polemiche circa i riflessi politici della giurisdizione) o per altri aspetti – esito pur sempre non auspicabile – *connivente* (come accade attraverso l'utilizzo sempre più esteso di formule normative plurivoche, affidate in modo espresso dal legislatore alla lettura dei giudici).

Ma su tale via diviene oltremodo difficoltosa, altresì, una pianificazione meditata, in base all'*iter* caratterizzante il percorso parlamentare, degli interventi giuridici che possano assicurare, in genere, un futuro migliore:

la quale sappia leggere le esigenze di un dato contesto storico, anticipare i problemi e sfuggire al rischio di decisioni appiattite su evenienze contingenti.

Ciò in quanto, per loro stessa natura, gli atti del Governo, come si evince dalla stessa rapidità delle procedure che ne caratterizzano l'adozione, risultano finalizzati ad affrontare – nel solco tracciato dalla costituzione e dalle leggi – le specifiche questioni che di continuo si succedono in ambito sociale e internazionale. Non senza, certamente, la possibilità del Governo di chiamare il Parlamento a esaminare propri disegni di legge, derivanti dalle esigenze constatabili attraverso il rapporto costante della sua attività con la concretezza delle vicende storiche. Ma con la facoltà di sostituirsi al Parlamento nell'iniziativa di un testo avente forza di legge, e in termini del tutto transitori, solo nel caso eccezionale in cui sussistano le condizioni previste per l'emanazione di un decreto legge.

Il rischio, pertanto, è quello di un'esautorazione del ruolo dei Parlamenti che finisca sempre più per appiattare la normazione sul corto respiro, sulla gestione *rebus sic stantibus* delle questioni di volta in volta sopravvenute, su forme di risposta all'uno o all'altro problema subito intelligibili da parte dell'opinione pubblica, che finiscono, però, per tenere conto ampiamente, a fini di consenso, dell'emotività sociale.

Un'esautorazione che si è sostanziata, di fatto, nel soggiacere dei Parlamenti al potere esecutivo e ai suoi destini. Come attestano, per esempio, la polarizzazione dello stesso momento elettorale sulla formazione dei Governi, anche mediante l'orientamento prioritario a quel fine dei sistemi di voto, nonché la strisciante delegittimazione del concetto stesso di democrazia rappresentativa<sup>6</sup>, attraverso l'enfasi populista riposta sulla delega di fiducia al soggetto esponenziale di una componente politica (con l'effetto di una dislocazione dei momenti decisionali in ambiti che non assicurano un'adeguata trasparenza); oppure, inoltre, la precisa volontà di non consentire una selezione qualitativa delle compagini parlamentari, scelte attualmente, per lo più, dai vertici delle forze politiche in termini di affidabilità alle direttive di voto, senza esigere alcuna previa competenza acquisita circa i temi rilevanti a fini legislativi e quasi abolendo ogni valutazione discrezionale del cittadino tra gli eleggibili.

Ma il medesimo rischio di un *modus operandi* riduttivo rispetto alle questioni sul tappeto lo si ha, ancor più, nel momento in cui si accrediti, onde sopperire alle inerzie parlamentari, la funzione di *supplenza* – termine, questo, già in sé legittimante – del potere giudiziario, specie nell'ambito

<sup>6</sup> Cfr. in proposito, p. es., F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "mala-legalità", dintorni*, ETS, Pisa, 2019, p. 157.

penale. E ciò per il fatto che la Magistratura dispone di un unico strumentario, ovviamente quello giudiziario suo proprio, onde affrontare i problemi: il quale ad esempio, per quanto concerne i reati, si riduce all'effettuazione delle indagini e all'inflizione delle pene. Per cui risulta chiaro come la Magistratura non potrà mai *innovare*, o *diversificare*, circa i criteri di approccio ai temi che richiedono una regolamentazione normativa. Il che si riflette anche sull'attività degli uffici legislativi ministeriali, ove composti in modo prevalente da magistrati.

Di per sé, dovrebbe competere al Parlamento tracciare i binari, conformemente alla costituzione, circa l'attività del potere esecutivo e di quello giudiziario: salva la possibilità per il primo di integrare la legge entro i suoi stessi limiti o di esercitare una delega legislativa affidatagli dal Parlamento; e salvo il compito proprio dei giudici di esercitare le diverse dimensioni della discrezionalità interpretativa rispetto alle casistiche giudiziarie concrete<sup>7</sup>. Mentre oggi assistiamo, fra l'altro, a deleghe quasi in bianco del Parlamento al potere esecutivo e di recente, con l'ordinanza n. 207/2018, perfino a una delega della Corte costituzionale al Parlamento, dalle rime e dalle tempistiche predefinite, su una materia circa la quale il Parlamento stesso non aveva affatto mancato di esprimersi solo pochi mesi prima<sup>8</sup>. Con ciò dimenticando il monito di un Autore che, pure, non è affatto insensibile al ruolo della Magistratura nella ricostruzione del diritto applicabile: «In un rischio di uso alternativo del diritto incorre anche la Corte costituzionale quando pretende di decidere le questioni di costituzionalità non limitandosi a distruggere la legge incostituzionale»: «quando essa – cioè – statuisce la regola che trae direttamente dalla Costituzione e la indica senza alternative»<sup>9</sup>.

In questo contesto, ove s'intenda salvaguardare il principio democratico dell'equilibrio fra i poteri classici dello Stato, non si tratta di *sostituire* o *marginalizzare* (comunque avvenga) l'attività dei Parlamenti, perché questo inficerebbe inesorabilmente la funzione legislativa: sebbene ciò possa risultare facile, trovando ampie ragioni giustificative nell'attività dei Parlamenti contemporanei, spesso proclivi ad assecondare passivamente

<sup>7</sup> Cfr., da ultimo, C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 3, pp. 1431 ss.

<sup>8</sup> Si consenta il rinvio, sul tema, a L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in «RIML», 2018, 2, pp. 415 ss.

<sup>9</sup> Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 211.

istanze demagogiche operanti in sede sociale, piuttosto che a ricercare il consenso attraverso un effettivo orientamento progettuale, e non asservito a interessi di parte, della legislazione.

Al contrario, ed è ben più difficoltoso, si tratta di ripensare il ruolo dei Parlamenti, entro l'ambito di una visione aggiornata, ma non rinunciataria, della democrazia.

Per questo appare utile approfondire il significato che assume la legalità nei diversi settori del diritto. E l'esemplificazione inerente al diritto penale, quale settore dell'ordinamento che più di qualsiasi altro coinvolge l'offesa – anti giuridica oppure azionata per via giudiziaria<sup>10</sup> – di beni fondamentali può risultare, forse, particolarmente significativa.

### 3. *Il profilo nobile, e tuttavia bifronte, della legalità in materia penale*

Non per nulla il codice Rocco, che il legislatore totalitario non volle emancipato da un ossequio almeno formale verso i principi liberali, pone il principio di legalità – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – al suo primo articolo: principio espresso, peraltro, anche all'art. 25 co. 2 Cost. e all'art. 7 co. 1 CEDU.

La motivazione più immediata risulta evidente. Chi viene punito deve aver potuto far conto su un confine noto o quantomeno conoscibile, e non incerto sul piano dei contenuti, fra ciò che è penalmente lecito oppure illecito, come pure sulle conseguenze sanzionatorie applicabili in caso di trasgressione della norma penale.

Un inizio molto solare: tanto che, per suo tramite, s'è perfino applicata (pure) al diritto penale la veste nobile di *magna charta* dei diritti individuali. Invero trascurando, però, che l'idea dell'individuare i diritti per sottrazione, muovendo dalle scelte in cui si concretizza l'esercizio della potestà punitiva pubblica, non è molto in linea con un assunto così solenne. E altresì trascurando, soprattutto, come il principio di legalità, oltre a svolgere una funzione garantistica, *legalizzi* nel contempo, rendendoli per il suo tramite accettabili, i modi in cui si realizza la massima forma dell'ingerenza statale – il punire – nella sfera dei diritti individuali.

Si tratta di un dato ovvio, ma che viene rimosso, per esempio, da parte

<sup>10</sup> Secondo l'immagine ben nota del diritto penale come *arma a doppio taglio*, che risale a F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1882/3), trad. it., Giuffrè, Milano, 1962, p. 46.

di chi rifiuta, nel nome di una legalità ridotta ad aritmetica computazionale, qualsiasi apertura verso tipologie sanzionatorie non detentive, vale a dire incidenti in modo *meno pesante* sull'insieme di quei diritti: solo perché simili tipologie necessitano che siano ridefiniti i criteri legislativi di determinazione delle sanzioni e venga reinterpretato il ruolo, rispetto ad essi, della discrezionalità giudiziaria (in un senso che può ben risultare molto più sostanzialmente garantistico rispetto al formalismo caratterizzante la *commisurazione* – di fatto retributiva – della pena carcerocentrica).

Il profilo liberale del principio di legalità rimane peraltro indubitabile, e irrinunciabile. Tuttavia esso pure, se fosse da riferirsi soltanto alla dimensione della certezza del diritto, non necessiterebbe del ricorso alla legge. Ciò che motiva, infatti, l'affidamento esclusivo delle scelte normative in materia penale al Parlamento, come ben si sa, è ben altro: vale a dire lo scopo di selezionare con equilibrio – da parte di chi rappresenta i destinatari, insieme, della tutela penale e delle sanzioni applicabili quando un reato sia stato commesso – le casistiche, con relativi presupposti e conseguenze, rispetto alle quali la potestà punitiva debba essere esercitata.

E ben sappiamo come questo compito sia stato svolto negli ultimi decenni: da istituzione concepita, secondo il pensiero dell'illuminismo, come luogo del ritegno ponderato nel ricorso al diritto penale, il Parlamento è divenuto, spesso, il luogo del populismo penalistico securitario, per giunta secondo tendenze di matrice trasversale<sup>11</sup>.

Nondimeno, è attraverso il Parlamento, riconsiderandone le funzioni, che devono reperirsi gli antidoti. Medicine diverse possono apparire accattivanti e attribuire le scelte a soggetti in grado di far valere competenza giuridica o investiture autorevoli. Ma ne verrebbero meno sia la possibilità del controllo democratico su quella che resta l'espressione più arcaica dei poteri sovrani, sia la possibilità di una progettazione politica (in senso alto) – piuttosto che solo tecnico-operativa riferita alle forme punitive classiche – circa i mezzi con cui affrontare comportamenti pregiudizievoli di rapporti interumani conformi al dettato dell'art. 2 Cost.: finalità, questa, che richiede un contesto elaborativo indipendente, un respiro propositivo pluridisciplinare e la ricerca di un consenso, anche in termini culturali, esteso.

Risulta peraltro necessaria, in tale prospettiva, una chiarificazione circa il ruolo che la norma penale, in effetti, è chiamata ad assolvere.

---

<sup>11</sup> *Amplius*, a tal proposito, L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in «RIDPP», 2016, pp. 1668 ss.

#### 4. La legge, in ambito criminale, serve per condannare? a) legalità e prevenzione

Muoviamo da quella che dovrebbe costituire un'ovvietà, ma che si manifesta nient'affatto scontata soprattutto nella materia penalistica. La legge non serve per sanzionare: ovvero, rispetto a tale materia, per *condannare*. Se tradizionalmente, infatti, si è ricondotto il ruolo dell'autorità alla sua potestà di obbligare, la legge ha finito per essere intesa – e ciò rimane presente nel sentire comune – come il presupposto, o se si vuole il pretesto, affinché la suddetta potestà possa esercitarsi. Quasi che simile esercizio abbia delle motivazioni sue proprie, recondite e inesprese, che nel testo legislativo trovano soltanto una forma giustificativa per la loro espressione. Così che talora, quasi per contraccolpo, è il sussistere stesso della legge che induce alla trasgressione. Ma questa è cosa nota, che veniva segnalata, in modo clamoroso, già da San Paolo: «non avrei conosciuto la concupiscenza, se la Legge non avesse detto: *Non desiderare*» (Rm 7,7).

Circa l'ambito penale un simile approccio risulta, in effetti, particolarmente percepibile, stante l'inveterato legame culturale del punire con la visione retributiva della giustizia: se si verifica ciò che viene percepito socialmente come un misfatto (o se qualcosa, comunque, è andato storto e si dovrà, pure, rimuovere lo *skandalon*) – così si ritiene per lo più – *bisogna condannare*. E, in tal senso, il compito della legge diviene, soltanto, quello di *proceduralizzarne* le modalità, sia per quanto concerne i presupposti sostanziali, sia per quanto concerne l'*iter* accertativo. Possibilmente, senza troppe finenze che ostacolino il risultato, e senza deflettere dalla forma del punire che meglio risponde all'idea della specularità – per quanto si sappia che essa è definita convenzionalmente – tra il *quantum* dell'allarme prodotto dal fatto offensivo e l'esito del rito sacrificale: forma costituita dal ricorso alla sottrazione di una parte, e talora nell'intero, del tempo (incerto) residuo di vita libera su cui può far conto il condannato, secondo una dosimetria addirittura aritmetica.

È invece il punire che dovrebbe risultare sussidiario alla legge, sulla base delle finalità di quest'ultima: le quali sono ben diverse – o così si auspicherebbe che fosse – dall'esigenza del condannare inteso come motivazione originaria e fondativa della legislazione penale.

La legge penale, dal punto di vista logico, ha il compito prioritario, in realtà, di individuare i comportamenti da esigersi con riguardo alla salvaguardia di beni individuali o collettivi aventi rilievo fondamentale: selezionando, poi, le forme di trasgressione, rispetto al *modus operandi* in tal modo prescritto, che richiedano risposte diverse dalle sanzioni civili o

amministrative, vale a dire risposte tali da perseguire, oltre ad altri fini, una revisione (più o meno pregnante) circa la condotta complessiva di vita del trasgressore, secondo ciò che indica l'art. 27 co. 3 Cost. (nonché contrastando *a fortiori*, su questa via, una penalizzazione costruita in base all'emotività sociale, dipendente soprattutto dall'impatto, anche mediatico, degli accadimenti lesivi di più facile percepibilità).

Sebbene, pertanto, le norme penali descrivano condotte *vietate*, non si deve dimenticare che a monte di ciascuna fra tali norme esiste sempre un precetto implicito, ma non per questo meno concreto, rivolto a sollecitare l'adozione di modelli (positivi) dell'agire idonei alla salvaguardia di un determinato bene giuridico. Così che proprio nel definire quei precetti va reperito il fulcro della legislazione penale: aspetto, questo, decisivo al fine di cogliere in che senso le norme penali sono in grado di sortire effetti preventivi stabili nel tempo.

Al di là di quanto inerisce alla prevenzione *primaria*, sulla quale torneremo, e del contrasto relativo ai profitti conseguiti in modo illecito, la prevenzione dei reati dipende infatti, essenzialmente, dalla capacità delle leggi penali di *motivare*: cioè di promuovere – anche attraverso il contenuto delle sanzioni – scelte *personali* di adesione ai precetti normativi.

Un sistema penale fondato, tradizionalmente, su fattori di *coazione esterna*, quali sono l'intimidazione (sia dei consociati, che dei condannati) e la neutralizzazione (solo dei secondi) che si vorrebbero prodotte da modalità sanzionatorie conformi a simili scopi, può avere, infatti, solo un'efficacia incerta e occasionale, rivelandosi, peraltro, discriminatoria e anzi, nel complesso, controproducente.

Ciò in quanto un simile sistema non riesce a controbilanciare l'incidenza della circostanza per cui esisteranno sempre probabilità elevate che la commissione di un reato rimanga impunita (le indagini criminologiche sulla c.d. *cifra oscura* lo attestano da sempre). E non tiene conto, altresì, di come l'adozione di condotte criminose, perfino nell'ambito della criminalità economica, risponda a quadri decisionali complessi sul piano psicologico e per gran parte insondati: non riconducibili, in ogni caso, a meri calcoli asettici del rapporto fra l'interesse all'obiettivo di un dato comportamento illecito e la probabilità delle conseguenze sanzionatorie. Dovendosi constatare, inoltre, come le politiche di neutralizzazione dei condannati, se pure in grado di impedire le recidive nella fase di esecuzione della pena (e, ovviamente, mediante la pena capitale), non hanno mai precluso il rigenerarsi delle compagini criminali nel contesto sociale, né hanno prodotto riduzioni comprovate dei tassi di criminalità: mentre hanno

alquanto contribuito alle recidive riscontrabili dopo la fase esecutiva di una detenzione temporalmente limitata.

Con l'effetto per cui lo Stato proclive a infliggere pene esemplari risulta, soprattutto, lo Stato *debole*, che cerca di coprire attraverso simili pene – quasi sempre inflitte in casi *semplici* e nei confronti di soggetti socialmente marginali, oppure nei confronti di soggetti ormai *scaricabili* in funzione della necessità di un capro espiatorio – la propria inefficienza, spesso non del tutto innocente, circa il contrasto dei fattori e degli interessi che favoriscono le condotte illecite, come pure circa il controllo delle attività pericolose o comunque a rischio di creare spazi per l'illegalità.

Ma con l'esito ulteriore di compromettere quello che abbiamo individuato come l'elemento portante della prevenzione, vale a dire l'ambizione della norma penale di aggregare *consenso* intorno ai precetti normativi, cioè intorno ai comportamenti virtuosi – *scil.*, di salvaguardia del bene tutelato – che risultano *opposti* a quelli vietati. Se l'ordinamento giuridico, infatti, minaccia sanzioni le quali, per il loro contenuto intimidativo o meramente neutralizzativo, *negano* il rispetto di quanto, attraverso le fattispecie incriminatrici, dichiara di voler tutelare, sortisce il risultato di far decadere, nella coscienza sociale, la credibilità dei precetti di cui sopra, e con ciò l'autorevolezza dei divieti penali, pregiudicandone l'efficacia preventiva.

Osservazione, questa pure, non certo nuova. Lo aveva ben spiegato Cesare Beccaria, come ben si sa, con riguardo alla pena di morte (ancorché i suoi rilievi, per la loro forza dirompente, non siano stati raccolti oltre i confini del caso estremo cui si riferivano): se lo Stato, per convincere a non uccidere, commette deliberatamente un omicidio, nei confronti di una persona resa ormai inoffensiva, sulla pubblica piazza, fa valere un modello comportamentale per cui il carattere intangibile della vita altrui risulta contraddetto, accreditando stili di vita che includano la possibilità di uccidere (il divieto di uccidere, in tal modo, viene a dipendere da un'espressione del potere dello Stato, *che per parte sua uccide*, e non da una ragione di fondo, come tale proponibile alla coscienza di ognuno)<sup>12</sup>. Del

<sup>12</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], § XXVII, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. FIRPO, vol. I, Mediobanca, Milano, 1984, pp. 92 s.: «Non è utile la pena di morte per l'esempio di atrocità che dà agli uomini. Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il fiero esempio, tanto più funesto, quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esso medesimo, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio».



resto, non s'è mai constatato che i Paesi applicatori, a scopo intimidativo, della pena di morte conoscano tassi interni di violenza inferiori a quelli dei Paesi che l'hanno abolita, essendovi riscontro credibile, piuttosto, del contrario. Tanto che, non a caso, alcuni Paesi hanno preso commiato dalla pena di morte subito dopo vicende tragiche di genocidio o di guerra civile, in modo da far valere una svolta culturale, nella società, quanto al rispetto della vita altrui.

È dunque sull'orientamento dei comportamenti definito dalla legge che si radica la strategia di prevenzione dei reati: per cui le norme penali non servono *per condannare*, bensì sono le sanzioni con le quali si condanna che devono rispondere all'intento motivazionale – *erga omnes* e rispetto al singolo autore di reato – proprio di tali norme: ovvero, sono le sanzioni che devono servire *per motivare*.

Ma ciò non è altro da quanto esige, già lo si rammentava, l'art. 27 co. 3 Cost. Il quale non si configura – laddove richiede che le pene non siano «contrarie al senso di umanità» e debbano tendere «alla rieducazione del condannato» – come mera appendice moralistica di una visione retributiva del punire ritenuta ovvia, sebbene priva di accreditamento nella Costituzione (così che ne risulterebbe inopinatamente marginalizzata l'unica affermazione della Carta fondamentale sulle modalità della risposta ai reati), rappresentando, piuttosto, una ben precisa scelta strategica. Quella per cui una prevenzione solida dei reati – fermo l'intervento sui benefici illecitamente conseguiti – si realizza soltanto attraverso modalità sanzionatorie miranti non già a incapacitare, emarginare, o espellere definitivamente dal contesto sociale gli autori di reato, bensì a creare i presupposti per una capacità rielaborativa in senso critico da parte dei medesimi circa il reato commesso, che possa condurli a decisioni personali, e in tal senso *libere*, di affrancamento dall'agire criminoso. Nella consapevolezza del fatto che il realizzarsi di simili percorsi, talora non facili né privi di rischi, costituisce un fattore decisivo onde accreditare l'agire secondo la legge all'interno delle realtà di provenienza di tali autori: anche e soprattutto, con riguardo al contrasto della criminalità organizzata.

Ne deriva che l'intento rieducativo (oggi si preferisce dire *risocializzativo*, ovvero *orientato al recupero*) dell'agente di reato non rappresenta, secondo la Costituzione, la zavorra e, pertanto, un *limite* rispetto al miglior perseguimento della prevenzione (ove inteso come dipendente dal massimo di intimidazione e di neutralizzazione), bensì l'elemento cardine dell'intervento penale: in quanto una *rieducazione* conseguita rafforza, secondo quanto s'è detto, la *prevenzione generale* (che, nel linguaggio penalistico, identifica la

dissuasione dal delinquere dell'intera compagine dei consociati).

Il che conduce a superare la visione classica del punire in termini di corrispettività retributiva tra il fatto negativo del reato e il danno inferto, quale conseguenza altrettanto negativa, al suo autore, mediante la pena: inaugurando una visione della risposta al reato in termini, piuttosto, di *progetto*, orientato a ristabilire, anche attraverso l'impegno riparativo, un rapporto responsabile dell'autore stesso con chi abbia patito danno o sofferenza a seguito del reato e con l'intera società: secondo la prospettiva oggi espressa, a livello internazionale, dalla nozione di *restorative justice*.

Così che, anche nei casi in cui resti necessario, per il pericolo concreto della reiterazione di reati gravi o per l'esigenza di recidere legami con le organizzazioni criminali, il ricorso alla detenzione, questa persegua pur sempre il reinserimento sociale del condannato: non escludendo mai, a priori, il rilievo di un *iter* rieducativo che, proprio in quei casi, assumerebbe il massimo valore di consolidamento delle ragioni soggiacenti ai precetti normativi aventi rilievo penale<sup>13</sup>.

Ma se proprio l'attendibilità motivazionale di tali precetti rappresenta il cardine della prevenzione in materia penale, allora l'infliggere una pena potrebbe non costituire – come più oltre diremo – l'elemento principale, o comunque sempre necessario, della *gestione* attraverso il processo di un fatto criminoso.

##### 5. (Segue) b) *legalità, offensività e divisione dei poteri*

Prima di prendere in esame simile aspetto, appare tuttavia utile evidenziare, in sintesi, alcune esigenze ulteriori, fondamentali per il sistema penale, cui solo la legge può rispondere.

Ciò attiene anzitutto, ovviamente, alla funzione di garanzia assoluta da quest'ultima, attraverso il principio della riserva di legge, in rapporto al potere esecutivo: onde impedire che le condizioni e le modalità del punire vengano a dipendere, in modo più o meno esteso, dall'espressione diretta di una volontà politica (o quantomeno di natura burocratico-amministrativa) svincolata dal vaglio pluralistico tipico della procedura parlamentare.

Profilo, questo, integrato dall'art. 13 co. 2 Cost., che riconduce ai «soli

<sup>13</sup> Il tema di cui, in sintesi, al presente paragrafo è stato più volte affrontato da chi scrive: cfr., p. es., «*Gestire il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione»*», in *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G. GATTA, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 223 ss.

casi e modi previsti dalla legge» qualsiasi limitazione della libertà personale, affidando, altresì, in via esclusiva all'autorità giudiziaria l'adozione dei provvedimenti in materia (fatte salve le ipotesi eccezionali in cui è ammesso l'intervento autonomo dell'autorità amministrativa di pubblica sicurezza, tuttavia subito sottoposto a convalida giudiziaria).

Ma la suddetta funzione garantistica della legge in ambito penale si riferisce nel contempo, come ben si sa, anche all'esercizio del potere giudiziario, attraverso l'insieme dei vari aspetti del principio costituzionale di legalità (primo fra tutti, ancora una volta, la riserva di legge) e comunque, in particolare, attraverso il *divieto di analogia*, specificamente previsto dall'art. 14 delle *preleggi*: ciò a presidio del rischio di una riscrittura permanente delle fattispecie criminose in rapporto a supposte necessità punitive unilateralmente fatte valere dal giudice del processo, e non soppesate, secondo gli strumenti propri delle deliberazioni democratiche, nel quadro di una visione politico-criminale complessiva.

Un obiettivo, peraltro, a sua volta consolidato dal fatto che – quasi per paradosso – solo il riferimento del giudice alla legge, e in particolare alla *ratio* che informa la norma penale, consente un'applicazione non formalistica, quanto alle fattispecie criminose, del testo legislativo: vale a dire non suscettibile di estendersi oltre i casi in cui quella *ratio* effettivamente si concretizzi. Ciò che trova espressione, com'è ben noto, nel principio di *offensività*, ormai universalmente riconosciuto (oltre che positivizzato nella gran parte dei codici moderni): con effetti di particolare rilievo, ad esempio, circa l'esclusione di logiche presuntive in relazione ai reati di pericolo, quale categoria ormai per molti versi identificativa del diritto penale moderno<sup>14</sup>.

Così che i principi di legalità e di offensività finiscono per integrarsi fra loro: evitando, da un lato, che si punisca oltre la *ratio* della legge, vale a dire pure nel caso in cui non si realizzi l'offesa del bene giuridico che la legge stessa intenda tutelare, ma altresì evitando, dall'altro lato, che il riferimento al bene protetto da una data norma incriminatrice conduca a punire oltre i limiti desumibili, in sede interpretativa, dal testo di quest'ultima.

Si tratta, in breve, di funzioni della legge tipiche degli ordinamenti democratici, le quali non a caso, al di fuori di essi, o vengono escluse o sono ridotte a simulacri sotto il profilo della loro effettività: il che evidenzia come la loro erosione investa direttamente l'assetto costituzionale dello Stato.

---

<sup>14</sup> Cfr., in materia, M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in «DPC – RT», 2013, pp. 4 ss.

6. (Segue) c) *legalità e politica criminale*

Emerge altresì, tuttavia, un altro profilo – meno evidenziato, fino a oggi, ma ineludibile e tale da richiedere un’urgente rivisitazione – del ruolo che compete alla legge con riguardo al contrasto della criminalità.

Si tratta del fatto che solo la legge è in grado di assicurare un approccio non esclusivamente *a posteriori*, cioè non riconducibile a meri provvedimenti da adottarsi *dopo* che un reato sia stato commesso, nei confronti del fenomeno criminale: un approccio, in altre parole, riferito anche al ruolo nodale della prevenzione *primaria*, costituito dall’intervento sui fattori sociali, culturali e, in particolare, economici che creano spazi praticabili per l’agire criminoso.

Se, infatti, la prevenzione primaria si gioca, per una parte, sul piano pregiuridico, cioè in ambito educativo-culturale e con riguardo alla qualità dell’impegno civile dei cittadini nonché all’efficienza e alla credibilità sul territorio delle pubbliche istituzioni, essa richiede altresì l’attivazione di molteplici settori della legislazione non penale per restringere l’insieme delle condizioni suscettibili di facilitare condotte criminose o, comunque, a rischio di produrre eventi lesivi rilevanti ai fini penali. Si pensi al contrasto dei paradisi bancari, al ruolo criminogeno del nero fiscale, all’importanza di una legislazione sugli appalti che minimizzi le opportunità sfruttabili per fini di corruzione, alla necessità di legislazioni inclusive che non mettano in conto aree di emarginazione sociale suscettibili di essere sfruttate dalla criminalità organizzata o per fini di terrorismo, e così via: tutti contesti che esigono buone legislazioni di ambito *non penalistico*.

Il che rende chiaro come la prevenzione dei reati sia questione che investe l’intero ordinamento giuridico e che non dipenda affatto, in primo luogo, dalla legislazione penale. Per cui si tratta di superare l’idea, invalsa nel sentire comune, secondo cui la *politica criminale* possa ridursi alle previsioni del *diritto penale*.

Si parla da gran tempo, ben lo sappiamo, del diritto penale come *extrema ratio* della politica criminale<sup>15</sup>. Ma la realtà è che il sussistere delle norme penali ha fatto in larga misura da *alibi* per la mancata adozione dei provvedimenti di prevenzione primaria. E ciò perché questi ultimi incidono immediatamente su interessi materiali ed egoismi diffusi, in modo assai meno aleatorio di un eventuale intervento sanzionatorio *ex post*, di natura penale, ove un reato si sia prodotto.

Fino al caso emblematico della responsabilità colposa, circa la quale

<sup>15</sup> Per una ricostruzione storica a tal proposito cfr., p. es., G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in «RIDPP», 2013, pp. 1654 ss.

in determinati settori (circolazione stradale e infortunistica sul lavoro) sono state introdotte, quanto al verificarsi di un evento lesivo derivante dalla violazione di regole cautelari, pene draconiane ad effetto simbolico applicabili a un trasgressore, che, tuttavia, viene a configurarsi come il soggetto *più sfortunato* fra molti, o moltissimi, altri trasgressori (impuniti), la cui condotta non abbia prodotto alcun danno: rimanendo, invece, del tutto inefficiente il sistema dei controlli, e del conseguente contrasto soprattutto economico, relativo alle condotte pericolose, sebbene sia chiaro che solo la credibilità *ex ante* di tali controlli risulta in grado di tradursi in una riduzione effettiva degli esiti che s'intendono scongiurare.

Appare dunque necessario riflettere sull'esigenza di una politica criminale *integrata* fra i diversi settori dell'ordinamento giuridico, piuttosto che continuare a enfatizzare un supposto ruolo taumaturgico del diritto penale, che non risulta affatto produttivo a fini di prevenzione dei reati. Eppure, non risultano sussistere nel nostro Paese, per esempio, cattedre universitarie specificamente dedicate alla *politica criminale*, né luoghi istituzionali deputati a definire strategie complessive di contrasto della criminalità.

Peraltro, è solo la legislazione – in quanto non dispone di un unico strumento (la pena), bensì dell'intera gamma delle risorse attivabili nel senso predetto – che può farsi carico di una simile sfida: certamente, solo una legislazione di altro profilo, la quale sappia affrancarsi dall'idea che la prevenzione primaria non generi consenso politico in quanto, a differenza degli incrementi nelle entità delle pene, richiede a tutti di accettare alcuni oneri, ove s'intenda, in un modo non soltanto retorico, contrastare l'illegalità. Ma ciò rimanda a un nodo cardine della scommessa democratica.

#### 7. (Segue) d) *fare verità per migliorare*

Se dunque s'è visto come la legislazione in materia penale non risulti servente rispetto all'intento del condannare, e come l'eventuale condanna, piuttosto, debba rispondere ai fini di tale legislazione, allora può essere revocato in dubbio, già lo si accennava, il fatto stesso che la condanna (o l'applicazione di conseguenze sanzionatorie comunque denominate) rappresenti – per il caso in cui se ne diano le condizioni – l'obiettivo *primario* del processo penale, che è quanto dire delle stesse norme incriminatrici.

Deve infatti constatarsi che il prevalere del condannare, nella pratica e nell'immaginario comune, quale obiettivo dell'accertamento di

responsabilità penali ha finito per non rendere più percepibile quella che costituisce l'esigenza di fondo rispetto all'avvenuto realizzarsi di un fatto ingiusto. L'esigenza, cioè, che quel fatto, sebbene ormai verificatosi, non transiti nell'*iter* degli accadimenti storici senza che rappresenti (questa volta etimologicamente) uno *skandalon*, vale a dire una *pietra d'inciampo* rispetto al futuro.

Senza, cioè, che circa il contesto del suo prodursi si sia fatta chiarezza. Senza che si sia cercato, a livello pubblico e coinvolgendo, possibilmente, lo stesso autore del reato, di addivenire a un *giudizio* sul reato stesso (*non si sarebbe dovuto agire in tal modo*). Senza che su quel fatto si sia potuta manifestare una responsabilizzazione dell'autore stesso (eventualmente manifestata per sua stessa iniziativa, attraverso un serio impegno riparativo). Senza che su quel fatto, dunque, si sia svolta un'elaborazione (coraggiosamente estesa ai profili stessi della *corresponsabilità sociale*). E dunque, in senso lato, senza che su quel fatto si sia *fatta verità*. Affinché da simile presupposto possa trarsi insegnamento per *migliorare* le normative orientate alla prevenzione e gli stessi criteri personali dell'agire (non soltanto da parte dell'autore): insegnamento la cui mancata deduzione finisce, essa sì, per rappresentare un'offesa rispetto alle vittime (come si evince da una frase tante volte ascoltata, eppure assai poco valorizzata: *che almeno possa essere servito perché non accada più*).

Dal che si deduce come la risposta sanzionatoria abbia senso in quanto si raccordi, e risulti necessaria, al perseguimento di tali fini. Laddove, invece, il rapporto di tradizionale implicazione fra processo e condanna ha portato, di fatto, a rendere per lo più impossibile il tentativo stesso di *fare verità* sul reato (al di là di una mera ricostruzione storica dei fatti): stante che ovviamente – se la gestione del reato è legata, soltanto, alla condanna – *nemo tenetur se detegere*.

Fino all'estremo paradigmatico, concernente ancora una volta, soprattutto, i fatti colposi, per cui nessuno ammetterà mai che – *col senno di poi*, ma, non di rado, anche *col senno di prima* – si sarebbe potuto *fare qualcosa di meglio*, e ciò per non incorrere nella scure del diritto penale. Con una pericolosissima compromissione dell'interesse generale alla trasparenza e al miglioramento delle prassi comportamentali (nonché a evitare il persistere difensivo dello *status quo*), specie con riguardo all'emersione degli errori più gravi.

Una società la quale – *attraverso il diritto penale* – riesce a bandire il riconoscimento degli errori, e in genere dell'aver sbagliato, dall'orizzonte umano, vale a dire di ciò che comunque accompagna, in modo più o meno

rilevante, l'esistenza di ciascuno, non è una società che, in effetti, può pensare di porre in essere una buona prevenzione dei reati.

Nondimeno, oggi lo strumentario per elaborare nuove modalità di gestione dei reati, implicanti il superamento del punire come *raddoppio del male*<sup>16</sup>, *esiste*: non senza alcune seppur timide aperture nello stesso diritto penale vigente (si pensi all'introduzione, pur circoscritta, della messa alla prova e, nel suo ambito, della mediazione penale, o all'estinzione del reato per condotte riparatorie, o, ancora, ai numerosi casi in cui norme speciali prevedono benefici in rapporto a comportamenti, essi pure, di natura *lato sensu* riparatoria)<sup>17</sup>.

L'alternativa tra un pur difficile percorso evolutivo e un diritto penale inesorabilmente conservatore, dipende, tuttavia, dal ruolo, e dalla qualità, che per il futuro saprà assumere la legislazione.

## 8. *La legalità nasce e muore con la democrazia*

A questo punto è facile prevedere lo scoramento di chi, se pure ve ne sia, fosse arrivato sin qui. Le condizioni del potere legislativo, si dirà, sono quelle che sono. Eppure, è necessario ribattere, senza un ruolo efficiente del Parlamento non c'è democrazia.

Potrà darsi un Governo forte, avallato tramite elezioni, che gestisce *di fatto* la legislazione, rendendo solo formale il confine fra la legge e i suoi decreti: e sempre che, essendo *troppo forte*, non ritenga di condizionare (gli esempi nel mondo non mancano) lo stesso momento elettorale. Come potranno darsi oligarchie rappresentative degli interessi di fatto o del potere giudiziario, le quali entrino in un rapporto di bilanciamento, o di patteggiamento, con il potere esecutivo. Tuttavia, la democrazia è un'altra cosa. Il *dèmos* non può essere così radicalmente emarginato: nemmeno utilizzando l'argomento specioso, e gradito da sempre ai poteri forti, secondo cui i rischi della scommessa democratica, a un confronto, risulterebbero maggiori.

Si tratta, allora, di evitare, penalisticamente parlando, quel che accadde diversi decenni orsono quando ci si accorse che l'idea del carcere *erga omnes*, purché concepito in senso risocializzativo, non funzionava: vale a dire il fatto

<sup>16</sup> Cfr. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in «RIDPP», 2013, in part. p. 1207.

<sup>17</sup> Sul tema cfr., ancora, DONINI, da ultimo nel contributo *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a 'Carcere e fabbrica', quarant'anni dopo*, destinato a «Criminalia», 2019 (ora in «disCrimen», 4 giugno 2020).

che, per anni, si buttò alle ortiche non già il sistema penale carcerocentrico (che pervicacemente s'è conservato), ma l'idea stessa della risocializzazione. Se, dunque, il Parlamento non funziona, si tratta di riformare i metodi della sua operatività come, altresì, del confronto politico: e non di deflettere dal modello democratico fondato sulla divisione tra i poteri.

Ma che cosa può dire, in proposito, il cultore della materia penale, che rischia di parlare *in munere alieno*? Forse, gli è possibile solo un suggerimento, traendo spunto dalla sua stessa disciplina: con la spregiudicatezza del non addetto ai lavori, e facendo leva su una tollerante indulgenza.

In realtà, se c'è un assunto – almeno un assunto – che il penalista moderno è chiamato a trarre dai suoi studi è quello secondo cui non si costruisce il bene, dinnanzi a ciò che valutiamo negativo, secondo logiche di corrispettività, vale a dire in base al criterio del *negativo per il negativo*. Ragione per cui il noto adagio di Gustav Radbruch auspicava «qualcosa che sia più ragionevole e più umano del diritto penale»: del diritto penale quale da secoli si manifesta nella prassi<sup>18</sup>.

Vale a dire: ciò che è costruttivo, anche sotto il profilo della prevenzione, non scaturisce dall'operare per il soccombere di chi fa problema, recidendo la possibilità stessa di un'interazione con lui o, se si vuole, il senso di una non annullabile appartenenza reciproca al medesimo contesto sociale: in altre parole, agendo per neutralizzarlo.

Ed è proprio su questa intuizione che appare plausibile offrire un contributo alla riforma del modo d'intendere il rapporto democratico, così come all'esigenza di rivitalizzare, per converso, il ruolo, e la capacità di progettazione legislativa, dei Parlamenti. Siamo davvero sicuri, in altre parole, che il confronto, anche acceso, delle idee, quale elemento tipico della democrazia, debba necessariamente esprimersi attraverso la contrapposizione a priori di parti (nei grandi Stati, come nel più piccolo dei comuni) che finiscono per operare in senso tattico, vale a dire nei termini di una reciproca e aprioristica lotta senza quartiere? Di una lotta il cui il fine ultimo rischia di consistere nel far proprio, a qualsiasi costo, il consenso dei cittadini onde assicurare al proprio gruppo, e a discapito dell'avversario, un ambito di gestione del potere: rimanendo ai margini, invece, la ricerca, tempestiva e accurata, delle formulazioni legislative ottimali?

<sup>18</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, in *Der Mensch im Recht*, a cura di F. VON HIPPEL, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957, p. 57: «La verità è che lo scopo insopprimibile del progresso penalistico rimane il codice penale senza pene: non è cioè il miglioramento del diritto penale, ma il suo superamento con qualcosa di meglio del diritto penale, mediante un diritto di miglioramento e di tutela [...], che sia più ragionevole e più umano del diritto penale».



Non abbiamo confuso, forse, il confronto democratico con il *conflitto*, immaginando che dal conflitto più esacerbato, quasi per incanto, possa scaturire il migliore dei mondi possibili? Col pericolo di vedere sacrificata proprio la democrazia sull'altare delle contese.

È possibile, pertanto, immaginare – superata l'epoca delle opposizioni ideologiche radicali – un Parlamento affrancato dalla disputa costante per il potere, che possa liberarsi, in tal modo, dallo stesso rigido dirigismo attuale delle segreterie politiche (ben più attente ai destini del Governo che al ruolo del Parlamento) e concentrarsi sulla qualità della funzione legislativa? Ma come coniugare simili aspirazioni con la necessità che il corpo elettorale esprima le sue preferenze circa l'orientamento delle componenti parlamentari e circa la formazione del Governo?

Qui, tuttavia, il penalista deve inevitabilmente arrestarsi. Con la consapevolezza, peraltro, che la sua peculiare apertura su ciò che costituisce il problema cardine della stessa vita umana – il modo di relazionarsi col *negativo* e, in particolare, con l'*altro* che giudichiamo negativamente – lo abilita ad assumere una responsabilità culturale oggi non più eludibile.

Ma questo induce a un'ulteriore, e per nulla marginale, osservazione conclusiva.

### 9. *Appunti fiduciosi circa un revival dell'ideale democratico quale garanzia per il futuro dell'umanità*

Il fatto è che il superamento della logica conflittuale non costituisce un mero auspicio accademico sbrigativamente tacciabile di ingenuità, bensì condizione necessaria – *nulla di meno* – perché il genere umano possa avere un futuro. E che tale superamento sia in grado di prodursi dipende proprio, nel momento stesso in cui si parla di *crisi* delle democrazie, da un allargamento a livello globale, circa la sua attuazione, dell'ideale democratico.

È facile, in effetti, constatare come la logica conflittuale si sia affermata da tempo immemorabile nelle relazioni interpersonali o tra gruppi sociali: il che ha trovato un freno, senza dubbio, nell'ambito di comunità politiche circoscritte sul piano territoriale oppure omogenee per ragioni storiche o culturali, ma difficoltà ben maggiori a essere abbandonata in una prospettiva più generale.

Tutto questo ha fatto sì che la propria realizzazione individuale, o del gruppo di cui ci si senta parte, sia stata diffusamente concepita in termini di

prevalenza su altre realtà esistenziali o sociali. Dandosi con ciò per scontato l'agire in termini ostili verso tali realtà quando si ritenga che esse assumano caratteristiche concorrenziali rispetto agli interessi del proprio gruppo. Fino a pensare che l'esistenza stessa di realtà parallele – diversi Stati, diverse culture, diverse lingue, diverse religioni, diverse opinioni politiche, e così via – implichi necessariamente la contrapposizione, non esclusi gli esiti più tragici.

Si comprende, allora, come simile visione sia stata all'origine non soltanto di molte inimicizie sul piano interpersonale, ma anche del susseguirsi, ininterrotto, delle guerre nel corso della storia. Il cui prodursi, tuttavia, molto raramente è stato voluto dai popoli coinvolti, bensì ha costituito l'esito drammatico di un modo d'intendere i rapporti tra i popoli e tra gli Stati da parte dei governanti fondato sull'antagonismo.

Una logica, questa, che continua a produrre sofferenze, povertà, migrazioni drammatiche, insicurezza (e ha prodotto, di recente, anche la constatata inefficienza nel contrasto globale della pandemia da covid-19, con un numero di morti, in tutto il mondo, sconvolgente): ma che, oltre a ciò, spinge l'*intera umanità* verso la catastrofe, in quanto, dopo Hiroshima, disponiamo degli strumenti (sempre meno controllabili) in grado di provocare la distruzione stessa della vita sulla terra.

È tempo, conseguentemente, che le singole persone nel mondo – senza alcun'altra qualificazione se non quella di essere abitanti del nostro pianeta, così come corrisponde all'ideale democratico fondato sul principio di uguaglianza – possano far valere rispetto ai loro Governi (ai singoli *poteri esecutivi*) il sentirsi parte, anzitutto, di una medesima comunità umana e, pertanto, un acquisito disinteresse verso forme di supremazia dello Stato di cui risultino cittadini, o di qualsiasi altra aggregazione della quale siano membri.

Si tratta di far emergere che, in quanto persone le quali comunicano tra loro, viaggiano, studiano senza barriere dipendenti dagli Stati o dai diversi percorsi culturali, non ci riconosciamo più in logiche di competizione che mirino alla vittoria di uno Stato su all'altro, o di qualsiasi agglomerato di interessi, e ritengano, in tal modo, di perseguire il bene delle persone che ne facciano parte: desiderando piuttosto – ma pure accettandone gli oneri – l'affermarsi, per tutti, dei valori di solidarietà che hanno contribuito al progresso interno di molti ordinamenti giuridici statali.

Così che appaiono significative forme di impegno propagatesi pacificamente in questi anni soprattutto tra i più giovani, oltre ogni confine, intorno a temi di interesse globale, come quelli relativi alla tutela

dell'ambiente, ai flussi migratori o al disarmo.

Viene in gioco, nuovamente, il ruolo della rappresentanza *dal basso*, che poi è il ruolo dei Parlamenti. E che simile rappresentanza, secondo forme tutte da inventare, non si dia a livello globale rappresenta un *limite* – se si vuole, una carenza globale di democraticità – che implica il rischio di perpetuare competizioni e sofferenze: tutt'altro che disfunzionali, peraltro, agli interessi dei poteri di fatto che proprio i sistemi democratici hanno cercato di contenere e contrastare.

Certo, la democrazia è una scommessa, a qualsiasi livello. Ma la carenza di democrazia, carenza che implica una mancata ripartizione effettiva dei classici poteri pubblici, comporta derive distruttive. Come per la prevenzione penale, anche per la democrazia si tratta di una partita aperta intesa alla argomentazione e alla persuasione, che si gioca costantemente. Ma non giocarla significherebbe averla già perduta.

Piero Gaeta\*

*Divieto di bis in idem ed  
evoluzione della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione*

SOMMARIO: 1. Un interrogativo a mo' di premessa – 2. Una prima istantanea *vintage*: il passato senza – 3. Una seconda istantanea più recente: espansione e progressione della giurisprudenza sovranazionale – 4. La sinestesia sovranazionale dopo A e B c. Norvegia – 5. La giurisprudenza di legittimità 'dei confini soggettivi' – 6. La giurisprudenza di legittimità 'dei confini oggettivi' – 7. Parusia dell'ora. Il secondo avvento del *bis in idem* ed il mutamento di ruolo della Cassazione – 8. La più recente giurisprudenza penale sul *bis in idem* – 9. In particolare, sulla proporzionalità della sanzione – 10. Ciò che ci attende e non tarderà: molti interrogativi a mo' di chiusura.

1. *Un interrogativo a mo' di premessa*

La *never ending story* del *bis in idem* italiano potrebbe forse iniziare con un interrogativo assai provocatorio: è lecito affermare che l'ampia ed organica declinazione odierna di questa garanzia, nella materia penale, sia merito pressoché esclusivo delle giurisprudenze sovranazionali? Effetto cioè, quasi paradossale, delle loro fughe in avanti e dei loro arresti; dei loro litigi, prima, e degli armistizi stipulati, poi? È possibile ritenere che questa faticosa, e talvolta deflagrante, dialettica tra Strasburgo e Lussemburgo sull'*an* ed il *quomodo* di tale divieto sia stato il vero lievito che *totam naturam corrumpit* nell'ordinamento nazionale, sì da strutturare in garanzia quella che, in origine, era solo diaspora giurisprudenziale?

A costo di ferire il nostro orgoglio di giudici e giuristi nazionali, credo che una tale lettura sia autorizzata.

Su questa fondamentale garanzia, il nostro sistema penale era insomma, in origine, assai rudimentale: il traino delle giurisprudenze non nazionali ne ha affinato consapevolezze ed avviato effetti, sotto la vigilanza attenta della Corte costituzionale, prudente guardiano di questa evoluzione. Dunque, quando si ragiona delle 'reazioni' della giurisprudenza nazionale di legittimità rispetto alle giurisprudenze di Strasburgo e di Lussemburgo,

\* Avvocato Generale presso la Corte di Cassazione.

si racconta innanzitutto la storia della stessa nascita e dello strutturarsi del divieto di *bis in idem* nella materia penale «nazionale», quantomeno nelle sue declinazioni più raffinate.

Conviene allora provare a ricordare – ovviamente per sintesi estrema – i primordi: indispensabili per comprendere le ragioni della metabasi e, quindi, la situazione dell'oggi.

## 2. *Una prima istantanea vintage: il passato senza*

La ricerca delle origini del *bis in idem* ci porta, in realtà, ad un ordinamento nazionale armonioso e senza problemi, perché fondato su camere stagne: ad un assetto nel quale il problema del divieto è quasi confinato, per ragioni strutturali, nell'irrelevanza o comunque nella marginalità.

Il principio ordinamentale era infatti, un tempo, quello delle autonomie delle giurisdizioni: il 'mio' giudicato penale non fa stato nel 'tuo' processo amministrativo; ed il 'tuo' accertamento amministrativo, con relativa sanzione, non fa stato nel 'mio': è semplicemente indifferente. Ognuno – si diceva – vada avanti per la propria strada e poi si vedrà, eventualmente, alla fine: le giurisdizioni non si toccano tra loro, ma corrono nello sconfinato spazio giuridico come due rette parallele.

Ogni giurisdizione, soprattutto, ha i propri strumenti per evitare le duplicazioni, di sanzione e di processo.

Il giudice penale, nel chiuso della sua autonoma giurisdizione, deve esclusivamente badare a non parcellizzare il fatto e a non reiterare l'azione per il medesimo fatto: che è poi la medesima cosa. Invero, il valore profondo che il *ne bis in idem* mira a preservare è, in realtà, l'unitarietà del fatto in funzione dell'unitarietà della sanzione.

Il vero divieto è quello sostanziale: quello processuale gli è servente.

Non è possibile (ed è fatto divieto) frammentare il fatto ed applicare una sanzione ad ogni frammento di fatto: questo è il senso profondo della garanzia. Ed è per questo che esistono – nel codice sostanziale, si badi – la continuazione, il concorso formale di reati, il reato complesso: tutti strumenti miranti a realizzare questa *reductio ad unum*. Perché disvalore ed anti giuridicità sono espressi, da un fatto, una ed una volta soltanto e la garanzia esige, pertanto, che siano valutati una ed una volta soltanto: una volta per tutte, per sempre, eventualmente precipitati e racchiusi in una ed una sola sanzione. La semplicità euclidea, insomma, dell'incriminazione,

intensamente illuminata dalla garanzia.

Per le patologie che sfuggono a questa regola, poi, era sufficiente l'art. 649 c.p.p.: «il divieto processuale (servente, appunto) di una nuova azione che eventualmente abbia perseguito chi, per quella manifestazione di antigiusdizionalità, sia già stato destinatario di una sanzione». L'orizzonte della legalità è insomma tutto interno alla giurisdizione penale.

Le ragioni su cui si è fondata ed ha prosperato tale separatezza a tenuta stagna sono molteplici e complesse, soprattutto stratificate nella storia dell'ordinamento stesso, come le faglie di una colonna geologica: la loro esposizione di dettaglio impegnerebbe molto tempo, oltre che molto sforzo teorico. Ne accenno solo alcune.

La prima ragione, funzionale, è che solo attraverso la separatezza delle giurisdizioni erano evitabili le pregiudiziali processuali: e, com'è noto, con le pregiudiziali si rallentano i processi. Il processo spedito è quello che non contempla pregiudiziali: e queste ultime possono essere evitate solo a costo della partitura stagna tra le giurisdizioni. Non sappia la tua sinistra cosa fa la tua destra: ciò che, tuttavia, rende evangelicamente suprema la giustizia dell'elemosina segreta, per le giurisdizioni è invece necessità pratica, quasi ipocrisia.

La seconda è una ragione teorica, ma, al tempo stesso, anche assai concreta. Quello amministrativo era, infatti, un diverso e separato modello processuale perché il bene della vita che, in origine, ne era oggetto risultava profondamente diverso da quello oggetto del penale. Detto in parole diverse: fino a qualche decennio fa, il nucleo dei «*mala naturalia*» del diritto penale non si era ancora così assottigliato come oggi ed i «*mala quia prohibita*», gli illeciti cioè 'artificiali', erano di prevalente appannaggio del diritto amministrativo, costituendo, appunto, solo gli illeciti amministrativi. Ma quando il 'bene della vita' oggetto del processo amministrativo (o della procedura amministrativa) viene progressivamente a coincidere con quello del penale, allora cominciano a sorgere i problemi: l'armonia si rompe, perché la separatezza e l'indifferenza tra le giurisdizioni cominciano a non essere più giustificabili. Il diritto amministrativo diviene armato perché amplia il proprio oggetto, il 'bene della vita' su cui va ad incidere; a sua volta, il diritto penale diviene sempre più espansivo ed artificiale: contempla oggetti giuridici prima impensabili e li colloca al suo interno, presidiandoli con le sue sanzioni.

È una corsa agli armamenti sanzionatori senza fine e nella quale il sistema, nel suo complesso, presto si riconosce quasi *kelseniano*: impallidisce, infatti, sempre più la sostanziale distinzione tra norme primarie e secondarie

e diviene centrale, invece, l'assunto che un'azione o un'omissione siano definite illecite unicamente perché previste come condizioni di un atto coercitivo statuito dall'ordinamento, la sanzione appunto. Non *mala in se*, ma solo *mala prohibita*, appunto: ma proprio per questo con ambiti sempre più sovrapponibili.

### 3. *Una seconda istantanea più recente: espansione e progressione della giurisprudenza sovranazionale*

Soprattutto – ed è questo il fattore di maggiore e più decisiva incidenza – questa separatezza ed autonomia delle giurisdizioni si appanna, fino a svanire, quando si profila la dimensione sovranazionale degli ordinamenti.

Nell'orizzonte sovranazionale rileva ed interessa – e le ragioni sono intuitive – più che la natura formale dell'infrazione, il 'bene della vita' su cui si coagula la sanzione: ancora secondo metodologia *kelseniana*, conta poco o nulla la porzione di giurisdizione che se ne fa carico, quanto il modo con cui questa giurisdizione, quale che sia, reagisce. In una parola, la sanzione.

Esattamente qui, nella nostra storia, finisce il tempo dell'armonia. Quell'orizzonte di legalità tutto 'interno' – e che si giovava dell'indifferenza delle altre giurisdizioni – è scardinato (starei per dire, polverizzato) dalla CEDU, che demolisce la presupposizione su cui si fondava: quella, appunto, delle giurisdizioni come camere stagnhe, tra loro incomunicabili.

Di conseguenza, il problema non è tanto che il divieto di *bis in idem* non sia più soltanto 'interno' al sistema nazionale, quanto il fatto che esso sorga, nell'orizzonte sovranazionale, in relazione ad infrazioni e relativi trattamenti sanzionatori prima neppure immaginati. La 'materia penale' nazionale si sgretola come fragile malta e, al suo posto, sorge un'altra costruzione, completamente diversa - per ampiezza e robustezza- e dai confini profondamente diversi.

Dapprima, tale virata storica non è neppure troppo traumatica o eccessivamente problematica per il giudice nazionale. La Corte EDU e quella di Giustizia viaggiano in armonia: entrambe, concordemente, affermano che la qualificazione della 'materia penale' spetta ad esse e ad esse soltanto; che ciò che vale per l'una vale per l'altra e che, insomma, il principio unitivo è quello della «maggiore intensità della tutela» (art. 52, par. 3, della Carta), favorito dal fatto che le rispettive disposizioni sul punto (l'art. 50 della Carta Fondamentale dell'Unione Europea e l'art. 4,

comma 1, del Protocollo n. 7 alla CEDU) hanno contenuto sovrapponibile, risultano disposizioni pressoché coincidenti, al di là delle minime differenze di costruito e di semantica<sup>1</sup>.

Una volta che la portata applicativa della garanzia risulti consolidata nella lettura di una delle Corti, le pronunce dell'altra non possono assestarsi ad un livello inferiore: insomma, nessuno torna indietro, per dirla con il capolavoro di Alba De Céspedes.

Come e quando finisce questo idillio, intensissimo quanto breve, è noto a tutti: e mi è possibile, pertanto, ricordarlo con pochi tocchi. Presto si svela, infatti, che i due *partners*, in realtà, hanno *Weltanschauungen* assai diverse, orizzonti funzionali e finalità assai lontane, appena mascherati da una routine di agire comune: in realtà, la Corte EDU parla l'idioma delle garanzie individuali; quella di Giustizia, declina il lessico della tutela degli interessi economici dell'Unione (e degli Stati in funzione dell'Unione).

Così, presto matura lo scisma della ÅkerbergFransson<sup>2</sup>, dove la forma recitata (vale a dire: apparente 'sottomissione' ai criteri *Engel*, citati attraverso la sentenza Bonda; riaffermazione solenne della funzione di garanzia del principio, in dichiarata armonia di intenti con Strasburgo, ecc.) è contraddetta dalla sostanza praticata: quella, cioè, di investire il giudice nazionale del rinvio della funzione di «valutare [...] se occorre procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali [...]» (§ 36), così coinvolgendolo, ad onta del monopolio dei poteri (di interpretazione e di attuazione) delle Corti, nella effettiva perimetrazione del divieto stesso.

Allo scisma, segue – com'è parimente noto – l'inflessibile riconferma dell'ortodossia da parte di Strasburgo, con il rigore di Grande Stevens contro Italia<sup>3</sup>. Ciò che per la Corte di giustizia è affare interno degli Stati – cioè, prevedere il tipo di sanzione e l'eventuale concorrenza tra sanzione penale e sanzione amministrativa – incontra, per la CEDU, il limite delle garanzie convenzionali: nel senso che non solo spetta alla Corte della Convenzione, per così dire, l'ultima parola in punto di «qualificazione giuridica» della sanzione (agli effetti della applicazione delle garanzie previste dalla stesa CEDU: §§ 61 e 92, spec.), ma risultano piene e rigorose le garanzie rispetto

<sup>1</sup> Laddove, cioè, la Carta «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione», fermo restando che ciò non «preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

<sup>2</sup> CoGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013.

<sup>3</sup> CoEDU, sezione seconda, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.



alla reiterazione del procedimento, *vulnus ex se* delle garanzie medesime.

Infine, l'approdo finale: a ciò che chiamerei la 'festa del perdono', vale a dire A e B contro Norvegia<sup>4</sup>, uno dei più eclatanti pentimenti di sempre nella storia delle giurisprudenze.

Pur formalmente evitando di smentire sé stessa sui requisiti dell'*idem factum* (criteri «Engel» e sentenza *Zolotukhin* del 2009), con questa pronuncia la Corte EDU ne precisa, un po' acrobaticamente i confini, affermando il criterio della connessione come limite all'operatività del divieto. Quest'ultimo, infatti, non impedisce di per sé agli Stati contraenti di configurare un «doppio binario sanzionatorio» (amministrativo e penale) con riferimento agli illeciti fiscali, purché i due procedimenti siano sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo («*sufficiently connected in substance and in time*»: § 131). Ciò che conta - nell'ipotesi di uno svolgimento parallelo dei due procedimenti - è una loro 'stretta' connessione sostanziale e cronologica e, di più, l'esistenza di meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili.

Dunque, entro questa prospettiva (ed è questa la svolta), la normativa convenzionale non esclude la possibilità, per condotte riconosciute come socialmente offensive che uno Stato parte legittimamente appronti un sistema di sanzioni che si articoli attraverso procedimenti distinti, purché, nel quadro di un approccio unitario e coerente, il cumulo delle risposte sanzionatorie non determini un sacrificio eccessivo per l'interessato (§ 121).

Con questa pronuncia, Strasburgo recupera l'armonia perduta con la Corte di Lussemburgo. Si riallinea. Lo fa in modo assai intelligente, tentando, cioè, di saldare il valore del *bis in idem* sostanziale (doppia sanzione) con quello processuale. Se cioè l'accertamento, pur essendo distinto, è contiguo cronologicamente; e se pertanto si consente al soggetto di difendersi, quasi contemporaneamente, nei due diversi accertamenti, tra loro connessi, allora viene meno, innanzitutto, il *bis* processuale e quindi il *vulnus* di una persecuzione statale che si innesta dopo il compimento della prima azione giudiziaria. Se, poi, chi applica la sanzione finale tiene conto di quella già in precedenza irrogata - con un editto sanzionatorio che, in qualche modo, vale solo ad integrare quello precedente - allora viene meno anche il *bis* sostanziale<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> CoEDU, Grande camera, 15 novembre 2016, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

<sup>5</sup> La sanzione, formalmente duplice, è in realtà unica, poiché la seconda contempla e considera la prima: è, appunto, una «sanzione integrata» entro un lasso temporale trascurabile. E se è vero che due sono state, formalmente, le vicende processuali, è indubbio che la loro contemporaneità, il loro procedere 'accanto', le loro fungibilità

A rafforzare questa ‘nuova’ impostazione giurisprudenziale sul problema del *bis in idem*, è il tritico delle pronunce rese il 20 marzo 2018 dalla Grande Sezione della Corte di giustizia dell’Unione europea nelle cause Menci (C-524/15), *Garlsson Real Estate SA* in liquidazione, Ricucci Stefano, *Magiste International SA* c. Consob (C-537/16) e Di Puma c. Consob e Consob c. Zecca (C-596/16 e C-597/16).

Esse hanno un effetto amplificativo (manipolativo?) dello sforzo (massimo) compiuto da Strasburgo con A e B c. Norvegia: ne solidificano gli effetti, ponendo un punto di non ritorno. Non è un caso che il percorso giustificativo delle tre sentenze della Corte di Lussemburgo sia speso, in massima parte, per ribadire i consolidati criteri funzionali all’identificazione della natura sostanzialmente penale di una sanzione formalmente amministrativa; per l’accertamento dell’*idem*<sup>6</sup>; per evidenziare la necessaria complementarietà finalistica del cumulo sanzionatorio<sup>7</sup>, in vista della realizzazione di un «obiettivo di interesse generale». Soprattutto, la Corte di Giustizia richiama insistentemente il canone di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio<sup>8</sup> per giocare la partita esclusivamente sul profilo della compensazione-limitazione del cumulo di sanzioni di ‘natura penale’<sup>9</sup>.

La proporzione sanzionatoria diviene criterio centrale, poiché dissolve ogni *bis*. Soprattutto, il messaggio che perviene al giudice nazionale – sui suoi poteri, sulla sua funzione – è inequivoco: «spetta, in definitiva, al giudice del rinvio valutare la proporzionalità dell’applicazione concreta della summenzionata normativa nell’ambito del procedimento principale,

---

probatorie e le connessioni-congiunzioni si riverberano nella possibilità di difesa con strumenti comuni: ciò che elide lo scandalo del ‘doppio accertamento’.

<sup>6</sup> Sent. Menci, rispettivamente, §§ 26 ss. e §§ 34 ss.; Sent. *Garlsson Real Estate*, §§ 28 ss. e 36 ss.

<sup>7</sup> «[...] scopi complementari vertenti, eventualmente, su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»: Sent. Menci, § 44; Sent. *Garlsson Real Estate*, § 46.

<sup>8</sup> «[...] canone che - a conferma della dimensione prevalentemente sostanziale riconosciuta al *ne bis in idem* nell’ambito del diritto dell’Unione europea - rinviene il proprio fondamento anche nell’art. 49, comma 3, della Carta, in forza del quale le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

<sup>9</sup> Secondo la Grande Sezione, ad esso «devono accompagnarsi norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità del reato», ma che «devono prevedere l’obbligo per le autorità competenti, qualora venga inflitta una seconda sanzione, di far sì che la severità del complesso delle sanzioni imposte non sia superiore alla gravità del reato constatato» (sentenza Menci, § 55; sentenza *Garlsson Real Estate*, § 56).

ponderando, da un lato, la gravità del reato tributario in discussione e, dall'altro, l'onere risultante concretamente per l'interessato dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni di cui al procedimento principale»<sup>10</sup>.

#### 4. *La sinestesia sovranazionale dopo A e B c. Norvegia*

Questo brevissimo (quanto incompleto ed approssimativo) *flash back* fornisce tuttavia il senso dell'evoluzione: soprattutto, della netta cesura tra un 'prima' ed un 'dopo', che occorre considerare allorquando si riflette sulla 'elaborazione' del divieto di *bis in idem* delle sezioni penali della Corte di cassazione.

La lettura della giurisprudenza nazionale sarebbe infatti incomprensibile senza una precisa periodizzazione, una stretta collocazione temporale dei *dicta* del giudice di legittimità ed omettendo lo sfondo sovranazionale. È il metronomo decisivo delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo a dettare i tempi nello spartito giurisprudenziale nazionale. Ora, non par dubbio che, sotto tale profilo, la sentenza A e B c. Norvegia (poi 'cementata' dalla Corte di Giustizia con il trittico del marzo 2018) rappresenti una netta linea di demarcazione, sia per metodo che per contenuti. In breve, questa sentenza della CEDU ha agito secondo un modello di sinestesia: è stato uno stimolo recepito ed amplificato dal sistema nazionale ben al di là della via cognitiva attraverso cui era stato indotto e veicolato.

La ragione appare evidente ed è stata persino certificata dall'autorevolezza della Corte Costituzionale<sup>11</sup>. Infatti, mentre prima «il divieto convenzionale di *bis in idem*, alla luce della giurisprudenza vigente al tempo, (aveva) natura esclusivamente processuale» - e «la tutela convenzionale basata su quella disposizione non richiedeva perciò alcun controllo di proporzionalità sulla misura della sanzione complessivamente irrogata» -, dopo quest'ultima pronuncia il «criterio eminente per affermare o negare il legame materiale (tra i due procedimenti eventualmente instaurati) è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata»<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Sent. Menci, § 59; Sent. *Garlsson Real Estate*, §§ 59 e 61.

<sup>11</sup> C. cost., Sent. n. 43 del 2018, § 5 del *Considerato*.

<sup>12</sup> Il *ne bis in idem* convenzionale, insomma, «cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una *close connection* è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro» (Sent. n. 43/2018, § 7 del *Considerato*).

Muta l'asse di rotazione del divieto ed il suo apprezzamento è (ri) consegnato alla «discrezionalità giudiziaria».

Mentre prima, in forza della giurisprudenza CEDU, il *ne bis in idem* orbitava sull'asse processuale – quindi su di un automatismo preclusivo di tipo processuale: divieto di duplicazione dei procedimenti per il medesimo fatto, a prescindere da qualificazione formale di esso ed etichettatura della 'diversa' sanzione' – dopo A. e B. c. Norvegia (ed il suo suggello con Menci, *Garlsson Real Estate* e Di Puma dalla Corte di Giustizia), il divieto opera prevalentemente, se non esclusivamente, sul piano sostanziale: finalizzato, cioè, ad assicurare la complessiva proporzionalità delle diverse sanzioni inflitte nei procedimenti duplicati, che, a differenza del passato, sono 'tollerati'.

In tale prospettiva, appare persino secondario stabilire se la prima sanzione inflitta abbia effettivamente natura «sostanzialmente penale», risultando decisivo il compendio sanzionatorio finale.

Di questa cesura è specchio sincero la giurisprudenza delle sezioni penali della Corte di Cassazione, anch'essa intersecata da questa linea temporale, che marca, tendenzialmente, approcci, oggetti, metodi e soluzioni completamente diversi.

Prima di A e B vs Norvegia, il giudice penale nazionale ha condotto una battaglia (giurisprudenziale, s'intende) conservativa fondata esclusivamente sul criterio della distinzione: ha mirato, cioè, a preservare l'esito della giurisdizione penale attraverso il metodo dei distinguo e della negazione<sup>13</sup>. Oggi, pur se questo approccio continua ad essere prospettato, la giurisprudenza nazionale mira ancora a 'conservare', ma attraverso un percorso per certi versi antitetico al precedente, di tipo affermativo-inclusivo: fondato cioè sul riconoscimento esplicito dell'*idem* e del *bis*, che diviene anzi – nel collegamento sostanziale e temporale tra le vicende – un presupposto per la conservazione delle condanne. Il tutto sotto l'usbergo della loro complementarità, dell'avvicinamento telescopico tra le due vicende processuali; della sanzione integrata secondo preciso metodo per la sua determinazione.

Il transito teorico è chiaro, così come il mutamento del percorso: dal tendenziale negazionismo della duplicazione alla sua affermazione inclusiva.

Ecco perché prima si è diceva di un effetto sinestetico: presso la giurisprudenza nazionale, sono cambiati i sensi della percezione del problema.

Nondimeno, la giurisprudenza dell'oggi non potrebbe comprendersi

<sup>13</sup> Negazione dell'*idem*; soprattutto, negazione del *bis*, attraverso la negazione della natura 'sostanzialmente penale' della sanzione irrogata nell'altro processo; distinzione delle finalità delle diverse giurisdizioni e, dunque, delle finalità sanzionatorie, ecc.

senza riflettere su quella di ieri: è la giurisprudenza dei distinguo, dell'*actio finium regundorum* del divieto, delle delimitazioni variegata (per materia, per tipo di sanzione, per assenza di identità oggettiva e soggettiva), le quali - pur se non suscettibili, oggi, di ulteriore sviluppo teorico - segnano confini ormai acquisiti dalla giurisprudenza e difficilmente revocabili in futuro. Sono limiti, quindi, ancora attuali: e conviene analizzarne qualcuno.

#### 6. La giurisprudenza di legittimità 'dei confini soggettivi'

Nell'originaria configurazione processuale del divieto, i confini sono tracciati innanzitutto in relazione al profilo soggettivo dell'*idem*: vale a dire, al difetto di identità del soggetto che subisce la doppia condanna. È un modo probabilmente per limitare l'espansione dell'operatività del divieto. Viene in rilievo, a questo proposito, il tema giurisprudenziale dell'ente societario e dei suoi amministratori, destinatari di diverse sanzioni per il medesimo fatto oggetto di incriminazione, cioè l'omesso versamento di oneri tributari. Sul punto, una giurisprudenza consolidata esclude la sussistenza del *bis in idem* in forza della fondamentale differenza tra responsabilità della persona giuridica a fini tributari quale contribuente - che può colpire l'ente, portatore di una sua soggettività autonoma - e la responsabilità penale personale dell'amministratore della società persona giuridica, collegata all'inadempimento doloso dell'obblighi relativi al pagamento dell'Iva. Peraltro, sul punto, la giurisprudenza nazionale scivola sul velluto: è infatti la stessa la Corte di giustizia ad aver posto il punto fermo della legittima articolazione del doppio binario punitivo in materia tributaria nel nostro ordinamento, affermando che l'articolo 50 della CFUE «deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica»<sup>14</sup>. Dunque, essendo necessario, per l'applicazione del divieto, che sia la stessa persona ad essere sottoposta ad una doppia sanzione per uno stesso fatto, ne segue la legittimità, con la sentenza di condanna per reati tributari commessi in qualità di amministratore di una società, della

---

<sup>14</sup> CoGUE, IV sezione, sentenza 5 aprile 2017, Orsi (C-217/15) e Baldetti (C-350/15).

confisca disposta nei confronti dell'imputato di somme di denaro per un valore equivalente al profitto diretto, derivante dagli stessi reati, conseguito dall'ente<sup>15</sup>. Più in generale, per il reato di cui all'articolo 10-*quater* del d.lgs. 74/2000, non sussiste la violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale tutte le volte in cui, con la sentenza di condanna per reati tributari commessi in qualità di amministratore di una società, sia disposta, nei confronti della società, anche la sanzione tributaria: ciò in quanto le sanzioni conseguenti alle violazioni tributarie sono state disposte nei confronti della persona giuridica e non della persona fisica<sup>16</sup>. Orientamento, questo, che, sebbene di notevole efficienza punitiva, si presta a più di un'obiezione. In generale, nelle società a responsabilità limitata, è più facile che l'ente societario si confonda con la sfera giuridica dei suoi amministratori e soci, sicché ben può accadere che il fisco richieda il recupero dei crediti direttamente ai soci ed all'amministratore; ma, soprattutto, che la confisca diretta nei confronti dell'ente si trasformi in sanzione per il rappresentante legale attraverso la confisca di valore, che subentra alla prima, con l'oggettivo risultato di una doppia sanzione nei suoi confronti. Insomma: le statuizioni della Corte di Giustizia sono richiamate (a giustificare l'insussistenza del divieto) omettendo tuttavia di considerare il meccanismo nazionale della confisca per equivalente, che vale a disarticolargli la giustificazione. Infatti, come riconosciuto dalla stessa Corte di Cassazione (Sent. n. 35156/2017, Palumbo, cit.), la confisca è stata sì disposta nei confronti della persona giuridica, ma, nel caso di esito infruttuoso, totale o parziale della sua esecuzione sul patrimonio dell'ente, essa si attua nella forma della confisca di valore sui beni dell'imputato. In tale ultimo caso, l'ablazione (come si legge nella medesima pronuncia) mira a ripristinare lo *status quo ante*, vale a dire la situazione economica del reo modificata dalla commissione dell'illecito, sterilizzandone le utilità: è, pertanto, misura connotata da «un evidente carattere afflittivo, che non ricorre nella confisca diretta immediatamente legata alla cosa oggetto del profitto». In altri termini, la confisca di valore sui beni dell'imputato - in cui 'si converte' quella diretta, incapiente, sul patrimonio dell'ente - è parametrata al profitto o al prezzo del reato solo per il profilo quantitativo: ma va a colpire una parte del patrimonio che non ha alcun collegamento con il reato, né alcuna pertinenzialità con esso; è l'imputato ad essere colpito. Dunque, pena in senso convenzionale. Sicché, ad escludere la violazione del *bis in idem* non è certo la differenza soggettiva,

<sup>15</sup> È la statuizione della nota sentenza Palumbo, capostipite di tale indirizzo: Cass. Sez. III, 1° marzo 2017, n. 35156 (dep. 18 luglio 2017), Palumbo, Rv. 270913-01.

<sup>16</sup> Cass., Sez. III, 16 ottobre 2018, n. 54372 (dep. 05/12/2018), Benedetti, n.m.; Sez. III, 7 novembre 2017, n. 23839 (dep. 28/05/2018).

quanto, eventualmente, la proporzionalità complessiva delle due sanzioni: cioè il criterio di A e B contro Norvegia.

Sempre sul versante soggettivo, la giurisprudenza di legittimità ha risolto il problema della duplicazione degli ordini di demolizione dell'immobile abusivo. Essa – secondo ricorsi divenuti seriali presso la terza sezione penale – avrebbe violato il divieto *ex art. 4* protocollo n. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, ragion per cui - emesso l'ordine di demolizione dalle competenti autorità amministrative *ex art. 31*, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 - al giudice penale sarebbe stato inibito disporre ulteriori sanzioni. La giurisprudenza della Corte ha escluso tuttavia una tale evenienza<sup>17</sup>, sul presupposto che non si è al cospetto di una pluralità di sanzioni a carico del medesimo soggetto per lo stesso fatto, ma di un'unica sanzione ancorché emanata da organi differenti: l'ordine di demolizione emesso in sede penale, al cui adempimento è subordinata la sospensione condizionale della pena, si limita a rafforzare l'obbligo di demolizione previsto dalla legge, considerando che il potere della P.A. si traduce nel dovere di ordinare la demolizione ovvero di provvedervi in via sostitutiva in caso di inottemperanza. La demolizione «imposta dal giudice» - si è detto ancor più esplicitamente<sup>18</sup> - «non ha finalità punitive (e) non ha affatto natura di sanzione penale nel senso individuato dalla normativa CEDU», avendo piuttosto «natura di provvedimento giurisdizionale ancorché applicativo di sanzione amministrativa».

Altra duplicazione esclusa (in questo caso, in un ambito che pare soggettivo e oggettivo assieme) è quella – ripetutamente denunciata nei ricorsi in Cassazione – della pretesa violazione del *bis in idem* sostanziale allorquando l'elemento della gravità del fatto è utilizzato sia per escludere le circostanze attenuanti generiche, sia per determinare una pena attestata presso la soglia massima editale. Con una giurisprudenza ormai assestata da oltre un lustro, la Corte ha chiarito che nessun *vulnus* al divieto in questione matura a fronte della considerazione di uno stesso elemento (la gravità della condotta) che abbia attitudine a influire su diversi aspetti della valutazione, ben potendo un dato polivalente essere utilizzato più volte sotto differenti profili per distinti fini<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Da ultimo, Cass., Sez. III, 8 ottobre 2019, n. 1575, Rammaro, n.m., ma già in precedenza, in termini, Sez. III, 12 settembre 2019, n. 43128, De Simone, n.m.

<sup>18</sup> Cass., Sez. III, 2 ottobre 2019, n. 47105, Fattorusso, n.m.

<sup>19</sup> V. Cass. Sez. II, 14 maggio 2015, n. 24995, *Rechichi* e altri, Rv. 264378; Sez. II, 11 ottobre 2013, n. 933 - dep. 13/01/2014, *DebbicheHelmi* e altri, Rv. 258011; Sez. VI, 23 ottobre 2013, n. 45623, Testa, Rv. 257425; Sez. II, 9 novembre 2007, n. 45206, Grasso, Rv. 238511; Sez. III, 12 settembre 2019, n. 43128, Bozzetti, n.m.; Sez. II, 11 settembre

### 7. La giurisprudenza di legittimità 'dei confini oggettivi'

Ma il confine del divieto viene considerato soprattutto sul dato oggettivo: ed è su questo versante che si rinviene la giurisprudenza di maggiore interesse.

In tale prospettiva, presso la giurisprudenza di legittimità, non vi è solo il rosario delle negazioni - l'enunciazione, cioè, più o meno ragionata, più o meno argomentata, di ciò che non può considerarsi sanzione 'sostanzialmente penale' - ma anche l'elaborazione di enunciati più generali, volti a contenere comunque l'espansione del divieto. È, appunto, una giurisprudenza 'di contenimento' o 'difensiva', sia nei principi che nelle specifiche soluzioni dei casi concreti.

Ci sono, innanzitutto, percorsi ermeneutici di contenimento del divieto di maggiore radicalità, che attengono, ad esempio, alla sua deducibilità-rilevabilità in sede di legittimità: è la linea seguita in più di una decisione, ad esempio, dalla terza sezione penale della Corte<sup>20</sup>.

In tale prospettiva, si muove dall'assunto che la verifica della violazione del divieto del *bis in idem* si rapprende attorno all'accertamento del fatto - necessario per verificare la preclusione derivante dalla coesistenza di procedimenti iniziati per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona - come tale precluso in sede di legittimità. I Giudici della terza sezione mostrano consapevolezza dell'esistenza, sul punto, di un contrasto giurisprudenziale<sup>21</sup> - poiché, secondo un diverso orientamento, la violazione del divieto, integrando *error in procedendo*, consentirebbe anche al giudice di legittimità l'accertamento dei relativi presupposti di fatto - ritenendo tuttavia preferibile l'orientamento preclusivo, perché più rispondente alla *ratio* del giudizio di legittimità ed ai limitati poteri cognitivi in esso autorizzati. Si afferma infatti che, al fine di delibare l'esistenza del «medesimo fatto», è necessario lo svolgimento di apprezzamenti fattuali che esulano dalle possibilità di accertamento consentite alla Suprema Corte dalla lett. c) dell'art. 606 c.p.p. e che dunque - a differenza della omologa possibilità per il sindacato del *ne bis in idem* processuale di cui all'art. 669

2019, n. 49487, Duchi; Sez. V, 26 settembre 2019, n. 43578, *Cojocararu*.

<sup>20</sup> Si veda, quale paradigmatico esempio di tale impostazione, l'apprezzabile motivazione (al di là della condivisibilità o meno degli argomenti) di Sez. III, 11 febbraio 2015, n. 19334 - dep. 11/05/2015, Andreatta, Rv. 264810.

<sup>21</sup> Difatti, in senso contrario: Cass., Sez. V, 23 settembre 2014, n. 44854 - dep. 27/10/2014, Gentile e altro, Rv. 261311; Sez. II, 8 luglio 2014, n. 33720 - dep. 30/07/2014, Nerini, Rv. 260346; Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 44632 - dep. 05/11/2013, Pironti, Rv. 257809.



c.p.p.- non possono essere proposte, nel giudizio di legittimità, questioni attinenti al sindacato della violazione del divieto del *ne bis in idem* sostanziale dettato dall'art. 649 c.p.p. La Corte, in breve, non avrebbe il potere di accertare l'*idem*, inteso quale coincidenza storica di tutte le componenti della fattispecie concreta: non può *inspicere in actis* per verificare l'«identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona»<sup>22</sup>, che, come tali, devono essere necessariamente svolti nel giudizio di merito, salva la possibilità di sindacare i relativi provvedimenti, mediante un successivo ricorso per Cassazione, ma nei limiti segnati dall'art. 606, 1 co., lett. *b*) ed *e*), c.p.p.<sup>23</sup>.

Ci sono poi giurisprudenze 'oppositive' (rispetto a Strasburgo, soprattutto), che attuano, in generale, una 'presa di distanza' rispetto al vincolo di qualificazione della 'materia penale' e, quindi, della sanzione amministrativa da ritenersi 'sostanzialmente penale'.

È frequente leggere, in questa tipologia di pronunce, affermazioni forti, marcate, talvolta perfino assertive, che mirano a proclamare principi. Così, ad esempio, si sostiene che dalla giurisprudenza della Corte EDU «non possa trarsi in termini assoluti ed astratti un principio di tendenziale equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale»<sup>24</sup>; che «la ricorrenza di alcuni caratteri comuni non comporta, di necessità, l'equiparazione della sanzione amministrativa a quella penale a tutti gli effetti» ed il fatto che «una serie di sanzioni (detentiva, pecuniaria, interdittiva) siano previste cumulativamente dalla normativa penale a tutela di interessi generali non omogenei, come tali non sovrapponibili» non implica la sussistenza del *bis*, poiché tale risultato ermeneutico sarebbe solo «frutto di un'applicazione acritica del diritto di fonte convenzionale»<sup>25</sup>. Se ne fa, talvolta, una questione quasi di

<sup>22</sup> Cass. SU, 28 giugno 2005, n. 34655 - dep. 28/09/2005, P.G. in proc. Donati ed altro, Rv. 231799.

<sup>23</sup> La citata sentenza Andreatta (n. 19334/2015) utilizza solo di rincalzo l'argomento dell'omessa prova della definitività della sanzione 'amministrativa' in precedenza irrogata, affermando: «[...] in ogni caso, che quand'anche si fosse ritenuto preferibile il secondo orientamento, il motivo di ricorso sarebbe stato comunque da rigettare, non avendo provveduto il ricorrente ad allegare al ricorso la prova della definitività dell'accertamento tributario, ossia quella dell'avvenuto pagamento (oltre che della somma di cui era stato omesso il versamento all'Erario) della sanzione amministrativa irrogata dall'Amministrazione finanziaria, condizione questa imprescindibile e che sarebbe idonea a determinare la preclusione». A comprova che, ben oltre la decisione del singolo caso (assai agevole alla luce di tale ultimo argomento), sul *bis in idem* si combatte sui principi.

<sup>24</sup> Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2019, n. 49764, Casamenti, n.m.

<sup>25</sup> Cass., Sez. IV, 18 aprile 2017, n. 23171, Mazzucchelli, rv 270347.

sapere ideologico, affermando che «deve essere fatta salva la discrezionalità del legislatore nazionale, poiché [...] ci si deve guardare dall'estensione dell'area del penalmente rilevante «oltre gli apprezzamenti discrezionali dei legislatori»: la capacità di scelta in capo al legislatore sarebbe, altrimenti, limitata dal giudice europeo tutte le volte in cui questi «attiri una sanzione formalmente amministrativa nell'alveo della materia penale, mettendo a rischio il canone della discrezionalità legislativa e del principio costituzionale della sussidiarietà penale»<sup>26</sup>. Alla luce di tali premesse – assai accentuate nei toni, com'è evidente – la giurisprudenza della Sezione Quarta ha costantemente escluso, ad esempio, che la revoca della patente di guida abbia natura 'sostanzialmente penale' e che dunque sussista un profilo di duplicazione sanzionatoria rispetto alla condanna penale per la guida in stato di ebbrezza<sup>27</sup> o che costituisca sanzione penale la confisca obbligatoria del veicolo in caso di guida in stato di ebbrezza ex art. 186, comma 1, lett. c) del Codice della strada<sup>28</sup>. A questo proposito, la Suprema Corte precisa che «l'irrogazione di una sanzione amministrativa accessoria all'esito del giudizio di merito non equivale a dire che l'imputato sia sottoposto ad un procedimento amministrativo e ad un procedimento penale per il medesimo fatto, godendo egli delle garanzie del giusto processo all'interno del quale viene irrogata la stessa sanzione amministrativa»<sup>29</sup>.

La giurisprudenza delle sezioni penali ha poi prodotto filoni decisori nei quali s'intravede una sorta di nostalgia per la separatezza originaria delle giurisdizioni, secondo quanto si diceva sopra.

È il caso della responsabilità contabile degli enti, ritenuta fuori dall'orbita di ogni possibile *bis in idem*: la condanna al risarcimento dei danni per responsabilità contabile non è sanzione penale, nemmeno considerata nella sua accezione sostanziale, perché persegue finalità recuperatoria e non ha il carattere affittivo coesistente alla pena. Da ciò consegue che, in tema di responsabilità amministrativa degli enti per l'illecito di cui all'art. 24 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, non sussiste violazione del principio del *bis in idem* nel caso in cui l'ente venga condannato, in sede penale, alle relative sanzioni amministrative con contestuale confisca per equivalente dei suoi beni in misura pari al profitto conseguito e, in sede contabile, al risarcimento del danno erariale. Più in generale, «la giurisdizione penale e la giurisdizione

<sup>26</sup> Così, Sent. n. 23171/2017, cit.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> In tal senso, la citata Sent. n. 49764/2019, che ha anche dichiarato manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale.

<sup>29</sup> Sez. IV, n. 49764/2019, cit.

contabile sono reciprocamente autonome anche in caso di azione di responsabilità derivante da un medesimo fatto di reato commesso da un pubblico dipendente»<sup>30</sup>.

Vi sono, ancora, approcci quasi formalistici coltivati dalla magistratura di merito ma avallati dalla Corte di legittimità: ineccepibili nella giustificazione, quanto assai poco soddisfacenti nella preclusione della garanzia attraverso una 'via di fuga' affettata negli argomenti. È la giurisprudenza difensiva che, ad esempio, non ritiene integrato il *bis-recte*: ne preclude la deducibilità - tutte le volte in cui, nonostante la prova dell'avvenuta irrogazione di una sanzione amministrativa di natura sostanzialmente penale, faccia difetto tuttavia la prova della sua definitività<sup>31</sup>.

A queste prospettive, per così dire, generali di riduzione dei confini del divieto, si accompagna un nutrito catalogo di specifica casistica quanto ad 'esclusione' della sua operatività. È un catalogo corposo ed impossibile a ripercorrersi in tutti i suoi numerosi meandri, ma oltremodo significativo: merita di essere sfogliato, solo per esemplificazione, in estrema sintesi e senza pretesa alcuna di completezza.

La violazione del divieto è stata esclusa, ad esempio, in caso di duplicazione di provvedimenti di sequestro o di confisca di uno stesso bene in relazione a fatti distinti o in relazione a soggetti diversi. La Corte correttamente sgombra gli equivoci, ribadendo che il principio proibisce esclusivamente, ai sensi dell'art. 649 c.p.p., la duplicazione di procedimenti per uno stesso fatto nei confronti di uno stesso soggetto, ma non la duplicità procedurale che ha esito sulla medesima *res*<sup>32</sup>: ed, anzi, «risulta anzi del tutto fisiologico» – scrivono i giudici – che un medesimo bene sia sottoposto a sequestro o confisca in distinti procedimenti, perché le esigenze cautelari o sanzionatorie possono trovare autonoma espressione nell'ambito di ciascuno di essi<sup>33</sup>.

Altra ipotesi significativa ha riguardato la misura di prevenzione personale (non tanto – banalmente – per il concorrere della condanna penale inerente al reato associativo e misura personale su di essa interamente ed esclusivamente fondata, quanto) per la concomitante applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata che accede alla condanna per il reato associativo. La Corte di legittimità ha avuto buon gioco nell'escludere

<sup>30</sup> Cass., Sez. VI, sentenza 16 marzo 2017, n. 35205, Mineo (dep. 18/07/2017), Rv. 270774.

<sup>31</sup> V. Cass., Sez. III, Sent. 11 febbraio 2015, n. 19334 (dep. 11/05/2015), Andreatta, Rv. 264809; Sez. III, 24 aprile 2016, n. 48591, (dep. 17/11/2016), Pellicani, Rv. 268493.

<sup>32</sup> Cass., Sez. I, n. 50983 del 20 novembre 2019, rel. Boni, ric. Lusini.

<sup>33</sup> Cass., Sez. III, n. 48395 del 13/06/2018, Arria, rv. 274703, in motivazione.

il *bis* sotto entrambi i profili<sup>34</sup>, soprattutto utilizzando l'argomento – in questo caso pienamente ragionevole e ben prospettato – secondo cui la stessa giurisprudenza di Strasburgo aveva escluso, in altri ambiti e con diverse finalità, la natura «sostanzialmente penale» delle stesse misure di prevenzione, valorizzando piuttosto quella preventiva: di provvedimenti cioè diretti ad impedire la commissione di atti criminali e non a sanzionare la realizzazione di questi ultimi<sup>35</sup>. Altro e diverso profilo è quello del *bis* interno, per così dire, alla misura di prevenzione: alla circostanza, ad esempio, del suo aggravamento alla luce di una maggiore gravità della pericolosità sociale stessa<sup>36</sup>.

Non vi è violazione del *bis in idem* in caso di condanna per il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali, di cui all'art. 2, comma primo *bis*, d.l. 12 settembre 1983, n. 463 (convertito con modificazioni in legge 11 novembre 1983, n. 638), di soggetto già condannato alla «sanzione civile» prevista dall'art. 116, comma ottavo, lett. a), della legge 23 dicembre 2000, n. 388, per mancato o ritardato pagamento dei contributi. Ciò in quanto tale ultima sanzione, avendo effetti riparatori nei confronti dell'INPS, ha natura sostanzialmente, e non solo formalmente, civilistica<sup>37</sup>. Da escludersi la rilevanza del divieto anche in relazione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 145, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, le quali non hanno natura «sostanzialmente penale», in quanto, oltre ad essere qualificate come amministrative dalla

<sup>34</sup> Cass., Sez. II, 4 giugno 2015, n. 26235 (dep. 22/06/2015), Friolo, Rv. 264387; Sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 44608, (dep. 04/11/2015), Cincinnato, Rv. 265056.

<sup>35</sup> Cfr. CoEDU, sentenza 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia e sentenza 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia.

<sup>36</sup> È noto che, sul punto, i ripetuti interventi delle SU hanno escluso un problema di *bis in idem*, specificando che esso «è applicabile anche nel procedimento di prevenzione, ma la preclusione del giudicato opera *rebus sic stantibus* e, pertanto, non impedisce la rivalutazione della pericolosità ai fini dell'applicazione di una nuova o più grave misura ove si acquisiscano ulteriori elementi, precedenti o successivi al giudicato, ma non valutati, che comportino un giudizio di maggiore gravità della pericolosità stessa e di inadeguatezza delle misure precedentemente adottate: v. Cass. SU, 600/2009 Rv. 245176; SS.UU. 36/2000 Rv. 217668; Cass. 5649/2002 Rv. 221155; Cass. 33077/2006 Rv. 235144; Cass. 25514/2006 234995». Ma questo è un profilo che sta ai margini del tema qui trattato, pur se esso appare di estremo interesse in una prospettiva più generale. Basti dire che, in questo caso, la prospettiva adottata dal vertice di legittimità è stata quella di una sorta di assimilazione teorica della misura di prevenzione alle misure cautelari (quindi: provvisorietà, strumentalità; stato degli atti e delle circostanze; fluidità, ecc.) e, dunque, un profilo che investe più il profilo dell'*idem* che del *bis*.

<sup>37</sup> Cass., Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 31378 (dep. 20/07/2015), Ghidini, Rv. 264332; dello stesso tenore da ultimo Sez. III, 14 gennaio 2021, n. 4439, Cella, n.m.

legge, sono irrogate per fatti diversi da quelli sanzionati penalmente ed, in considerazione dei massimi edittali previsti, non presentano un grado di afflittività assimilabile a quello proprio della sanzioni penali<sup>38</sup>.

Infine – profilo statisticamente di rilievo - in materia di furto di energia elettrica, non producono violazione del divieto le sanzioni previste dall'art. 59 d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, che hanno natura amministrativa ed assolvono ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, da individuare nella sottrazione del consumo all'imposta, e non hanno finalità punitive, in quanto producono effetti sul soggetto obbligato all'adempimento fiscale<sup>39</sup>.

#### 8. *Parusia dell'ora. Il secondo avvento del bis in idem ed il mutamento di ruolo della Cassazione*

La venuta della close connection è il secondo avvento del principio del bis in idem: incarna un principio diverso e, come una vera parusia, sconvolge il mondo giurisprudenziale sopra descritto. Nulla è più (né sarà mai) come prima: nelle giurisprudenze sovranazionali ed in quelle che, come neuroni-specchio, si attivano guardando ad esse, cioè quelle nazionali.

Non ci sono parole più chiare ed incisive per descrivere questa assoluta novità di quelle adoperate dalla sentenza n. 43 del 2018 della Corte costituzionale: «È chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di bis in idem [...]; può dirsi che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata» (§ 7 del Considerato).

---

<sup>38</sup> Cass., Sez. V, 16 novembre 2018, n. 12777 (dep. 22/03/2019), Albertazzi, Rv. 275996. Si tratta delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 TUB per carenze nell'organizzazione e nei controlli interni.

<sup>39</sup> Indipendentemente dall'essere o meno quest'ultimo l'autore dell'abusivo prelievo, sicché la loro irrogazione non comporta la violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014: v. Cass., Sez. V, 6 giugno 2019, n. 38717 (dep. 19/09/2019), Bresciani, Rv. 27711501.

Da un divieto ad una facoltà, appunto: come dire, un oceano in mezzo.

E' noto anche il manifesto di metodo che accompagna questa rinascita e che traggio ancora dall'efficace sintesi che ne fa la medesima pronuncia della Corte costituzionale (§ 6 del Considerato): «[...] la Corte EDU ha enunciato il principio di diritto secondo cui il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto ("sufficiently closely connected in substance and in time"), attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza. In particolare, la Corte di Strasburgo ha precisato (paragrafo 132 della sentenza A e B contro Norvegia) che legame temporale e materiale sono requisiti congiunti; che il legame temporale non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività, a condizione che essa sia tanto più stringente, quanto più si protrae la durata dell'accertamento; che il legame materiale dipende dal perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi, e soprattutto dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di evitare l'imposizione di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito. Al contempo, si dovrà valutare anche se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto».

Questi essendo i tratti del nuovo genoma, si pone l'interrogativo fondamentale: così (nuovamente) concepito, il principio del *bis in idem* patisce un indebolimento 'di legittimazione' rispetto alla giurisprudenza nazionale?

Per quanto ancora breve il tempo trascorso, può risponderci negativamente. Certo, la Cassazione ha dovuto modificare abbastanza repentinamente il metodo di approccio al problema, focalizzando un nuovo oggetto del proprio *decisum* e modificando persino il lessico delle proprie decisioni. Non più un atteggiamento (solo) 'difensivo' rispetto a Strasburgo; non più la ricerca di 'ritagli' idonei a sottrarre, quanto più possibile, territori alla 'materia penale'; non più la difesa ad oltranza della natura 'solo amministrativa' di intere tipologie di sanzioni; ma, tutto al contrario, la presa d'atto che, anche a fronte di sanzioni 'sostanzialmente penali', quello è un punto di partenza: non tutto è perduto cioè al fine di 'salvare' gli esiti della giurisdizione penale, vale a dire, la condanna irrogata.

Da difensiva, la giurisprudenza penale di legittimità sul bis in idem diviene inclusiva, collaborativa ed il ruolo della Cassazione subisce (sta subendo) un mutamento profondo: non più promotore di sottili distinzioni circa la natura della sanzione, quanto grande artefice della pazienza sanzionatoria, nella sua concreta determinazione.

Suona oltremodo strano di certo – innanzitutto culturalmente – che il giudice di legittimità si concentri sulla pena irrogata e muova praticamente da essa per stabilire la legalità del processo (recte: dei processi): solitamente il percorso è al contrario. E sembra ancora più singolare che la porta stretta, l'error in procedendo che consente di inspicere all'interno del 'merito' della vicenda (perché di questo si tratta...) riguardi il trattamento sanzionatorio o, al più, gli elementi fattuali che comprovano la close connection.

Vero: sono stranezze, se pensate con riferimento al giudice di legittimità e sembra di vivere già in un futuribile. Si tratta in effetti di un memorabile mutamento di ruolo: nessuno avrebbe mai immaginato, qualche anno fa, che la Corte di legittimità avesse potuto/dovuto apprezzare il 'grado di coordinamento probatorio' tra due diversi procedimenti, uno dei quali estraneo alla giurisdizione penale. O stabilire il 'legame materiale' tra essi. O che il Giudice della legittimità potesse essere il giudice del 'complessivo disvalore' del fatto in relazione al trattamento sanzionatorio: il demiurgo, insomma, della dosimetria. Quando, fra qualche anno, lo avremo metabolizzato, ripensando alle idee tradizionali, 'chiare e distinte', che sulla Cassazione e sul suo ruolo avevamo, ci parrà di sentire l'eco del replicante e del suo straordinario monologo finale: «I've seen things you people wouldn't believe...».

Tanto più che tali nuove funzioni divengono cogenti, per il giudice nazionale, alla luce delle tre pronunce del 20 marzo 2018 con cui la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea ha cementato il sistema. Dal quale è difficile immaginare che si potrà arretrare, tornare indietro, pur negli aspetti problematici che lo caratterizzano (e di cui si dirà, infra).

### 9. *La più recente giurisprudenza penale sul bis in idem*

Alla luce di queste premesse, ben si può comprendere il poderoso ed ammirevole sforzo compiuto dalla Corte di legittimità nel dare pronta attuazione ai nuovi principi di Strasburgo e di Lussemburgo.

Benché, storicamente, la primissima espressione giurisprudenziale del nuovo indirizzo provenga dalla seconda sezione della Corte - e riguardi una modesta ipotesi (esclusa) di *bis in idem* tra condanna penale e sanzione disciplinare per un detenuto<sup>40</sup> - la produzione giurisprudenziale più significativa, anche per quantità, si è prevalentemente espressa, *ratione materiae*, attraverso le pronunce della sezione quinta penale della Cassazione. Essa è infatti competente per i ricorsi in tema di tutela del mercato finanziario, dove – com'è noto – si concentrano (assieme alla materia tributaria) le maggiori criticità del sistema penale rispetto al divieto di *bis in idem*.

Può ben dirsi che, fino al momento, la linea di sviluppo è stata coerente nel metodo seguito e nei principi affermati, pur con fisiologiche differenze negli esiti processuali: complessivamente, un risultato lineare e pregevole: con l'avvertenza, tuttavia, che ancora non sono venuti all'esame del vertice nomofilattico alcuni dei profili maggiormente problematici (v. *infra*).

Le pronunce di tale fase<sup>41</sup> - specie la n. 49869/2018, Chiarion Casoni,

<sup>40</sup> Cass., Sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184 (dep. 24/02/2017), P.G. in proc. Pagano, Rv. 269237. In tal vicenda, la Corte era chiamata a scrutinare, su ricorso del P.G., la sentenza che aveva dichiarato non doversi procedere per il reato di danneggiamento aggravato commesso da un detenuto su una finestra della casa circondariale in cui era ristretto, sulla base della considerazione che l'imputato avesse già subito la sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune per cinque giorni. La Corte, ritenendo insussistente il *bis*, ha annullato la sentenza facendo leva sulla pronuncia della CoEDU *A & B c. Norvegia* emessa esattamente un mese prima (15 novembre 2016), con motivazioni assai innovative. Infatti, ha ritenuto la sanzione disciplinare di intenso grado afflittivo, dunque qualificabile come 'sostanzialmente penale'; ha poi ribadito l'obbligo di interpretazione adeguatrice in capo al giudice nazionale, sul presupposto che *A & B c. Norvegia* rappresentasse il 'diritto consolidato' (ai sensi e per gli effetti di C. cost. n. 49 del 2015) della giurisprudenza CEDU incarnando tale pronuncia «[...] la più aggiornata evoluzione giurisprudenziale in materia di *ne bis in idem* che supera, in modo consapevole e motivato, i precedenti arresti (tra gli altri quelli raggiunti nelle sentenze Grande Stevens v. Italia, CoEDU, II sezione, 4 marzo 2014 e *Zolotouikhinev. Russia* (Corte EDU Grande camera, 10 febbraio 2009), fornendo una ricostruzione completa della giurisprudenza ed offrendo una soluzione attenta alle scelte effettuate dai paesi aderenti alla Convenzione, per lo più orientate a legittimare il doppio binario sanzionatorio». Ma, se si considera che, come detto, *A e B c. Norvegia* risultava essere pronuncia emessa solo da pochi giorni; che non proveniva dalla Grande Camera della CoEDU, ma da una sezione semplice; che essa costituiva un autentico strappo (e non certo una stabilizzazione) nella tradizionale giurisprudenza di Strasburgo sul *bis in idem*, appare davvero un atto di coraggio l'affermazione circa l'esistenza di un 'diritto consolidato' convenzionale sul *bis in idem* e quasi un azzardo lo schema del discorso giustificativo conseguente: ma certamente coraggioso e premiato dai successivi sviluppi.

<sup>41</sup> Segnatamente: Cass., Sez. V, sentenza 16 luglio 2018, n. 45829 (dep. 10/10/2018), Franconi, Rv. 274179; Sez. V, sentenza 21 settembre 2018, n. 49869 (dep. 31/10/2018),



cit., che, al di là del dato cronologico, può considerarsi la capostipite di tale indirizzo, per sviluppo problematico e sistematicità argomentativa - muovono dall'affermazione di alcuni principi, che, sebbene espressi nell'ambito del *market abuse*, hanno valenza generale e sono ormai da considerare altrettanti punti fermi «nella direzione del vaglio positivo circa la compatibilità convenzionale ed unionale della disciplina congiunta, sostanzialmente e formalmente penale»<sup>42</sup>.

Volendo prospettare la sintesi, per punti:

- i) le sanzioni amministrative comminate per l'abuso di informazioni privilegiate (le sanzioni amministrative, in genere) non rientrano nel c.d. «nucleo duro» del diritto penale: non sono cioè connotate da particolare attitudine stigmatizzante, con ogni conseguenza sulle garanzie da innestare nel procedimento che le commina (essenzialmente, le procedure CONSOB: v. *infra*);
- ii) il sistema nazionale assicura ampiamente non solo la prevedibilità della doppia sanzione, ma soprattutto contempla meccanismi normativi idonei ad assicurare la finale proporzionalità della sanzione<sup>43</sup>;
- iii) è ravvisabile, nel sistema, la complementarietà - dunque, la differenza di scopi - tra la procedura amministrativa ed il processo penale, neppure smentita dalle caratteristiche peculiari proprie dell'illecito amministrativo<sup>44</sup>;

---

Chiarion Casoni, Rv. 274604; Sez. V, sentenza 9 novembre 2018, n. 5679 (dep. 05/02/2019), Erbetta, Rv. 275314; Sez. V, sentenza 15 aprile 2019, n. 39999 (dep. 30/09/2019), Respigo, Rv. 276963. Accanto a queste, vanno poi considerate le pronunce della terza sezione penale in tema di (possibile) *bis in idem* in materia tributaria: v. Cass., Sez. III, sentenza 22 settembre 2017, n. 6993 (dep. 14/02/2018), Servello, Rv. 272588; Sez. III, sentenza 12 settembre 2018, n. 5934 (dep. 07/02/2019), Giannino, Rv. 275833; (sia pure sotto l'assorbente profilo che, al momento della decisione di secondo grado, la sanzione amministrativa non era stata irrogata con provvedimento irrevocabile); Sez. III, sentenza 7 febbraio 2019, n. 22033 (dep. 20/05/2019), Palma, Rv. 276023; inoltre, v. Sez. II, sentenza 22 maggio 2018, n. 41007, Bronconi, Rv. 274463; Sez. IV, sentenza 13 febbraio 2018, n. 12667, Palmieri, Rv. 272533.

<sup>42</sup> Secondo l'elegante ed incisivo lessico della sentenza Erbetta, n. 5679/2018, cit.

<sup>43</sup> Ne è conferma l'art. 187-*terdecies* T.U.E, come sostituito dall'art. 4, comma 17, del d.lgs. 14/08/2018, n. 107, la cui 'estensione' biunivoca (vale a dire, indifferentemente, se sia stata prima applicata, a carico del reo per lo stesso fatto, una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato) era già risultato ermeneutico raggiunto dalla sentenza Chiarion Casoni, cit., prima della stessa modifica legislativa.

<sup>44</sup> Se è vero, infatti, che per quest'ultimo vale l'equiparazione tra tentativo e consumazione e che, in esso, l'elemento soggettivo della colpevolezza ha orizzonti più grossolani e ristretti,

iiii) sussiste – per disciplina, come interpretata, del sistema normativo nazionale - la possibilità di osmosi probatoria tra i due procedimenti<sup>45</sup> che assicura il riavvicinamento funzionale tra i due procedimenti.

Questi sono, per così dire, i ‘punti fermi’ di sistema, la cui positiva verifica autorizza poi – secondo la Corte di cassazione - la fase ulteriore dell’accertamento, relativo alla specifica vicenda processuale: vale a dire, il riscontro della connessione materiale e temporale tra i due procedimenti, necessario per pervenire alla valutazione finale di proporzionalità delle sanzioni.

È evidente come su tali profili – e sulla *close connection* in generale – la Cassazione inevitabilmente divenga ‘giudice del fatto’ ben più di quanto le norme ordinamentali e procedurali che ne regolano l’attività all’apparenza consentano. Ma è uno sviamento indotto e quasi necessitato. Dovendo applicare criteri (non principi) – quali sono quelli enunciati dalle Corti sovranazionali, in specie dalla pronuncia Menci della Corte di Giustizia, assai analitica sul punto – è normale che il ‘controllo di legittimità’ sia, in qualche modo, eterodiretto e perda la sua rarefatta altezza: occorre controllare le vicende processuali accanto alle *species facti*<sup>46</sup>. La valutazione di una connessione ‘materiale e temporale’ evoca dati del reale e non norme giuridiche ed ermeneutiche. Inevitabile lo scivolamento nel fatto, come d’altronde espressamente riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale (Sent. n. 43 del 2018), che, a questo proposito, lapidariamente ha affermato: «[...] naturalmente, la decisione non può che passare da un giudizio casistico, affidato all’autorità che procede (poiché) sebbene possa affermarsi in termini astratti che la configurazione normativa dei procedimenti è in

---

tali differenze trovano giustificazione nei plausibili scopi della sanzione amministrativa stessa.

<sup>45</sup> La citata sentenza n. 49869/2018, Chiarion Casoni, a comprova di ciò ricorda una platea di disposizioni - dall’attribuzione alla CONSOB dei diritti e delle facoltà processuali che, nel procedimento penale, sono riconosciuti agli enti e alle associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato (artt. 187-*undecies* T.U.F. e 91 c.p.p.); ai poteri di indagine previa autorizzazione del procuratore della Repubblica (art. 187-*octies*, comma 5, T.U.F.), fino all’espressa previsione dello scambio di informazioni ai fini dell’accertamento delle violazioni (art. 187-*decies* T.U.F.) - e di orientamenti giurisprudenziali consolidati – ad esempio, quello secondo cui le relazioni ispettive CONSOB sono utilizzabili ai fini di prova relativamente alle parti riguardanti il rilevamento dei dati oggettivi sull’andamento delle sedute di borsa ed al contenuto delle registrazioni delle comunicazioni telefoniche degli Intermediari: Cass., Sez. V, 8 novembre 2012, n. 4324 (dep. 2013), Dall’Aglie e altro, Rv. 254325; Sez. V, 2 dicembre 2011, n. 14759 (dep. 2012), Fiorani, Rv. 252300.

<sup>46</sup> Tanto vero che, nelle sentenze della quinta sezione penale, sono sempre ricostruite le vicende fattuali e processuali, essenziali per sostenere il discorso giustificativo.

grado per alcuni aspetti di integrare una *close connection*, vi sono altri aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedurali si sono atteggiare nel caso concreto».

L'approccio generalizzante e nomofilattico, proprio della Corte di Cassazione, diviene quasi recessivo, superato com'è dall'esame della 'concreta fattispecie', dall'irripetibile atomo decisorio posto sotto lente: in questo, la Corte di Piazza Cavour somiglia pericolosamente a quella di Strasburgo.

Tra l'altro – per quanto visto fino al momento – la Corte di legittimità ha sempre riconosciuto la connessione tra i due procedimenti all'esito della valutazione dei legami materiali e temporali. Ciò che induce a ritenere che la partita futura dell'attuazione del *bis in idem* più che su tale versante (salvo ipotesi estreme) verrà pressoché interamente giocata su quello dell'effettivo riposizionamento della sanzione<sup>47</sup>.

#### 10. *In particolare, sulla proporzionalità della sanzione*

Ovviamente, come in ogni storia (anche infinita) che si rispetti, interessa il finale.

Esso è rappresentato dai principi-criteri enunciati dall'organo di legittimità per ritenere proporzionato il trattamento sanzionatorio.

La premessa implicita è che, ai sensi dell'art. 620, comma 1, lett. *D*) c.p.p., come novellato, sussiste il potere, anche officioso, da parte della Corte, di sindacare la proporzionalità della sanzione complessiva integrata: esercitando tale potere-dovere, la Corte ha fino ad oggi già tracciato e reso perfettamente visibili alcune direttrici, destinate probabilmente a resistere per un tempo apprezzabile.

La prima di esse è che il trattamento sanzionatorio è da considerare in maniera onnicomprensiva, rientrandovi tutto il complesso delle sanzioni irrogate, nessuna esclusa; parallelamente (ed è la seconda traccia), la proporzionalità del cumulo sanzionatorio va riferita all'intero disvalore

---

<sup>47</sup> Quanto alle specifiche statuizioni, il dato temporale ha palesato una connessione tranquilla allorché vi è stata irrogazione della due sanzioni «a pochi mesi di distanza» (come in Cass., Sez. III, Sent. n. 6993/18, cit.); meno tranquilla, quando la Corte è ricorsa ad affermazioni più sfumate («l'avvio del presente procedimento penale è avvenuto in epoca prossima all'inizio del procedimento amministrativo e, pertanto, deve ritenersi una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta»: così in Cass. Sez. III, n. 5934/2018, cit., sia pure quale argomento di rincalzo per descrivere la vicinanza tra i due procedimenti sanzionatori).

del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello «formalmente» amministrativo)<sup>48</sup>. Lo strumento concreto per collegare le due entità in questione è, per il nostro ordinamento, la serie dei parametri di commisurazione dettati dall'art. 133 c.p. «quale norma generale idonea a consentire la tenuta del doppio sistema sanzionatorio sotto il profilo, appunto, della proporzionalità»; disposizione che – come afferma la sentenza Erbetta<sup>49</sup> – «vedrà allargato l'ambito applicativo, che, per un verso, deve essere esteso al trattamento sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e, per altro verso, deve investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti (quello penale e quello formalmente amministrativo)».

Qualora tale valutazione dovesse condurre a ritenere il complessivo editto sanzionatorio non proporzionato, il giudice nazionale dovrà dare applicazione diretta al principio garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, disapplicando, se necessario – e, naturalmente, solo *in mitius* – le norme che ne stabiliscono l'entità.

Vi sono poi i «casi limite». Quelli, cioè, che evadono anche da questa griglia di metodo in quanto anche l'eventuale riallineamento attraverso il contenimento della seconda sanzione risulterebbe inidoneo ai fini della complessiva proporzionalità della sanzione integrata. È la giurisprudenza stessa a denominarli «casi limite»: vale a dire, quelli nei quali è necessario operare una disapplicazione *in toto* della sanzione penale poiché la prima sanzione applicata è assorbente dell'intero disvalore del fatto. Come sottolineano le pronunce della Corte (le citate Chiarion-Casoni, Erbetta, Respigo), si tratta di ipotesi eccezionali, «in cui la sanzione amministrativa - evidentemente attestata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di gravità, sotto il profilo penale, affatto contenuta - risponda, da sola, al canone della proporzionalità nelle diverse componenti riconducibili ai due illeciti».

Fuori da tale ipotesi – definita eccezionale – l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta esclusivamente, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni. Disapplicazione non totale, ma solo quanto al minimo edittale previsto e con il limite insuperabile, quanto alla reclusione,

<sup>48</sup> Quindi, con riferimento agli abusi di mercato, agli interessi generali sottesi alla relativa disciplina: sia sotto il profilo dell'incidenza del fatto sull'integrità dei mercati finanziari che sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari.

<sup>49</sup> Sent. 9 novembre 2018, n. 5679, Erbetta, cit.

dettato dall'art. 23 c.p. e, quanto alla multa, imposto dal meccanismo «compensativo» di cui all'art. 187-*terdecies* TUF.

Due notazioni conclusive.

La prima è che, nella rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* del minimo edittale ai fini della proporzionalità, la valutazione (comprensiva anche delle sanzioni irrogate da CONSOB) può implicare apprezzamenti di merito normalmente preclusi alla Corte di legittimità. Si pensi – ai fini di stabilire la proporzionata applicazione della sanzione amministrativa CONSOB – a parametri quali l'entità della lesione all'integrità del mercato o il valore complessivo degli strumenti finanziari negoziati: in tali ipotesi, si imporrà l'annullamento con rinvio limitatamente al trattamento sanzionatorio essendo impossibile procedere ad un diretto apprezzamento della complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio alla luce degli atti. È quanto avvenuto, ad esempio, nella sentenza Chiarion-Casoni<sup>50</sup>.

La seconda notazione è che, fino al momento, in un solo caso il riallineamento ('riproporzionamento', come è *chiamato in sentenza*) è sfociato in una (possibile) disapplicazione integrale della sanzione inflitta per seconda, apparendo la prima – quella amministrativa, ma 'sostanzialmente' penale – «assorbente» l'intero disvalore e ritenendo che essa «coprisse» aspetti rilevanti sia a fini penali che amministrativi, sì da offrire tutela complessivamente adeguata al bene giuridico violato. Lo si è fatto, in un'ipotesi di *insider trading*, nella sentenza Respigo<sup>51</sup>, dove la minuziosa analisi del trattamento sanzionatorio operato dalla CONSOB (specie della confisca amministrativa, passata in giudicato)<sup>52</sup> pare sollecitare il giudice del

<sup>50</sup> Sent. 21 settembre 2018, n. 49869, Chiarion-Casoni, cit.

<sup>51</sup> Sent. 15 aprile 2019, n. 39999, Respigo, cit.

<sup>52</sup> Nel processo penale, l'imputato Respighi è stato condannato alla pena di anni due di reclusione e alla multa di 50.000 euro, nonché alla interdizione dai pubblici uffici e dalle funzioni direttive di persone giuridiche ed imprese e dell'incapacità di contrattare con la P.A. per la durata di due anni, oltre al risarcimento dei danni in favore della parte civile CONSOB, quantificati (per la lesione del bene dell'integrità del mercato) in via equitativa in 100.000 euro, ed in favore della parte civile DELOITTE FAS s.p.a., quantificati anch'essi in via equitativa in 355.000 euro. È stata inoltre disposta la confisca, ai sensi dell'art. 187 TUF, della somma di 1.324.736 euro, sequestrata all'imputato, equivalente al prodotto ed al profitto del reato, ma anche ai beni utilizzati per commetterlo (in questo caso i capitali investiti dal ricorrente per operare sui titoli). Gli è stata concessa la sospensione condizionale sia della pena principale che di quelle accessorie. Nella procedura amministrativa, il ricorrente ha subito una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 150.000 ai sensi dell'art. 187-*bis* TUF (per la vicenda OPA Marazzi Group); una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 150.000 ai sensi dell'art. 187-*bis* TUF (per la vicenda OPA *Guala Closures*); una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 225.000 ai sensi

rinvio ad operare la scelta verso la disapplicazione integrale della sanzione penale. Anche perché la Corte correda l'annullamento con un messaggio la cui valenza pedagogica appare inequivoca. Scrivono infatti i Giudici: «l'ipotesi della disapplicazione *in toto* della sanzione penale che 'doppi' quella amministrativa già inflitta [...] per quanto rara, [...] non è relegata entro ambiti paradossali e che, proprio in una materia come quella degli abusi di mercato, in cui l'apparato sanzionatorio penale fa spesso eco alla severità draconiana delle sanzioni amministrative per prime inflitte, il giudice di merito [...] ha il dovere, nella valutazione dell'afflittività complessiva della sanzione 'integrata', di spingersi oltre la verifica meramente quantitativa o legata alle pur evidenti e pressanti ragioni di tutela dell'interesse generale [...], valorizzando parimenti quelle esigenze di garanzia individuale delle quali le Corti europee lo hanno eletto primo custode».

#### 11. *Ciò che ci attende e non tarderà: molti interrogativi a mo' di chiusura*

Tali significativi (e positivi) assestamenti della giurisprudenza di legittimità non devono tuttavia generare ottimismo semplicistico. Che, oggi, il *bis in idem* sembri al suo massimo barometrico poiché le sue «isoterme e le isòtere si comportano a dovere» non garantisce affatto che questa «bella giornata di agosto» durerà e sarà sempre bel tempo.

All'orizzonte si intravedono molte perturbazioni: nodi problematici non ancora pervenuti all'esame. Solo qualche esempio, per una riflessione finale.

Si dice da parte della giurisprudenza nazionale (sul presupposto che questa sia l'idea delle pronunce delle Corti sovranazionali) che la sanzione amministrativa 'sostanzialmente penale' non rientra tuttavia nel c.d. 'nucleo duro' del diritto penale: il nocciolo, cioè, che obbligherebbe che il relativo procedimento sia assistito dalle garanzie essenziali proprie dell'accertamento penale. Ma – a parte la debolezza degli argomenti che supportano tale tesi – è da chiedersi se, nella odierna fungibilità punitiva instaurata tra sanzione amministrativa ('sostanzialmente penale') e sanzione penale 'vera', questa affermazione possa davvero essere giustificata. In breve: posto che la pretesa punitiva statale può attuarsi e soddisfarsi anche solo con l'irrogazione di una sanzione amministrativa equivalente, per afflittività a quella penale, è

---

dell'art. 187-*bis* TUF (per la vicenda acquisizione controllo *Permasteelisa*); una sanzione amministrativa accessoria interdittiva, disposta ai sensi dell'art. 187-*quater*, comma 1, TUF ed inflitta per un periodo di mesi nove. Infine, si è disposta la confisca dei beni oggetto di sequestro, per 1.193.914 euro, ai sensi dell'art.187-*sexies* d.lgs. n. 58 del 1998.

davvero possibile concepire una pena irrogata senza garanzie fondamentali nella fase della sua gestazione ed applicazione?

Insomma, l'equivalenza degli effetti non presuppone anche quella delle procedure? È quanto traspare, d'altra parte, quale espressa indicazione della giurisprudenza sovranazionale: la Corte di Giustizia EU ha di recente<sup>53</sup> riconosciuto il 'diritto al silenzio' nell'ambito delle procedure di applicazione delle sanzioni amministrative dinanzi alla Consob, per gli illeciti previsti dagli artt. 187-*bis* ss. T.U.F. e tale riconoscimento ha evitato una sicura declaratoria di illegittimità costituzionale sul punto<sup>54</sup>. Inoltre, nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva" la Corte costituzionale ha compiuto un'opera assai coraggiosa e meritoria, ritenendo che - come si esprime la stessa ord. n. 117 del 2019 - «singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni. Ciò è avvenuto, in particolare, in relazione alle garanzie del divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010), della sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967), nonché della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (sentenza n. 63 del 2019)».

Se questo è, *quantomeno*, il principio tendenziale, occorre chiedersi se alla materia sanzionatoria amministrativa andranno applicate tutte o alcune soltanto (e quali?) delle garanzie che le costituzioni nazionali e le carte dei diritti sanciscono in materia penale e processuale penale. Ma una risposta anche in parte positiva dovrebbe confrontarsi con il principio di realtà e si

<sup>53</sup> CoGUE, Grande Sezione, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19. È la decisione scaturita dalla nota ordinanza con la quale la Corte costituzionale (ordinanza 10 maggio 2019, n. 117) ha sollevato questione pregiudiziale in relazione all'interpretazione dell'art. 14, par. 3 della direttiva 2003/6 e dell'art. 30, par. 1 lett. *b*), del regolamento (UE) n. 596 del 2014, i quali impongono agli Stati membri di prevedere l'obbligo di rendere le informazioni. Nell'ambito della medesima vicenda, la Corte costituzionale ha dichiarato (sentenza 10 maggio 2019, n. 112) l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* T.U.F. «nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, e non solo del profitto».

<sup>54</sup> Posto che al quesito (§ 4 del Considerato, ord. n. 117/2019, cit.) «se sia costituzionalmente legittimo sanzionare, ai sensi dell'art. 187-*quingiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità, nell'ambito di un'audizione disposta dalla CONSOB nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza», la Corte stessa enuncia, in trasparenza, plurimi argomenti per ipotizzare una risposta negativa, con richiami agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza, all'art. 6 CEDU, oltre che alle garanzie costituzionali italiane.

porrebbe un ulteriore interrogativo: che senso avrebbe una depenalizzazione massiva se gli illeciti amministrativi, nei quali sono degradati quelli penali, esigessero l'identico standard di garanzie per il loro accertamento e per l'applicazione delle relative sanzioni?

Al di là di questo, la riflessione sulle garanzie doverose/possibili in tema di 'sanzioni amministrative sostanzialmente penali', se non angosciante, è di certo poco rasserenante. Infatti, occorrerebbe chiedersi, tra i versanti (distanti) delle garanzie sostanziali e di quelle processuali, cosa scegliere e cosa ritenere prioritario.

In coerenza con la delineazione generale che si trae dalle giurisprudenze europee, occorrerebbe privilegiare il profilo sostanziale. Se, infatti, la 'massima intensità della tutela' è (ormai?) espressa da dette giurisprudenze sul piano (sostanziale) della proporzionalità/compensazione/limitazione del cumulo di sanzioni di 'natura penale', allora è probabilmente nel medesimo universo di discorso che va assecondato lo sviluppo della garanzia nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

Ora, in questa prospettiva, alcune riforme legislative potrebbero essere a costo zero. Ad esempio: massima estensione applicativa alle sanzioni amministrative del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con tutti i corollari che da esso discendenti (riserva di legge per la previsione sanzionatoria amministrativa; divieto di irretroattività; principio di retroattività *in favor*; principi di determinatezza e precisione; ecc.). D'altra parte, tale cammino è già stato da tempo intrapreso dalla Corte costituzionale, come sopra ricordato. In generale, riportare il sistema sanzionatorio amministrativo nell'alveo della legalità penale sostanziale è operazione notevolmente più semplice di quanto non sia l'omologo tentativo sul piano processuale.

Ma che senso avrebbe innestare garanzie sul sostanziale senza presidiare, in maniera altrettanto sicura, il versante processuale? Quest'ultima tipologia d'intervento, tuttavia, richiederebbe radicalità di manipolazione del sistema assai più 'strutturali' e complesse, com'è di immediata intuizione, per cui, in un orizzonte pragmatico e di breve periodo, la tentazione sarebbe di abbandonare al loro destino le 'garanzie processuali' nei procedimenti in cui si irrogano sanzioni 'sostanzialmente penali' e regolare 'i conti' (anche) della legalità processuale attraverso la compensazione finale della proporzione sanzionatoria.

In realtà, gli interventi possibili si muovono su piani temporali e strutturali diversi.

Nel breve periodo e senza eccessivi problemi di destrutturazione del sistema attuale del 'doppio binario' è possibile agire sul versante sostanziale,



compreso quello della delle garanzie di proporzionalità e necessaria individualizzazione della pena, su cui ha statuito la sentenza della Corte Costituzionale n. 112 del 2019<sup>55</sup>. Non desterebbe troppo stupore se, in un futuro assai prossimo, la Corte considerasse, anche in relazione alle sanzioni amministrative ‘sostanzialmente penali’, la possibilità di una parametrizzazione ai sensi dell’art. 27 Cost., così immettendo ossigeno alla concezione (oggi forse divenuta un po’ asfittica) secondo cui i principi che fanno capo a tale precetto costituzionale paiono strettamente (unicamente?) connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale. Forse i tempi non sono ancora maturi per l’estensione di tale ombrello costituzionale alla sanzione formalmente amministrativa: ma questo sarà un prossimo, importante traguardo della giurisprudenza costituzionale.

Torno all’interrogativo sopra formulato: la ‘progressione’ delle garanzie in ambito sostanziale relegherà nel dimenticatoio quelle processuali? E come reagirà la Corte di Cassazione quando queste ultime saranno – presumibilmente – sempre più richieste nei ricorsi?

Se è illusorio coltivare l’idea, sul breve periodo, di una *reductio ad unum* del sistema sanzionatorio, lo è quasi altrettanto ipotizzare un sistema di ‘doppio binario’ perfettamente speculare quanto a garanzie processuali. Un sistema nel quale, cioè, l’intero ‘pacchetto’ dei diritti processuali conosca piena fungibilità tanto nel procedimento amministrativo, quanto nel processo penale.

In tal senso, ci sono dati strutturali impediendi: il pensiero va, ad esempio, al principio di indipendenza/terzietà del giudice, difficilmente realizzabile – quale garanzia seria ed effettiva – nella sconfinata galassia degli organi deputati ad irrogare sanzioni amministrative di sostanzialità penale.

Dunque, occorre un lavoro di cernita fondato su di un principio di realtà ed il cui confine è rappresentato dalla possibilità stessa di sopravvivenza del (doppio) sistema. Ad esempio, nessuna difficoltà a concepire un’implementazione delle effettive garanzie della difesa nel procedimento di irrogazione della sanzione: quindi, pubblicità del processo;

<sup>55</sup> Qui la prospettiva non investe direttamente il problema del *bis in idem*, quanto la stessa possibilità della Corte di intervenire per domare una manifesta sproporzione che eventualmente traluce in relazione alla gravità del reato/illecito: insomma, sui poteri della Corte in relazione ad un editto sanzionatorio che - debordante rispetto alla gravità dell’illecito considerato – sia sostanzialmente penale, pur se formalmente configurato quale sanzione amministrativa. Questo decisivo passo è già stato compiuto con la citata (ed assai pregevole) sentenza n. 112 del 2019, sia pure ‘lasciando fuori’ l’art. 27 Cost. ed intervenendo su parametri più ‘culturalmente’ affini (appunto, l’art. 25, secondo comma, Cost. e soprattutto l’art. 3, Cost. «in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»).

sua ragionevole durata ed uso della lingua comprensibile all'incolpato; diritto alla previa conoscenza dell'accusa e, naturalmente, della difesa tecnica; diritti connessi alla gestione del processo, quali il diritto di difendersi provando, con un contraddittorio minimale quantomeno cartolare; ovviamente, diritto al silenzio.

Perplessità, invece, su contraddittorio orale nella fase 'istruttoria': l'oralità è una delle possibili epifanie del contraddittorio, non un suo tratto genetico indefettibile. Eguale considerazione vale per il principio di immediatezza.

Sul 'doppio grado' del procedimento (dunque, sulle garanzie di impugnazione), il percorso tendenziale da seguire potrebbe essere quello di un'opposizione che innesti una competenza della giurisdizione ordinaria (di cui vi sono significativi esempi anche nell'attuale sistema), così recuperando, in essa, garanzie di difesa pretermesse nella prima fase 'amministrativa' del procedimento.

Più in generale, può essere vista favorevolmente (nei limiti di una pratica possibilità) la scissione tra una (prima) fase puramente amministrativa ed una (successiva) fase di 'controllo' giurisdizionale, che funga da impugnazione rispetto alla prima.

La velocità con cui si sussegue l'evoluzione del divieto di *bis in idem* è tale da rendere tutt'altro che ipotetici o surreali tali scenari e gli interrogativi che essi recano: come il passato insegna, nella garanzia espressa da questo divieto non esistono futuribili troppo lontani o non immaginabili.

Conviene allora prepararsi, allenando la razionalità attraverso la fantasia.



Alberto Gargani\*

*Delitti di pericolo personale e individuale.  
Osservazioni in prospettiva di riforma<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Alternative al diritto penale di evento – 2. I delitti di pericolo *personale* e *individuale* quali forme *sui generis* di attentato all'altrui vita, incolumità fisica e salute – 3. Specifiche fattispecie di condotta pericolosa per la vita, l'incolumità fisica e la salute della *persona* – 3.1. Profili disciplinari – 3.2. Il pericolo personale tra diritto vivente e prospettive di riforma – 4. La messa a repentaglio dell'incolumità, della vita o della salute dell'*individuo* quale esponente della collettività – 4.1. Ipotesi di pericolo *individuale* previste nell'ordinamento – 4.2. Una tutela *bipolare*: pericolo comune *individuale versus* pericolo comune *collettivo* – 4.3. Autonomizzazione e implementazione dei delitti di pericolo individuale – 5. Profili comuni alle due categorie.

1. *Alternative al diritto penale di evento*

La drammatica esperienza dell'emergenza Covid-19 ha richiamato l'attenzione dei penalisti (e non solo) sugli strumenti normativi idonei a prevenire e a reprimere la diffusione di virus in grado di propagarsi e mietere vittime nella popolazione.

Alla luce della fenomenologia del contagio, sono stati ritenuti configurabili illeciti penali di danno (lesioni personali e omicidio) e di pericolo comune (epidemia).

L'estrema difficoltà di addivenire alla prova del nesso di causalità tra condotta ed evento (di danno o di danno qualificato dal pericolo)<sup>2</sup> ha acuito

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Pisa.

<sup>1</sup> Si tratta della rielaborazione dei contenuti del § 3 della sezione I della 'Relazione finale', redatto dallo scrivente quale membro dell'VIII gruppo di lavoro, coordinato dal prof. Massimo Donini, sui "Reati contro la salute privata e pubblica e contro l'incolumità privata e pubblica", nell'ambito del più ampio progetto di ricerca sui delitti contro la persona, curato dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale. La relazione è consultabile in [https://www.aipdp.it/documenti/reati\\_contro\\_salute\\_privata\\_pubblica/Donini\\_reati\\_contro\\_la\\_salute\\_e\\_incolumita.pdf](https://www.aipdp.it/documenti/reati_contro_salute_privata_pubblica/Donini_reati_contro_la_salute_e_incolumita.pdf).

<sup>2</sup> Nel senso che, nel caso della vicenda emergenziale, la possibilità di formulare un addebito penalmente rilevante a titolo di epidemia sia destinata a "rimanere priva di un reale spazio

l'esigenza politico-criminale di poter disporre di fattispecie incriminatrici incentrate sul pericolo di trasmissione del virus e, come tali, non sottoposte alle stringenti regole di accertamento del nesso eziologico. In questo senso, l'emergenza Covid-19 ha dimostrato una volta di più i rischi di ineffettività della protezione penale sottesi al ricorso - in via, pressoché, esclusiva - al rigido paradigma del diritto penale d'evento e la necessità di alternative di tutela, incentrate sull'anticipazione della soglia di punibilità e sulla proporzionale mitigazione - qualitativa e quantitativa - del trattamento sanzionatorio rispetto a quello previsto per le corrispondenti fattispecie di evento (consumate o tentate).

In prospettiva di riforma - tenuto conto del dato comparatistico (e, in particolare, della figura generale di *délit de mise en danger de la personne d'autrui*, di cui all'art. 223-1 del codice penale francese) - assume particolare interesse la verifica della plausibilità politico-criminale di una categoria composita di illeciti - di *pericolo personale* e di *pericolo individuale* - distinti a seconda del fatto che il destinatario della tutela sia un soggetto *determinato* ovvero *indeterminato*.

Si tratta di verificare l'opportunità politico-criminale della previsione di figure criminose incentrate sul pericolo incombente sulla vita, incolumità fisica o salute del consociato, in grado di 'intercettare' sia talune forme di offesa alla persona (nel contesto delle fattispecie di lesioni personali e omicidio), sia talune e peculiari ipotesi di pericolo *comune*, inidonee a integrare gli estremi di un pericolo *collettivo* incombente su una pluralità indeterminata di consociati.

Gli illeciti in esame corrispondono a istanze di anticipazione della protezione<sup>3</sup> di beni fondamentali dell'individuo *quale persona* o *quale esponente della* collettività, suscettibili di essere soddisfatte attraverso il riposizionamento del disvalore sulla messa a repentaglio dell'altrui vita, incolumità fisica o salute.

Le predette fattispecie di condotta pericolosa dovrebbero assorbire talune delle pressanti esigenze politico-criminali suscettibili - al momento attuale - di essere soddisfatte soltanto attraverso inammissibili semplificazioni probatorie o applicazioni analogiche delle fattispecie incriminatrici.

Due sono le finalità sottese alle fattispecie di pericolo *personale* e *individuale*: l'una è collegata alle frequenti 'deformazioni' applicative del diritto penale di evento; l'altra alla necessità di una più chiara distinzione

---

applicativo", v. G.A. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: un'indagine nel segno del 'principio di realtà'*, in «RIML», 2020, p. 990 ss.

<sup>3</sup> In tema, *ex multis*, v. M. DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma alimentare*, in «RTDPE», 2013, p. 45 ss.

tra due le forme di “pericolo comune” - di carattere *individuale* oppure di spessore *collettivo* - ravvisabili nella disciplina codicistica (Libro II, Titolo VI) e nella legislazione complementare che a quest’ultima può essere collegata in chiave sistematica.

Come si cercherà di dimostrare, fattispecie di pericolo *personale* e *individuale* sono, dunque, già presenti - *di fatto* o *di diritto* - nel diritto penale contemporaneo: in questo senso, la *formalizzazione* ovvero l’*autonomizzazione* della previsione di tali illeciti non dovrebbe produrre - nel diritto vivente - effetti propriamente *costitutivi*, bensì contribuirebbe ora ad eliminare effetti distorsivi e sperequativi, ora a valorizzare, in chiave discreta, specifiche potenzialità preventivo-repressive già insite nel sistema.

## 2. I delitti di pericolo personale e individuale quali forme sui generis di attentato all’altrui vita, incolumità fisica e salute

L’anticipazione della soglia di punibilità si tradurrebbe nella valorizzazione di figure di *attentato*, destinate ad operare sia sul piano di tutela della *persona*, sia nell’ambito di prevenzione del pericolo comune *individuale*.

Nella scelta della collocazione sistematica non si potrebbe fare a meno di tenere conto dell’accennata *ambivalenza* della categoria di delitti di pericolo in esame, distinguendo, come accennato, a seconda del fatto che il destinatario della tutela sia un soggetto passivo *determinato* oppure *indeterminato*. Una possibile opzione potrebbe essere quella di inserire la prima tipologia di illeciti in seno al Titolo XII, all’interno di un nuovo Capo - immediatamente successivo al Capo I - intitolato “*Dei delitti di pericolo personale*” e la seconda in seno al Titolo VI, all’interno di un nuovo “Capo IV”, intitolato “*Dei delitti di pericolo comune individuale*”.

Meno convincente, perché distonica rispetto alla criteriologia classificatoria adottata dal legislatore del 1930, si rivelerebbe la soluzione volta ad autonomizzare e a valorizzare la nuova categoria di illeciti all’interno di un unico e innovativo Titolo - “*Dei delitti di pericolo personale e individuale*” - da dividere in due Capi, in dipendenza della determinatezza o meno del destinatario del pericolo.

Al fine di evidenziarne l’autonomia e funzionalità, le due tipologie di messa in pericolo della vita, incolumità fisica e salute del consociato debbono essere esaminate alla luce delle distinte esigenze politico-criminali ad esse sottese, nel contesto dei *delitti contro la vita e l’incolumità individuale* e dei *delitti contro l’incolumità e salute pubblica*.

### 3. *Specifiche fattispecie di condotta pericolosa per la vita, l'incolumità fisica e la salute della persona*

L'illecito di messa in pericolo dei beni primari della persona non dovrebbe assumere una portata di carattere *generale* come quella che caratterizza la fattispecie di *mise en danger de la personne d'autrui*, prevista dall'art. 223-1 del c.p. francese, che punisce l'esposizione diretta di qualcuno ad un rischio immediato di morte o lesioni personali tale da provocare mutilazioni o invalidità permanente, in violazione manifestamente intenzionale di un particolare obbligo di sicurezza imposto dalla legge o da un regolamento.

Al fine di assicurare adeguati livelli di frammentarietà e di contenere eventuali eccessi di discrezionalità giudiziale, sarebbe preferibile ricorrere alla previsione di *specifiche e tassative* condotte pericolose, espressive di reali istanze preventive meritevoli di considerazione nella prospettiva del diritto penale.

Valorizzando le indicazioni provenienti dall'esperienza comparatistica e le capacità dei delitti di pericolo di assorbire significative e mutevoli esigenze di tutela correlate allo sviluppo tecnologico e alla globalizzazione, le fattispecie di condotta pericolosa potrebbero, ad es., trovare applicazione nel settore del contagio da virus e della cessione di sostanze stupefacenti.

A quest'ultimo proposito, di indubbio interesse si rivelano le potenzialità politico-criminali sottese all'impiego del paradigma del pericolo *personale*.

In un'ottica di concretizzazione e individualizzazione della tutela della salute, si potrebbero, in primo luogo, sperimentare modelli di emancipazione dal paradigma iper-pubblicistico di contrasto della circolazione di sostanze stupefacenti, valorizzando la messa in pericolo della vita e della salute dell'assuntore o consumatore<sup>4</sup>.

Avuto riguardo alla trasmissione di virus, è noto il fatto che la mancata previsione nel nostro ordinamento di forme di responsabilità penale che prescindano dalle "forche caudine" del nesso di causalità e dall'incompatibilità del dolo eventuale con i requisiti previsti per la punibilità del tentativo,

---

<sup>4</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. M. GAMBARDILLA, *Illeciti in materia di stupefacenti e riforma dei reati contro la persona: un antidoto contro le sostanze velenose*, in «CP», 2020, p. 449 ss., secondo il quale «anche solo come indicazione di politica criminale, si potrebbe tentare di emancipare tali figure criminose dal paradigma iper pubblicistico di contrasto alla produzione e traffico degli stupefacenti, valorizzando qui la messa in pericolo della vita e della salute del singolo individuo (assuntore, tossicodipendente, tossicofilo). Si tratta in verità di ipotesi di reato in cui il legislatore ha preso in carico, in chiave pubblicistica, interessi la cui matrice e il cui contenuto risultano, invece, indissolubilmente congiunti alla tutela della persona».

abbia finito per alimentare inammissibili semplificazioni e presunzioni in ordine alla prova del nesso eziologico e del dolo (diretto).

Sulla falsariga delle esigenze di tutela sottese alla previgente fattispecie incriminatrice di cui all'art. 554 c.p., volta a prevenire la propagazione della sifilide o di blenorragia mediante l'incriminazione del pericolo di contagio (con aggravamento della pena in caso di contaminazione e di causazione di una lesione personale gravissima), si potrebbe valutare l'opportunità di prevedere una fattispecie di mera condotta incentrata sul pericolo di trasmissione del virus tramite rapporti sessuali, in grado di contribuire a diminuire la 'pressione' performante sui coefficienti di imputazione dell'evento che traspare dal diritto vivente.

Ferma la necessità di implementare interventi sanitari di carattere preventivo, la previsione di uno specifico delitto incentrato sulla condotta pericolosa posta in essere dal partner sessuale sieropositivo in rapporto alla trasmissione dell'*Human Immunodeficiency Virus* (HIV), suscettibile di determinare il c.d. *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS) e punibile a prescindere dalla prova dell'effettivo contagio, potrebbe rivelarsi idonea a rafforzare gli standard di protezione della salute individuale. Come è noto, la trasmissione del virus non può considerarsi una vera e propria malattia: come è stato rilevato, "lo stato di sieropositività in quanto tale non palesa all'esterno segni di infezione (c.d. portatore asintomatico): la malattia conclamata, l'AIDS è solo la fase terminale di una lenta progressione"<sup>5</sup>. *A fortiori*, dunque, l'anticipazione della tutela allo stadio del pericolo *astratto-concreto* potrebbe porre rimedio sia al difetto di una disciplina specifica sul punto, sia all'inefficacia general-preventiva dipendente dall'ineffettività di meccanismi punitivi incentrati sull'evento lesivo, cui - di recente - si è cercato vanamente di fare fronte mediante il ricorso 'emergenziale' alla fattispecie di epidemia<sup>6</sup>.

Oggetto di prevenzione e repressione sarebbe, infatti, l'esposizione della persona al pericolo di contagio, secondo un modello specificamente adottato, ad es., negli ordinamenti slovacco (artt. 165 e 166 del codice penale) e svedese (cap. III, sez. 9 del codice penale) e parzialmente attuato in quegli ordinamenti in cui, in difetto di previsioni *ad hoc*, la condotta dolosa in esame viene - di fatto - punita a titolo di tentativo di lesioni personali (è il caso del Regno Unito, della Germania e della Spagna)<sup>7</sup>. La previsione di una

<sup>5</sup> V. L. CORNACCHIA, *I delitti contro l'incolumità individuale*, in AA.Vv., *Diritto penale. Lineamenti della parte speciale*, V ed., Bologna, 2009, p. 465.

<sup>6</sup> V. Cass., Sez. I, 30.10.2019, n. 48014, V.T., in *www.dejure.it*

<sup>7</sup> *Amplius*, v. D. PERRONE, *L'esposizione da HIV come reato di pericolo tra profili comparatistici e prospettive de iure condendo*, in *Cass. pen.* 2020, p. 1350 ss.



fattispecie *ad hoc* di condotta pericolosa porrebbe la necessità di valutare la rilevanza - esimente o attenuante - da attribuire all'eventuale consenso - dato dalla persona esposta al pericolo - al rapporto sessuale non protetto.

Aldilà del pericolo di contagio da virus HIV, uno sguardo alla recente esperienza dell'emergenza Covid-19 - e, in particolare, alla necessità di contrastare il pericolo di trasmissione del virus conseguente alla violazione della misura della quarantena da parte di soggetti positivi - conferma la tendenza a "caricare" indebitamente di funzioni repressive fattispecie delittuose, come quella di epidemia, che trascendono la dimensione *personale* della tutela della vita e della salute, proiettandosi verso una salvaguardia di portata collettiva, che finisce per risultare affetta da un'evidente 'sproporzione di scala' rispetto alle concrete dinamiche del contagio. Molti hanno auspicato - in chiave emergenziale - la manipolazione della struttura della fattispecie di cui all'art. 438 c.p. in funzione di adattamento alla contingente crisi sanitaria, al fine di fronteggiare il diffuso pericolo di trasmissione del virus Covid-19 da parte di singoli contagiati<sup>8</sup>. A ben vedere, il tentativo - inidoneo - di porre rimedio alle pressanti esigenze di tutela poste dall'emergenza sanitaria attraverso interpretazioni volte ad adeguare *ex post* le norme incriminatrici alle peculiarità del fatto concreto<sup>9</sup>, riflette la sostanziale assenza nell'ordinamento di forme di anticipazione della tutela della vita e della salute del consociato in grado di corrispondere ad esigenze di contenimento del pericolo *personale*.

### 3.1. *Profili disciplinari*

Esigenze di frammentarietà e di proporzionalità dell'intervento punitivo impongono, da un lato, di circoscrivere al pericolo di lesioni personali gravi o gravissime (art. 583 c.p.) ovvero di omicidio la rilevanza penale della condotta (con i conseguenti riflessi in punto di procedibilità); dall'altro, di far dipendere - in ogni caso - la punibilità della condotta non dolosa dal grado della colpa, con esclusione della forma lieve.

Dal punto di vista degli *stadi di tutela*, si ritiene che, in sede di tipizzazione, si debba privilegiare il modello del pericolo c.d. "*astratto-concreto*", incentrando il relativo giudizio prognostico sul parametro della

<sup>8</sup> V., ad es., E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in «RIDPP», 2020, p. 179 ss.

<sup>9</sup> In senso critico, v. G.A. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: un'indagine nel segno del 'principio di realtà*, op. cit., p. 990 ss.

miglior scienza ed esperienza del momento di realizzazione della condotta e su una base circostanziale che prescindendo dalle concrete o peculiari condizioni psico-fisiche e di salute in cui versò il soggetto passivo dell'azione, in riferimento, dunque, alla *rilevante probabilità* di verificazione dell'evento dannoso: ciò anche al fine di evitare l'eventuale ricorso giudiziale a criteri ermeneutici *in malam partem*, ispirati al principio di precauzione.

Ci si dovrebbe, inoltre, interrogare sull'opportunità di prevedere una serie di requisiti selettivi e delimitativi, finalizzati ad evitare possibili "tracimazioni" od eccessi applicativi. Ci si riferisce, in primo luogo, all'eventualità di subordinare la punibilità della condotta pericolosa al verificarsi – in danno della persona esposta al pericolo – di successivi eventi pregiudizievoli (lesioni personali gravi o gravissime o morte), suscettibili di essere sussunti in una legge di copertura che attesti la successione regolare tra condotta ed evento (c.d. causalità generale). Si tratterebbe, cioè, di valutare se attribuire o meno all'evento lesivo un ruolo sostanzialmente assimilabile a quello di una condizione oggettiva di punibilità: se la soluzione positiva potrebbe risultare idonea ad arginare un'eccessiva latitudine dell'area di rilevanza penale della condotta pericolosa, l'opzione negativa risulterebbe consentanea all'antitetica finalità di non restringere eccessivamente l'ambito della responsabilità, a scapito dell'accertamento di condotte assai risalenti, come avverrebbe nel caso di patologie lungo-latenti, perdendo alcuni dei vantaggi correlati al modello di illecito qualificato da condotta pericolosa (il sopraggiungere dell'evento lesivo determinerebbe l'aggravamento della responsabilità).

Sul versante *doloso*, il delitto di pericolo personale svolgerebbe una funzionalità *integrativo-sussidiaria* rispetto alla sfera di operatività del tentativo: prescindendo dal requisito dell'univocità degli atti e incentrandosi sulla *causabilità* dell'evento dannoso, la fattispecie dolosa si presterebbe ad assorbire il novero delle condotte - statisticamente ricorrenti e puntualmente tipizzate - idonee a cagionare lesioni personali gravi o gravissime o la morte, sorrette da dolo eventuale (in rapporto all'esito lesivo).

Sul versante *colposo*, i reati in esame rappresenterebbero, a ben vedere, l'equivalente funzionale di almeno due incriminazioni attualmente previste nel codice penale a tutela di interessi diffusi: la peculiare fattispecie di delitto colposo di pericolo contemplata all'art. 450 c.p., in riferimento alle condotte - commissive od omissive - che facciano sorgere o persistere il pericolo di determinati disastri; la disposizione di cui all'art. 452-*quinquies* comma 2 c.p., la quale punisce (con una pena ridotta di un terzo rispetto a quella comminata al primo comma) le condotte colpose da cui sia derivato

il pericolo di un inquinamento ambientale ovvero di un disastro ambientale. La previsione, fin dal 1930, di delitti colposi di pericolo (di disastro) e, a partire dal 2015, di delitti colposi di pericolo in materia ambientale, denota l'attenzione riservata dal legislatore - anche in ambito delittuoso - alle fattispecie di condotta pericolosa.

*Mutatis mutandis*, il reato colposo di pericolo personale potrebbe assumere i contorni di un inedito "tentativo colposo" di lesioni personali gravi o gravissime o di omicidio, la cui punibilità sarebbe giustificata sia in chiave assiologica, alla luce del rango primario dei beni protetti, sia in chiave politico-criminale, considerata l'ineffettività della tutela dimostrata in alcuni settori (ad es., quello della sicurezza e salute del lavoro) dalle corrispondenti fattispecie di evento; ai fini della procedibilità, troverebbero, dunque, applicazione le norme rispettivamente previste agli artt. 589 e 590 c.p.

### *3.2. Il pericolo personale tra diritto vivente e prospettive di riforma*

A ben vedere, finirebbero per assumere rilievo condotte pericolose per la vita, incolumità fisica o salute della persona che, al momento attuale - solo *formalmente* - risultano prive di copertura penale. Nel diritto vivente, infatti, esse sono - non di rado - già oggetto di repressione, per effetto della surrettizia trasformazione del delitto di evento in delitto di condotta pericolosa (complice il ricorso al canone dell'aumento il rischio del verificarsi dell'esito lesivo), con una pena palesemente sproporzionata per eccesso rispetto all'effettivo disvalore del fatto.

Da quest'ultimo punto di vista, assumono rilievo le criticità e le difficoltà che l'accertamento del nesso causale comporta nell'ambito del c.d. 'diritto penale di evento' e, in particolare, il processo di "flessibilizzazione" e semplificazione che da tempo investe l'accertamento del nesso causale nel contesto dei reati contro la persona. Basti pensare alle molteplici difficoltà applicative delle fattispecie di omicidio o di lesioni personali nei casi di contagio da virus (ad es., HIV, HBV e HCV) o al delicato settore delle malattie professionali da "esposizione", alla frequente difficoltà di rinvenire leggi di copertura in grado di attestare la regolarità della successione tra antecedente e susseguente o di provare la c.d. causalità individuale, nonché, nel caso della fenomenologia dei c.d. danni a distanza, all'impossibilità di individuare il garante cui possa con certezza essere imputata l'inosservanza della norma cautelare senza la quale l'esito lesivo non si sarebbe verificato (o si sarebbe verificato dopo un lasso di tempo apprezzabile). Simili criticità hanno, come è noto, indotto la giurisprudenza ad attenuare il

rigore dell'accertamento del nesso causale e della responsabilità personale e ad orientarsi verso il ricorso a modelli imputativi (aumento del rischio; continuità delle posizioni di garanzia) idonei a semplificare l'accertamento dei nessi di imputazione e ad eludere lo standard probatorio postulato all'art. 533 co. 1 c.p.p. A ciò si aggiunge la nota (e censurabile) tendenza a dilatare lo spettro applicativo delle fattispecie incriminatrici incentrate sulla prevenzione e repressione di infortuni sul lavoro, al fine di includere nel raggio di tutela eventi che si pongono al di fuori dei confini della tipicità (paradigmatico il caso della c.d. "malattia-infortunio"), attraverso metodi ermeneutici, magari "ben intenzionati", che fanno leva sull'analogia *in malam partem*<sup>10</sup>.

Analoghe considerazioni valgono per la fenomenologia del delitto tentato, in rapporto alla rilevanza della realizzazione di atti idonei posti in essere con dolo eventuale: questione non di rado formalisticamente elusa, mediante la riqualificazione del nesso psichico in termini di dolo diretto.

L'obiettivo principale della previsione di delitti di pericolo personale non sarebbe, dunque, quello dell'ampliamento dello spettro della rilevanza penale, ma, semmai, quello del riequilibrio e della razionalizzazione delle sorti applicative dei tradizionali reati contro la vita, l'incolumità fisica e la salute polarizzati sulla causazione dell'evento dannoso, con finalità di perequazione sanzionatoria. Si tratterebbe di recepire e convogliare le istanze politico-criminali emergenti dalla prassi in forme di anticipazione della tutela che ribadiscano e marchino incisivamente la differenza intercorrente - quanto a disvalore, responsabilità e, soprattutto, trattamento sanzionatorio - tra *condotta pericolosa* e *causazione dell'evento dannoso*.

Nel *genus* 'pericolo personale', potrebbero rientrare le condotte che pongono a repentaglio i predetti beni primari in contesti - come, ad es., quello dell'esposizione a sostanze pericolose - dominati da pressanti istanze di *sicurezza*, in cui le difficoltà sottese alla prova del nesso causale e all'individuazione del responsabile comportano l'elevato rischio della deformazione o della paralisi dei nessi di imputazione.

In definitiva, la categoria dei delitti di pericolo personale potrebbe risultare idonea a favorire l'allentamento, la "sdrammatizzazione", delle pressioni ed aspettative punitive che caratterizzano l'applicazione delle fattispecie (specialmente colpose) di omicidio e di lesioni personali, consentendo il ristabilimento di canoni di imputazione maggiormente conformi ai principi costituzionali e la garanzia di una maggiore proporzionalità della risposta punitiva.

<sup>10</sup> *Ex multis*, v. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «DPC» p. 15 ss.

#### 4. *La messa in pericolo dell'incolumità o della salute dell'individuo quale esponente della collettività*

Le ragioni alla base dell'autonoma incriminazione di talune forme di esposizione a pericolo della vita, incolumità fisica o della salute di un individuo *indeterminato* si legano, in primo luogo, agli effetti destabilizzanti prodotti dal tentativo di riversare nell'ambito dei delitti contro l'incolumità e la salute pubblica pressanti esigenze di tutela rimaste insoddisfatte a causa della 'rigidità' del 'diritto penale di evento'.

Sotto questo profilo, l'attenzione deve essere rivolta ai plurimi tentativi, esperiti nella prassi, di sussumere nelle fattispecie di disastro (anche *sanitario*) fenomenologie di danno e/o pericolo in realtà prive dei requisiti connotati che contraddistinguono, in chiave sistematica, il *pericolo comune*: basti pensare al vano tentativo di applicare la fattispecie di epidemia all'ipotesi di commercializzazione di emoderivati infetti<sup>11</sup>.

Ulteriori forzature ermeneutiche sono quelle subite dalla fattispecie di cui all'art. 437 c.p.: una disposizione, quest'ultima, oggetto di un evidente processo di dilatazione ermeneutica che si traduce nell'estensione della tutela alla prevenzione di malattie professionali e nell'arbitraria moltiplicazione delle fonti degli obblighi di prevenzione. Se, dal primo punto di vista, l'indebita sovrapposizione tra infortunio e malattia professionale che caratterizza il diritto vivente è il risultato di un macroscopico procedimento analogico *in malam partem*; dal secondo punto di vista, l'ampliamento teleologico dello spettro prevenzionale fa sì che l'art. 437 c.p. sia trasformato in fattispecie sanzionatoria di qualsiasi dovere di sicurezza rilevante *ex art.* 2087 c.c., in nome della priorità assoluta della tutela della salute.

La ricerca di alternative al modello del "diritto penale di evento" ha, dunque, propiziato la 'destrutturazione' delle fattispecie di pericolo comune e l'indebito assorbimento in tale quadrante di tutela di forme di offesa irriducibili ai requisiti delle figure criminose contemplate in seno al Titolo VI del Libro II del codice penale.

##### 4.1. *Ipotesi di pericolo individuale previste nell'ordinamento*

Si è accennato al fatto che ipotesi di pericolo *individuale* assumono già rilevanza penale, a livello di codice e di legislazione complementare, in

<sup>11</sup> Sul punto, per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare ad A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, 2013, p. 218 ss.

rapporto alla tutela dell'incolumità e della salute.

Il profilo che assume un rilievo cruciale nella prospettiva della presente indagine è la *bipolarità teleologica* - pericolo comune *individuale* versus pericolo comune *collettivo* - sottesa ad alcune fattispecie incriminatrici formalmente poste a tutela dell'incolumità e della salute pubblica.

La dialettica tra individuale e collettivo è, in alcuni casi, intranea alla medesima fattispecie incriminatrice di pericolo; in altri, invece, intercorre tra figure criminose che pur essendo collocate in distinti testi normativi, risultano collegate sul piano sistematico, in termini di progressione offensiva.

#### 4.2. *Una tutela bipolare: pericolo comune individuale versus pericolo comune collettivo*

Partendo dalla prima ipotesi, si osserva che il Titolo VI del Libro II comprende già al suo interno alcune fattispecie di *pericolo individuale* che presentano evidenti differenze rispetto al 'calibro' collettivo di tutela, perlopiù, presupposto dai reati di pericolo comune.

Come è stato osservato, vi sono, infatti, due modi di intendere l'incolumità pubblica e correlativamente il "pericolo comune": in una dimensione *collettiva* (accezione dominante) ovvero in una dimensione *individuale*, ove 'comune' significa "di chiunque" si trovi in una determinata situazione, a prescindere dalla sua identità, dal suo essere Tizio piuttosto che Caio, in quanto è indifferente la posizione assunta dal singolo rispetto alla situazione concreta<sup>12</sup>.

All'interno del Titolo VI del Libro II del codice penale sono, in effetti, individuabili disposizioni caratterizzate da una peculiare *bipolarità teleologica*, in quanto finalizzate sia alla prevenzione di proiezioni offensive di portata collettiva (forme di pericolo pluripersonale e indeterminato che danno vita alle molteplici figure di disastro), sia alla prevenzione di offese di spessore "*individuale*", ovvero del pericolo di un danno di cui sarà vittima *un* consociato, considerato dall'ordinamento in prospettiva *impersonale*: un individuo di identità indeterminata o indeterminabile.

Ci si riferisce, in primo luogo, al binomio di cui agli artt. 437 e 451 c.p., nella parte in cui sono puniti la rimozione, il danneggiamento o l'omissione di impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire *infortuni sul lavoro* ovvero l'omissione colposa di cautele o difese contro *infortuni sul lavoro*.

<sup>12</sup> PADOVANI, CORSO di lezioni su "Delitti contro l'incolumità pubblica commessi mediante violenza e delitti contro l'integrità dell'ambiente", tenuto nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, lezione II, 2.2.2016, p. 1 e ss. del *dattil.*

Volgendo, ad es., lo sguardo all'art. 437 c.p., ci si avvede agevolmente del fatto che, nel punire chi omette di collocare impianti, apparecchi, segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia, la fattispecie concerne *soltanto in parte* la tutela dell'incolumità collettiva. Nella parte in cui ci si riferisce teleologicamente alla prevenzione di infortuni sul lavoro, in gioco non vi sono soltanto gli interessi primari di una pluralità indeterminata di consociati, ma anche la vita o l'incolumità fisica di individui indeterminati (ad es., l'incolumità dell'operaio addetto ad una determinata macchina).

Nel caso degli infortuni sul lavoro assumono, dunque, rilievo la *sostituibilità* e la *fungibilità* del prestatore di lavoro subordinato esposto al pericolo, secondo quella che viene considerata la concezione *qualitativa* di indeterminatezza: l'individuo (indeterminato) quale rappresentante - *rectius*, esponente - della collettività dei lavoratori. Alla base di tale paradigma vi è l'idea che l'incolumità pubblica possa essere messa in pericolo anche dall'*indifferenza* della vittima, che può essere *chiunque*. Come è stato rilevato in dottrina, ciascuno dei consociati impersona la pubblica incolumità nel suo aspetto 'comune': nell'interscambiabilità e fungibilità della vittima si può, dunque, cogliere il dato qualificante il pericolo individuale, come tale incidente su un bene che, "può concretizzarsi *per occasionem* in chiunque indifferenziatamente"<sup>13</sup>.

Al modello in esame appare, altresì, riconducibile l'illecito di cui all'art. 445 c.p. (rilevante in forma colposa, ai sensi dell'art. 452 c.p.), in riferimento alla somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica. Analogamente alle fattispecie di cui agli artt. 437 e 451 c.p., anche l'art. 445 c.p., si fonda sull'inosservanza di norme prevenzionistiche, con profili strutturali tipici dell'illecito contravvenzionale<sup>14</sup>.

Siamo di fronte ad una frode in commercio qualificata dalla potenziale pericolosità per la salute collettiva e individuale. La sufficienza di un'unica condotta tipica ad integrare la fattispecie dimostra come possa assumere rilevanza anche il pericolo di carattere *individuale*. Postulando la norma punitiva la consegna o la somministrazione di sostanze medicinali e, cioè, la messa a disposizione del destinatario di tali oggetti materiali, la condotta può risultare pericolosa sia per la salute di una pluralità indeterminata di assuntori sia per la salute di un singolo. Le nozioni normative di

<sup>13</sup> PADOVANI, Corso di lezioni sui "Delitti contro l'incolumità pubblica commessi mediante violenza e delitti contro l'integrità dell'ambiente", *cit.*, p. 24 del dattil.

<sup>14</sup> PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di E. DOLCINI, G. MARINUCCI, Milano, 1985, p. 453.

“consegna” e “somministrazione” richiamano, in effetti, l’idea della dazione della cosa (anche soltanto) ad una singola persona: ad assumere rilievo (e, quindi, a risultare sufficiente per l’integrazione della fattispecie) è, dunque, soprattutto, il pericolo incombente sulla salute individuale, senza che sia, peraltro, necessario accertare la sussistenza un effettivo pregiudizio incombente sulla salute dell’acquirente in concreto.

In chiave teleologica, ad essere presa in considerazione non è soltanto (*rectius*, tanto) la salute di una pluralità indeterminata di potenziali assuntori, ma anche (e, piuttosto) la salute del singolo individuo (ad es., l’acquirente), quale “rappresentante” ed esponente della collettività dei potenziali assuntori, in funzione della prevenzione di un pericolo *individuale*, che può prescindere dall’indeterminatezza in senso quantitativo.

Un’ulteriore e significativa ipotesi di bipolarità teleologica della tutela è ravvisabile nella relazione che intercorre, nel settore alimentare, tra le fattispecie delittuose di pericolo comune poste a tutela della salute pubblica (artt. 439, 440, 442, 444; 452 c.p.) e le norme contravvenzionali, di cui alla l. 283/1962, che fanno riferimento alla “*frode tossica o comunque dannosa alla salute*” (art. 6), alle “*sostanze comunque nocive*” (art. 5 lett. d)), o alla tossicità per l’uomo di sostanze contenenti determinati residui di prodotti (art. 5 lett. h))<sup>15</sup>. Quest’ultime contravvenzioni sono ipotesi di problematica applicabilità, la cui dimensione di offensività appare coincidere con quella propria delle fattispecie di pericolo comune.

Quella concernente i rapporti intercorrenti tra i due piani di tutela è, in effetti, una questione controversa<sup>16</sup>, risolta spesso nel senso della coincidenza e sovrapposizione funzionale tra delitti di pericolo comune e contravvenzioni alimentari incentrate sulla messa in pericolo della salute, con la conseguente perdita da parte di quest’ultime (*ex art.18, l. 283/1962*) di qualunque spazio applicativo (anche delle pregnanti pene accessorie, *ex art.12-bis, l. 283/1962*)<sup>17</sup>.

Come si è cercato di dimostrare in altra occasione, si tratta di

<sup>15</sup> Sulle “situazioni di pericolosità concretamente rilevanti quali forme anticipate dei delitti del codice in materia di salute pubblica”, v. DONINI, *La riforma dei reati alimentari: dalla precauzione ai disastri. Per una modellistica pentapartita degli illeciti in materia di salute e sicurezza alimentare*, in AA.VV., *Cibo a acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di B. BISCOTTI e E. LAMARQUE, Torino 2015, p. 25 ss.

<sup>16</sup> In tema, v., ad es., D. CASTRONUOVO, *Depenalizzazione e modelli di riforma penale: il ‘paradigma’ del sistema di illeciti in materia di alimenti*, in «IP», 2001, p. 314 ss.

<sup>17</sup> Partendo dalla tesi secondo cui la nozione di pericolo assumerebbe il medesimo significato e contenuto nelle predette fattispecie delittuose e contravvenzionali, si è sostenuto che le norme di cui alla l. 283/1962 facenti riferimento al ‘pericolo per la salute’ debbano sempre cedere il passo ai più gravi delitti di pericolo comune, venendo da quest’ultimi assorbite.



un'*interpretatio abrogans*, che non tiene conto della rilevante differenza di trattamento sanzionatorio che intercorre tra i due 'orizzonti' preventivi: il 'calibro' della tutela sotteso ai delitti di pericolo comune non può essere livellato "verso il basso" e fatto coincidere con il raggio preventivo sotteso alle norme contravvenzionali, di cui alla l. 283/1962, che si richiamano in varia guisa al "*pericolo per la salute*"<sup>18</sup>. Quest'ultimo riferimento normativo assume maggiore chiarezza e razionalità se posto in correlazione con la 'bipolarità teleologica' che caratterizza la tutela penale della salute, avuto riguardo alla diversa *magnitudo* dell'evento temuto rispettivamente nei delitti e nelle contravvenzioni alimentari: solo i primi implicano la causazione di un pericolo comune, mentre le seconde possono tutt'al più determinare un "pericolo per la salute", da intendersi come probabilità di lesione circoscritta alla salute di un singolo (anche indeterminato, quale esponente della collettività) o di una cerchia ristretta di persone<sup>19</sup>. Che i riferimenti normativi alla "*dannosità alla salute*", alla "*tossicità*", alla "*nocività*" e al "*pericolo per la salute*" (artt. 5 e 6, l. 283/1962) presuppongano un livello di disvalore nettamente inferiore rispetto a quello sotteso al pericolo comune è dimostrato dal fatto che nelle predette fattispecie contravvenzionali riferimento espresso al bene protetto - la salute - è priva di qualificazione pubblicitica o collettivistica.

In conclusione, anche le citate fattispecie contravvenzionali di frode alimentare pericolosa per la salute possono essere a pieno titolo considerate ipotesi di pericolo *individuale*.

#### 4.3. *Prospettive di riforma*

Nella misura in cui si collegano alla tutela della vita, incolumità fisica e salute individuale, gli illeciti sopra richiamati – incentrati sull'inosservanza

<sup>18</sup> Sia consentito rinviare a A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, cit., p. 296 ss.

<sup>19</sup> La difficoltà di dimostrare in concreto la sussistenza del pericolo per la salute collettiva è alla base della risalente tendenza prasseologica a considerare l. 283/1962 quale strumento privilegiato di repressione degli illeciti alimentari. In effetti, come rilevato da autorevole dottrina, la messa a repentaglio della salute collettiva, di regola, non può dirsi nemmeno verificata, "perché la commercializzazione avviene in una cerchia talmente ristretta di persone da non potersi affermare che la probabilità di processi patologici è diffusiva: il commerciante che vende a quattro o cinque persone una piccola partita di prodotti avariati non si può certo dire che determini un pericolo per una collettività indeterminata" (PADOVANI, *Il mercato dei prodotti agricoli e la disciplina penalistica*, in AA.VV., *Problemi giuridici ed economici della commercializzazione dei prodotti agricoli*, Padova, 1987, p. 97).

di norme prevenzionistico-cautelari – presentano un’indubbia specificità strutturale e teleologica, distinta dai canoni del “pericolo comune” inteso in senso collettivo.

Tenuto conto del peculiare carattere *individuale* che il pericolo assume nelle fattispecie poc’anzi ricordate, potrebbe rivelarsi opportuna la ricollocazione e valorizzazione di tali fattispecie nell’ambito di un’autonoma aggregazione di illeciti. Si tratterebbe di un intervento finalizzato ad emancipare siffatte fattispecie dal paradigma del pericolo pluripersonale modellato secondo la forma tipica del *disastro* (anche sanitario) e a rivitalizzare – sul piano politico-criminale – il profilo *individuale* del pericolo comune, mediante la ponderata previsione di ulteriori ipotesi, magari anticipate dalla prassi applicativa.

Nella nuova categoria (da inserire come si è visto all’interno del codice penale) potrebbe, ad es., essere traslata la fattispecie di cui all’art. 437 c.p., nella parte in cui si riferisce alla prevenzione degli infortuni sul luogo di lavoro. Si potrebbe cogliere l’occasione per estendere il raggio della prevenzione alle malattie professionali: in tal modo, si recepirebbero le istanze che, come accennato, si sono finora indebitamente concretizzate nel superamento ermeneutico della fondamentale distinzione tra infortunio e malattia professionale e nell’enucleazione di un anomalo *tertium genus* – la c.d. *malattia-infortunio* – di chiara matrice analogica. Attraverso il ricorso ad una fattispecie polarizzata sulla pericolosità della condotta, espressamente orientata alla prevenzione di infortuni e malattie professionali e non necessariamente vincolata al concetto tradizionale di “causa violenta”, si porrebbe rimedio alle forzature che caratterizzano l’applicazione degli artt. 437 e 451 c.p.

Alle fattispecie suscettibili di essere incluse all’interno della nuova aggregazione, potrebbe, inoltre, essere aggiunta la già accennata ipotesi di somministrazione o consegna di medicinali in modo pericoloso per la salute individuale, nonché, volendo, la fattispecie di cui all’art. 443 c.p., nella parte in cui si fa riferimento alla *somministrazione* di medicinali guasti o imperfetti.

Passando alle frodi alimentari pericolose per la salute di singoli consumatori, la traslazione delle corrispondenti fattispecie – adeguatamente ristrutturata in forma delittuosa<sup>20</sup> – nell’istituenda categoria di illeciti,

<sup>20</sup> Sui c.d. “delitti minori”, v. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in AA.VV., *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. DONINI, D. CASTRINUOVO, Padova, 2007, p. 258 ss.; Id., *Il Progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale di*

potrebbe rivelarsi non solo opportuna dal punto di vista politico-criminale, ma anche necessaria, alla luce della riserva di codice.

Non è escluso, infine, che all'interno della categoria in esame possano trovare spazio ulteriori e mirate fattispecie di messa in pericolo di singoli consumatori: in un settore, come quello dei c.d. danni da prodotto, in cui l'accertamento del nesso di causalità assume una proverbiale difficoltà di accertamento, tale soluzione potrebbe rivelarsi consentanea alle crescenti esigenze di tutela poste dall'economia globalizzata.

Nell'ambito dei reati di pericolo individuale, la procedibilità d'ufficio sarebbe coerente con la connotazione impersonale della tutela (e, in fondo, con la struttura sostanzialmente 'contravvenzionale' delle fattispecie).

### 5. *Profili comuni alle due categorie*

Una considerazione a sé merita il profilo sanzionatorio. L'alternatività strategica, strutturale e teleologica dei delitti di pericolo personale e individuale rispetto al tradizionale fronte di tutela incentrato sul diritto penale di evento e al modello di repressione del pericolo comune collettivo, dovrebbe riflettersi congruamente e puntualmente sul piano del trattamento sanzionatorio.

La dosimetria delle pene comminate dovrebbe essere operata tenendo conto – *per relationem* – dei limiti di pena contemplati nei casi di omicidio e lesioni personali dolosi (consumati o tentati) e colposi, da un lato, e delle correlative ipotesi di disastro, dall'altro. Si dovrebbe, cioè, addivenire alla previsione di livelli edittali di pena proporzionati e coerenti rispetto al disvalore del fatto (debitamente distanziati, lo si ripete, dalle cornici edittali dei delitti di evento e disastro), optando a favore della tendenziale esclusione della pena detentiva in caso di condotta colposa e del ricorso a misure sanzionatorie di contenuto interdittivo-inabilitante, ritagliate sulla concreta tipologia di attività esercitata.

Laddove possibile, sarebbe, inoltre, utile prefigurare la rilevanza graduabile (in chiave di mitigazione della pena ovvero di estinzione del reato, qualora non si ritenesse opportuno subordinare la punibilità della condotta di pericolo al verificarsi dell'evento di danno) di condotte di neutralizzazione del pericolo e di ripristino di condizioni di sicurezza, secondo i moduli già positivamente sperimentati nell'ambito della tutela

---

*riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. agroalim.*, 2016, p. 207 ss.

della sicurezza e della salute del lavoro: la natura “intrinsecamente” contravvenzionale degli illeciti in esame, dipendente dalla dominante curvatura prevenzionistico-cautelare, potrebbe legittimare l’estensione mirata e ponderata di tale modello premiale.

*At last but not least*, si dovrebbe valutare se e quali delle fattispecie di pericolo in esame sia opportuno includere nel catalogo degli illeciti suscettibili di fondare la responsabilità amministrativa degli enti collettivi. Soprattutto nell’ambito della prevenzione delle malattie professionali, una simile soluzione potrebbe rivelarsi consentanea ad esigenze preventive e punitive che – per ragioni legate a difficoltà strutturali dell’accertamento probatorio (si pensi alla problematica identificazione dell’autore dell’illecito presupposto) – non possono essere soddisfatte nell’ambito della responsabilità individuale, se non ‘forzando’ oltre il lecito il *modus operandi* dei coefficienti di imputazione.



Vincenzo Militello\*

*I traffici illeciti nel Mediterraneo e  
le organizzazioni criminali transnazionali*

SOMMARIO: 1. I movimenti nel Mediterraneo fra ieri e oggi – 2. L'emersione delle organizzazioni poli-criminali – 3. Una verifica sulle tipologie di organizzazioni criminali operanti nel Mediterraneo – 4. Le risposte normative di contrasto ai traffici illeciti: l'armonizzazione di matrice europea – 5. La rilevanza della relazione fra traffici illeciti e organizzazioni criminali nelle fonti sovranazionali – 6. *Focus*: Tratta di esseri umani e organizzazioni criminali in cinque sistemi penali europei (Italia, Portogallo, Grecia, Spagna, Germania) – 7. Indicazioni di sintesi dalla ricerca NESMeS.

1. *I movimenti nel Mediterraneo fra ieri e oggi*

Il Mediterraneo è un *topos* così ricco di storia e di esperienze da rendere vano ogni tentativo definitorio che abbia pretese di essere al contempo esaustivo dei suoi significati e determinato nei suoi contenuti. Esso comunque si pone sin da tempi remoti almeno come spazio-movimento (Braudel), una figura che fa riferimento non solo al relativo ambiente marino, ma comprende l'intera area dei Paesi che vi si affacciano.

È questo il significato che esso assume nell'immaginario classico rappresentato dai viaggi di Ulisse o di Enea, dove il mare è ponte fra terre diverse e non invalicabile confine liquido. Ben prima della messa a fuoco della teoria moderna dello Stato, che fa del territorio un suo componente necessario, l'idea di confine presenta una fondamentale duplicità di profili: per un verso, esso è fine, limite (*fnis, limes*), che definisce uno spazio e così lo conclude, attribuendo a chi vi si trovi il dominio su esso (diritto ad usarlo, ma anche ad escluderne gli altri). L'immagine è quella del castello circondato dal fossato, che protegge chi vi si trovi all'interno ma anche lo isola dal resto del territorio. Per altro verso, il confine è invece frontiera, dunque cerniera rispetto ad un altro spazio, con il quale si entra in contatto per sviluppare

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Palermo.

nuove possibilità che non si hanno al proprio interno: qui l'immagine si personifica e diventa quella del pioniere che si avventura su nuovi territori per scoprirne le potenzialità.

Entrambi questi significati entrano in gioco quando si attualizza la prospettiva su un tale antichissimo crocevia di scambi, interrogandosi sulla presenza in esso dei traffici illeciti, che della mobilità e della globalizzazione sono componenti occulti ma non trascurabili, e sul ruolo da protagonisti che vi giocano le organizzazioni criminali transnazionali. A questi due aspetti si rivolge l'esame che segue, dapprima per precisare significato e contesti dei traffici illeciti, e quindi per esaminare la presenza in essa di organizzazioni criminali, alla luce in particolare di una ricerca condotta negli ultimi due anni in materia con riferimento a cinque sistemi penali nel contesto europeo<sup>1</sup>.

## *2. L'emersione delle organizzazioni poli-criminali*

Ad una visione preliminare e d'insieme i traffici illeciti rappresentano una mano invisibile del mercato ben diversa da quella a cui pensava *Adam Smith*, quando sottolineava come l'interesse egoistico dei singoli attori economici sul mercato contribuisca comunque allo sviluppo complessivo dell'economia.

Sebbene la storia dimostri che ciò non basti a garantire un utile collettivo, almeno in mancanza di regole per evitare comportamenti di “*market abuse*”, nel caso dei traffici illeciti il soddisfacimento degli interessi egoistici di chi li opera avviene in contesti di “mercati senza etica necessari”: sono infatti ambiti del tutto illeciti di attività economiche, in quanto ritenute socialmente contrarie agli interessi collettivi e per questo complessivamente vietate. Un “mercato altro” rispetto a quello legale, nel quale operano sistemi complessi pluri-agente e multifattoriali, che si sono insediati e sviluppati in

<sup>1</sup> Il contributo è dedicato al prof. *Antonio Fiorella*, che imparai a conoscere come alfiere dell'apertura internazionale dei nostri studi penalistici al *Max Planck Institut* di *Freiburg* quasi quaranta anni fa e che da allora ha mantenuto vigile l'attenzione su tale potente fattore di trasformazione del nostro sistema penale. La ricerca a cui il contributo si riferisce (“*The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea*” *NESMeS*: v. [www.unipa.it/nemes.pmi](http://www.unipa.it/nemes.pmi)) è stata condotta da un team di ricerca dell'Università di Palermo in collegamento con altri esperti di varia provenienza e nazionalità. La pubblicazione conclusiva, con il titolo *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone - stupefacenti - tabacco*, a cura di V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARACINA, L. SIRACUSA, è edita da Giappichelli, Torino, 2019.

tempi e luoghi diversi, ma le cui dimensioni, strutture e dinamiche sono di difficile intellegibilità all'osservatore esterno, anche proprio per quella invisibilità che li caratterizza necessariamente.

Considerata comunque la natura economica degli interessi che li movimentano, e dunque il ruolo che vi gioca la razionalità delle scelte dei relativi attori, è ragionevole ritenere che i conseguenti comportamenti siano influenzati dagli interventi pubblici ad essi rivolti. Questi possono seguire una duplice direttrice: per un verso, prevenire le scelte di consumo dei beni o di utilizzo di servizi scambiati illecitamente; per altro verso, sviluppare l'azione di contrasto all'offerta degli stessi. Mentre le azioni preventive per quanto fondamentali (ancorché spesso insufficientemente considerate) sono troppo condizionate dalla tipologia specifica di beni o servizi illecitamente scambiati (l'educazione contro le dipendenze da sostanze stupefacenti è ben diversa dalle politiche per prevenire le migrazioni), l'attività di contrasto a chi offre i beni o i servizi illeciti può ben giovare dall'adozione di strumenti comuni fra i vari ordinamenti. La dimensione transnazionale dei traffici illeciti che si svolgono nel Mediterraneo rende infatti necessaria una cooperazione fra i Paesi che vi si affacciano e con quelli più direttamente a contatto con essi. A sua volta la cooperazione per contrastare i traffici illeciti fra tali Paesi non può che passare da un processo di armonizzazione anche dei rispettivi sistemi penali, quantomeno in relazione alle norme di contrasto relative alle attività criminali. Un obiettivo che rientra tra i passaggi necessari dell'Unione Europea per realizzare lo spazio di libertà sicurezza e giustizia al proprio interno, ma che non può trascurare la dimensione esterna delle relazioni con i Paesi del fronte sud del Mediterraneo.

In questa attività rivolta a migliorare l'intervento internazionale non si può certo trascurare l'incidenza di fattori socio-economici che alimentano l'esistenza e la diffusione dei singoli mercati illeciti e dei rispettivi traffici. Per restare agli esempi richiamati, il traffico di migranti è connesso al generale incremento della mobilità delle persone e in particolare al bisogno di una esistenza migliore che anima intere popolazioni in paesi devastati dalla fame o dalle guerre. D'altra parte, il mercato degli stupefacenti è sorretto da una domanda correlata alla crescita dei ritmi vitali e produttivi delle società occidentali, la cui accelerazione genera nell'individuo ansia, stress, senso di inadeguatezza ai modelli di comportamento diffusi.

Più in generale, ciascuna delle molteplici tipologie di mercati illeciti - oltre quelli appena menzionati, anche quelli relativi ad armi, beni culturali, rifiuti, organi umani sino al contrabbando di sigarette - presenta specificità



e problemi particolari, che vanno adeguatamente messi in luce di volta in volta. Ad esempio, la condizione del migrante che nel rivolgersi a chi lo aiuterà ad entrare in un diverso Paese, affronta il viaggio verso la meta sperata, con il suo carico di pericolosità per la propria persona e spesso per i propri familiari è ben diversa dalla posizione di chi si limita a ricevere un bene (stupefacenti, sigarette, ma anche opere d'arte, rifiuti o armi) senza rischiare se non una perdita patrimoniale.

Vanno d'altra parte considerati gli elementi strutturali che possono essere compresenti nelle diverse tipologie di traffici illeciti, a partire dai soggetti attivi sul versante dell'offerta. Nei casi più significativi non si tratta infatti di autori singoli ed isolati: l'articolazione dell'attività criminale di volta in volta necessaria per la produzione, il trasporto, la commercializzazione del bene o servizio, l'esistenza di attività collaterali (falsificazione di documenti) o conseguenti (riciclaggio dei proventi illeciti), la segmentazione delle relative fasi in contesti territoriali non circoscritti ma spesso appartenenti a Paesi diversi, sono i principali fattori della presenza di organizzazioni composte da una pluralità di soggetti, spesso strutturate in modo gerarchico e con relazioni reciproche fra gruppi diversi, tanto collaborative, quanto di opposizione per controllare una determinata fetta di mercato in uno specifico ambito territoriale di operatività.

La presenza di organizzazioni criminali sui mercati illeciti in un contesto ben definito anche geograficamente come quello mediterraneo pone anzi la questione se, rispetto alla forma più tradizionale dell'organizzazione, quella strutturata in modo gerarchico o quella invece operante attraverso una rete di gruppi collegati ma rispettivamente impegnati su specifici settori di attività criminale, non vada emergendo anche una nuova tipologia organizzativa, in cui l'organizzazione, specie se operante in modo transnazionale, si presta ad operare come una *piattaforma di servizi criminali*, che si occupa di diversi beni da scambiare illecitamente sul mercato, per realizzare delle economie (criminali) di scala, secondo forme di concentrazione tipiche dei mercati avanzati.

Non si tratta peraltro di una mera ipotesi di ricerca sulle possibili conseguenze delle intersezioni fra i tre temi chiave richiamati (Mediterraneo – traffici illeciti – organizzazioni criminali transnazionali): la tendenza all'aggregazione delle attività criminali da parte delle organizzazioni transnazionali operanti nell'Unione Europea è infatti segnalata nell'ultimo rapporto di *Europol* sul crimine organizzato e grave (SOCTA 2017), che rileva come il 45% delle organizzazioni criminali transnazionali registrate dal rapporto (circa 5.000) realizzino una pluralità di attività criminali

(organizzazioni poli-criminali), anche in relazione alla diversità dei mercati illeciti su cui operano. Questa caratterizzazione riscontra un significativo aumento in percentuale rispetto alla precedente rilevazione del 2013. Più in particolare vi si rileva che circa il 65 % delle OCT che operano nel mercato delle droghe sono anche impegnate nel commercio di beni contraffatti (nel quale rientra anche il contrabbando di sigarette), nella tratta di esseri umani e nel traffico di migranti.

### *3. Una verifica sulle tipologie di organizzazioni criminali operanti nel Mediterraneo*

La ricerca NESMeS ha inteso realizzare una verifica duplice ed incrociata: per un verso, l'esistenza e l'eventuale articolazione di intersezioni fra le diverse tipologie di mercati illeciti e fra le relative organizzazioni criminali che vi operano. Per altro verso, la considerazione di tali relazioni nelle rispettive forme di contrasto, nazionali e sovranazionali.

La ricerca – per ragioni di tempi e risorse disponibili - ha concentrato l'attenzione sui traffici illeciti che nell'area del Mediterraneo riguardano i migranti (in senso ampio, studiandone anche le relazioni con la tratta di esseri umani), gli stupefacenti, e il contrabbando di sigarette.

Sul piano del metodo, il confronto fra tali tipologie di traffici illeciti è stato affiancato da un approccio integrato fra analisi giuridica, attenta al quadro normativo di contrasto, e indagine criminologica, volta alla dimensione empirica dei fenomeni considerati anche attraverso interviste ad esperti esterni. Si è inoltre adottata una prospettiva comparatistica, per esaminare e confrontare la situazione di Paesi che hanno diretto accesso al mare Mediterraneo (Italia, Spagna e Grecia) e di Paesi europei non direttamente affacciati/ubicati su tale bacino, ma che risultano essere luoghi di transito o anche meta dei traffici illeciti studiati (Germania e Portogallo).

La varietà dei Paesi considerati è anche connessa alle direttrici dei traffici illeciti nel Mediterraneo, che sono essenzialmente tre: orientale (dalle coste del Marocco e dell'Algeria verso la Spagna), centrale (da Libia ma anche Tunisia e in parte Siria) e orientale (da Siria ed Egitto). Queste diverse vie consentono tutte l'accesso all'Europa, il cui fronte marino meridionale presenta una complessiva estensione molto più ampia della linea di terra che si trova ad oriente e che, rispetto ai movimenti connessi ai traffici illeciti, viene usualmente indicata come rotta balcanica. Proprio la molteplicità

delle possibili direttrici di accesso al territorio europeo induce ad una considerazione del quadro europeo complessivo in cui si inseriscono le singole risposte nazionali dei Paesi esaminati.

Per rispondere alla questione degli attori delle tipologie considerate di traffici illeciti e verificare tanto la presenza nelle rispettive attività criminali di gruppi organizzati, quanto la presenza di una loro differenziazione o meno nei vari settori di azione, si è proceduto ad un'analisi distinta per settori. Per sintetizzarne i risultati, si può concentrare l'attenzione su quelli individuati per il traffico dei migranti e verificarne quindi se le relative organizzazioni siano pure impegnate in altre tipologie di traffici illeciti.

a) È bene preliminarmente non trascurare che nel traffico di migranti, spesso collegato a rilevanti casi di tratta di esseri umani, non mancano gli attori singoli, i quali forniscono servizi specifici a corto raggio, ad es. in zone prossime ai confini di uno Stato. A dominare la scena sono comunque i *gruppi criminali*, ancorché di varia consistenza numerica, composizione personale e organizzazione strutturale. I più grandi hanno elevata dimensione quanto ad affiliati, collegamenti anche transnazionali e organizzano le diverse fasi del traffico, attraverso il collegamento con altri gruppi, anche più piccoli, per specifiche esigenze.

Più in particolare, indagini giudiziarie condotte in Sicilia – vero crocevia nel Mediterraneo per i traffici illeciti – hanno accertato casi in cui il viaggio dei migranti dapprima via terra per raggiungere le coste del nord Africa e quindi attraverso il canale marino che le separa dalla Sicilia si articola in diversi momenti o fasi, dominati da altrettanti gruppi organizzati che fanno da snodi del tragitto complessivo. Essi non operano all'interno di una struttura unitaria, ma hanno contatti reciproci riconducibili piuttosto ad una strategia della massima convenienza rispetto alla situazione concreta: i rapporti fra di essi sono non necessari, stabili e di collaborazione fissa, ma piuttosto eventuali, contingenti e variabili<sup>2</sup>.

La compartimentalizzazione dei gruppi che intervengono nell'intero ciclo del viaggio intrapreso dal migrante irregolare non solo comporta una moltiplicazione delle estorsioni che il migrante subisce per proseguire verso la meta, ma riesce ad occultare meglio la composizione personale dei gruppi rispetto alle relative azioni di contrasto. Queste inoltre in larga misura riguardano fatti che si svolgono in territori stranieri, come gli Stati

---

<sup>2</sup> In particolare, cfr. la sentenza n. 1412/2018 del G.U.P. di Palermo, che ha condannato due migranti di nazionalità rispettivamente ghanese e nigeriana, per i reati di associazione per delinquere finalizzata alla tratta di esseri umani, alla riduzione in schiavitù e per i relativi reati fine.

dell'Africa settentrionale, dove spesso assai difficile si presenta la raccolta, anche solo tramite cooperazione giudiziaria, delle prove ai fini delle relative indagini e dei conseguenti processi.

b) Si registrano peraltro anche *organizzazioni criminali su base etnica* che si sono insediate nel territorio italiano e sfruttano il mercato dell'immigrazione irregolare come strumento per ricavare profitti dall'impiego degli esseri umani a fini di prostituzione o di lavoro agricolo irregolare. Qui dunque il fenomeno dell'immigrazione irregolare si intreccia con il traffico di esseri umani, dimostrando concretamente come la relativa distinzione normativa di disciplina, riconosciuta nelle fonti internazionali ed europee e riprodotta in tutti gli ordinamenti considerati, deve confrontarsi con realtà in cui i fatti si presentano quantomeno collegati.

In particolare, hanno operato anche in Italia - come ricostruito in sede processuale a Palermo, analogamente a quanto accertato anche in precedenti pronunce giurisprudenziali a Torino nel 2007 e a Brescia - articolazioni locali di una organizzazione criminale a connotazione personale nigeriana, denominata *Black Axe* e diffusa a livello internazionale. Si tratta di *“una organizzazione a struttura mista fortemente gerarchizzata e piramidale”*, dotata di precisi rituali di ingresso e regole interne fra gli affiliati, che giurano obbedienza ai valori del gruppo e sono ad essi indottrinati durante un periodo di orientamento iniziale. In specie, il gruppo di Palermo vi si è insediato almeno dal 2011 *“con fini di predominio territoriale e solidarietà criminale (...) nell'ambito della comunità nigeriana”*, operando nel settore del traffico di esseri umani a fini di sfruttamento sessuale, oltretutto nella vendita di stupefacenti e altri reati connessi (rapine, lesioni, tentato omicidio). Il gruppo intercetta già nel Paese di origine i soggetti disposti a contrarre un debito con l'organizzazione per cercare fortuna in Europa, che finiranno invece per essere sfruttati in attività illecite; a tal fine, il gruppo ne cura il trasferimento in Italia, gestisce la logistica *in loco* (dal trasporto interno all'alloggio e alla fornitura di telefoni cellulari) e le assoggetta ad un ferreo controllo fino al pagamento del debito iniziale, un tunnel di sfruttamento in condizioni disumane dal quale appare difficile liberarsi anche a distanza di anni.

Le caratteristiche operative del gruppo nelle diverse fasi in cui opera indicano una sua capacità intimidativa, concretizzata da forme di ritorsione violenta *“per ottenere la riscossione di crediti od imporre estorsioni come il pagamento di una somma di denaro per la perdita di una fornitura di droga o per garantire il pieno controllo sulle prostitute”*. Ciò nei confronti tanto delle vittime della tratta di esseri umani e di riduzione in schiavitù, quanto

dei familiari di queste rimasti in patria, con l'ulteriore vincolo psicologico derivante da rituali magico-religiosi a cui le vittime si sottoponevano (come il *voodoo*), *modus operandi* che trova significativo riscontro anche in altri Paesi del Mediterraneo in cui la tratta di nigeriane è diffusa <sup>3</sup>. Un quadro che dunque integra – sia pure con modalità diverse da quello per cui originariamente fu coniato dal legislatore italiano nel 1982 - il requisito del metodo mafioso, derivante dallo sfruttamento della forza di intimidazione del gruppo e dalla condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, con la conseguente riconduzione alla fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Rispetto alla rotta centro-mediterranea, che passa dal canale di Sicilia per entrare in Italia e così in Europa, non è emerso peraltro un coinvolgimento dei gruppi criminali tradizionali, le cui origini sono in regioni mete di approdi di migranti, come la mafia in Sicilia, la 'ndrangheta in Calabria, o la sacra corona unita in Puglia. E ciò nonostante che tale pericolo sia stato segnalato da più fonti. Piuttosto, le organizzazioni criminali italiane hanno occupato spazi nella fase di gestione dei migranti sul territorio, penetrando tramite la corruzione negli appalti pubblici per la loro accoglienza (come emerso nel c.d. processo di Mafia Capitale).

Significativo appare l'atteggiamento della organizzazione mafiosa, tradizionalmente insediata in Sicilia e che ha da sempre in Palermo un centro di attività, rispetto alla presenza di una struttura criminale quale la *Black Axe*, operante nello stesso territorio. In effetti, se si considera che il dominio di un territorio determinato dal punto di vista degli affari criminali rappresenta una componente essenziale per la costruzione di quella forza di intimidazione che connota l'associazione mafiosa, parrebbe una contraddizione la possibilità che nello stesso territorio essa tolleri una associazione criminale diversa, peraltro operante in settori come gli stupefacenti non estranei agli interessi della mafia siciliana. Tuttavia l'accertata coesistenza delle due associazioni si può spiegare sia rispetto ai diversi soggetti destinatari dei rispettivi interessi criminali (la *Black Axe* si rivolge ai cittadini nigeriani tanto rispetto alla prostituzione, quanto agli stupefacenti), sia come conseguenza della diminuita forza della stessa organizzazione mafiosa – anche grazie ai significativi risultati ottenuti dalla prolungata azione di contrasto ai suoi capi, ai suoi associati e ai suoi capitali - di imporsi con la forza per assicurare e mantenere il dominio assoluto all'interno del proprio insediamento storico. Né può essere trascurato il relativo contesto sociale complessivo in cui le trasformazioni derivanti

---

<sup>3</sup> In particolare, in Spagna: cfr. Tribunale Supremo 1228/2017 del 29 marzo 2017.

dall'immigrazione clandestina hanno fortemente interessato il controllo di mercati illeciti come gli stupefacenti, la prostituzione, lo sfruttamento della forza lavoro.

c) La divisione fra gruppi criminali di diverse etnie non è peraltro assoluta, essendosi riscontrato un terzo modello organizzativo, nel quale l'organizzazione criminale transnazionale attiva per il traffico di migranti ha una composizione etnica mista divisa per regione interessata. In una serie di indagini relativamente recenti ed ancora non del tutto definite processualmente si sono individuate alcune associazioni composte da cittadini stranieri (in specie tunisini) e italiani operanti fra le coste della Tunisia e quelle della Sicilia occidentale volte al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ma anche al contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

Le caratteristiche operative di questi gruppi che si possono denominare *policriminali* sono significativamente diverse da quelle che tradizionalmente si occupano di traffici di migranti, che intervengono nel controllo del percorso dei migranti frammentandolo nelle varie operazioni, con contatti mutevoli e contingenti. Le organizzazioni criminali che invece hanno gestito i casi in cui si è accertata l'integrazione tra i vari traffici, presentano invece una composizione personale stabile, anche se numericamente piuttosto contenuta (fino a 15 componenti), in cui la prevalenza di ruoli è dei soggetti stranieri, mentre la partecipazione di soggetti italiani è solo subalterna ai primi.

In mutamento è peraltro il contesto generale del fenomeno, sempre più caratterizzato da rilevanti differenze operative rispetto alle forme tradizionali e più diffuse in cui si realizza il traffico di migranti. In queste, come è noto anche dalle cronache, la traversata è affidata almeno nel suo tratto finale a mezzi navali piccoli e poco capienti, stipati fino a rischiare il naufragio delle persone migranti e che dunque non lasciano spazio residuo significativo per il trasporto di merci (come i tabacchi o la stessa droga), e che comunque sono destinati o all'affondamento o al sequestro non appena intercettati dalle forze navali dei Paesi di destinazione<sup>4</sup>. L'intensificarsi del controllo sulla rotta libica negli ultimi anni ha però indotto - o quantomeno si è accompagnato - ad un riorientamento della rotta centro-mediterranea: essa non solo ha trovato nuove basi di partenza dalle coste tunisine, ma vede un

<sup>4</sup> Si vedano le interviste dei rappresentanti di EunavFormed e dell'IOM realizzate nell'ambito della ricerca NESMeS: V. PUNZO, *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Aspetti criminologici e tendenze evolutive*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone - stupefacenti - tabacco*, a cura di MILITELLO, SPENA, MANGIARACINA, SIRACUSA, cit., p. 55-56.

crescente ricorso dei trafficanti a mezzi di trasporto più piccoli e agili dei barconi in legno vecchi e stipati di migranti, le cui immagini sono entrate nella cronaca, ma gommoni potentemente motorizzati per percorrere in poche ore l'intero tragitto fino alla Sicilia. Una modalità che si caratterizza per costi individuali decisamente più alti (da 2000 a 7000 euro a persona). Questi per un verso sono imposti dall'organizzazione per assicurarsi un profitto adeguato a fronte del numero limitato di soggetti trasportati per ciascun viaggio (circa 15); per altro verso, incontra la disponibilità dei migranti, una parte dei quali sono disposti a pagare di più per affrontare rischi minori tanto per la propria incolumità, quanto per la maggior chance di arrivare a destinazione senza essere intercettati (c.d. sbarchi fantasma)<sup>5</sup>.

In questo mutato scenario complessivo dei traffici illeciti nel Mediterraneo, la questione delle tipologie di attori che vi operano riceve una importante conferma in sede giudiziaria rispetto ad un orientamento alla *policriminalità* delle relative organizzazioni, le quali dall'integrazione fra le varie attività illecite realizzano economie di scala e aumentano dunque i relativi profitti illeciti. Un dato che si aggiunge a quello della transnazionalità, che pure caratterizza le operazioni in questione.

Alla luce di tali caratteri dei fenomeni considerati si tratta di verificare se la rispettiva considerazione normativa sia adeguata ai fini di consentire un'adeguata azione di contrasto: il ruolo svolto dai gruppi criminali, la loro articolazione in differenti tipologie, le connessioni esistenti all'interno delle varie attività illecite. E ciò non solo rispetto alle singole risposte nazionali, ma anche rispetto al contesto dell'Unione Europea, che ha il compito di assicurare un'armonizzazione dell'azione di contrasto da parte dei sistemi penali degli Stati membri di fenomeni criminali caratterizzati da una marcata transnazionalità.

---

<sup>5</sup> Sulla rotta fantasma dalla Tunisia v. PUNZO, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 60 s. L'attenzione sull'importanza assunta da questa nuova forma di traffico di migranti sta crescendo: in una recente inchiesta del Sole24Ore si segnala, anche sulla base di dichiarazioni di rappresentanti della Procura di Agrigento, che nel 2019 l'80% degli sbarchi sia avvenuta con questa modalità.

#### 4. Le risposte normative di contrasto ai traffici illeciti: l'armonizzazione di matrice europea

L'analisi delle normative di contrasto dei traffici illeciti considerati, anche solo in relazione ai Paesi della cornice euro-unitaria, rileva un quadro non omogeneo della base giuridica che a livello di Unione Europea legittima i rispettivi interventi: l'elenco delle diverse forme di "criminalità grave" di cui all'art. 83 TFUE contiene ad esempio i traffici di stupefacenti e di persone, ma non altri tipi di traffici, come quello delle sigarette o anche delle opere d'arte.

Si potrebbe pensare di aggirare tale disparità nel fondamento di un'azione comune di contrasto alle varie tipologie di traffici, cercando la base giuridica per tutti gli interventi rivolti alle varie tipologie di traffici illeciti a partire dalla presenza in esse di organizzazioni criminali. In effetti, il riferimento a tale tipologia di criminalità grave è posto a chiusura del relativo elenco di singole tipologie criminose che legittimano l'azione di armonizzazione da parte dell'UE delle singole legislazioni penali degli Stati membri. La nozione di criminalità organizzata nel contesto dell'art. 83 TFUE, non va tuttavia intesa in termini generici e criminologici, ma deve desumersi dagli strumenti internazionali vigenti che ne definiscono una nozione giuridica a livello internazionale. Qui il riferimento obbligato è alla Convenzione ONU di Palermo del 2000, non solo perché fornisce ormai il quadro di riferimento a livello mondiale per la considerazione delle organizzazioni criminali che operano oltre i confini di un singolo Stato, ma anche perché coglie bene questa connessione fra le forme organizzate di criminalità e i traffici illeciti, dedicando a questi i suoi protocolli relativi proprio a *smuggling* e a *trafficking*, oltre al commercio delle armi da fuoco.

Anche a livello europeo sono presenti differenti strumenti normativi sovranazionali di armonizzazione, che risalgono a tempi e strumenti normativi diversi nel cammino che segnatamente l'Unione Europea ha percorso rispetto alla costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Nel complesso, tuttavia, il quadro risulta ancora lontano dall'aver assunto un volto unitario nel contrasto ai diversi traffici illeciti, ma riflette un approccio differenziato a ciascuno di essi, sebbene poi la struttura dei rispettivi interventi presenti caratteri fondamentali analoghi: ciò si rileva ad esempio proprio in tema di realizzazione delle rispettive condotte illecite da parte di organizzazioni criminali, di previsione per i corrispondenti illeciti di altrettante ipotesi di responsabilità delle persone giuridiche, di estensione della punibilità per fatti di istigazione, di norme



di favore per i collaboratori di giustizia. Piuttosto che a questa sostanziale armonizzazione nei contenuti fra i diversi interventi europei in tema di contrasto ai traffici illeciti, che potremmo definire orizzontale, l'attenzione è tuttavia tradizionalmente rivolta al grado di implementazione dei singoli strumenti normativi europei nei sistemi degli Stati membri e dunque al rispettivo grado di armonizzazione verticale, per contrapporlo all'altro tipo appena menzionato. In proposito, le normative europee vanno considerate distintamente.

Ad es. sulla tratta di persone vi è da tempo un maggiore consenso fra gli Stati e ciò spiega il perché sia stato un settore trainante dell'intervento di armonizzazione, specie a livello europeo. Sin dall'azione comune del 1997 per la lotta contro la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale di minori (1997/154/GAI) – primo intervento dell'Unione Europea in cui si pongono standard di incriminazione agli Stati membri, pur ancora nel limitato quadro offerto dalla versione di Maastricht del Trattato – il tema è stato oggetto di interventi di armonizzazione delle normative nazionali di contrasto, che hanno via via seguito l'evolversi dell'intervento dell'Unione Europea in materia penale: nella versione di Amsterdam, il nuovo strumento delle decisioni quadro, che sostituisce le azioni comuni per le materie rientranti nel III pilastro dell'Unione viene ben presto impiegato in materia (DQ per la lotta alla tratta degli esseri umani del 19 luglio 2002 - 2002/629/GAI) e questo a sua volta viene sostituito dalla direttiva del 2011, la prima adottata in materia penale una volta che con la più recente versione di Lisbona anche questa rientra nelle competenze unificate dell'Unione. Se si considera inoltre che a fianco e a sostegno di queste misure dell'Unione Europea, si sono aggiunti dapprima il protocollo sul traffico di esseri umani alla Convenzione ONU di Palermo del 2000 e quindi la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005, si comprende tanto la pressione multilivello per un'armonizzazione dell'azione di contrasto in materia, quanto il dato che ormai i sistemi penali nazionali sono da tempo avviati verso un avvicinamento reciproco indotto da queste sinergie dei vari fori internazionali.

Se si prende a riferimento la Direttiva del 2011 sulla tratta, come meglio si vedrà (*infra* n. 5) essa è stata implementata nei cinque Paesi considerati dalla ricerca NESMES: tutte le relative condotte analiticamente previste dall'art. 2 della fonte europea vi sono incriminate. Anche la relativa struttura di reato di attentato (a consumazione anticipata, a "*resultado cortado*") è comune ai vari ordinamenti, che qualificano le varie condotte attraverso il riferimento alla particolare finalità di sfruttamento (sessuale, lavorativo, per

trapianto d'organi, etc.). Anche i livelli sanzionatori sono congruenti, mentre per le circostanze che aggravano la responsabilità vi è una corrispondenza estesa, ma non assoluta.

In tema di traffico di migranti vi è invece ancora oggi un quadro normativo europeo che riflette uno stadio antecedente alla svolta di Lisbona: risale al 2002 il cd. “*Facilitators Package*”, composto da due strumenti differenti, in linea con la distinta collocazione delle competenze in materia nell'architettura istituzionale UE del tempo. In particolare, la direttiva (2002/90/CE) relativa alle condotte di favoreggiamento all'immigrazione irregolare che gli Stati devono considerare illecite, alla quale si affianca la decisione quadro (2002/946/GAI) per le relative sanzioni penali. La distanza temporale dall'adozione di tali strumenti e dal termine fissato per la loro trasposizione nelle legislazioni nazionali (5 dicembre 2004) spiega il dato, risultante da uno studio della Commissione, secondo cui già nel 2015 entrambe le normative risultavano recepite in tutti gli Stati membri, sia pur con alcune differenze nella descrizione delle condotte incriminate<sup>6</sup>. Queste tuttavia non possono far trascurare il significativo effetto di ravvicinamento fra i sistemi penali nella repressione delle condotte illecite definite a livello europeo, tanto più significative in una materia che ha assunto un ruolo cruciale nei dibattiti pubblici dei vari Paesi anche europei e che ha generato risposte anche condizionate da pulsioni locali e di chiusura ad una visione comune del problema: come dimostra la ritrosia, se non l'aperta ostilità in alcuni casi, ad elaborare e condividere una seria politica di ricollocamenti dei migranti sbarcati irregolarmente sulle coste meridionali dell'Europa, sia pur diretti verso Paesi del centro e del nord della stessa.

Anche il traffico di stupefacenti costituisce per l'Unione Europea una delle prime tipologie di reato – insieme a terrorismo e a criminalità organizzata – per le quali adottare standard di incriminazione vincolanti gli Stati membri: già sulla base della precedente versione di Amsterdam del Trattato è stata adottata nel 2004 la Decisione Quadro (2004/757/GAI) che fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. Benché anche qui siano stati rilevati specifici punti in cui gli Stati membri non hanno recepito

<sup>6</sup> Cfr. il documento della Commissione sulla valutazione del “*Facilitators Package*”: COM SWD(2017)0117, pp. 13 ss. (cons. 28.9.2019). Il testo sintetizza due ulteriori studi esterni realizzati fra il 2014 e il 2016 e non consente di attingere direttamente ai dati di quello (affidato a “*TAPIK legal*”) che esamina il recepimento del pacchetto europeo nei singoli sistemi penali. Per una verifica su dieci Stati membri UE cfr. la ricerca “*Traffico di migranti e tratta di esseri umani, Studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'UE*”, svolta nel dicembre 2018 dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

in modo identico le relative indicazioni<sup>7</sup>, la tendenza a rendere congruenti una serie di aspetti degli ordinamenti nazionali per un verso si innesta su un terreno che conosceva già precedenti strumenti internazionali (in particolare la Convenzione ONU del 1988), e per altro si riscontra nella decisione quadro rispetto ad es. all'incriminazione delle condotte base di traffico illecito (descritte all'art. 2), alla previsione di una responsabilità più grave quando i fatti sono realizzati da una organizzazione criminale (art. 4, co. 3) e alla considerazione dei relativi reati ai fini di una responsabilità delle persone giuridiche (art. 6).

Infine, la minore attenzione collettiva nei confronti dei traffici di contrabbando di sigarette, che nonostante sia un traffico illecito risalente viene generalmente considerato di limitata pericolosità criminale<sup>8</sup>, lo lascia fuori dalla considerazione di quelle tipologie di criminalità grave che il Trattato europeo vigente riconosce come possibili campi di armonizzazione penale. Da qui l'attuale mancanza in questa materia di una specifica normativa comune europea sui connessi profili penali, in quanto la direttiva in materia (2014/40/UE) si occupa della disciplina amministrativa della produzione e commercializzazione, in modo da garantire un sistema di tracciabilità per contrastare il mercato illecito dei tabacchi. Le risposte normative di contrasto fra i vari Paesi membri sono così differenziate: al regime italiano che nel Testo Unico Doganale (art. 291 *bis* e ss. d.P.R. n. 43 del 1973) individua pene elevate per il contrabbando di tabacchi, alla luce del dato secondo cui si tratta di un tipo di traffico tradizionalmente in mano alla criminalità organizzata<sup>9</sup>, si affiancano e si distinguono quelli di altri Paesi che non contengono norme penali specifiche per i tabacchi, ma riconducono i relativi traffici illeciti (al di sopra di una certa soglia di valore) alla incriminazione generale di contrabbando come crimine doganale.

---

<sup>7</sup> Qui il ritardo di considerazione si rileva anche nel dato che il rapporto di valutazione sull'implementazione della decisione quadro è ormai datato: cfr. la relazione della Commissione COM(2009)669 e connesso documento di lavoro SEC(2009)1661. Per un confronto in materia fra piano europeo e due ordinamenti nazionali (Italia e Spagna) rinvio ad un mio precedente lavoro: *Profili penali e problemi politico-criminali dell'intervento multilivello sugli stupefacenti*, in «RTDPE», 2014, pp. 96 ss.

<sup>8</sup> PUNZO, *I traffici illeciti nel Mediterraneo*, cit., p. 10 ss.

<sup>9</sup> Sulla centralità dell'organizzazione criminale in tale normativa, si veda nell'ambito della ricerca NESMeS il contributo di R. E. OMODEI, *Il ruolo dell'organizzazione criminale nel contrasto al traffico illecito di tabacchi lavorati esteri*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone - stupefacenti - tabacco*, a cura di MILITELLO, SPENA, MANGIARACINA, L. SIRACUSA, cit., pp. 335-360.

### 5. La rilevanza della relazione fra traffici illeciti e organizzazioni criminali nelle fonti sovranazionali

La struttura organizzata degli attori che gestiscono la parte più rilevante dei traffici illeciti, pur nella varietà di composizione dei gruppi e di connessioni reciproche prima richiamati, è un dato significativamente presente negli strumenti normativi tanto europei quanto nazionali. Si tratta di uno degli aspetti in cui, come già anticipato, si rileva una importante convergenza dei vari interventi normativi che nei vari livelli pur si distinguono quanto a tipologia di traffico considerato.

La considerazione normativa della relazione fra le organizzazioni criminali e il volto ordinario con cui si presentano i traffici illeciti è supportata dai riscontri in sede giudiziaria rispetto alle caratteristiche dei fenomeni in questione. Una tale convalida del dato criminologico fa sì che in relazione alle normative sui traffici illeciti la tradizionale vaghezza della nozione di criminalità organizzata non rappresenta quel limite di legittimazione dell'intervento normativo che spesso si rileva nei confronti degli interventi normativi che direttamente contrastano l'organizzazione criminale indipendentemente dai delitti scopo cui essa rivolge la propria attività. D'altra parte, la presenza di incriminazioni delle organizzazioni criminali che operano nei diversi traffici illeciti pone un problema di messa a fuoco e di disciplina dei rapporti fra tali norme e quelle che incriminano l'organizzazione criminale in quanto tale, per evitare una sovrapposizione di norme e di conseguenti sanzioni penali.

Se si verificano le questioni indicate in relazione al contrasto della tratta di esseri umani, si nota in primo luogo che la Direttiva 2011/36/UE non solo evidenzia la connessione fra tale crimine e la criminalità organizzata in apertura dei motivi politico-criminali che la sorreggono (considerando 1), ma nei propri contenuti attribuisce una specifica rilevanza normativa ad esso: per il caso in cui le condotte di tratta vietate siano commesse nel contesto di una organizzazione criminale si prevede una pena massima più grave e pari almeno a 10 anni di reclusione (art. 4, co. 2, lett. b), vale a dire il doppio della previsione base che è di almeno 5 anni di reclusione (art. 4, co. 1). La nozione di criminalità organizzata rilevante ai fini della considerazione aggravata di pena per la condotta di tratta così realizzata riceve una definizione non diretta, ma *per relationem*, in quanto la norma richiama la relativa definizione contenuta nella Decisione quadro del 2008 sulla lotta alla criminalità organizzata (2008/841/GAI)<sup>10</sup>. Uno schema che si

<sup>10</sup> «Per “organizzazione criminale” si intende un’associazione strutturata di più di due

ripete negli interventi normativi europei su altre tipologie di traffici illeciti: fra quelli già considerati, norme precedenti del tutto analoghe - seppure riferite all'antecedente della decisione quadro appena richiamata (vale a dire l'azione comune 98/733/GAI) - erano contenute nella Decisione Quadro 2004/757/GAI in tema di traffici illeciti di stupefacenti (art. 4, co. 3), così come nella Decisione Quadro 2002/946/GAI sulle sanzioni penali in tema di "favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali" (art. 1, co. 3, al. 1).

Questo rinvio interno della normativa europea in materia penale, se evita di affidarsi ad una vaga nozione criminologica di criminalità organizzata, trascura tuttavia di operare un collegamento al carattere transnazionale dell'attività realizzata dal gruppo, come avviene ordinariamente nel caso dei traffici illeciti e in particolare nei gruppi che gestiscono la tratta internazionale di persone. Un aspetto che invece viene espressamente considerato nella Convenzione ONU di Palermo in tema di criminalità organizzata appunto transnazionale: anche sotto questo aspetto, la normativa di armonizzazione di fonte europea in materia penale, richiede una considerazione più ampia degli strumenti normativi internazionali in materia. Peraltro, benché tale ampliamento di visuale anche alle altre fonti internazionali in materia, come appunto in primis la Convenzione di Palermo, fornisca un importante ancoraggio definitorio al riferimento alle organizzazioni criminali, che altrimenti sarebbe eccessivamente vago, si deve riconoscere che la definizione di organizzazione criminale di matrice internazionale non esaurisce ogni problema di determinatezza della relativa nozione, specie perché nella Convenzione richiamata, come del resto nelle fonti dell'Unione Europea che hanno fissato un analogo standard di incriminazione, convivono senza possibilità di *reductio ad unitatem* due differenti costruzioni del gruppo criminale, rispettivamente di matrice euro-continentale (riconducibile alla incriminazione francese dell'*association de malfaiteurs*) e di stampo anglosassone (sul modello della *conspiracy*)<sup>11</sup>.

persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale» (art. 1, co. 1, lett. I DQ UE).

<sup>11</sup> Per una più approfondita disamina della soluzione compromissoria accennata nel testo, operata dai testi internazionali in materia, sia consentito rinviare ad un mio precedente lavoro: *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazione*, in «RIDPP», 2003, pp. 184 ss. V. anche, in specie per l'Unione Europea, F. CALDERONI, *Organized crime legislation in the European Union*, Springer, Berlin, 2010; e, volendo, ancora il mio *I nuovi modelli di incriminazione delle organizzazioni criminali*

Ancor più importante diventa allora verificare non solo se la rilevanza delle organizzazioni che operano nei traffici illeciti sia stata riconosciuta in sede di trasposizione delle norme europee negli Stati nazionali, ma anche come tale implementazione interna abbia proceduto a definire la relativa nozione di organizzazione o gruppo criminale.

6. Focus: *Tratta di esseri umani e organizzazioni criminali in cinque sistemi penali europei (Italia, Portogallo, Grecia, Spagna, Germania)*

In particolare, se si considera la tratta di esseri umani, i Paesi considerati dalla ricerca NESMeS hanno espressamente riconosciuto il ruolo delle organizzazioni criminali in tale settore dei traffici illeciti, sia pure attraverso soluzioni non identiche nel riconoscimento di una maggiore responsabilità penale in tali contesti.

Così l'*Italia* ha previsto che il reato base di tratta di esseri umani (art. 601) al pari di altri reati contro la libertà individuale (come la riduzione o il mantenimento in schiavitù: art. 600) e del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 co. 3-*bis* t.u.imm.), quando siano oggetto del programma criminoso di una associazione per delinquere comportano una pena detentiva ben più grave: si passa dalla reclusione da 3 a 7 anni per i capi e gli organizzatori e da 1 a 5 anni per gli associati alla stessa pena da 5 a 15 anni per i primi e da 4 a 9 anni per i secondi (art. 416 co. 6). Nel sistema penale italiano l'incriminazione base dell'organizzazione criminale segue il modello francese, che richiede almeno tre persone che si associano con un programma criminoso, senza che nella figura base quest'ultimo sia determinato quanto a tipologie di illeciti da commettere e dunque può comprendere qualsiasi delitto; nella figura più grave in esame il programma di attività dell'associazione è invece rivolto ad illeciti specifici, normalmente realizzati da una pluralità organizzata di agenti. Va peraltro segnalata la diversità di queste figure speciali di reati relativi a organizzazioni criminali, rispetto all'altro modello speciale di associazione criminoso che è stato introdotto in Italia ormai da decenni per contrastare specificamente le organizzazioni criminali tradizionalmente presenti nel suo territorio e che prende il nome di associazione di tipo mafioso: qui la specialità rispetto alla norma generale associativa consiste nel particolare metodo (detto, appunto,

---

*all'interno dell'Unione Europea, in Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia, a cura di A. BARGI, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 23 s.*

mafioso) con cui l'organizzazione opera e non in una definita tipologia di delitti che programma di compiere (tanto che alcune finalità di azione dell'associazione possono anche essere lecite). Quanto alla caratteristica della transnazionalità, pur se non espressamente richiamata come fattore qualificante nello specifico contesto delle associazioni rivolte ai traffici illeciti, essa è stata inserita in generale nell'ordinamento italiano in sede di recepimento della Convenzione ONU di Palermo del 2000, avvenuta con l. n. 146 del 2006. In specie, questa ha previsto una particolare aggravante valida per tutti i reati che siano compiuti "con il contributo di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato"<sup>12</sup>: essa è ora collocata subito dopo le circostanze aggravanti comuni, in seno al codice penale (art. 61-*bis* c.p.)<sup>13</sup>.

Anche nell'ordinamento del *Portogallo* si attribuisce una specifica rilevanza della realizzazione del delitto di tratta di schiavitù in collegamento con un'associazione criminale, nel solco dell'indicazione della direttiva del 2011 e già della precedente decisione quadro del 2002, ma anche del Protocollo apposito della Convenzione ONU di Palermo ratificata dal Portogallo nel 2004<sup>14</sup>. L'art. 160 del codice penale, prevede l'ipotesi base della tratta di esseri umani e la punisce con la pena detentiva da 3 a 10 anni, ma se il fatto è commesso nel contesto di un'associazione criminale la pena è aggravata attraverso un apposito aumento della pena di un terzo (previsto al co. 4). A sua volta, la nozione di organizzazione criminale non è lasciata nel vago del dibattito teorico sui relativi confini, ma viene fissata dallo stesso codice: l'art. 299 incrimina le condotte di chi promuove, istituisce, prende parte o in vari modi espressamente elencati (fornisce armi, munizioni, strumenti del reato, locali per le riunioni, o aiuta per reclutare nuovi adepti) supporta un gruppo, organizzazione o associazione la cui finalità sia il compimento di uno o più reati. La pena prevista è la prigione da 1 a 5 anni, ma se si tratta di capi o organizzatori aumenta da 2 a 8 anni (art. 299 co.1-3). Dal 2007 la nozione di "gruppo, organizzazione o associazione"

<sup>12</sup> Sulla circostanza in questione e le sue relazioni con l'altra aggravante del metodo mafioso nelle situazioni di traffici illeciti, cfr. A. APOLLONIO, *Il metodo mafioso nello spazio transfrontaliero*, in «DPC – RT.», 1, 2018, pp. 10 s.

<sup>13</sup> L'aggravante della transnazionalità del reato era stata introdotta con la legge del 2006 n. 146. La sua ricollocazione codicistica si deve al d.lgs. n. 21/2018, nel contesto di un più ampio disegno di recupero della centralità del codice nel sistema, espresso in particolare dal principio della riserva di codice.

<sup>14</sup> Richiama espressamente tale base normativa sovranazionale A. M. RODRIGUES, *A incriminação do tráfico de pessoas no contexto da política criminal contemporânea*, in *Estudos em Homagem Figueiredo Dias*, Coimbra, 2009, vol. 3, pp. 577 s.

contenuta nella norma è stata definita espressamente: in linea con la formula dell'azione comune UE del 1998 la si è riferita alla "esistenza di una unione di almeno tre persone, operanti in modo concordato per un certo periodo di tempo"<sup>15</sup>. Questa definizione deve intendersi richiamata anche in relazione al reato di tratta di esseri umani, consentendo così un adeguamento della risposta sanzionatoria alla differenziata composizione personale dei gruppi di soggetti che lo realizzano. Nel caso di realizzazione del reato di tratta da parte di partecipanti ad una associazione nel senso così definito non vi sarà un concorso di reati fra le due figure in esame, ma sarà integrato il solo reato di tratta con l'aumento di pena suddetto, che in quanto più grave assorbirà la qualificazione del fatto anche rispetto al profilo dell'organizzazione. Rimane peraltro non esistente nel codice portoghese una norma apposita per i gruppi criminali che usano il metodo mafioso, così come il profilo della transnazionalità del reato non è considerato nel contesto dell'art. 160, benché sia un elemento connesso a molte situazioni di tratta delle persone, né completa la previsione della norma sull'organizzazione criminale.

La Grecia ha di recente modificato la norma sulla tratta di persone (art. 323a c.p., come riformulato dalla legge n. 4219 del 2019, che ha emanato il nuovo codice penale), nel senso di un migliore coordinamento con le altre norme che tutelano la libertà e la dignità della persona (in particolare, in relazione all'art. 323 che riguardava il commercio di schiavi e che è ora stato assorbito nel testo riformulato della norma sulla tratta)<sup>16</sup>. La nuova formulazione contiene tutti gli elementi di fattispecie indicati dalla corrispondente norma della direttiva del 2011, e prevede anche la responsabilità aggravata per alcune delle ipotesi di circostanze aggravanti da questa prevista (peraltro con una pena detentiva fino a 20 anni molto più grave di quella richiesta dallo standard europeo, che richiede almeno dieci di pena detentiva). Tuttavia, nella norma sulla tratta manca proprio la previsione dell'aggravante per la sua commissione nel contesto di un gruppo criminale, facendosi riferimento invece alla diversa situazione della commissione del fatto su "base professionale", non prevista invece nella norma europea. Tuttavia questo non significa che non venga seguita l'indicazione contenuta nell'art. 4, co. 2 lett. b) della direttiva, in merito appunto al collegamento della tratta con le organizzazioni criminali. Il sistema greco sceglie piuttosto

<sup>15</sup> Art. 1 Lei n° 59/2007, de 04/09 (23ª Alteração ao Código Penal) aggiunge all'art. 299 c.p. (*Associação criminosa*) il co. 5: *Para os feitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo.*

<sup>16</sup> Le informazioni sono ricavate dal *report on Greek - Human trafficking and smuggling of migrants* di PAPASTAVRIDIS, nel quadro della ricerca NESMeS.



di costruire il reato di organizzazione criminale non come particolare forma di articolazione dei soggetti attivi di un qualsiasi reato, ma secondo una tecnica di specificazione dei reati rilevanti come possibili scopi rientranti nel programma del gruppo, definendo quest'ultimo come struttura di almeno tre persone che svolga una attività continuata: nel lungo elenco di singoli reati che l'art. 187 indica come possibili fini dell'organizzazione criminale viene indicata anche la tratta di persone di cui all'art. 323. In tal caso, la pena prevista è fino a dieci anni di detenzione, tetto che è identico a quello previsto dall'art. 4, co. 2, lett. b) della Direttiva EU del 2011, che dunque sul punto si può dire pienamente applicata nel sistema greco, tanto per la descrizione delle condotte di tratta commesse da organizzazioni criminali quanto per le relative pene. Anche la dimensione transnazionale, frequente nelle condotte di tratta, viene considerata attraverso un collegamento con il contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: la norma sulla tratta considera come aggravante il compimento delle relative condotte in connessione con "l'ingresso, la permanenza o l'uscita della vittima dal paese" quando tali atti siano illegali (art. 323a co. 3 lett. c). Questa soluzione, oltre a riferire il carattere transnazionale non al dato oggettivo della realizzazione delle condotte rilevanti in Stati diversi, secondo il modello definitorio fissato nella Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale, ma alla nazionalità della vittima, determina un delicato problema di coordinamento quando si tratti di fatti commessi da organizzazioni criminali: infatti il favoreggiamento all'immigrazione irregolare è strutturalmente connesso con la dimensione transnazionale, ma se ad agire sia una organizzazione criminale ai sensi dell'art. 187 (che pure contempla tale reato fra quelli specificamente indicati come possibili scopi dell'organizzazione) si perviene ad una plurima qualificazione del fatto quando l'organizzazione miri tanto al favoreggiamento dell'immigrazione quanto alla tratta delle persone. Ciò che a livello individuale è considerato come un fatto unitario sia pure aggravato (la tratta viene aggravata dal collegamento con il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, ma al contempo lo assorbe), diventa invece una duplicazione di reati di organizzazione criminale, sia pure secondo un regime del concorso di reati regolato da un particolare cumulo giuridico (art. 94 c.p. greco).

In relazione poi alla considerazione in *Spagna* delle organizzazioni criminali che operano nella tratta di persone, si riproduce in modo fedele il sistema previsto dalla Direttiva UE del 2011 nel rapporto fra la responsabilità per il reato base (pena detentiva da cinque a otto anni) e una considerazione aggravata della realizzazione delle relative

condotte quando a queste si dedichi una “organizzazione o associazione di più di due persone, anche se a carattere transitorio”, alla quale “il colpevole appartenga” (art. 177 *bis* co. 6 del codice penale spagnolo). Tale rilevanza si completa con ulteriori previsioni di aumenti sanzionatori quando l’organizzazione criminale integri nelle sue attività altre situazioni considerate come aggravatrici della responsabilità per il fatto base (e descritte nei commi 4 e 5 dello stesso art. 177 *bis*).

Il problema posto dalla formulazione spagnola riguarda però il ricorso ad una nozione che - invece che fare riferimento alla organizzazione criminale appositamente definita nel codice penale (art. 570 *bis*, nella formulazione da ultimo modificata dalla legge organica 1/2015, in attuazione della Decisione quadro del 2008 sul crimine organizzato) opera una descrizione della figura che sostituisce al requisito della *stabilità* dell’organizzazione, o almeno al suo essere “formata per un tempo indefinito”, la possibilità di una sua attività “a carattere transitorio”, il che potrebbe consentire un significativo ampliamento della portata della nozione di “organizzazione o associazione” dedita alla tratta che rileva per l’aggravamento di responsabilità. Considerando che nel codice spagnolo sono già presenti ulteriori previsioni riferite ad aggregazioni di soggetti che realizzano reati (associazione illecita: art. 515; gruppo criminale art. 570 *ter* n. 1 c.p. spagnolo) il quadro complessivo di rilevanza delle organizzazioni criminali risulta particolarmente affollato di figure<sup>17</sup>. In questa situazione diventa molto rilevante l’opera di concretizzazione della giurisprudenza, che ha interpretato la previsione dell’aggravante della tratta nel senso che al di là della mancata riproduzione espressa del requisito della stabilità, il riferimento ad un’attività a carattere transitorio non fa venire meno l’esigenza che sussista comunque una rete che per quanto elementare sia comunque stabile e gerarchicamente ordinata<sup>18</sup>, non essendo sufficiente un accordo solo occasionale fra più persone, che rientrerebbe nel semplice concorso<sup>19</sup>. Inoltre per essere “dedita” all’attività di tratta occorre che il gruppo abbia commesso una pluralità di fatti di tratta: non basta dunque

<sup>17</sup> Sui relativi problemi di concorso di norme e/o di reati cfr. P. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 357 s.

<sup>18</sup> M. CORCOY BIDASOLO, *Problemática de la trata de seres humanos en España. Regulación penal y tratamiento jurisprudencial*, 11 (datt.) che richiama in proposito Tribunale Supremo, n. 330/10, 2-3, e n. 951/09, 9-10; Audiencia Provincial di Madrid, n. 333/15, 19-5.

<sup>19</sup> Così ancora CORCOY BIDASOLO, cit. p. 11 in relazione a Tribunale Supremo 6.10.2003. Di recente il Tribunale Supremo (n. 167 del 15.3.2017), ha riconosciuto l’aggravante in relazione a quattro persone che fra Cina e Spagna gestivano l’arrivo di più persone in Spagna in termini riconducibili alle condotte di tratta.

che essi siano oggetto di un mero programma criminoso da realizzare in futuro, né che sia stato commesso solo un singolo fatto di tratta, senza che d'altra parte l'attività criminale del gruppo debba limitarsi a tale attività, ma potendo comprendere altri reati. D'altra parte, la giurisprudenza ritiene che requisito dell'aggravante sia anche il dato che l'organizzazione possa contare su mezzi materiali ed umani coordinati per il trasporto di cittadini stranieri in Spagna<sup>20</sup>, ma questo ultimo elemento è pur sempre da considerare un elemento eventuale seppur ordinariamente connesso alla realizzazione del reato in esame.

Quando si integrano i requisiti per l'aggravamento di pena connesso alla commissione della tratta da parte di un soggetto che partecipa ad una organizzazione dedita a tale attività, la relativa qualificazione del fatto viene considerata prevalente sulla concorrente integrazione della norma sull'organizzazione criminale di cui all'art. 570-*bis* c.p., risolvendosi dunque in senso apparente il concorso delle relative norme in virtù del principio di specialità (art. 8.1a c.p. spagnolo)<sup>21</sup>.

Anche la *Germania* infine attribuisce rilevanza aggravante alla realizzazione della tratta di persone da parte di un membro di una banda che si dedichi alla commissione continuativa di tali reati (par. 232 co. 3 n.3). Da questo punto di vista, la Germania risponde anche essa alla Direttiva Europea del 2011, la quale come già ricordato per la realizzazione delle condotte di tratta nell'ambito di una organizzazione criminale prevede che gli Stati membri stabiliscano un aggravamento della pena; inoltre, ne rispetta anche il profilo sanzionatorio (pena detentiva nel massimo pari a 10 anni). Come in Spagna, non si richiama però la nozione generale di "associazione criminale", che è definita in Germania in termini rigorosi (in relazione ad una struttura di almeno tre persone, aventi ruoli distinti e una continuità di appartenenza all'associazione, che perseguono in modo prolungato nel tempo un interesse comune ed illecito: art. 129, co. 2 c.p. tedesco). Per integrare invece il requisito della banda criminale rilevante in Germania per la tratta di persone è sufficiente che il gruppo operi in modo continuativo in tale attività illecita. Vi è dunque una differenza fra la direttiva europea che richiama la nozione di organizzazione criminale di cui alla decisione quadro del 2008, la quale invece considera tale una organizzazione strutturata di almeno tre persone che agiscono in modo concertato allo scopo di commettere più reati punibili con sanzioni detentive di almeno quattro anni

<sup>20</sup> Tribunale Supremo 1595/2005, 30-12.

<sup>21</sup> D. M. SANTANA VEGA, *El nuevo delito de trata de seres humanos (lo 5/2010, 22-6)*, in «*Quadernos de politica criminal*», 2011, pp. 79 s., p. 104. Cfr. anche FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas*, cit., p. 367.

(il relativo testo è richiamato *supra* par. 5). La differenza non va ricercata tanto nella possibilità che i membri della banda siano solo due persone, in quanto tale requisito tradizionale è ormai contrastato dalla giurisprudenza di legittimità, che ha portato a tre il minimo dei partecipanti alla banda; piuttosto, la mancanza di una distribuzione di ruoli e di una pluralità dei reati-scopo commessi da tali soggetti non consente di sovrapporre le due nozioni di banda e di organizzazione criminale<sup>22</sup>. Non si riscontra peraltro in Germania alcun particolare riferimento al carattere transnazionale del reato e al suo collegamento possibile tanto con il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, quanto con altre tipologie di traffici illeciti.

### 7. Indicazioni di sintesi dalla ricerca NESMeS

Alla luce delle considerazioni maturate a partire dalla ricerca sui traffici illeciti nel Mediterraneo e sulle risposte di contrasto in materia, si possono trarre alcune brevi spunti di sintesi, specie in relazione al rapporto con le organizzazioni criminali transnazionali. Si tratta di riflessioni che, senza alcuna pretesa di concludere il dibattito su un fenomeno così diffuso e complesso, sono formulate per non disperdere il cammino di ricerca svolto e al fine di stimolare ulteriori approfondimenti teorici e più estese verifiche empiriche.

- La disarticolazione del quadro normativo sovranazionale in materia di traffici illeciti consente solo analisi separate per le singole tipologie rispetto ai livelli di armonizzazione delle scelte nazionali di implementazione.
- La elaborazione di una nozione di traffici illeciti che superi una considerazione separata delle varie tipologie di scambi e che dunque aspiri a fare da collettore generale delle relative analisi è solo possibile a livello empirico-criminologico, ma trova ancora lontano il quadro degli strumenti sovranazionali.
- Elemento comune è invece la nozione di organizzazione criminale che si può considerare tratto qualificante dei casi più diffusi di traffici illeciti,

<sup>22</sup> Sulla nozione tradizionale di banda e sulla svolta giurisprudenziale a parte da BGHSt 46, 321, 329 s., cfr. W. KÜPER, *Strafrecht. Bes. Teil*, Heidelberg, 2008<sup>7</sup>, p. 46. Sottolinea la differenza fra l'aggravante della banda di cui al par. 232 co. 3 n. 3 e il delitto di associazione criminale di cui al par. 129, S. BÜRGER, *Die Neuregelung des Menschenhandels*, in «ZIS», 2017, p. 177.

almeno se transnazionali. Se poi si considera una tipologia di traffico illecito, come quello connesso alla tratta di esseri umani e al traffico dei migranti, si possono riscontrare vari contatti fra le varie risposte nazionali, grazie anche all'azione di armonizzazione conseguente agli strumenti internazionali in materia.

- Non esiste un unico modello organizzativo nei gruppi che controllano i mercati illeciti, ma sono compresenti diverse articolazioni operative e collaborative, che non escludono neanche in qualche caso la presenza di operatori individuali per singole attività di portata limitata. Tale varietà di possibili configurazioni reali della pluralità dei soggetti attivi non toglie l'esigenza di una razionalizzazione dei rapporti fra le attuali risposte normative, che talvolta la considerano come mera aggravante del fatto base e talaltra come fattispecie a sé stante, talvolta persino indicando specificamente i delitti scopi ai quali è limitata.
- Allo scopo di realizzare forme di razionalizzazione delle norme di contrasto alle organizzazioni criminali transnazionali operanti nei traffici illeciti considerati sarebbe utile prospettare soluzioni normative che tengano conto della poli-criminalità in almeno alcuni di tali settori. Un tale fattore se per un verso aumenta la pericolosità criminale dei gruppi in questione, d'altra parte non deve portare ad artificiose duplicazioni del carico sanzionatorio, quando i fatti di reato siano sostanzialmente connessi nella realtà dell'azione commessa.
- La disarticolazione delle risposte normative per i singoli tipi di traffici illeciti riguarda l'inquadramento sostanziale dei fenomeni, mentre sul versante processuale si nota una maggiore fungibilità degli strumenti utilizzabili (ad es. le intercettazioni o gli infiltrati sotto copertura)<sup>23</sup>. La chiave è qui ancora il riferimento alle organizzazioni criminali che apre l'accesso al sottosistema processuale connesso alle relative indagini e processi, con i connessi rischi di farne una formula *passé-partout*, che trascura la differenziata composizione dei soggetti agenti.

Rimangono peraltro questioni miste, con profili cioè tanto sostanziali quanto processuali: si pensi ad es. alla determinazione della giurisdizione competente ed alla validità delle norme penali nello spazio<sup>24</sup>. Anche queste

<sup>23</sup> Cfr. il contributo di MANGIARACINA, *Le tecniche investigative nel contrasto ai traffici di migranti, stupefacenti e sigarette*, in *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone - stupefacenti - tabacco*, a cura di MILITELLO, SPENA, MANGIARACINA, SIRACUSA, cit., p. 115 s..

<sup>24</sup> Sul punto, S. ORLANDO, *Mobilità dei reati nello spazio transfrontaliero e nuovi confini delle norme penali: verso una giurisdizione "a geometria variabile"?*, in *Mobilità, sicurezza*

potrebbero giovare di soluzioni comuni per le varie tipologie di traffici illeciti, anche se non fosse praticabile pervenire ad una nozione superiore unitaria della categoria.



Adán Nieto Martín\*

*El derecho sancionador administrativo global*

SOMMARIO: Sommario: 0. El Prof. Fiorella y su hermosa “cuadrilla” – 1. Ius puniendi post-estatal – 2. Brotes verdes en el olmo viejo: el derecho sancionador administrativo de la UE – 3. Las listas negras del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas – 4. El sistema de debartment del Banco Mundial – 5. El Derecho sancionador de las federaciones deportivas – 6. El Derecho sancionador de las empresas multinacionales – 7. Algunas conclusiones: la necesidad de un constitucionalismo global.

Uno de los regalos que más aprecio en mi vida académica fue la invitación que Stefano Manacorda cursó al Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la UCLM para participar en un el Proyecto de investigación “*Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*”. En él participamos investigadores de varias universidades europeas, encabezados por Antonio Fiorella y un grupo de jóvenes y entusiastas investigadores (Nicola Selvaggi, Anna Valenzano, Vincenzo Mongillo, Enrica Villani...). Fueron tres años de intensos seminarios que abarcaban prácticamente todo el día y cuyos debates solían concluir ya entrada la noche en torno a un plato de *cacio e pepe*.

Desde entonces la conversación científica con todos ellos nunca se ha interrumpido. Nuestros debates siempre tienen un punto de mira global, que suele tener como nudo la regulación comparada de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero también el significado que esta responsabilidad desempeña como forma de regulación global en la protección de bienes jurídicos globales. Por esta razón me ha parecido oportuno contribuir a esta merecida celebración académica con una reflexión en torno al derecho sancionador administrativo global, tema que bien pudiera haber aparecido en alguno de nuestros conversaciones académicas ya sea en el marco del aula o la *trattoria*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ordinario di Diritto penale, Università di Castilla-La Mancha. de atención por NICOLA SELVAGGI en la contribución que presentó a mi proyecto de investigación sobre public compliance, vid. N. SELVAGGI, *Las listas negras del Banco Mundial*:



### 1. *Ius puniendi post-estatal*

Desde hace ya algún tiempo, desde otras ramas del derecho público, se ha asistido al nacimiento de un derecho público *post-estatal* o *post-westfaliano*. El nombre más común con el que se designa este nuevo fenómeno es el de *global law* y en su alumbramiento han resultado de especial importancia los trabajos de los Profesores Cassese<sup>2</sup> y Grossi<sup>3</sup>. Mediante la expresión derecho global se designa un nuevo modo de regulación que afronta problemas globales, como pueden ser en nuestro caso, la lucha contra la corrupción, el terrorismo y otras formas de criminalidad transnacional.

Lo relevante del derecho global es que trasciende al fenómeno de internacionalización más conocido y estudiado: la armonización. La armonización sigue respondiendo a una imagen *estatócéntrica* del derecho penal, pues es un proceso mediante el que varios actores, fundamentalmente públicos, a través de normas jurídicas como son convenios internacionales o directivas inciden en el derecho estatal. El derecho global, en cambio, adopta como punto de partida: el que los estados y sus normas juegan, un papel sino subordinado, sí equivalente al que desempeñan otros actores, como las organizaciones internacionales, las redes intergubernamentales u otros actores privados, como singularmente las empresas multinacionales.

En este trabajo se abordará uno de los aspectos más sorprendentes del derecho global. Analizaremos cómo actores supranacionales públicos y privados poseen un derecho sancionador propio, un *ius puniendi* autónomo que se sitúa al lado del estatal e impone sanciones que pertenecen a la familia del derecho penal en sentido amplio<sup>4</sup>. Dejando de lado, la Corte penal internacional, que en realidad es fruto de la voluntad de los estados,

---

*Hacia un sistema global de sanciones?*, A. NIETO MARTIN, M. MAROTO CALATAYUD, *Public compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas*, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2014. Igualmente avanzamos ya algunas de las ideas que aquí se desarrollan en NIETO MARTIN, SELVAGGI, *Corporate Criminal Liability and the Globalization of Punitive Systems: A Work in Progress*, en A. FIORELLA, A. VALENZANO, *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale globalizzato*, Jovene Editore, Napoli, 2015.

<sup>2</sup> Por citar solo su última contribución, S. CASSESE, *Advanced Introduction to Global Administrative Law*, Eldgar Advanced Introduction, 2021.

<sup>3</sup> P. GROSSI, *La primera lección del derecho*, Marcial Pons, 2006.

<sup>4</sup> Sobre el concepto de sanción vid. por todos M. DONINI, L. FOFFANI L., *La materia penale. Tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2018; A.M. MAUGERI, *The concept of criminal matter in the European courts case law*, en R. SICURELLA, V. MITSILEGAS, V. PARIZOT, A. LUCIFORA, *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU*, Giuffré Editore, Milano, 2018, pp. 275 ss.

la imposición de sanciones penales *strictu sensu* sigue estando en las manos exclusivas de los estados. No ocurre, sin embargo, con otro tipo de sanciones como inmediatamente vamos a ver.

En lo que sigue analizaremos, en primer término, el *ius puniendi* de tres organizaciones internacionales: la UE, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Banco Mundial. Aunque en el caso de la UE la existencia de un derecho sancionador proviene directamente de los Tratados, no ocurre lo mismo, o al menos no con tanta claridad, en las otras dos organizaciones, donde la aparición de sanciones se basa en interpretaciones ciertamente sorprendentes por amplias de sus cartas fundacionales. Con ello se pone de relieve un hecho ya destacado por los estudiosos del derecho global: las organizaciones internacionales, no son ya entes al servicio de los estados. En las últimas décadas se han emancipado, generando una agenda política propia, también en lo político criminal, que acaba siendo determinante en la conformación del derecho penal nacional.

En segundo término, nos ocuparemos de un derecho sancionador administrativo global aún más sorprendente: el que está en manos de actores privados, como son las federaciones deportivas y las empresas multinacionales. En el primer caso se trata de proteger lo que sin duda es un bien jurídico global, el *fair play* en las competiciones deportivas. No hay que insistir demasiado en el papel del deporte dentro de la sociología de la globalización, pero también su importancia como actividad económica global. El caso de las multinacionales es distinto. Se trata del tradicional derecho disciplinario laboral. Aunque alguien pudiera decir que en ello no hay “nada nuevo bajo el sol” en realidad todo es nuevo. Gracias a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y otros inteligentes estímulos regulatorios, el derecho disciplinario basado en el derecho del trabajo ha adquirido una nueva dimensión ubicado en el marco de los programas de cumplimiento normativo. El indudable efecto *derretence* que tienen las sanciones disciplinarias se pone al servicio de objetivos público como la lucha contra la corrupción, la protección del medio ambiente o, en líneas generales, cualquier otra norma de comportamiento que figure en los códigos éticos de las empresas.

## 2. Brotes verdes en el olmo viejo: el derecho sancionador administrativo de la UE

El derecho sancionador supranacional más conocido y antiguo es el

de la UE, que desde sus inicios tiene la capacidad para imponer sanciones administrativas.<sup>5</sup> En los debates, entorno al antiguo art. 127 del TCE, se mostraba ya en 1957 la importancia que tenía designar de manera negativa, como “no penal”, las sanciones a imponer. Muy pocos años antes el Tratado Europeo de Defensa había fracasado por el empeño de poseer un *ius puniendi* propio con auténticas sanciones penales. Gracias a este precepto, y a otros similares en los TCECA y EURATOM, la Comisión Europea desde finales de la década de los sesenta del pasado siglo dispone de un *ius puniendi* que le permite sancionar con dureza comportamientos que afectan a los bienes jurídicos más importante dentro de la constitución económica europea, como singularmente la libre competencia. El TJUE, ante quienes son recurribles estas sanciones, ha ido construyendo una elaborada parte general, que recoge no sólo las garantías y principios más importantes, tanto materiales como procesales, sino también una auténtica teoría del delito, con construcciones propias sobre el error, la participación, la prescripción etc..

En los finales de los años 80 y principios de los 90 del pasado siglo se discutió vivamente si la UE podía ampliar la nómina de sus sanciones administrativas con el fin de tutelar otro bien jurídico – vital – por entonces emergente: la protección de los intereses financieros. Las tensiones políticas a las que dio lugar esta pretensión no permitieron que se planteara la posibilidad de que fuera la propia Comisión Europea quien dispusiera de *ius puniendi* propio e impusiera las sanciones. Se optó entonces por una vía pragmática que descansaba en una doble estrategia. En primer término, se diseñó un nuevo tipo de sanciones *sui generis*, distintas a la multa, y que se parecían mucho más a medidas clásicas del derecho administrativo no catalogadas de sanciones (cauciones, *prélèvements*, prohibiciones de contratar...). No obstante, una vez “desenmascarada” su naturaleza jurídica y ubicadas estas sanciones en el derecho penal en sentido amplio, se optó, de un lado, por establecer en la normativa comunitaria -vgr. reglamentos del mercado agrícola - las sanciones a imponer y las principales garantías que había de ser aplicadas y, de otro, dejar en manos de los estados miembros, a través del principio de ejecución indirecta, su imposición.

En materia de abuso de mercado se ha dado un paso más dentro de este modelo.<sup>6</sup> Primero, porque es la UE la que viene dibujando desde los años

---

<sup>5</sup> Para la primera fase del derecho sancionador administrativo de la UE me permito remitir a NIETO MARTÍN, *El derecho sancionador administrativo comunitario*, in «Revista de Derecho Administrativo», Número extraordinario dedicado al Derecho sancionador administrativo, 2001., p. 259 ss

<sup>6</sup> Vid.. FOFFANI, NIETO MARTÍN, *Abuso de mercado y Derecho penal: España e Italia frente al impulso europeo*, en *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. h. c.*

noventa, si la rama de ius puniendi más importante en la protección de los mercados financieros es el derecho penal o el administrativo. Segundo, porque el Reglamento sobre abuso de mercado<sup>7</sup> armoniza, no unifica, el derecho sancionador administrativo nacional (art. 30, 31 Reglamento 596/2014), reservándose a la vez un fuerte poder de supervisión sobre las autoridades nacionales art. 33 Reglamento 596/2014). Y tercero, porque la autoridad europea de los mercados de valores, la ESMA, tiene incluso una parcela propia para el ejercicio del derecho sancionador en relación a las agencias europeas de *rating*.<sup>8</sup>

La rama más reciente del derecho sancionador administrativo de la UE, es la que concierne a las entidades de crédito. La crisis económica de 2008 fue el detonante para que la UE decidiera dar un paso decisivo en la centralización de los poderes de supervisión y sanción en el sistema bancario. Con ello un elemento central de la soberanía westfaliana como el poder supervisor de los bancos centrales de cada estado entra en crisis. Los bancos centrales nacionales no sólo juegan un papel subordinado al Banco Central Europeo, sino que además en esta materia las normas cuyo cumplimiento se supervisa, no proceden ni de los parlamentos nacionales o del europeos, sino de una red de trabajo intergubernamental: el Comité de Basilea que agrupa a los reguladores bancarios. El paquete de normas objeto de supervisión es lo que se conoce como Basel III.<sup>9</sup>

En el sistema bancario, a través del conocido como Mecanismo Único de Supervisión, el Banco Central es competente para la supervisión y

---

*Juan Maria Terradillos Basoco, Tirant lo Blanch, 2018.*

<sup>7</sup> Reglamento (UE) No 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión.

<sup>8</sup> Vid. Reglamento (CE) 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia DO L 302, 17.11.2009, p. 1 ss.

<sup>9</sup> D. BRODOWSKI, *Sanction Regimes by the European Central Bank, European Securities and Markets Authority and World Bank – examples for an emerging Global Criminal Justice?*, en A. NIETO MARTIN, B. GARCIA MORENO, *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019; Sobre el derecho global de los mercados financieros Vid. R. LEÑERO BOHORQUEZ, DARNACULLETA I GANDELLA, *Crisis financiera y crisis democrática: la regulación financiera internacional mediante redes de supervisores*, en J. RECALDE CASTELLS, I. TIRADO MARTÍ, A. PERDICES HUERTOS, *Crisis y reforma del sistema financiero*, Aranzadi, 2015; R. LEÑERO BOHORQUEZ, *El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el derecho público*, en S. ARMENDÁRIZ, *Regulación bancaria: transformaciones y estado de Derecho*, Thomsom, 2014, p. 184 ss

sanción de las entidades crediticias significativas, mientras que los bancos centrales nacionales supervisan y sancionan las de menor entidad.<sup>10</sup> No obstante, en lo que atañe a la supervisión, ni el BCE desaparece en relación a las entidades menores, pues en cualquier momento puede intervenir, ni las autoridades nacionales desaparecen del todo en la supervisión de las entidades significativas. La supervisión de las entidades bancarias está concebida como un “mecanismo” articulado en el que las distintas piezas, las supranacionales y las nacionales, cooperan de manera flexible. No hay un reparto rígido de competencias, como muestran los *Joint Supervisory Teams* que constituyen la herramienta central de supervisión.

Y algo similar ocurre en lo relativo a las sanciones. Aquí en principio, a diferencia de lo que ocurre con la supervisión, sí que existe una clara división entre la autoridad competente para sancionar a las entidades significativas – el Banco Central Europeo – y las no significativas – las autoridades nacionales –. No obstante, el BCE (art. 18.5) puede requerir a las autoridades nacionales que abran un procedimiento contra alguna entidad significativa, en materias no cubiertas por su competencia. Por otro lado, el derecho nacional no desaparece en la sanción de las entidades no significativas. Aunque existe, cierta armonización, las directivas bancarias no contienen un grado de armonización semejante al que hemos visto en materia de abuso de mercado.<sup>11</sup>

El derecho sancionador administrativo de la UE no es un conjunto absolutamente homogéneo e igualmente existen algunos puntos oscuro en sus garantías. Así, por ejemplo, no respeta plenamente el principio *nemo tenetur se ipse accusare*, exigiendo a las empresas investigadas la aportación a la investigación de documentos que pueden incriminarlas bajo amenaza de sanción<sup>12</sup>. Las nuevas sanciones administrativas impuestas por el Banco Central Europeo han consagrado algún derecho nuevo como la división entre el órgano que instruye y el que sanciona, pero también presentan algunos puntos preocupantes como la falta de seguridad jurídica, derivada

---

<sup>10</sup> En lo que sigue S. ALEGREZZA, *The enforcement dimension of the single supervisory mechanism*, Wolters and Kluwer, CEDAM, Padova 2020.

<sup>11</sup> Reglamento (CE) n° 2532/1998 del Consejo, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones, DO L 318 de 27.11.1998, modificado por el Reglamento 2015/19 de 27.1.2015.

<sup>12</sup> Cfr. A. BLUMENBERG, A. NIETO MARTÍN, *Nemo tenetur se ipsum accusare en el Derecho penal económico europeo*, en L. DIEZ PICAZO, A. NIETO MARTÍN, *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, 2010. Recientemente STJUE 2 febrero de 2021, asun. C-481/19, donde mantiene que este derecho fundamental solo resulta de aplicación a las personas físicas, más no a las jurídicas.

de una normativa en extremo compleja, y una menor regulación de los derechos de defensa. Resulta sorprendente que el *acquis* de los derechos de defensa que se ha alcanzado en el derecho sancionador de la competencia no se haya trasladado a los reglamentos que regulan las nuevas sanciones. Un reto de futuro consiste en adaptar las garantías de un derecho sancionador, elaborado en relación a personas jurídicas, a un derecho sancionador que también pueden afectar a personas físicas, como ocurre ya en materia de abuso de mercado y de entidades de crédito. La reciente sentencia del TJUE 2 de febrero de 2021, asun. C-481, da a entender que las garantías que se aplican a unas y a otras, al menos en lo que se refiere a los derechos de defensa pueden resultar distintas.

No obstante, y desde el punto de vista que aquí nos interesa, el derecho global, las sanciones administrativas supranacionales de la UE, solo son la primera parada de un tren que tiene más estaciones, a la hora de mostrar como el derecho sancionador administrativo ha dejado de ser una realidad estatal. Además, la UE desde sus orígenes tiene capacidad para crear normas jurídicas y adoptar decisiones que afectan de manera directa a los ciudadanos y en eso se distingue del resto de organizaciones internacionales, por esta razón, y como a continuación vamos a ver, ha sido mucho más discutida la aparición de un sistema sancionador supranacional en manos del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y en un ámbito tan genuinamente penal como es el terrorismo.

### *3. Las listas negras del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*

Desde mediados de los años noventa del pasado siglo, el Consejo de Seguridad, en el marco de las competencias que le atribuye el Capítulo VII de la Carta, para preservar la seguridad mundial, puso en marcha las denominadas “sanciones inteligentes”<sup>13</sup>. Su objetivo era evitar los daños colaterales que para la población traían consigo los embargos impuestos a determinados países cuyos gobiernos se consideraban una amenaza. Esta nueva tipología de sanciones consiste en la confiscación de bienes, restricciones a la libertad ambulatoria, como la prohibición de viajar, y otro tipo de restricciones como la tenencia de armas. Aunque hay unos

<sup>13</sup> La bibliografía sobre las *Smart Sanctions* es considerable, una descripción sucinta de los distintos sistemas puede encontrarse en *Subsidiary Organs of the United Nations Security Council, Fact Sheets*. 2019.

catorce regímenes sancionadores distintos que afectan a más de mil personas físicas, los más importantes son los destinados al terrorismo islámico. En la actualidad alrededor de trescientas personas están en la “lista negra” por su conexión con organizaciones con Al Qauida, Bin Laden o el Da’esh.

La lógica inicial de las “sanciones inteligentes” era la de constituir una medida de presión política. Por ello se imponían exclusivamente a dirigentes estatales y se confiaba en los procedimientos de protección diplomática para asegurar las garantías. Las listas negras en materia de terrorismo se fueron alejando de este punto de partida. Mediante la denominada Resolución de los Talibanes (Resoluciones 1267 y 1333), las sanciones del Consejo de Seguridad se imponen por primera vez a personas físicas que no podían ser considerados agentes estatales. En 2001, días después de los atentados del 11 de Septiembre, el sistema de listas negras se extendió a través de las Resoluciones 1373 (2001) y 1390 (2002) a personas vinculadas con organizaciones terroristas como Al Qauida, Daesh o Osama Bin Laden. El paso es significativo desde la construcción de un derecho sancionador global pues se prescinde de la vinculación de las personas sancionadas con un gobierno o estado; el vínculo se encuentra en exclusiva en su pertenencia a una organización terrorista.

El sistema de listas negras se transformó, de este modo, en un auténtico derecho sancionador encubierto: parte de una *fattispecie*, el tener conexiones con una organización terrorista, cuya realización produce una sanción, la inclusión de la persona física o jurídica en una lista negra, que determina la imposición automática de una serie de sanciones: la congelación de cualquier tipo de activo, el impedir la entrada en el territorio de cualquier otro Estado, el prohibir el suministro de cualquier tipo de arma. La sanción se impone por órganos administrativos dependientes del Consejo de Seguridad, los Comités de Sanciones, a propuesta de los Estados miembros de Naciones Unidas. La sanción se ejecuta globalmente, pues la inclusión en la lista obliga a todos los estados a congelar fondos etc., con independencia de dónde tuvieran lugar los hechos o la nacionalidad o residencia del afectado.

El diseño de este sistema de listas negras, sobre todo en sus orígenes, presentaba numerosas deficiencias desde el punto de vista del Estado de Derecho. El comportamiento que daba lugar a la inclusión en la lista se describía de un modo tremendamente vago y sobre todo no ofrecía ninguna posibilidad real de defensa ni antes de la imposición de la sanción, ni tras su imposición. El afectado no tenía acceso en ningún momento al material probatorio que habían utilizado los Estados para solicitar su inclusión en la lista negra. La información más determinante para solicitar la inclusión

en la lista negra es normalmente secreta, y con frecuencia procede de los servicios de inteligencia. En el diseño original de las *Smart Sanctions* las posibilidades de revisar, por el mismo u otro órgano, el alistamiento no existía. Un elemento básico del proceso debido como es el control judicial no aparece por ningún lado.

El sistema de listas negras de Naciones Unidas experimentó un serio revés por parte del TJUE a través de su conocida sentencia *Kadi*, donde la Corte puso de manifiesto su incompatibilidad con los derechos fundamentales de la UE.<sup>14</sup> A partir fundamentalmente de esta sentencia, el Consejo de Seguridad comenzó a introducir una serie de modificaciones en la regulación de las sanciones con el fin de hacerla más compatible con el Estado de Derecho, mejorando la descripción de los comportamientos típicos que daban lugar a la imposición de la sanción. Así por ejemplo la Resolución 1617 intenta cumplir con el principio de determinación, con el fin de señalar con más precisión que se entiende por “asociación”. Ya antes había establecido una serie de límites con el fin que las personas a las que les fueran confiscados sus bienes dispusieran de unos fondos mínimos para atender a sus necesidades más vitales.

Igualmente se mejoró el sistema “procesal”. Se estableció, aunque no en todos los tipos de *Smart Sanctions*, la figura del Ombudsman o en otros casos el Focal Point. Una autoridad independiente del Comité de Sanciones y por tanto del Consejo de Seguridad, al que los afectados podían presentar su reclamación con el fin de solicitar ser excluidos de la lista. No obstante, las resoluciones de estos órganos siguen sin ser totalmente vinculantes. En última instancia solo el Comité de Sanciones tiene competencias para alistar o excluir de la lista y solo en cuatro ocasiones hasta la fecha han tenido éxito las observaciones de estos órganos independientes. El Comité de Sanciones tiene también la obligación de publicar una sucinta motivación de sus resoluciones, señalando las razones que habían determinado la inclusión de una persona en la lista, si bien, y pese a estos esfuerzos, el proceso sigue siendo poco transparente y está muy lejos de respetar los derechos de

<sup>14</sup> Sobre la importancia de esta decisión V. MITSILEGAS, *The European Union and Preventive Justice. The Case of Terrorist Sanctions*, en V. MITSILEGAD, «EU Criminal Law after Lisbon», Hart, 2016, p. 245 ss: Igualmente A. NIETO MARTÍN, *Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea*, «Revista General de Derecho Penal», n° 10, 2008. (= en E. DEMETRIO CRESPO, SERRANO PIEDECASAS JR., *Terrorismo y Estado de Derecho*. Iustel. 2010). Es muy esclarecedor sobre las deficiencias del sistema a la luz del I. CEDH CARMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process an United Nations Security Council Counter Terrorism Sanctions*, 6.2.2008, www.coe.int.



defensa. No existe ninguna posibilidad de contrastar la información que han utilizado los estados en su resolución, cuando estos consideran que por razones de seguridad debe permanecer secreta. El Consejo de Seguridad puede incluso negarse a revelar el nombre del país que propone la inclusión en la lista negra.

Desde luego podría discutirse la naturaleza jurídica de este tipo de sanciones. Para algunos tienen fines más preventivos que punitivos, aduciendo que se trata de una incautación preventiva de bienes por considerarse que existe el peligro de que sean utilizados con el fin de financiar organizaciones terroristas.<sup>15</sup> Lo que no cabe duda es que a efectos de garantías esta medida pertenece al derecho penal en sentido amplio, lo que implica que han de respetarse los derechos de defensa, e igualmente un estándar de prueba estricto que no deje lugar a una duda razonable acerca de la vinculación del sujeto con organizaciones terroristas. A partir de aquí y tal como ocurre con el comiso sin condena quizás podría ser válida una presunción en virtud de la cual esos bienes son peligrosos en cuanto que pueden utilizarse para la financiación del terrorismo.<sup>16</sup> No obstante, lo relevante, más allá del terreno de las garantías, es la aparición de un *ius puniendi* propio en una organización internacional, que aunque en colaboración con los Estados que son quienes proponen la inclusión en las listas y ejecutan las sanciones, se ejerce de manera autónoma por el Consejo de Seguridad.

#### 4. *El sistema de debartment del Banco Mundial*

Desde el punto de vista de la “desestatalización” del *ius puniendi*, tan sorprendente o más que la aparición del sistema de listas negras del Consejo de Seguridad es el sistema de listas negras del Banco Mundial (BM), que se inserta además en una de las corrientes político criminales más importantes de la última década, como es la responsabilidad penal de personas jurídicas

---

<sup>15</sup> Cfr. R. TEHRANI, *Die Smart Sanctions im Kampf gegen den Terrorismus als Vorbild einer Präventive Vermögensabschöpfung*, Schriftenreihe des Max Planck Institut, Band K. 166, 2014.

<sup>16</sup> Sobre los diferentes modelos legislativos, nacionales e internacionales, de abordar la financiación del terrorismo vid. U. SIEBER, B. VOGEL, *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Schriftenreihe Max Planck Institut, Band S 150, 2015, p. 101 ss.

y el cumplimiento normativo, en materias como la corrupción.<sup>17</sup>

La competencia sancionadora del BM descansa en el Acuerdo mediante el que se establece el Banco Internacional de Reconstrucción y Comercio (BIRF), cuyo art. I (i) señala que uno de sus objetivos es la facilitación de la inversión de capital con fines productivos. EL BIRF otorga préstamos para la construcción de infraestructuras a gobiernos y empresas públicas, que son administrados por el BM. Estos fondos provienen de las contribuciones de los estados miembros y también de bonos que se emiten por el BM, como deuda pública, y que se negocian en el mercado de capitales. El BM tiene por tanto el deber de administrar diligente y lealmente los fondos puestos a su disposición (art. 5 III Sección 5 (b)). Esta genérica obligación fiduciaria es la que invoca precisamente el BM como fundamento del sistema de sanciones, cuyo objetivo último es que los fondos aportados por los donantes sean utilizados de una manera eficiente e íntegra y explica el ámbito subjetivo de aplicación del sistema sancionador: las empresas que participan en los proyectos financiados por el Banco.

El sistema de sanciones del Banco Mundial se puso en marcha en 2001 y desde entonces se ha ido perfeccionando y asumiendo las garantías propias del derecho penal<sup>18</sup>. En su evolución fue de capital importancia el denominado *Informe Thornburgh* que se produce al hilo de un acontecimiento clave: El acuerdo firmado en 2012 entre todos los bancos de desarrollo para establecer un sistema de reconocimiento mutuo mediante el que la sanción impuesta por uno de ellos es inmediatamente reconocida por el resto (“róbanos a uno y nos robarás a todos”). Con una lógica similar a la que se ha producido en la UE, el reconocimiento mutuo exigía establecer un cuadro de garantías comunes y uniformes, armonizando el sistema sancionador de los distintos bancos de desarrollo. El reconocimiento mutuo aumenta considerablemente el carácter preventivo general de las sanciones, pues implica la exclusión de la totalidad de las obras públicas y proyectos existentes en el mundo que se financian con fondos procedentes de bancos de desarrollo.

Descrito sintéticamente el sistema sancionador del BM es el siguiente.<sup>19</sup> En primer lugar existe una tipificación de las infracciones, mucho mejor

<sup>17</sup> Vid. el estudio más detallado que se ha realizado hasta la fecha es el de S. MANACORDA, C. GRASSO, *Fighting Fraud and Corruption at the World Bank*, Springer, 2018.

<sup>18</sup> Sobre el marco en que se produjo esta reforma, y las presiones existentes para mejorar el sistema de garantías vid. L. BOISSON DE CHAZOURNES, E. FROMAGEAU, *Balancing the Scales: The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies*, in «EJIL», Vol. 23, 4, 2012.

<sup>19</sup> Vid. A.M. LEROY, F. FARIELLO, *The World Bank Group Sanctions Process and Its Recent Reforms*, «The World Bank», 2012, p. 2 ss.

técnicamente que la que hemos visto en las listas negras del Consejo de Seguridad. Los delitos en que pueden incurrir las empresas son el de corrupción, estafa, acuerdos colusorios, coacciones y obstrucción a la justicia. El procedimiento sancionador tiene como principal característica la división de funciones entre quien realiza la investigación – la Vicepresidencia de Integridad – y hace una primera propuesta de sanción y los órganos que imponen la sanción. El *Evaluation Officer*, actúa como un tribunal de primera instancia, confirmando o no los cargos y la propuesta de sanción de la Vicepresidencia de Integridad. En caso de que la empresa sancionada no esté conforme, puede recurrir la sanción ante el *Sanctions Board*, compuesto por personas independientes al Banco. Las sanciones a que puede verse sometidas las personas jurídicas implicadas son la restitución, que tiene una configuración a caballo entre la responsabilidad civil y el comiso; la amonestación utilizada en los casos menos graves, con el fin de atestiguar que la empresa ha estado implicada en un caso de corrupción. La sanción más importante y conocida es el *debarment*. La inclusión de la empresa en una lista negra que bien de manera definitiva o por un tiempo determinado le impide participar en proyectos financiados por el Banco.

En la actualidad, y siguiendo también las más recientes evoluciones en los sistemas sancionadores contra personas jurídicas, la sanción de exclusión puede quedar sujeta un régimen de *probation*. La sanción queda en suspenso si la empresa cumple con una serie de condiciones que le impone el Banco Mundial, entre las que suele encontrarse la mejora de su sistema de cumplimiento normativo. El BM ha creado la *Integrity Compliance Office* que actuando como oficiales de prueba supervisan la efectividad de las mejoras. También se ha abierto la puerta a un sistema de autodenuncia (*Voluntary Disclosure Programme*). Si la empresa antes de ser investigada se autodenuncia queda libre de toda sanción, con la condición de que mejore su sistema de cumplimiento. En este caso también se nombra un supervisor.

El sistema sancionador del Banco Mundial es un sistema mucho más compatible con los principios del derecho sancionador que las listas negras de Naciones Unidas. Su grado de transparencia es considerablemente mayor. No solo es posible consultar en la página web del BM quiénes son las empresas sancionadas, sino que además se publican las resoluciones sancionadoras a modo de colección jurisprudencial. La principal mácula en este punto es la opacidad de los acuerdos entre la Vicepresidencia de Integridad y las empresas cuando existe una suspensión.

Los principales problemas que plantea este sistema supranacional radican en su relación con el *ius puniendi* estatal y su despreocupación por

la corrupción de funcionarios públicos y dirigentes estatales.<sup>20</sup> Resulta llamativo que las sanciones se centren en las empresas, y se omita toda presión sobre los gobiernos y sus sistemas de justicia.

La estrategia del Banco Mundial está en sintonía con la denominada privatización de la lucha contra la corrupción. La sanción a las personas jurídicas suponen apostar por una estrategia político criminal en boga en todo el mundo de la mano del avance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que es especialmente marcada en la lucha contra la corrupción: servirse de la capacidad de autorregulación de las empresas para implementar una política pública como es la prevención de la corrupción.<sup>21</sup>

Por otro lado, el BM tiene el deber de ser neutral desde el punto de vista político y responsabilizar a las empresas evita acusaciones de intromisión en asuntos internos. Desde luego, que la medida más directa para evitar la corrupción sería dejar fuera del régimen de ayudas a los Estados, cuyos dirigentes hayan estado implicados en los casos de corrupción o aquellos países que no hagan las reformas oportunas con el fin de contar con un sistema judicial aceptable. Esta opción tendría sin embargo como consecuencia provocar daños colaterales a la población similares a los embargos de Naciones Unidas.

Como puede apreciarse, y en resumen, hay una preocupación compartida y subyacente en estos dos sistemas sancionadores supranacionales que ha traído un giro inesperado en el Derecho internacional público en este punto: sancionar colectivamente a los Estados, tal como era usual de acuerdo con el paradigma westfaliano, genera daños indeseables para los ciudadanos, por lo que mejor evolucionar a un sistema de sanciones a actores privados directamente relacionados con la infracción.

##### *5. El Derecho sancionador de las federaciones deportivas*

El caso de las federaciones deportivas y su protagonismo en la regulación del deporte, una de las actividades culturales y económicas más importantes de la globalización, pone de relieve hasta qué punto

<sup>20</sup> Cfr. T. SOREIDE, L. GRONING, R. WANDALL, *An Efficient Anticorruption Sanctions Regime? The Case of the World Bank*, «Chicago Journal of International Law», Vol. 16, 2, p. 524 ss.

<sup>21</sup> Cfr. A. NIETO MARTIN, *La privatización de la lucha contra la corrupción*, en L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTIN, *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 191 ss.

los estados y las organizaciones internacionales clásicas pueden delegar su actividad en manos de actores privados.<sup>22</sup> Las federaciones deportivas como el COI, la FIFA o las organizaciones semejantes en la mayoría de los deportes aportan una estructura global, semejante a lo que ocurre con las empresas multinacionales. Se trata de asociaciones de derecho privado, generalmente creadas al amparo del Derecho suizo, que tienen delegaciones en la mayoría de los países con personalidad jurídica basada en los respectivos derechos nacionales. Las federaciones nacionales, integradas a su vez por entidades regionales, regulan la práctica totalidad de las competiciones deportivas que se realizan en cada país. Cualquier competición dentro de un deporte federado está sujeto a las reglas que en la ordenación de ese deporte se han dictado a escala global y que se transmiten y se ejecutan hasta en el último rincón del planeta gracias a este sistema piramidal.

Con el fin de asegurar la vigencia de las normas que regulan la realización de actividades deportivas todas las entidades deportivas poseen códigos disciplinarios, aplicables a clubs y deportistas. La proximidad de este derecho disciplinario a las reglas del derecho penal es total, con una regulación detallada de cuestiones de parte general (autoría y participación, error, concurso de infracciones, reglas de determinación de la sanción...), una tipificación exhaustiva de las infracciones, que en líneas generales cumple con las exigencias del principio de determinación, y unas reglas de procedimiento y de organización del sistema de tribunales y recursos que también se acomodan a los patrones básicos del Estado de derecho.

Un aspecto particularmente llamativo de este *ius puniendi* global de las federaciones deportivas es que en ellas descansa principalmente la ejecución y sanción de la normativa *antidoping*. Cómo se ha gestado esta normativa resulta tremendamente ilustrativo del juego de fuerzas de la red regulatoria global. La norma básica en esta materia es el Código Mundial Antidopaje al que están sujetos todos los deportistas federados. La naturaleza jurídica de este Código es de carácter contractual, resultando obligatorio para los deportistas federados. El sistema “judicial” de este particular derecho disciplinario termina en el Tribunal Arbitral del Deporte, también con sede en Suiza, que está constituido como entidad de derecho privado y que constituye el órgano jurisdiccional global de las federaciones deportivas.

Resulta singularmente llamativo observar en este caso como el Derecho

---

<sup>22</sup> En lo que sigue R. DE VICENTE MARTINEZ, *El derecho global del deporte. El ius puniendi de las federaciones deportivas internacionales*, en A. NIETO MARTIN, B. GARCIA MORENO, *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

internacional público, a través de la Convención de la Unesco sobre dopaje, se pone al servicio del sistema de autorregulación privada. Una de las finalidades principales de la Convención es garantizar la eficacia de la Código Mundial Antidopaje en todos los países. De acuerdo con la Convención, los estados firmantes deben eliminar los obstáculos que pudieran existir en su ordenamiento para la ejecución de las sanciones por infracción al código impuesta por los órganos “judiciales” privados. Por si este mecanismo de coerción no fuera suficiente, las federaciones deportivas tienen la capacidad de impedir que los estados que no cumplen con el Código Mundial Antidopaje organicen competiciones internacionales o más aún que sus deportistas federados puedan competir fuera de sus fronteras.

El derecho disciplinario del deporte es probablemente el mejor ejemplo de un Derecho sancionador global y del ejercicio de unas potestades soberanas desvinculadas de la idea de territorio. No menos curiosa es la relación entre el derecho estatal o de organizaciones e internacionales y el *ius puniendi* privado. De un lado, como hemos indicado, el derecho internacional ha delegado hasta tal punto en manos privadas la regulación que ha generado un convenio internacional para permitir su correcto funcionamiento en materia de dopaje. Este diseño global es independiente a la posición que se adopte por cada estado. En países como España se parte de un modelo público de gestión del deporte, pero que el estado delega, incluida la potestad sancionadora en las federaciones deportivas. El modelo opuesto es el privado en el que se entiende que el deporte es una actividad que nace de la sociedad, por lo que la regulación deportiva debe ser estrictamente privada. Tampoco está del todo claro las relaciones entre este *ius puniendi* y el ordenamiento jurídico de cada país en que se aplica, incluso la vigencia de los derechos fundamentales. Un claro ejemplo es el conocido como caso de las “esteladas”: la UEFA sancionó al FC Barcelona por la muestra de banderas independentistas durante un partido de competición, por entender que ello violaba el Código disciplinario (Art. 16. e) del Código disciplinario de la UEFA). Ningún órgano judicial entró a analizar la compatibilidad de esta sanción con el derecho a la libertad de expresión, cosa que si ha ocurrido cuando por ejemplo se ha intentado sancionar penalmente la conducta de “pitar el himno” como un delito de injurias a la corona y a España. Uno de los aspectos más polémicos es si la justicia deportiva puede impedir que los tribunales nacionales (Territoriales) puedan conocer de las sanciones impuestas.

## 6. *El Derecho sancionador de las empresas multinacionales*

Como ya se ha señalado en relación al Banco Mundial y a su sistema de listas negras, una de las características del Derecho global es que incorpora a las empresas como elemento esencial de su red regulatoria. Normalmente, y desde una perspectiva más clásica, las multinacionales se habían tenido en cuenta como propulsoras de una determinada normativa, como consecuencia de su capacidad de influencia y lobby. Desde luego, que este papel como actores de la armonización lo siguen teniendo. Con gran frecuencia forman parte de comités de organizaciones internacionales o de redes intergubernamentales, en las que se gestan la normativa global. Pero además de este papel, dentro de la regulación global, tienen una participación destacada en su *enforcement*. Este es precisamente el papel de los programas de cumplimiento, que pueden ser entendidos sin duda como una herramienta que utilizan los estados con el fin de extender su capacidad de regulación más allá de sus fronteras.

Las cláusulas anticorrupción, medio ambientales, sobre protección de datos o de igualdad entre hombres y mujeres que las empresas contienen en sus códigos éticos se aplican en todos los países en los que actúan. Ello, en el caso de las empresas multinacionales, supone un Derecho global. En los últimos años, a través de las obligaciones de diligencia debida, que han surgido en conexión a la vinculación de las empresas multinacionales a los derechos humanos, estas disposiciones de los códigos éticos deben resultar vinculantes también para proveedores y socios de negocios. Las empresas, por poner un ejemplo, no sólo tienen la obligación de erradicar el trabajo infantil dentro de sus filiales, sino que también quedan obligadas a asegurarse que no exista en los locales de los proveedores.<sup>23</sup>

A diferencia de los códigos éticos tradicionales, las infracciones de las normas de conducta que se insertan dentro de los programas de cumplimiento normativo deben ser castigadas disciplinariamente. Con el fin de hacer efectivas estas sanciones las empresas deben contar además con canales de alerta y realizar investigaciones internas. Las empresas disponen por ello de su propio departamento de *enforcement* con el fin de hacer efectivas la imposición de estas sanciones y llegado el caso colaborar con la propia investigación pública aportando pruebas. El derecho disciplinario laboral, una herramienta interna puesta en manos de los empresarios para asegurar la correcta ejecución de las obligaciones laborales, adquiere en este

---

<sup>23</sup> Vid. los trabajos de A. NIETO MARTÍN, L. M. VÍOQUE, R. SABIA, VESPER GRAESKE en «ECLR», 1/2021.

escenario una dimensión pública. Su objetivo principal es coadyuvar a la consecución de un interés global como es la erradicación de la corrupción, el trabajo infantil o la protección del medio ambiente. Y este objetivo público prevalece frente al privado.

Desde el punto de vista de las garantías o del constitucionalismo, el derecho disciplinario laboral debe respetar sin duda una serie de garantías mínimas, imprescindibles en un estado de derecho. Por ello, principios como el de proporcionalidad o determinación deben regir en la descripción de sus tipos sancionadores y en la imposición de sanciones. E igualmente en su investigación debe darse paso a las garantías básicas del proceso justo. Desde hace años, vengo igualmente advirtiendo que el principio de *ne bis in idem* debe reparar en este nuevo problema. Existe una identidad de fundamento entre el empleado que es despedido de la empresa por pagar un soborno y la pena privativa de libertad o multa que a este empleado puede recibir, por ello debiera tenerse en cuenta en la determinación de la sanción penal o incluso ser una razón a tener en cuenta a la hora de decretar la suspensión de la ejecución o la *probation*. Hasta ahora, regulaciones como la reciente propuesta alemana de responsabilidad penal de personas jurídicas han evidenciado ya la necesidad de coordinar las investigaciones internas con los principios del derecho procesal penal, pero también ha llegado la hora de coordinar las sanciones públicas y las privadas.

### *7. Algunas conclusiones: la necesidad de un constitucionalismo global*

Las páginas anteriores han mostrado la emergencia de un derecho sancionador administrativo global como parte fundamental de una regulación global. Se trata de un fenómeno nuevo que convive con el derecho internacional clásico, todavía centrado en las relaciones entre estados, y con el derecho de la UE, que tiene un componente mucho más federal. Estas tres manifestaciones deben contemplarse como tres herramientas diferentes con los que modernamente se solventan problemas globales. En los próximos años la nómina de bienes jurídicos globales a tutelar se incrementará. Está bien buscar en algunos casos soluciones maximalistas, como por ejemplo el aumento de competencias de la Corte penal internacional, con nuevos delitos como el ecocidio en materia de medio ambiente, o la extensión de la jurisdicción universal y la armonización. Sin renunciar a estos objetivos, debe tenerse presente que existen formas indirectas de regulación como las



sanciones administrativas globales, menos llamativas y espectaculares, pero bastante más realizables. Se trata de un camino menos espectacular, menos simbólico, pero quizás igualmente efectivo.

Uno de los retos principales que plantea esta camino, si por el se quiere transitar, es el diseño de un constitucionalismo más allá del estado<sup>24</sup> y, por lo que nos concierne, pensar en una teoría global de la infracción que incluya la aplicación de las garantías básicas del derecho penal en este nuevo escenario post estatal.

---

<sup>24</sup> Vid. la ya clásica aportación de N. KIRSCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010. Por mi parte me ocupé ya de esta materia en *Derecho penal y Constitución en la era del Global Law*, «Chaiers de Defense Sociale», 2013, p. 17 ss.

Johanna Rinceanu\*

*Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale?  
L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca  
dei social network*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Legge per il miglioramento dell'applicazione del diritto nei *social network* (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*: NetzDG) – 2.1. Origine e obiettivi – 2.2. Cambiamenti nella cultura del dibattito – a) *Hate speech* b) *Fake news* e disinformazione – 2.3. Contenuto essenziale del NetzDG – 2.4. Autoregolamentazione regolata o censura autoregolamentata? – 3. Compatibilità con i diritti fondamentali e umani – 3.1. Libertà di opinione – 3.2. Diritto allo sviluppo della personalità, in generale, e diritto all'autodeterminazione informativa, in particolare – 3.3. Libertà della professione – 4. Legge per combattere l'estremismo di destra e i crimini d'odio – 4.1. Obiettivo – 4.2. Contenuti essenziali – a) Modifiche al codice penale - b) Modifiche al *NetzDG* – 4.3. Dubbi di costituzionalità e osservazioni critiche – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Migliaia di sostenitori di Donald Trump si sono riuniti davanti alla Casa Bianca il 6 gennaio 2021 a Washington D.C. per ascoltare il discorso del 45° Presidente degli Stati Uniti d'America “*Save America March*”<sup>1</sup>. Incitati da slogan come «*we will stop the steal*», «*we fight like hell*» e «*we are going to the Capitol*», hanno marciato verso il Campidoglio. Centinaia di manifestanti hanno poi preso d'assalto il Campidoglio, mentre al Congresso i deputati legittimavano il futuro 46° Presidente degli Stati Uniti d'America. Cinque persone, quattro manifestanti e un agente di polizia, hanno perso la vita nell'assalto al Campidoglio.

\* Referente scientifica presso il *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht* di Friburgo in Bresgovia.

<sup>1</sup> Il discorso di Trump del 6 gennaio 2021 può essere letto su <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-election-2020/trump-speech-6-january-transcript-impeachment-b1786924.html>

Prima di ciò, per anni Trump aveva riempito il suo *account* Twitter @ *realDonaldTrump* con innumerevoli *post* che incitavano all'odio. Teorie cospirative, disinformazione e affermazioni infondate – di recente su presunti brogli elettorali e sulla presunta illegittimità del neo eletto Presidente – sono state seguite da oltre 87 milioni di persone su Twitter. Naturalmente, attraverso la rete questi *post* potevano essere letti anche in Germania e in Italia e, presumibilmente, anche dai cittadini dei due Stati che si trovavano negli Stati Uniti. In linea di principio, non sarebbe del tutto azzardato invocare l'art. 414 del codice penale italiano o il § 111 del codice penale tedesco (StGB), con i consueti problemi di collisione tra sistemi giuridici nazionali nel *cyberspazio* globale. Ma tali problemi sono oggi acuiti dal fatto che, in molti casi, l'attuazione delle norme nazionali non è più di competenza delle pubbliche autorità, ma di attori privati.

Inizialmente, Twitter e Facebook hanno pubblicato avvertimenti circa le falsità presenti in vari *post* di Trump, e in alcuni casi ne hanno anche limitato la diffusione. Dopo i tumulti in Campidoglio, l'*account* Twitter di Trump è stato bloccato dal *service provider*, prima per 12 ore e poi definitivamente. A ciò ha fatto seguito l'ulteriore sospensione dei suoi *account* da parte di Facebook, Instagram e Snapchat. La ragione addotta è stata la violazione dei regolamenti e delle linee guida delle piattaforme *online*, con il rischio di un ulteriore incitamento alla violenza<sup>2</sup>.

Il blocco dell'*account* di Donald Trump da parte di un fornitore di servizi informatici è stato criticato sia negli Stati Uniti che a livello internazionale. In particolare, la Cancelliera tedesca ha definito il blocco come un attacco alla libertà di opinione e ne ha messo in dubbio il fondamento giuridico. Ma proprio in Germania, il potere esecutivo ed il potere legislativo si mostrano molto meno riluttanti ad intervenire. Infatti, con la “Legge per il miglioramento dell'applicazione del diritto nei *social network*” (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, di seguito: NetzDG), la Germania ha compiuto un tentativo di regolamentazione statale del “mondo senza confini di Internet”<sup>3</sup>, condotto, però, mediante l'investitura legale di soggetti privati, quali sono gli *internet provider*, nel ruolo di controllori della sua pratica attuazione. È all'orizzonte si profilano riforme improntate ad un crescente rigore.

Di seguito, si fornirà anzitutto una lettura critica del NetzDG (2), prestando particolare attenzione alla sua dubbia compatibilità con i diritti

<sup>2</sup> Dopo l'assalto al Campidoglio, Twitter aveva anche cancellato più di 70.000 *account* legati all'estrema destra e all'ideologia cospirazionista del movimento QAnon.

<sup>3</sup> KÜLLMER, *Die Regulierung von Internetinhalten in demokratischen Systemen – Deutschland, Großbritannien, USA*, Wiesbaden 2019, p. 2.

fondamentali e con i diritti umani spettanti avari soggetti attivi nello spazio digitale (3.). In un secondo momento, ci si soffermerà, sempre in chiave critica, sulla “Legge per combattere l’estremismo di destra e i crimini d’odio”, che sostanzialmente prevede l’inasprimento di alcune disposizioni del codice penale e del NetzDG (4.). Nelle conclusioni si azzarderà qualche previsione sul futuro della *governance* di *internet* in relazione ai diritti umani (5).

## 2. Legge per il miglioramento dell’applicazione del diritto nei social network (Netzwerkdurchsetzungsgesetz: NetzDG)

### 2.1. Origine e obiettivi

Come evidenziato dalla relazione che accompagna il NetzDG, il mutamento del discorso pubblico sui *social network* e la “brutalizzazione della cultura del dibattito”<sup>4</sup> attraverso contenuti in internet “aggressivi, offensivi e spesso odiosi”<sup>5</sup>, che talvolta conducono ad una vittimizzazione violenta nel mondo reale, hanno spinto il legislatore tedesco a migliorare l’applicazione del diritto nei *social network*<sup>6</sup>.

Con il complesso di norme comprese nel NetzDG, la lotta contro i crimini d’odio *online* e le *fake news*, sinora affidata al senso di auto-responsabilità dei fornitori di servizi informatici e alla loro autodisciplina, viene assoggettata alla legge. Il NetzDG, entrato in vigore il 1° ottobre 2017, ha lo scopo di eliminare i pericoli per la sicurezza pubblica e di indurre un cambiamento nella “cultura del dibattito”<sup>7</sup> sui social network mediante il supporto di attori privati.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 18/12356, p. 13.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 18/12727, p. 2.

<sup>6</sup> CEFFINATO, *Zur Regulierung des Internet durch Strafrecht bei Hass und Hetze auf Onlineplattformen*, in «ZStW», 132, 2020, p. 547, osserva a questo proposito, tuttavia, che “[l]e statistiche sulla criminalità di polizia [...] non confermano l’aumento dei crimini motivati dall’odio attraverso Internet percepito dall’opinione pubblica e dai politici. Mentre nel 2018 sono stati registrati poco più di 8.000 cosiddetti crimini d’odio - con una recente tendenza solo lievemente al rialzo - il numero dei cosiddetti messaggi d’odio è in realtà diminuito, passando da circa 3.000 nel 2016 a poco meno di 1.500 nel 2018”.

<sup>7</sup> MÜLLER-FRANKEN, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen*, in «AFP» 1/2018, pp. 1-2.

## 2.2. Cambiamenti nella cultura del dibattito

Il cambiamento della cultura del dibattito *online* ha molte sfaccettature. È osservabile una tendenza alla degenerazione violenta: nei social dilagano intimidazioni, denigrazione, diffamazioni, insulti, molestie, minacce e persino “scenari espliciti di omicidi e stupri”<sup>8</sup>. Inoltre – ed in modo non irrelato da siffatta tendenza –, si constata un rapido aumento di voci e di false informazioni, in grado di condurre ad un cambiamento complessivo del clima politico-sociale. Realtà e realtà virtuale rischiano di fondersi<sup>9</sup>.

Con il pretesto dell’anonimato in internet, il libero sviluppo della personalità in ambito digitale (*digitale Selbstentfaltung*) si trasforma in una rimozione digitale della capacità di autocontrollo (*digitale Selbstentfesselung*)<sup>10</sup>. È quanto dimostrano i due fenomeni sociali che qui s’intende richiamare: l’*hate speech* e le *fake news*.

### a) Hate speech

L’*hate speech* (“discorso d’odio”) è un fenomeno globale; tuttavia, a livello internazionale non ne esiste ancora una definizione giuridicamente vincolante. Nel 1997, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha rivolto una Raccomandazione agli Stati membri per combattere i discorsi d’odio – specialmente quelli diffusi attraverso i media –, che incitano all’odio razziale, alla xenofobia, all’antisemitismo e a tutte le forme di intolleranza, minando la sicurezza democratica, la coesione culturale e il pluralismo<sup>11</sup>. Nella Raccomandazione, con la locuzione “discorso d’odio” si intendeva “qualsiasi espressione che promuove, incita, incoraggia o giustifica l’odio razziale, la xenofobia, l’antisemitismo o altre forme di odio basate sull’intolleranza, compresa l’intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo aggressivo ed etnocentrismo, la discriminazione e l’ostilità

---

<sup>8</sup> FLEISCHHACK, *Der „Hass“ der vielen Formen*, in Kaspar, Gräßler, Riffi (Hrsg.), *Online Hate Speech - Perspektiven auf eine neue Form des Hasses*, Düsseldorf-München, 2017, p. 24.

<sup>9</sup> HAJOK, SELG, *Kommunikation auf Abwegen? Fake News und Hate Speech in kritischer Betrachtung*, in *JMS-Report*, August 4/2018, p. 2.

<sup>10</sup> KOLANY-RAISER, WERNER, *Fake News und Hate Speech*, in *ABIDA Dossier*, Juni 2018, p. 1, notano che internet “abbassa la soglia di inibizione [dato] il basso rischio di persecuzione”. Tuttavia, gli Autori evidenziano allo stesso tempo che l’anonimato su Internet può anche essere stimolante per lo scambio di opinioni.

<sup>11</sup> Raccomandazione R (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa del 30 ottobre 1997, disponibile sul sito <http://www.egmr.org/minkom/ch/rec1997-20.pdf> (Ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

verso le minoranze, gli immigrati e le persone di origine immigrata”<sup>12</sup>.

A tutt’oggi il diritto tedesco non prevede una definizione del concetto. Questa lacuna è dovuta principalmente alla difficoltà di distinguere tra la libertà di espressione, da tutelare, e le affermazioni potenzialmente riconducibili alla nozione di “discorso d’odio”. Neppure il NetzDG ha adottato il termine “*Hassrede*” (l’equivalente tedesco di “discorso d’odio”), nel senso della citata Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, né ha introdotto una propria definizione giuridica. Il § 1, comma 3 del NetzDG ha preferito invece fare rinvio al reato di cui al § 130 StGB, il cui comma 1 punisce la condotta di “istigazione all’odio” nei confronti di un gruppo nazionale, razziale, religioso o di un gruppo determinato dalla sua origine etnica, contro parti della popolazione o contro un individuo, a causa della sua appartenenza a uno dei suddetti gruppi o ad una parte della popolazione. Per il legislatore tedesco, dunque, il discorso d’odio diviene illecito – e non è più costituzionalmente tutelato –, ogni qualvolta raggiunga l’intensità dell’“istigazione all’odio”. Secondo la giurisprudenza della Corte federale di giustizia (BGH), per “odio”, ai sensi del § 130 StGB, s’intende un “atteggiamento ostile, emotivamente accentuato, diretto ad una parte di popolazione, che oltrepassi il semplice rifiuto o il disprezzo”<sup>13</sup>. L’“istigazione” (all’odio) è inoltre definita come influsso sui sensi, sulle passioni ed anche sull’intelletto, oggettivamente idoneo e soggettivamente diretto a suscitare odio<sup>14</sup>. Tuttavia, non è d’immediata evidenza quando l’incitamento ad un atteggiamento ostile superi la soglia della mera induzione al rifiuto o al disprezzo<sup>15</sup>. Per tanto, il richiamo del NetzDG (tra gli altri) ai §§ 130 e 111 StGB è poco utile, né aiuta i *service provider* ad orientarsi nella prassi.

Affinché questi ultimi possano attivarsi contro l’*hate speech* in rete, sarebbe fondamentale elaborare una definizione del fenomeno attenta alla prassi, che poi possa essere ripresa dal testo di legge. I gestori dei *social network* dovrebbero essere messi in condizione di riconoscere quando determinati contenuti, non solo trasgrediscono la decenza e il rispetto, esprimendo critiche taglienti, ma si trasformano in veri e propri contenuti illeciti e se del caso punibili.

Secondo un’opinione diffusa, il “discorso d’odio” *online* è inteso come

<sup>12</sup> Si veda Raccomandazione Nr. R (97) 20, cit.

<sup>13</sup> Si veda BGH, Urt. v. 27.7.2017, 3 StR 172/17; BGH, Urt. v. 3.4.2008, 3 StR 394/07; STERNBERG-LIEBEN, SCHITTENHELM, § 130, Rd. 5a, in Schönke, Schröder, *StGB – Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl. 2019.

<sup>14</sup> STERNBERG-LIEBEN, SCHITTENHELM, § 130, Rd. 5, in Schönke, Schröder, cit.

<sup>15</sup> HÖRNLE, *Grobanstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, 2005, p. 302.

un linguaggio dispregiativo e istigatorio contro *gruppi di popolazione* con determinate caratteristiche<sup>16</sup>. I colpevoli e le vittime di solito non si conoscono personalmente. Attraverso questa pratica, intere categorie di persone sperimentano il razzismo, l'antisemitismo, il razzismo anti-musulmano, il sessismo, l'omotransfobia, l'antiziganismo, l'abilismo<sup>17</sup>, il classismo, il lookismo<sup>18</sup> e l'ageismo<sup>19</sup>. E l'elenco non è esaustivo, perché in pratica non c'è "nessuna caratteristica umana [che] non possa essere resa oggetto di odio"<sup>20</sup>. Il discorso d'odio colpisce anche quei *gruppi che si battono* in favore delle minoranze e contro il loro ostile isolamento, come giornalisti<sup>21</sup>, i politici e gli avvocati per i diritti umani.

L'*hate speech*, come forma di ostilità umana e di incitamento all'odio in rete, ha un messaggio intrinseco, che mira a polarizzare la società e può portare ad aggressioni nel mondo reale<sup>22</sup>. I reati attualmente impiegati per perseguire questo fenomeno, almeno in Germania, sono, oltre al già citato reato di cui al § 130 StGB, l'ingiuria (§ 185 StGB), la diffamazione (§ 186 StGB), la menzogna diffamatoria (§ 187 StGB), la diffamazione e menzogna diffamatoria contro personaggi della vita politica (§ 188 StGB) e il pubblico incitamento a commettere reati (§ 111 StGB)<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> SCHMITT, *Online Hate Speech: Definition und Verbreitungsmotivation aus psychologischer Perspektive*, in KASPAR, GRÄSSLER, RIFFI (Hrsg.), *Online Hate Speech – Perspektiven auf eine neue Form des Hasses*, Düsseldorf, München, 2017, p. 51; MEIBAUER, *Hassrede – von der Sprache zur Politik*, in Meibauer (Hrsg.), *Hassrede/Hate Speech – Interdisziplinäre Beiträge zu einer aktuellen Diskussion*, 2013, p. 1; HAJOK, *Hate Speech. Hass und Hetze im Netz als Thema des Kinder- und Jugendmedienschutzes*, in *JMS-Report* – Februar 1/2017, p. 2.

<sup>17</sup> Per "abilismo" si intende la discriminazione nei confronti delle persone con disabilità fisica o mentale.

<sup>18</sup> Per le diverse forme di "Hate Speech" vedi BUNDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG, *Was ist Hate Speech?*, disponibile sul sito <https://www.bpb.de/252396/was-ist-hate-speech> (Ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

<sup>19</sup> L'"ageismo" è inteso come una forma di discriminazione sociale ed economica contro gli anziani.

<sup>20</sup> MEIBAUER, *Hassrede*, cit., p. 2.

<sup>21</sup> OBERMAIER, HOFBAUER, REINEMANN, *Journalists as targets of hate speech – How German journalists perceive the consequences for themselves and how they cope with it*, in *SCIM* 4/2018, pp. 502-502, richiamano l'attenzione sul fatto che i "discorsi sull'odio" possono intimidire i giornalisti e quindi influenzare la qualità del reportage.

<sup>22</sup> BUNDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG, *Was ist Hate Speech?*, cit.

<sup>23</sup> Negli Stati Uniti d'America, invece, l'"hate speech" rientra nel Primo Emendamento della Costituzione (*freedom of speech*) e quindi non può (di norma) essere perseguito penalmente. Vedi VALERIUS, *Hasskriminalität – Vergleichende Analyse unter Einschluss der deutschen Rechtslage*, in *ZStW* 132, 2020, p. 679. Per un confronto tra l'approccio tedesco e quello americano alla regolamentazione dell'*hate speech*, vedi HAUPT, *Regulating Hate*

b) Fake news e disinformazione

Il XXI secolo non è solo l'era della digitalizzazione. È anche l'era della post-fattualità: strumenti come “fake news”, “fatti alternativi”<sup>24</sup> e verità “sogettive” o “percepite” stanno scalzando “criteri fattuali come la ricerca, l'evidenza probatoria e l'assenza di contraddizioni”.<sup>25</sup> I fatti e la finzione si fondono senza soluzione di continuità.

La diffusione di falsità – la menzogna in quanto tale<sup>26</sup> – non è vietata<sup>27</sup>. Le fake news (“notizie false”), tuttavia, non sono solo “falsità”, ovvero segnalazioni o informazioni false, diffuse in rete da individui singoli e soggetti privati, soprattutto attraverso i *social media*. Per loro essenza, le fake news costituiscono una disinformazione sistematica, ossia un insieme di contenuti liberamente inventati o di reinterpretazioni di fatti indiscussi, deliberatamente creati e diffusi in formato digitale, al fine di fuorviare e quindi di manipolare individui, gruppi e organizzazioni<sup>28</sup>.

---

*Speech – Damned If You Do and Damned If You Don't: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches*, in 23 *B.U.INT'l L.J.* (2005), pp. 299 ss.

<sup>24</sup> Il termine “*alternative facts*” risale all'americana Kellyanne Conway, consigliere del Presidente degli Stati Uniti Donald Trump dal 2016 al 2020, la quale, in un'intervista del 2017 su *Meet the Press* della NBC - per giustificare le false dichiarazioni rilasciate dall'allora addetto stampa della Casa Bianca Sean Spicer sulle dimensioni della folla durante l'inaugurazione di Trump davanti al Campidoglio – dichiarò che si trattava di “*alternative facts*”; in ragione del fatto che, dopotutto, non c'era modo di quantificare con certezza la folla.

<sup>25</sup> ZIMMERMANN, KOHRING, *Aktuelle Desinformation – Definition und Einordnung einer gesellschaftlichen Herausforderung*, in: Hohlfeld, Harnischmacher, Heinke, Lehner, Sengl (Hrsg.), *Fake News und Desinformation – Herausforderungen für die vernetzte Gesellschaft und die empirische Forschung*, Baden-Baden 2020, p. 31.

<sup>26</sup> SCHÜNEMANN, *Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?*, in *GA* 10/2019, p. 621.

<sup>27</sup> SCHÜNEMANN, *Gefährden Fake News die Demokratie*, cit., p. 629, sottolinea, „[...] dass der die Demokratie konstituierende Meinungskampf in der Gesellschaft nicht von der Staatsmacht kontrolliert werden darf. Es muss deshalb einen Freiraum auch für waghalsige Behauptungen geben, weshalb es ausgeschlossen ist, die einzelne Falschbehauptung als solche zu kriminalisieren. Und mehr noch: Es ist geradezu eine Naturnotwendigkeit für eine funktionierende Demokratie, dass die offiziell h.M. herausgefordert wird, sich zu bewähren und beweisen.“

<sup>28</sup> HAJOK, SELG, *Kommunikation auf Abwegen? Fake News und Hate Speech in kritischer Betrachtung*, in *JMS-Report*, August 4/2018, p. 3. PAUL, *Truth isn't Truth – Fake News und Real News in der Ära Trump*, Münster 2019, p. 96, riporta che il governo britannico ha vietato il termine “*fake news*” dal suo vocabolario ufficiale nel 2018, in quanto questo termine è stato assegnato alla scena di destra come termine da combattimento. Invece di “*fake news*”, è stato ufficialmente usato il termine “*desinformation*”. Con ciò si intende “la creazione e la condivisione deliberata di informazioni false e/o manipolate che hanno



La manipolazione digitale del processo di formazione delle opinioni altrui mira a cambiare il comportamento nella vita quotidiana; può portare a danni alla reputazione, all'esclusione di persone o gruppi, ad influenzare alcune scelte politiche come il voto, cagionare danni di tipo patrimoniale o lesioni di altri interessi degni di protezione nel mondo reale. Non di rado si suscitano emozioni come invidia, rabbia e paura, e si fomentano ed acuiscono i pregiudizi. Nello spazio digitale, di cui deliberatamente si abusa in questo modo, può accumularsi una narrazione mendace – una “mentitiva” in opposizione alla “narrativa”, come è stato scritto<sup>29</sup> – che, illustrando una particolare visione del mondo, reca in sé il potenziale per scuotere le fondamenta della democrazia, se posta alla base di decisioni collettive<sup>30</sup>. Si pensi, nuovamente, ai recenti avvenimenti negli Stati Uniti. Ma un esempio analogo è offerto, in Germania, dagli esponenti del c.d. *Querdenkerbewegung*, cioè del movimento di pensiero anticonformista o “trasversale”, che mette sistematicamente in discussione i pericoli dell'attuale pandemia.

Con riguardo alla questione dell'applicabilità del diritto penale alle *fake news*, occorre anzitutto distinguere se la notizia “falsa” è una *falsa dichiarazione di fatto* o un'*opinione*. Quest'ultima non rientra nel concetto di *fake news*, trattandosi notoriamente dell'espressione di un convincimento personale, protetta quale diritto fondamentale<sup>31</sup>. Un'opinione non è suscettibile di prova. Le affermazioni di fatto, invece, si riferiscono a dati della realtà, che possono essere provati o smentiti. Esse rientrano nell'ambito della tutela della libertà di opinione, solo nella misura in cui sono, o possono essere, un prerequisito della formazione di un'opinione<sup>32</sup>. Questa classica demarcazione tra fatti e opinioni, secondo il criterio della dimostrabilità, implica che “la libertà di commentare i fatti o di comunicarli e diffonderli merita una protezione inferiore, dal punto di vista dei diritti fondamentali, della libertà di prendere posizione sul mondo”<sup>33</sup>. Questo assunto è invero contestato da chi osserva che il grado

---

lo scopo di ingannare e fuorviare il pubblico, sia allo scopo di causare danni, sia per fini politici, personali o finanziari”.

<sup>29</sup> SCHÜNEMANN, *Gefährden Fake News die Demokratie*, cit., p. 630, parla a tal riguardo di una “Mentitiv” come di una “narrazione complessa, generalmente usata e creduta dopo essere entrata in uso, ma su cui si è mentito”.

<sup>30</sup> SCHÜNEMANN, *Gefährden Fake News die Demokratie*, cit., p. 630.

<sup>31</sup> Se l'espressione di opinioni offende l'onore di una persona, può essere integrato il reato di diffamazione, se sono soddisfatti i requisiti richiesti dal §185 StGB.

<sup>32</sup> Si veda BVerfGE 61, 1 <8>; BVerfGE 90, 241 <247>.

<sup>33</sup> BUCHHEIM, *Rechtlicher Richtigkeitsschutz – Zugleich ein Beitrag zur Unterscheidung von*

di dimostrabilità di un discorso non dovrebbe incidere sulla tutela della libertà di tenerlo: la distinzione tra un'affermazione di fatto e un'opinione, per tanto, non dovrebbe basarsi sul contenuto dell'affermazione, ma piuttosto sul modo in cui essa viene espressa<sup>34</sup>.

In ogni caso, accuse deliberatamente o palesemente non veritiere non godono della tutela della libertà di espressione<sup>35</sup>. Se un'accusa fondata su dati di fatto irreali sia punibile, dipende dal suo essere diretta ad una persona o a un gruppo di persone concrete, o dall'essere un messaggio falso a contenuto generico, cioè senza riferimenti a persone o gruppi di persone concrete. Quest'ultima ipotesi è, in linea di principio, sottratta alla punizione<sup>36</sup>, a meno che non si tratti della negazione dell'Olocausto<sup>37</sup>. Se una persona o un gruppo di persone concrete sono vittime di una falsa accusa di fatto e se sono denigrate o calunniate, possono applicarsi le fattispecie di ingiuria (§ 185 StGB), diffamazione (§ 186 StGB), menzogna diffamatoria (§ 187 StGB) e diffamazione e menzogna diffamatoria contro personaggi della vita politica (§ 188 StGB).

*Meinungen und Nachrichten im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG*, in *Der Staat*, 59, 2020, p. 14.

<sup>34</sup> BUCHHEIM, *Rechtlicher Richtigkeitschutz*, cit., p. 14.

<sup>35</sup> BVerfGE 54, 208 <219>; BVerfGE 61, 1 <8>; BVerfGE 90, 241 <247>.

<sup>36</sup> L'AG Mannheim si è pronunciata diversamente, con sentenza del 07 gennaio 2019 - 20 Cs 806 Js 10181/18 -, condannando un *blogger* ad una multa di 12.000 euro ai sensi del § 126, commi 1 e 2, in combinato disposto con il § 20, comma 1 Presse GBW (Legge sulla stampa del *Baden Württemberg*), per aver disturbato la pace pubblica, pubblicando intenzionalmente notizie false su un attacco terroristico in un blog collegato. Il 25 marzo 2018 alle 3:47 del mattino, il *blogger* aveva scritto un articolo sul suo *blog* locale su internet, presentandolo da una prospettiva oggettiva e deliberatamente contro l'evidenza, ed utilizzando titoli del seguente tenore: "136 morti - 237 feriti - caos in città - unità antiterrorismo in azione" e "Massiccio attacco terroristico a Mannheim", in cui parlava del più grande attacco terroristico in Europa occidentale fino ad oggi. Inoltre, riferiva che circa 50 aggressori armati di machete e altri coltelli avevano aggredito persone accorse a feste che si stavano svolgendo nel centro di Mannheim, causando un bagno di sangue di proporzioni apocalittiche, e che venti aggressori erano ancora in circolazione in città. Il *blogger* riferiva anche che era stato imposto un *blackout* sulle notizie, e che i canali dei *social media* erano stati volutamente bloccati per evitare il panico di massa. Solo dopo 20 paragrafi e un c.d. *paywall*, si poteva apprendere che l'articolo era fittizio. La pagina del blogger con l'articolo è stata collegata sia a un account Facebook che a un account Twitter, e gli utenti dei rispettivi *social media* hanno avuto accesso per un totale di oltre 20.000 volte. Ci fu poi un numero molto elevato di risposte all'articolo da parte di utenti preoccupati e spaventati. Cittadini preoccupati hanno chiamato la polizia di Mannheim per informarsi sui familiari residenti in quella città. L'AG Mannheim ha considerato tale condotta un disturbo della quiete pubblica, posto in essere simulando l'imminente realizzazione di un assassinio, un omicidio colposo o lesioni personali gravi.

<sup>37</sup> Ai sensi del § 130, comma 3 StGB.

### 2.3. *Contenuto essenziale del NetzDG*

Il NetzDG si rivolge ai “*provider di social network*” con oltre due milioni di utenti registrati in Germania (§ 1, comma 2 NetzDG). Cosa esattamente s’intenda per “*social network*”, lo spiega il § 1, comma 1 NetzDG: si tratta di “fornitori di servizi telematici che, con l’intento di trarne profitto, gestiscono piattaforme internet finalizzate a che gli utenti condividano qualsiasi contenuto con altri utenti o lo rendano accessibile al pubblico”. Sono esplicitamente escluse dalla legge le piattaforme con contenuti giornalistico-editoriali, di cui sia responsabile il fornitore di servizi internet, nonché la comunicazione individuale e la comunicazione di un gruppo chiuso come i servizi Messenger o i gruppi WhatsApp. Sono dunque interessati *providers* del calibro di Google, Facebook, YouTube, Twitter e Instagram.

Tali fornitori di servizi sono obbligati dal NetzDG, in quanto *privati*, ad istituire un sistema trasparente di gestione dei reclami (in base a “regole di *compliance*”) concernenti contenuti illeciti. I “contenuti illeciti” rilevanti sono elencati, in modo tassativo, dal §1, comma 3 del NetzDG attraverso un catalogo di reati<sup>38</sup>. La procedura di gestione dei reclami deve garantire che il fornitore prenda immediatamente atto del reclamo, verificando se il contenuto in esso riportato sia illecito, se debba essere rimosso o se debba esserne bloccato l’accesso. I contenuti manifestamente illeciti devono essere rimossi o l’accesso ad essi deve essere bloccato entro 24 ore dalla ricezione del reclamo; per i contenuti *non* manifestamente illeciti vale di regola un termine di sette giorni. Il NetzDG, però, non specifica cosa si intenda per “contenuto manifestamente illecito”. In caso di cancellazione, il contenuto

---

<sup>38</sup> § 1, comma 3 NetzDG elenca i seguenti reati: § 86 StGB (Diffusione di mezzi di propaganda di organizzazioni incostituzionali), § 86a StGB (Uso di contrassegni di organizzazioni incostituzionali), § 89a StGB (Preparazione di un grave atto di violenza che mette in pericolo lo Stato), § 91 StGB (Istruzioni per commettere un grave atto di violenza che mette in pericolo lo Stato), § 100a StGB (Falsità a scopo di tradimento della Patria), § 111 StGB (Pubblico incitamento a commettere reati), § 126 StGB (Turbativa della pace pubblica mediante la minaccia di reati), §§ 129-129b StGB (Formazione di associazioni criminali, Formazione di associazioni terroristiche, Associazioni criminali e terroristiche all’estero), § 130 StGB (Istigazione all’odio), § 131 StGB (Apologia della violenza), § 140 StGB (Remunerazione ed apologia di reati), § 166 StGB (Vilipendio di culti, comunità religiose e associazioni ideologiche), § 184b StGB.V.m. § 184d StGB (Distribuzione, acquisizione e possesso di scritti pedopornografici in relazione alla messa a disposizione di contenuti pornografici per mezzo di trasmissioni radiotelevisive o telematiche), §§ 185-187 StGB (Ingiuria, Diffamazione, Menzogna diffamatoria), § 201a StGB (Violazione della sfera intima e dei diritti della personalità attraverso ripresa di immagini), § 241 StGB (Minaccia) o § 269 StGB (Falsificazione di dati probatori).

deve essere custodito a fini probatori e conservato per un periodo di dieci settimane. Infine, il fornitore di servizi informatici deve informare senza indugio il reclamante (che non necessariamente coincide con la persona offesa dal contenuto) e l'utente (nel senso di autore del contenuto) di ogni decisione, di cui deve anche fornire una motivazione (§ 3 NetzDG).

La trasparenza è assicurata dall'obbligo del *provider* di pubblicare nel *Bundesanzeiger* e nella propria *homepage*, ogni sei mesi (quindi ad intervalli regolari), un rapporto in lingua tedesca sulla gestione dei reclami relativi a contenuti illeciti individuati nelle proprie piattaforme (§ 2 NetzDG). Se un fornitore viola i propri obblighi di gestione dei reclami e di notifica ai sensi dei §§ 2 e 3 NetzDG, "omettendo di istituire un sistema di gestione dei reclami, intenzionalmente o per negligenza, o istituendolo in modo inadeguato, non ponendo rimedio alle carenze organizzative o non rispettando i requisiti di legge per la gestione dei reclami per un periodo di tempo non trascurabile"<sup>39</sup>, si configura un illecito amministrativo, punito con una sanzione pecuniaria fino a cinquecentomila euro, in casi eccezionali fino a 5 milioni di euro (§ 4 NetzDG). Grazie ad un richiamo al § 30, comma 2, 3° periodo della Legge sull'illecito amministrativo (OWiG), contenuto nel § 4, comma 2 NetzDG, la sanzione pecuniaria massima è aumentata di dieci volte per le fattispecie previste dal NetzDG. Poiché gli operatori del settore sono di solito persone giuridiche, l'entità della sanzione è di fatto elevata fino a cinquanta milioni di euro. Apposite linee guida, emanate dalle autorità amministrative ai sensi del § 4, comma 4 NetzDG, dovrebbero garantire una maggiore trasparenza nella commisurazione della sanzione, che è correlata alle dimensioni del fornitore, al numero dei suoi utenti, come pure alle circostanze e alle conseguenze del fatto<sup>40</sup>. Ma tale espediente non è in grado di assolvere appieno questa funzione.

Infine, il NetzDG impone ai fornitori l'obbligo di nominare, a livello nazionale, un rappresentante autorizzato e un addetto al rilascio di informazioni per le richieste provenienti dalle autorità nazionali competenti per il perseguimento dei reati, indicando queste figure sulla propria piattaforma in modo facilmente riconoscibile e direttamente accessibile (§ 5 NetzDG). Anche questi obblighi sono soggetti a sanzioni pecuniarie.

<sup>39</sup> BT-Drucks. 18/12356, p. 12.

<sup>40</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/NetzDG\\_Bu%C3%9Fgeldleitlinien.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&cv=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/NetzDG_Bu%C3%9Fgeldleitlinien.pdf?__blob=publicationFile&cv=3)

#### 2.4. Autoregolamentazione regolata o censura autoregolamentata?

Con il NetzDG è stato introdotto un sistema di “*autoregolamentazione regolata*” (§ 3, comma 6 NetzDG), incentrato sull’istituzione di un organismo incaricato di verificare i contenuti online non manifestamente illeciti.

Ciò consente ai fornitori di servizi informatici, in caso di dubbia liceità di un contenuto, di delegare la decisione sulla sua cancellazione o blocco a tale organismo di verifica, ispirato al modello della autoregolamentazione regolata. Tuttavia, la decisione può essere delegata solo in singoli casi controversi, sempre che si tratti di contenuti “semplicemente” illeciti (cioè non “manifestamente” illeciti), e non sistematicamente. L’esercizio sistematico di questa facoltà si esporrebbe a sua volta a sanzioni pecuniarie.

Nella pratica, a fronte di un elevato numero di valutazioni da effettuare, i fornitori sono per lo più abbandonati a loro stessi. Per un verso, bisogna considerare che da anni essi esercitano, in tutto il pianeta, un controllo sui contenuti online, basandosi su *policy rules* e *community guidelines*<sup>41</sup>. Per altro verso, nel conflitto tra questo statuto digitale speciale, ma vigente su scala globale, e gli ordinamenti giuridici nazionali, è tuttora controverso quale disciplina debba prevalere<sup>42</sup>.

A causa dell’enorme pressione, del mutamento quotidiano della massa di contenuti digitali<sup>43</sup> e della minaccia di sanzioni di una certa entità, previste dal NetzDG, i fornitori di servizi informatici diventano censori contro la loro volontà. “Poiché l’illiceità dei contenuti di norma non è facilmente accertabile né è manifesta, ai fornitori di servizi informatici, in ultima istanza, non resta che la – pressoché incontrollata – rimozione dei contenuti medesimi”<sup>44</sup>. Il NetzDG costituisce sinora un incentivo ad agire in tal senso. Il timore è che, in caso di dubbio, vengano eliminati anche i contenuti leciti

---

<sup>41</sup> Le *policy rules* sono indipendenti dal diritto penale e possono andare oltre il diritto penale. Si vedano, ad esempio, le *policy rules* di Twitter sul comportamento alimentato dall’odio, inserite nei termini d’uso del servizio (TOS).

<sup>42</sup> MÜLLER-FRANKEN, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, cit., p. 9.

<sup>43</sup> Solo su YouTube, ogni minuto vengono caricate oltre 400 ore di contenuti video.

<sup>44</sup> Dichiarazione di Google al Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori sul progetto di legge per il miglioramento dell’applicazione della legge nei social network (NetzDG-E), p. 13, disponibile sul sito [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017\\_Stellungnahme\\_google\\_youtube\\_RefE\\_NetzDG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017_Stellungnahme_google_youtube_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

(c.d. “*overblocking*”)<sup>45</sup>. Il cittadino internauta è per ora impotente di fronte a questo effetto censorio collaterale, dal momento che il NetzDG ancora non prevede un divieto di cancellazione di contenuti leciti. L’Autorità federale per la giustizia (*Bundesamt für Justiz*, Bfj) accerta solo che i fornitori di servizi informatici abbiano cancellato un contenuto illecito o lo abbiano cancellato in tempo, ma non verifica se il contenuto è stato correttamente classificato come illecito. La facoltà di eliminare dei contenuti informativi, attraverso la loro cancellazione da un canale comunicativo pubblico, colloca i fornitori di servizi informatici in una posizione di concreta superiorità rispetto ai comuni cittadini internauti, nella quale s’intravede “una novella forma dell’inquisizione risalente alle prime fasi dell’epoca moderna”<sup>46</sup>.

Ma i *service provider* sono sottoposti anche a pressioni da parte degli autori, cioè dei fornitori di contenuti: il ripristino dei contenuti cancellati (procedura “*put-back*”) è stato già oggetto di diverse pronunce in sede civile<sup>47</sup>. L’utente si accolla il rischio iniziale legato alle spese del processo civile<sup>48</sup>, ma i *provider* sono a loro volta esposti al rischio di incorrere in responsabilità e di risarcire i danni.

### 3. *Compatibilità con i diritti fondamentali e umani*

Con l’entrata in vigore del NetzDG, vengono presi di mira, contemporaneamente, più diritti umani, appartenenti a vari attori dello spazio digitale. I cittadini internauti sono costretti a temere per la loro libertà di opinione, informazione ed espressione artistica, quando i fornitori di servizi informatici bloccano i loro siti *web* a livello locale o li cancellano a livello globale<sup>49</sup>. Il che, nella maggior parte dei casi e per la maggior parte delle

<sup>45</sup> SCHIFF, *Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen – Das NetzDG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts*, in *MMR* 6/2018, p. 369; v. anche CEFFINATO, *Zur Regulierung des Internet durch Strafrecht*, in *ZStW*, cit., p. 559. Schünemann, dal suo canto, vede giustamente la libertà di espressione in grave pericolo a causa di un *eccesso di blocco*: v. SCHÜNEMANN, *Gefährden Fake News die Demokratie*, cit., p. 629.

<sup>46</sup> SCHÜNEMANN, *Gefährden Fake News die Demokratie*, cit., p. 626.

<sup>47</sup> Cfr. ad es. OLG Oldenburg del 1.7.2019, 13 W 16/19.

<sup>48</sup> MÜLLER-FRANKEN, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, cit., 13.

<sup>49</sup> Nella cit. dichiarazione sul NetzDG-E, resa al Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori (p. 21), Google ha sottolineato che una cancellazione globale dei contenuti è una violazione del principio di territorialità e del principio di sovranità dello Stato ai sensi del diritto internazionale.

fattispecie, avviene senza aver prima ascoltato gli autori del *post* cancellato o il titolare dell'*account* bloccato, e senza aver messo a loro disposizione rimedi giuridici adeguati. Inoltre, ai *provider* vengono concesse numerose ingerenze nel diritto all'autodeterminazione informativa, attraverso obblighi di cancellazione, di archiviazione e a breve, se sarà necessario, anche di trasmissione di dati. Tali obblighi non incidono solo sulla posizione degli autori dei contenuti. Chi muove un reclamo nei confronti di un contenuto (senza necessariamente essere la persona offesa dallo stesso) deve anche temere per i suoi diritti personali e per la sua *privacy*, oltre che per il diritto di ottenere giustizia. I fornitori di servizi, a loro volta, devono preoccuparsi soprattutto per la loro libertà di esercizio della professione.

In ragione dell'elevato numero di diritti fondamentali toccati dal NetzDG e della moltitudine dei rispettivi titolari, in questa sede sarà possibile illustrare solo alcuni profili di maggiore interesse. Una disamina sommaria dovrebbe però bastare a dimostrare quanto sia complesso ponderare i diversi interessi coinvolti nella società digitale.

### 3.1. *Libertà di opinione*

Nell'ambito della tutela della libertà di espressione, protetta dall'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR)<sup>50</sup>, ricadono le *opinioni*, cioè le esternazioni caratterizzate dall'"elemento della presa di posizione e dall'esprimersi in favore di qualcosa"<sup>51</sup>. Non importa se tali esternazioni "si rivelano vere o false, se sono giustificate o infondate, emotive o razionali, valide o prive di valore, pericolose o innocue"<sup>52</sup>. Affermazioni corrosive, esagerate, polemiche, offensive e dannose<sup>53</sup> rientrano nel concetto di opinione, e quindi nell'ambito di tutela della libertà di espressione, così come le affermazioni colme d'odio, istigatorie e razziste ("*hate speech*"). Inoltre, le *dichiarazioni di fatto* rientrano nel perimetro della tutela, nella misura in cui possano costituire un presupposto per la formazione di opinioni. Tuttavia, le dichiarazioni di fatto deliberatamente false o

---

<sup>50</sup> Art. 19, comma 1 e comma 2 ICCPR. "1. Ogni individuo ha diritto a non essere molestato per le proprie opinioni. 2. Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta."

<sup>51</sup> BVerfG v. 27 agosto 2019 - 1 BvR 811/17.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> MÜLLER-FRANKEN, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, cit., p. 2.

dimostratesi tali, tra cui le c.d. *fake news*, non rientrano nella tutela, non potendo contribuire alla formazione di un'opinione, quale facoltà garantita dal sistema dei diritti umani<sup>54</sup>. Nel caso di dichiarazioni miste, che contengono componenti fattuali e valutative, onde preservare l'efficace tutela dei diritti umani, la dichiarazione deve "essere considerata nel suo complesso espressione di un'opinione, posto che altrimenti si correrebbe il pericolo di una sostanziale restrizione della libertà di opinione"<sup>55</sup>.

Se i contenuti diffusi in formato digitale dai media tradizionali (stampa e radiodiffusione) vengono classificati come illeciti, cancellati o bloccati, sono giocoforza colpiti anche i diritti fondamentali della libertà di stampa e di radiodiffusione. Lo stesso vale per la cancellazione o il blocco di dichiarazioni o immagini artistiche, come misure invasive della libertà di espressione artistica.

Tuttavia, i diritti umani sanciti dall'art. 19, commi 1 e 2 ICCPR non sono garantiti in modo incondizionato. Secondo il terzo comma dello stesso articolo, essi sono soggetti a determinate limitazioni, previste dalla legge, necessarie per il rispetto dei diritti o della reputazione altrui o per la tutela della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubbliche<sup>56</sup>. L'emanazione di una legge non è sufficiente ad integrare il requisito della previsione legislativa previsto dall'art. 19, comma 3 ICCPR: le restrizioni poste alla libertà di opinione devono essere anche sufficientemente chiare e prevedibili. Inoltre, il requisito della "necessità" implica un giudizio di proporzionalità di siffatte restrizioni, al fine di garantire che esse siano dirette ad un obiettivo specifico e non ledano irragionevolmente i diritti delle persone interessate. La conseguente ingerenza nei diritti di terzi deve essere limitata e giustificata alla luce dell'interesse che tale ingerenza mira a proteggere. Infine, le restrizioni devono essere lo strumento meno invasivo tra quelli astrattamente idonei a conseguire il risultato auspicato.

Il NetzDG è, senza dubbio, una "legge" ai sensi dell'art. 19, comma 3 ICCPR. Tuttavia, la limitazione della libertà di espressione dei cittadini internauti che da essa consegue non è sufficientemente chiara né prevedibile. Lo Stato delega ai *provider* il potere di decidere sull'applicazione di misure censorie, creando perciò una torre di guardia, privata, sulle opinioni<sup>57</sup>. Dei privati si vedono obbligati a decidere, sotto la minaccia di pesanti sanzioni e dentro un breve termine, se un contenuto *online* corrisponda o meno a

---

<sup>54</sup> BVerfG v. 27 agosto 2019 - 1 BvR 811/17.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Art. 19, comma 3 ICCPR.

<sup>57</sup> MÜLLER-FRANKEN, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, cit., p. 7.



uno dei reati elencati dall'art. 1, comma 3 NetzDG, e di conseguenza se cancellarlo o bloccarlo. Entro tempi di reazione assai rapidi, essi devono "effettuare un bilanciamento tra contenuti controversi e tutela della libertà di espressione"<sup>58</sup>, senza previa audizione dell'utente ed in mancanza di un controllo giudiziario. In tal modo, i fornitori di servizi informatici sono indotti ad assolvere una funzione di giustizia parallela di tipo privato. Si è al cospetto di una concreta minaccia per la libertà di espressione, di informazione e di espressione artistica.

Il problema dell'impiego di soggetti privati come sentinelle delle opinioni espresse in pubblico è acuito dal fatto che gli strumenti a disposizione dei *provider*, ai sensi del § 1, comma 3 NetzDG, lasciano molto a desiderare dal punto di vista della determinatezza. Numerose pronunce, aventi ad oggetto molte delle fattispecie comprese nel catalogo normativo di cui al NetzDG, dimostrano che delineare in via interpretativa i confini tra queste fattispecie e la libertà di opinione è operazione estremamente controversa. La prassi dimostra come espressioni normalmente ritenute volgari siano state in parte giudicate "per un pelo entro il limite di ciò che è ancora accettabile per gli interessati", e quindi ancora coperte dalla libertà di espressione<sup>59</sup>. Anche rispetto al § 130 StGB, alcune Procure sono state costrette ad avviare le indagini solo a seguito di una richiesta del Tribunale. Il che dimostra come neppure per l'autorità giudiziaria sia facile discernere i contenuti illeciti sui *social network*. Tanto più inopportuno appare delegare questo compito a soggetti privati.

### *3.2. Diritto allo sviluppo della personalità, in generale, e diritto all'autodeterminazione informativa, in particolare*

Se una persona lesa possa rivendicare una tutela contro la denigrazione subita attraverso un post in un *social network*, disponendo con ciò della rappresentazione della propria persona in pubblico, è questione connessa alla protezione, assicurata anche in diritto civile, del diritto generale allo

---

<sup>58</sup> Dichiarazione di Google Ireland Ltd. al Ministero Federale della Giustizia e della Tutela dei Consumatori sulla proposta di legge per combattere l'estremismo di destra e i crimini motivati dall'odio, p. 2, disponibile sul sito [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720\\_Stellungnahme\\_google\\_RefE\\_\\_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_google_RefE__Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (Ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

<sup>59</sup> Decisione dell'LG Berlin del 09.09.2019 - 27 AR 17/19.

sviluppo della personalità di cui all'art. 2, comma 1 (in combinato disposto con l'art. 1, comma 1) della Costituzione federale tedesca (*Grundgesetz*, GG). Questo diritto è diametralmente opposto alla libertà di espressione degli autori dei contenuti in rete, con il quale deve essere bilanciato.

Ma il trattamento dei dati personali richiesto dal NetzDG incide in vario modo anche sulla peculiare conformazione del diritto all'autodeterminazione informativa.

Con il NetzDG il legislatore delega i *provider* ad effettuare numerose incursioni nel diritto all'autodeterminazione informativa, richiedendo altresì l'archiviazione per settimane dei dati personali degli autori dei contenuti ed eventualmente anche dei denunciati e dei trasgressori. Né i contributi scritti o consistenti in immagini, né i relativi dati degli utenti e di traffico possono essere rimossi (o consensualmente conservati) a discrezione delle parti coinvolte. Il NetzDG specifica piuttosto quali dati, dove e come debbano essere memorizzati o cancellati. E ciò vale anche per le modifiche in cantiere del NetzDG e per gli obblighi di comunicazione e trasmissione che esse implicheranno<sup>60</sup>.

Anche in ragione dei notevoli margini interpretativi, che come detto caratterizzano la valutazione dei contenuti, si determina una situazione di incertezza per tutte le parti coinvolte, con erosione dei confini della sfera privata.

Nella sentenza sul censimento (*Volkszählungsurteil*)<sup>61</sup>, la Corte costituzionale federale ha formulato un assunto cruciale in merito al diritto alla tutela dei dati (sancito dagli artt. 1, comma 1 e 2, comma 1 GG), contribuendo, al tempo stesso, in maniera rilevante allo sviluppo della disciplina della protezione dei dati personali: "Un ordine sociale e un ordinamento giuridico che lo renda possibile, nei quali i cittadini non possano sapere chi sa qualcosa su di loro, che cosa, quando ed in quale occasione, non sarebbero compatibili con il diritto all'autodeterminazione informativa. Chi teme che i comportamenti alternativi possano essere notati in qualsiasi momento e costantemente memorizzati, utilizzati o trasmessi come informazione, proverà a non esporsi attraverso simili comportamenti. [...] Il che comprometterebbe non solo le possibilità di sviluppo dell'individuo, ma anche il bene comune, perché l'autodeterminazione è una condizione elementare per il funzionamento di una comunità democratica libera, basata sulla capacità dei suoi cittadini di agire e partecipare"<sup>62</sup>.

L'incertezza descritta nella sentenza della Corte costituzionale federale

---

<sup>60</sup> Su questo possibile - e molto invasivo - sviluppo si tornerà *infra* par. VI.

<sup>61</sup> BVerfG, sentenza del primo Senato del 15 dicembre 1983 - 1 BvR 209/83.

<sup>62</sup> BVerfG, sentenza del primo Senato del 15 dicembre 1983 - 1 BvR 209/83, comma 146.

non riguarda solo gli autori dei contenuti, che sono sempre meno in grado di osservare la lunga e duratura scia di dati gettata da un “posting”. Le persone lese e quanti siano intenzionati a muovere un reclamo potrebbero – in futuro, ma già ora – rifuggire dal contatto con i *social network*, se non potranno più essere sicuri del fatto che i loro dati personali rimarranno tra privati e non dovranno essere immagazzinati per consentirne l’accesso allo Stato o addirittura, in futuro, allo Stato anticipatamente rivelati.

### 3.3. Libertà della professione

Il diritto fondamentale alla libertà della professione, sancito dall’articolo 12 GG, garantisce a ciascuno la libertà di scegliere la propria occupazione e il proprio posto di lavoro, nonché la libertà di esercitare la propria professione<sup>63</sup>. L’ambito di tutela abbraccia l’intera attività professionale, compresa la scelta della forma in cui questa è concretamente esercitata. Titolari del diritto sono le persone fisiche e, ai sensi dell’articolo 19, comma 3 GG anche le persone giuridiche (nazionali ed europee)<sup>64</sup>, nella misura in cui esercitano “un’attività con fine di lucro che, per sua natura e conformazione, è egualmente accessibile a una persona giuridica come ad una persona fisica”<sup>65</sup>. I fornitori di servizi informatici rientrano quindi nell’ambito della tutela della libertà di professione.

Neanche la libertà di professione è priva di limiti. Ai sensi dell’articolo 12, comma 1, secondo periodo GG, *l’esercizio di una professione* può essere limitato in base alla legge e nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>66</sup>. Il § 3, comma 2 NetzDG obbliga i fornitori a cancellare o a bloccare entro determinati limiti di tempo i contenuti “manifestamente” illeciti e quelli senza altra specificazione “illeciti”. Quest’obbligo interferisce con la libertà professionale dei fornitori di servizi informatici, nella misura in cui incide sulla disciplina della loro attività professionale.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale federale, presupposti della legittimità costituzionale di un intervento di questo tipo sono il perseguimento di uno *scopo legittimo* ed il rispetto del

---

<sup>63</sup> GRÖPL, *Art. 12*, Rdnr. 15, in Gröpl, Windthorst, Coelln (Hrsg.), *StuKo GG*, 4° ed. 2020.

<sup>64</sup> Cfr., per l’estensione del diritto fondamentale alle persone giuridiche degli Stati membri dell’Unione Europea, BVerfGE 129, 78 (94 ss.).

<sup>65</sup> Giurisprudenza costante della Corte costituzionale federale: cfr. BVerfGE 50, 290 (363); BVerfGE 105, 252 (265).

<sup>66</sup> Giurisprudenza costante della Corte costituzionale federale: cfr. solo BVerfGE 135, 90 (111), con ulteriori riferimenti.

*principio di proporzionalità*.<sup>67</sup> Scopi del NetzDG sono la prevenzione dei rischi per la pubblica sicurezza e la promozione di un cambiamento nella cultura del dibattito in nome della lotta ai crimini d'odio e alle *fake news* nei *social network*. Sulla legittimità di tali scopi non possono sorgere dubbi.

Tuttavia, occorre chiedersi se il NetzDG sia anche un mezzo proporzionato al raggiungimento dei suoi (legittimi) scopi, se cioè sia adeguato, necessario e proporzionato in senso stretto. “Una regolamentazione giuridica è costituzionalmente *idonea*, già solo se l'obiettivo auspicato può essere promosso mediante il suo supporto, sì che è sufficiente la possibilità di raggiungere lo scopo”<sup>68</sup>. In tal senso, la cancellazione immediata (o il blocco) di contenuti manifestamente o *sic et simpliciter* illeciti, ai sensi dell'art. 3, comma 2 NetzDG è idonea ad eliminare disturbi alla sicurezza pubblica e a modificare la cultura del dibattito per combattere i crimini d'odio e le *fake news*.

Ma la limitazione della libertà professionale dei *provider* deve essere anche *necessaria*. Una limitazione è sempre necessaria, se non c'è un altro mezzo idoneo, più mite, in grado di conseguire l'obiettivo con pari o simile efficacia<sup>69</sup>. Quale mezzo più mite, nel nostro caso, potrebbe concepirsi un irrigidimento delle regole sociali della comunicazione (*policy rules*), stabilite dai *provider* stessi; inoltre, si potrebbe prospettare una combinazione di autoregolamentazione e controllo delle condotte in forma di “strategia cooperativa pubblico-privata”<sup>70</sup>, attuabile mediante provvedimenti di vigilanza ed in grado di garantire più ampi margini di manovra ai *provider*.

Il NetzDG non dovrebbe andare oltre quanto è necessario per il perseguimento dei suoi scopi, né eccedere gli scopi stessi<sup>71</sup>. Tuttavia, l'imposizione legislativa di obblighi di cancellazione e di blocco dei contenuti entro un breve termine dalla presentazione di un reclamo o dalla conoscenza del contenuto contestato, con le relative conseguenze sanzionatorie, conduce in molti casi alla rimozione (o al blocco) di contenuti leciti, dovuta all'assenza di una chiara definizione legale, comportando quindi notevoli

<sup>67</sup> LADEUR, GOSTOMZYK, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz -NetzDG) i.d.F. vom 16. Mai 2017 - BT-Drs. 18/12356 - Erstattet auf Ansuchen des bitkom*, 2017, p. 33, disponibile sul sito <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf> (ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

<sup>68</sup> Giurisprudenza costante della Corte costituzionale federale, cfr. BVerfGE 126, 112 (144).

<sup>69</sup> BVerfGE 80, 1 (30).

<sup>70</sup> Vedi LADEUR, GOSTOMZYK, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit*, cit., p. 58.

<sup>71</sup> Cfr. BVerfGE 79, 179 (198); BVerfGE 100, 226 (241); BVerfGE 110, 1 (28).

danni collaterali<sup>72</sup>. Ogni caso dubbio volge presumibilmente a scapito delle libertà di comunicazione<sup>73</sup>. Per tanto, gli obblighi di cui al § 3, comma 2 NetzDG vanno al di là di quanto è necessario al perseguimento degli obiettivi legislativi.

Infine, la disposizione di cui al § 3, comma 2 NetzDG è anche *sproporzionata in senso stretto*, in quanto impone un pesante onere ai fornitori di servizi informatici, soggetto a sanzione pecuniaria, senza distinguere in base alla gravità della lesione. Diviene lecito chiedersi se “anche affermazioni di esigua gravità, lette da pochissimi, debbano essere cancellate e perseguite con ingente sforzo [...]”<sup>74</sup>. La legge, insomma, non lascia tempo né spazio per un bilanciamento tra beni.

Il NetzDG interferisce così in modo sproporzionato con la libertà professionale dei fornitori di servizi informatici. La pressione esercitata nei loro confronti attraverso la minaccia di sanzioni legali, non solo viola la loro libertà professionale, ma li induce anche, indirettamente, a violare il diritto fondamentale alla libertà di espressione degli utenti, ossia dei loro clienti, attraverso giudizi sommari sulla liceità delle opinioni manifestate da costoro<sup>75</sup>.

#### 4. Legge per combattere l'estremismo di destra e i crimini d'odi

##### 4.1. Obiettivo

Il progetto di “Legge per combattere l'estremismo di destra e i crimini d'odio” (GBRH-E) del 18 febbraio 2020, approvato dal *Bundestag* tedesco il 18 giugno e dal *Bundesrat* il 3 luglio 2020, rappresenta un ulteriore stadio nella strategia di lotta all'odio, all'istigazione criminosa e alla diffusione di contenuti illeciti in internet, caratterizzato soprattutto della previsione di

---

<sup>72</sup> La bozza del NetzDG prevedeva inizialmente danni collaterali ancora maggiori: i fornitori di servizi IT dovevano essere obbligati - oltre alla cancellazione di contenuti discutibili - a cancellare anche tutte le “copie”. Per questo si sarebbero dovuti utilizzare potenti filtri e quindi potenti macchine di censura, che avrebbero eliminato tutti i contenuti identici senza considerare il rispettivo contesto. Si veda la dichiarazione di Google al Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori, cit., p. 22.

<sup>73</sup> Dichiarazione di Google al Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori, cit., p. 14.

<sup>74</sup> LADEUR, GOSTOMZYK, *Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit*, cit., p. 60 s.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 80.

ulteriori obblighi imposti ai fornitori di servizi informatici. La legge intende favorire una più intensa ed efficace persecuzione di tali fenomeni, sì da tutelare la quiete pubblica ed il libero svolgimento del discorso politico quale fondamento di una società democratica.

Nell'ottobre 2020, il Presidente della Repubblica federale ha sospeso la procedura di approvazione di questa legge, esprimendo dubbi sulla sua costituzionalità<sup>76</sup>. Secondo il Presidente, la legge conterrebbe delle disposizioni in contrasto con i principi riconosciuti dalla Corte Costituzionale federale in una pronuncia del 17 luglio 2020 (quindi pubblicata dopo l'approvazione del GBRH-E da parte del *Bundesrat*) in materia di telecomunicazioni. Al momento, il Governo federale sta apportando delle modifiche al testo, con l'intenzione di presentarle a breve al *Bundestag*.

#### 4.2. *Contenuti essenziali*

La legge prevede un inasprimento delle disposizioni del Codice penale (StGB-E), del Codice di procedura penale (StPO-E), della legge federale sulla registrazione dei cittadini (BMG-E), della legge sull'Ufficio federale di polizia giudiziaria (BKAG-E), della legge sui *media* telematici (TMG-E) e infine del NetzDG (NetzDG-E). Per esigenze di sintesi, sono di seguito illustrate in modo più dettagliato solo le modifiche al codice penale e al NetzDG.

##### a) *Modifiche al codice penale*

Il diritto penale subisce un notevole inasprimento per effetto dalla Legge per combattere l'estremismo di destra e i crimini d'odio, soprattutto mediante un ampliamento del catalogo dei reati e l'estensione della punibilità ad atti prodromici all'effettiva lesione di un bene giuridico.

Anzitutto, la legge estende la fattispecie di minaccia contenuta nel § 241 StGB. Finora, chi minacciava una persona di commettere un *crimine* (*Verbrechen*) contro di lei o contro una persona a lei vicina, era punito con la reclusione fino a un anno o con una multa. In futuro, saranno punibili anche minacce di realizzare fatti contro l'autodeterminazione sessuale, l'integrità fisica, la libertà personale o contro cose di valore significativo; di conseguenza, diverrà punibile anche la minaccia di commettere un *delitto* (*Vergehen*) contro il destinatario o una persona a lui vicina. La cornice

<sup>76</sup> Si veda Deutscher Bundestag, Drucksache 19/23867, vom 2.11.2020, in <https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/238/1923867.pdf> (Ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

editale sarà elevata fino a due anni, per la minaccia in rete, e fino a tre anni di reclusione in alternativa alla multa per la minaccia, effettuata in pubblico, di commettere un crimine<sup>77</sup>.

Vengono poi aumentate le pene per l'ingiuria ai sensi del § 185 StGB. Chiunque insulti pubblicamente gli altri in internet potrà, in futuro, essere punito con la reclusione fino a due anni, invece di un anno come in precedenza. Il reato di diffamazione e menzogna diffamatoria contro personaggi della vita politica, previsto dal § 188 StGB, si applicherà a tutti i livelli politici, e quindi anche ai politici locali, e sarà esteso anche alla protezione contro le ingiurie.

La fattispecie di remunerazione ed apologia di reati, punita dal § 140 StGB, sarà estesa sino a comprendere anche l'approvazione di *futuri* reati gravi, se idonei a turbare la pubblica quiete.

Il catalogo dei reati di disturbo della pubblica quiete e di minaccia di reato ai sensi del § 126 StGB includerà anche la minaccia di danni fisici *pericolosi* ai sensi del § 224 StGB, quindi un *delitto* (*Vergehen*), nonché la minaccia di gravi reati contro l'autodeterminazione sessuale.

Il reato di resistenza o di aggressione a persone che svolgono funzioni equiparate a quelle degli ufficiali di polizia, ai sensi del § 115 StGB, sarà esteso al personale del servizio medico di emergenza e del pronto soccorso.

Infine, ai criteri di commisurazione della pena di cui al § 46, comma 2 StGB – ai sensi del quale il giudice bilancia le circostanze favorevoli con quelle sfavorevoli del reo –, viene aggiunto, quale fattore aggravante, l'aver agito con motivazioni antisemite.

#### b) *Modifiche al NetzDG*

Il nucleo della legge per la lotta contro l'estremismo di destra e i crimini d'odio è l'introduzione di un obbligo di segnalazione a carico dei gestori di *social network* per *determinati reati*, compresi nel catalogo di cui al § 1, comma 3 NetzDG. È quanto prevede il § 3a del progetto di modifica del NetzDG (di seguito NetzDG-È).

In ottemperanza a tale obbligo di segnalazione, onde consentire il perseguimento di reati, i provider dovranno comunicare all'Ufficio federale

---

<sup>77</sup> OĞLAKCIOĞLU, „*Haters gonna hate (and law makers hopefully gonna make something else)*“ - *Einige Anmerkungen zum Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Hasskriminalität*, in *ZStW* 132, 2020, pp. 535 ss., p. 535 rileva a ragione criticamente: “[w]enn der Strafrahmen durch die Ausweitung der Bezugstaten ausgedehnt wird, hat dies [...] zu Folge, dass [...] erstmals die Bedrohung mit einer Straftat strafbar ist, deren Verwirklichung (!) denselben Strafrahmen aufweist (bspw. § 184i StGB)”.

di polizia criminale (BKA) quei contenuti oggetto di una denuncia nei loro confronti, che il *provider* abbia rimosso o dei quali abbia bloccato l'accesso, sempre che vi siano *indizi concreti* che il contenuto in questione sia suscettibile in una fattispecie inclusa nel § 3, comma 2 n. 3a del NetzDG-E e non sia giustificato (§ 3a comma 2 NetzDG-E). La comunicazione al BKA dovrà contenere il contenuto incriminato e, se disponibile, per consentire una più rapida identificazione degli autori, l'indirizzo IP, compreso il numero di porta che l'utente ha utilizzato nel condividere il contenuto con altri utenti o nel renderlo accessibile al pubblico (§ 3a, comma 4 NetzDG-E).

Il *provider* informa i suoi clienti della segnalazione 14 giorni dopo la comunicazione alla BKA. Entro i 14 giorni dalla segnalazione, la BKA può ordinare al *provider* di segretare le informazioni nei confronti dei clienti, in caso di pericolo per le indagini, per la vita, l'integrità fisica o la libertà di una persona o per valori patrimoniali di rilevante entità (§ 3a, comma 6 NetzDG-E). Nel caso in cui emetta tale ordine, la BKA è tenuta ad informare l'utente della segnalazione ricevuta, non appena ciò sia possibile senza pregiudizio per lo scopo dell'indagine (§ 3a, comma 6 NetzDG-E).

L'obbligo di segnalazione comprende la diffusione di materiale di propaganda e l'uso di simboli di organizzazioni anticostituzionali ai sensi dei §§ 86 e 86a StGB, la preparazione di un grave atto di violenza che metta in pericolo lo Stato, ai sensi dei §§ 89a e 91 StGB, la formazione e il sostegno di organizzazioni criminali e terroristiche ai sensi dei §§ 129, 129a e 129b StGB, l'istigazione all'odio e la rappresentazione della violenza ai sensi dei §§ 130, 131 StGB, nonché il disturbo della quiete pubblica mediante minaccia di commettere reati ai sensi del § 126 StGB, la ricompensa e l'apologia di reati ai sensi del § 140 StGB, la minaccia di commettere reati contro la vita, l'autodeterminazione sessuale, l'integrità fisica o la libertà personale, ai sensi del § 241 StGB, e la diffusione di materiale pedopornografico ai sensi del § 184b StGB. Non rientrano nell'obbligo di segnalazione l'ingiuria, la diffamazione e la menzogna diffamatoria. In futuro, tuttavia, i gestori di *social network* dovranno informare gli utenti su come e dove possono sporgere denuncia e, se necessario, una querela

#### 4.3. *Dubbi di costituzionalità e osservazioni critiche*

Gli obblighi di segnalazione dei fornitori di servizi informatici, connessi agli obblighi di cancellazione e di blocco, rappresentano un ulteriore sviluppo, altamente problematico, del sistema di *compliance*



delineato nel NetzDG.

In base all'obbligo di segnalazione, i responsabili devono essere perseguiti in modo mirato. A tal fine, i fornitori di servizi informatici devono stabilire quando sussistono *indizi concreti*, nell'accezione di *Anfangsverdacht* ("sospetto iniziale") tipica del diritto processuale penale, in relazione a determinate fattispecie penali. Questo obbligo proattivo di segnalazione, previsto dalla legge, trasforma i privati in "guardiani del meccanismo di sussunzione [dei contenuti] entro complesse fattispecie penali"<sup>78</sup>. La decisione iniziale su quale contenuto debba essere perseguito è rimessa a dei privati<sup>79</sup>: il che introduce una palese anomalia nel sistema, dal momento che perseguire i reati è prerogativa del potere sovrano. È dunque necessario opporsi ad un simile sviluppo, che tende ad accollare prerogative sovrane ad attori privati. Una possibile soluzione – se si vuole mantenere l'obbligo di segnalazione – potrebbe consistere nell'imporre ai fornitori di servizi informatici, in un primo momento, solo l'obbligo di trasmettere i contenuti presumibilmente illeciti, per poi comunicare all'autorità giudiziaria l'indirizzo IP, compreso il numero di porta, solo dopo che l'autorità abbia constatato la sussistenza di un *Anfangsverdacht*. Fino alla statuizione relativa all'*Anfangsverdacht*, i dati potrebbero essere conservati, e dunque protetti, in una procedura "*quick freeze*"<sup>80</sup>.

La prevista trasmissione in massa di contenuti, indirizzi IP e *password* da parte di privati alla BKA genererà un accumulo di dati di entità senza precedenti. Tale adempimento è per di più in contraddizione con l'obbligo dei fornitori di servizi informatici di garantire la sicurezza dei dati, sì che

<sup>78</sup> Dichiarazione dell'ordine degli avvocati tedeschi del Comitato di diritto penale sul progetto di legge per la lotta contro il crimine d'odio e l'estremismo di destra (gennaio 2020), p. 4, disponibile sul sito [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/012820\\_Stellungnahme\\_DAV\\_RefE\\_\\_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf;jsessionid=CE98DC499D8D882830A543AE6E1C40D4.2\\_cid289?\\_\\_blob=pubblicazioneFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/012820_Stellungnahme_DAV_RefE__Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf;jsessionid=CE98DC499D8D882830A543AE6E1C40D4.2_cid289?__blob=pubblicazioneFile&v=3) (ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

<sup>79</sup> Dichiarazione di bitkom del 17 gennaio 2020 sul progetto di legge per combattere i crimini motivati dall'odio e l'estremismo di destra p. 8, disponibile su [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720\\_Stellungnahme\\_Bitkom\\_RefE\\_\\_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf;jsessionid=CE98DC499D8D882830A543AE6E1C40D4.2\\_cid289?\\_\\_blob=pubblicazioneFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_Bitkom_RefE__Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf;jsessionid=CE98DC499D8D882830A543AE6E1C40D4.2_cid289?__blob=pubblicazioneFile&v=3) (ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

<sup>80</sup> Su questa proposta si veda il parere dell'Incaricato federale per la protezione dei dati e la libertà d'informazione sul progetto di legge contro l'estremismo di destra e i crimini motivati dall'odio del 26 febbraio 2020, p. 3, disponibile sul sito [file:///C:/Users/jr/AppData/Local/Temp/Stellungnahme\\_Gesetz\\_Bek%C3%A4mpfung\\_Hasskriminalit%C3%A4t.pdf](file:///C:/Users/jr/AppData/Local/Temp/Stellungnahme_Gesetz_Bek%C3%A4mpfung_Hasskriminalit%C3%A4t.pdf) (ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

conduce ad un conflitto di doveri<sup>81</sup>. La trasmissione dovrebbe avvenire in assenza di sufficienti meccanismi di controllo, ipotizzabili, ad esempio, in caso di un controllo giudiziario. La divulgazione delle password consentirà poi di effettuare facilmente “perquisizioni domiciliari online” da parte dei dipartimenti di polizia. Poco chiare sono anche le modalità di elaborazione, archiviazione e cancellazione di questa massa di dati presso la BKA, ed estremamente problematica è la segretezza – prevista dalla legge – della trasmissione di dati da parte di privati alla BKA<sup>82</sup>.

In sintesi, come affermato da un’importante associazione di categoria, la trasmissione proattiva di “dati personali costituisce un’ingerenza di vasta portata nel diritto fondamentale alla protezione dei dati e nel diritto fondamentale all’autodeterminazione informativa”<sup>83</sup>.

## 5. Conclusioni

Internet, come piattaforma di comunicazione globale, offre a ciascuno un’opportunità unica di “connettersi ovunque ed istantaneamente con miliardi di persone da tutto il mondo”<sup>84</sup>, richiamando su di sé l’attenzione. La stragrande maggioranza delle persone usa internet per scopi legittimi, ma ci sono anche dichiarazioni lesive dei diritti umani da parte di gruppi ed individui che diffondono odio, minacce, contenuti violenti, efferati, dannosi o pericolosi, allusioni violente o notizie false. I *tweet* di Donald Trump, che diffondevano disinformazione, *fake news* o notizie “alternative”, aizzando ed istigando all’odio, ne sono soltanto un esempio notorio.

Nondimeno, lo spazio digitale non è uno spazio libero dal diritto

<sup>81</sup> Dichiarazione di Google Ireland Ltd. al Ministero Federale della Giustizia e della Tutela dei Consumatori sulla proposta di legge per combattere l’estremismo di destra e i crimini motivati dall’odio, cit., p. 3.

<sup>82</sup> Dichiarazione dell’Associazione dell’industria di Internet (*Verband der Internetwirtschaft e.V.*) del 17 gennaio 2020 sul disegno di legge per la lotta all’estremismo di destra e ai crimini motivati dall’odio, p. 4, disponibile sul sito [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720\\_Stellungnahme\\_eco\\_RefE\\_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf;jsessionid=CE98DC499D8D8D882830A543AE6E1C40D4.2\\_cid289?\\_\\_blob=pubblicazioneFile&cv=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_eco_RefE_Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf;jsessionid=CE98DC499D8D8D882830A543AE6E1C40D4.2_cid289?__blob=pubblicazioneFile&cv=3) (ultimo accesso: 10 febbraio 2021).

<sup>83</sup> Dichiarazione di bitkom, cit., p. 10.

<sup>84</sup> Si veda la dichiarazione di Google al Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori, cit., p. 5.

o nel quale la pena risulti inapplicabile<sup>85</sup>. I contenuti illeciti devono essere contrastati con decisione, ma anche in modo adeguato. Già prima dell'entrata in vigore del NetzDG, i fornitori di servizi informatici erano obbligati, in qualità di *host provider*, a rimuovere i contenuti illeciti non appena ne fossero venuti a conoscenza, vale a dire senza colpevole ritardo<sup>86</sup>. Adesso il NetzDG affida in buona parte ai privati il compito di far rispettare la legge. Così facendo, lo Stato di diritto si sottrae alle proprie responsabilità e mette in conto massicce restrizioni alla libertà di comunicazione ed alla libertà professionale. “Eppure, proprio là dove la linea di demarcazione tra espressioni consentite e vietate non è chiara, e s'impone un'attenta ponderazione degli interessi costituzionali, la valutazione giuridica non dovrebbe essere compiuta da imprese private, ma essere riservata ai giudici [e con ciò allo Stato di diritto]<sup>87</sup>”. All'”*overblocking*” del NetzDG si aggiunge il pericolo di “*over reporting*”, che va anche a scapito della libertà di espressione.

Il NetzDG trasforma i *social network*, contro il loro volere, in sentinelle private della pubblica opinione. In futuro, inoltre, nel contesto del NetzDG – come già avvenuto nel settore della sorveglianza delle telecomunicazioni –, essi fungeranno da ausiliari delle forze dell'ordine. I clienti saranno incerti tra l'essere ancora e solo parte di un normale rapporto di utenza con il fornitore di servizi informatici, oppure già indagati nell'ambito di un procedimento obbligatoriamente attivato per iniziativa di quest'ultimo. Con l'eventuale eccezione dei reati procedibili a querela, alla lunga anche le persone offese potrebbero essere inconsapevoli del fatto che i loro dati sono oggetto di una memorizzazione a lungo termine, o addirittura sono già trasmigrati nella fase di indagini di un procedimento penale<sup>88</sup>.

Come visto in relazione al diritto all'autodeterminazione informativa, richiamando la sentenza della Corte costituzionale sul censimento, è proprio questa incertezza ad avere conseguenze negative per il bene comune.<sup>89</sup> Contenimento ed intimidazione sono effetti prospettabili non solo dal

---

<sup>85</sup> Per quanto riguarda l'applicazione della legge su Internet, si veda SIEBER, *Straftaten und Strafverfolgung im Internet. Sonderdruck aus: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Band 1 – Gutachten, München 2012, pp. C1–157.

<sup>86</sup> Cfr. art. 14 della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE e §10 TMG.

<sup>87</sup> Dichiarazione di Google al Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori, cit., p. 14.

<sup>88</sup> Lo si rileva, giustamente, nella relazione di Google Ireland Ltd al Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori sulla proposta di legge contro l'estremismo di destra e i crimini motivati dall'odio, cit., p. 29.

<sup>89</sup> *Supra* § III. 2.

punto di vista della protezione dei dati<sup>90</sup>; nella prospettiva della libertà di opinione, un analogo *chilling effect*, in forma di deferente autocensura preventiva, è un pericolo noto per una società democratica. Da questo punto di vista, le scelte effettuate dal legislatore tedesco per contrastare i contenuti illeciti nello spazio digitale paiono alquanto discutibili.

---

<sup>90</sup> Sul diritto penale della protezione dei dati personali, fondamentale NOLDE, *Datenschutzstrafrecht*, in: Böttger (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, 2. Aufl. 2015, pp. 1112–1173.



Mauro Ronco\*

*Quae utilitas in scientia juris?*

SOMMARIO: 1. Il rinnovamento degli studi su Beccaria – 2. L'interpretazione di Audegean – 3. L'utilità della scienza del diritto – 4. Il problema storiografico della ricezione di Beccaria da parte di Carmignani – 5. Rilegittimazione del sapere giuridico in Carmignani – 6. La legittimità della tradizione giuridica – 7. Conclusione.

1. *Il rinnovamento degli studi su Beccaria*

La ripresa degli studi storici e filosofici a riguardo del diritto penale, avvenuta in modo significativo in Italia a partire dalla fine degli anni '70 del secolo scorso, ha investito anche la figura di Cesare Beccaria, riproposto all'attenzione degli studiosi soprattutto dai filosofi del diritto Gianni Francioni e Philippe Audegean, che hanno restituito un volto parzialmente inedito di Beccaria, valido più come filosofo della politica ed epistemologo della scienza che come scrittore di cose penali<sup>1</sup>.

Il celebre testo *Dei Delitti e delle Pene* è stato ricostruito con acribia filologica esemplare nelle sue varie edizioni, con la riconsegna a Pietro Verri dei suoi giusti meriti nell'elaborazione e nella revisione del testo e con la purgazione delle interpolazioni apportatevi dal primo traduttore francese André Morellet allo scopo di renderlo più conforme agli interessi della cerchia degli autori illuministi che ruotavano intorno a Diderot, D'Alambert, Helvetius sotto lo sguardo vigile di Voltaire<sup>2</sup>.

\* Emerito di Diritto penale, Università di Padova.

<sup>1</sup> Si vedano in particolare gli studi di M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009 e di M.A. CATTANEO, *I principi dell'illuminismo giuridico penale, in I codici preunitari e il codice Zanardelli. Diritto penale dell'Ottocento*, a cura di S. VINCIGUERRA, CEDAM, Padova, 1993, pp. 1-37.

<sup>2</sup> Nel presente scritto è citato il testo italiano *Dei delitti e delle pene* stabilito da Gianni Francioni e pubblicato in C. BECCARIA, *Des délits et des peines – Dei delitti e delle pene, introduction, traduction et notes de Philippe Audegean, texte italien établi par Gianni Francioni*, ENS Editions, Lyon, 2009, pp. 136-296. Il nuovo testo si discosta in parte da

La contestualizzazione dell'opera di Beccaria nell'ambito del circolo milanese animato da Pietro Verri ha consentito di gettare luci sulla genealogia scientifica dell'autore de *Dei Delitti*, nonché sulle interpretazioni che dell'opera sono state compiute sin dall'apparizione del libro.

La prima tradizione interpretativa ha carattere prevalentemente politico e individua in Beccaria un esponente culturale che reca una ferita letale, tramite la denuncia dell'arbitrarietà delle pene e delle procedure penali, all'ordine politico dell'antico regime. L'iniziatore di questa tradizione è Voltaire, il quale, impegnato nelle battaglie giudiziarie già dal 1762 nel famoso caso dell'esecuzione di Jean Calas, fu il più importante veicolo della diffusione dello scritto *Dei Delitti e delle Pene* in Europa. In Beccaria trovò lo spunto per convincersi che la riforma del sistema penale fosse uno strumento fondamentale della lotta per “*écraser l'infame*” e riformare lo Stato di antico regime<sup>3</sup>.

La seconda tradizione ha carattere eminentemente filosofico e si propone lo scopo di fare del diritto penale uno strumento di utilità sociale. Lo sfondo filosofico è l'utilitarismo, che vuole estrarre dalle istanze giuridiche contenute nello scritto di Beccaria un orizzonte filosofico idoneo a fondare un sistema di diritto criminale efficace contro il delitto e utile per il benessere del maggior numero di individui, alla luce del fine delle pene

---

quello pubblicato sempre da Francioni nel volume I dell'*Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, a cura di L. Firpo, G. Francioni [BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Mediobanca, Milano, 1984, pp. 13-214], che era basato sulla quinta edizione del 1766 dell'opera (per le differenze tra i due testi v. G. FRANCONI, *Note sur l'établissement du texte italien*, in *Des délits et des peines*, cit., pp. 125-133). Il testo da ultimo stabilito è il risultato degli studi critici e filologici di Gianni Francioni sul processo di trasformazione dell'opera di Beccaria: il primo manoscritto, redatto tra il marzo 1763 e il gennaio 1764, subì una prima profonda revisione, nella struttura e nel contenuto, ad opera di Pietro Verri nello stesso 1764 e fu pubblicato anonimo, senza indicazione di luogo e di editore, nel luglio 1764; a fine novembre 1764 fu pubblicata una edizione pirata con la falsa indicazione di Monaco come luogo di edizione, ma stampata a Firenze e presentata come la seconda edizione riveduta e corretta; la terza edizione, rivista, corretta e implementata, approvata da Beccaria, fu quindi pubblicata con la falsa indicazione di Losanna nel marzo 1765; la quarta edizione, pirata e stampata nel 1765, che riprendeva il contenuto della seconda edizione, fu pubblicata con la falsa indicazione di Monaco 1764; infine, la quinta e ultima edizione italiana dell'opera fu pubblicata nel marzo 1766.

<sup>3</sup> Cfr. VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines, par un avocat de province* (1766), tr. it. *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene*, a cura di Francioni, IBIS, Como-Pavia, 2016; sui rapporti tra Beccaria e Voltaire v. M.T. MAESTRO, *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*, Columbia University Press, New York, 1972, nonché M.L. LANZILLO, *Des Délits et des Peines. Beccaria et Voltaire entre politiques de réforme et théorie moderne de l'État*, in *Corpus. Revue de philosophie*, n. 62, *La peine de mort*, 2012, pp. 177-196.

delineato da Beccaria nel § XII, intitolato *Fine delle pene*: “Il fine dunque non è altro che d’impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali”<sup>4</sup>. Vanno prescelte, pertanto, quelle pene e quel metodo di inflizione che, “serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo”<sup>5</sup>.

La terza tradizione è inaugurata da Michel Foucault in *Surveiller et punir* pubblicato nel 1975 e anticipata nelle lezioni universitarie degli anni precedenti<sup>6</sup>. Egli ricostruisce, in forza della decostruzione metodica delle apparenze esteriori del discorso giuridico, il significato di oppressione implicita inerente al sistema penale imperniato sulla pena utile ed efficace, di cui Beccaria è stato in modo quasi paradigmatico esponente originale. Sotto questo sguardo il quadro umanitario si rovescia completamente. Alla denuncia generosa delle pene e delle procedure incivili è soggiacente – secondo Foucault – un retro-pensiero meno nobile e francamente strumentale. La pena non mira ormai più ad annientare il corpo del singolo condannato, bensì a distendere su tutto il corpo sociale una pervadente minaccia punitiva. Lo scopo è di sorvegliare, in modo indiretto tramite il timore della punizione, la società intera, non più di annientare violentemente qualche sparso malfattore. Lo scopo è di schiacciare, in modo ugualmente dispotico, l’immanente devianza sociale delle classi subordinate.

## 2. L’interpretazione di Audegean

Ciascuna delle tre tradizioni interpretative contiene aspetti di verità. L’opera di Beccaria si inserisce certamente all’interno del progetto politico coltivato dalla cerchia degli illuministi francesi riunita intorno a D’Alembert, Diderot, Helvetius, Voltaire; la sua opera è concettualmente imperniata sul principio di utilità all’interno di una tradizione filosofica nominalista che si nutre fin degli insegnamenti risalenti di Hobbes e di Hume; l’opera è oggettivamente funzionale al progetto borghese di sorvegliare le classi subalterne tramite la minaccia del male della pena e la sua applicazione a titolo di esempio utile a distogliere la sensibilità

<sup>4</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XII *Fine delle pene*, p. 178.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione (Surveiller et punir. Naissance de la prison, 1975)*, tr. it., Einaudi, Torino, 1976.



desiderante degli individui – soprattutto di quelli sforniti di mezzi economici stabili – di “usurparsi” la “porzione” di libertà degli altri<sup>7</sup>. Ciò allo scopo di “distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommersere nell’antico caos le leggi della società”<sup>8</sup>.

Audegean<sup>9</sup> si spinge però oltre nella ricerca della risposta al quesito circa le ragioni per le quali l’opera di Beccaria, diffondendosi rapidamente in tutta Europa, ha rappresentato una sorta di passaggio storico epocale. La risposta consueta che Beccaria, pur non avendo inventato alcunché di nuovo, avrebbe aperto la via al nuovo diritto penale grazie al “*bonheur d’écriture*”; all’“*esprit de synthèse et de clarté*”; al “*chaleur dans l’expression des idées*”; allo “*style plus ardent*” e all’“*argumentation plus reserrée*”<sup>10</sup> non soddisfa per nulla Audegean.

Egli ricerca perciò nelle parole stesse di Beccaria la risposta all’interrogativo. Nell’autoritratto disegnato a Morellet egli non soltanto tiene a identificarsi nel pensiero e nelle aspirazioni della cerchia degli enciclopedisti, ma soprattutto rivendica la novità del suo libro come “*le fruit d’une relecture des problèmes techniques du droit pénal au prisme de la culture littéraire et philosophique des Lumières européennes*”<sup>11</sup>. Beccaria intende sottolineare che la sua denuncia non si situa all’interno della cultura giuridica, “*mais vise la culture juridique dans son ensemble comme «idéologie» ou comme instrument*

<sup>7</sup> BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § I *Origine delle pene*, p. 146.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> P. AUDEGEAN, *Droit naturel et droit à la vie. Beccaria lecteur de Hobbes*, in *Diciottesimo secolo*, vol. 4, 2019, pp. 33-45; ID., *Introduction*, in *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, sous la direction de P. AUDEGEAN, C. DEL VENTO, P. MUSITELLI, ENS Editions, Lyon, 2017; ID., *Correggere e punire: Beccaria e la funzione rieducativa delle pene*, in *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del «Dei delitti e delle pene»*, a cura di V. Ferrone, G. Ricuperati, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 61-86; ID., *Critica della ragion penale. Beccaria e la filosofia*, in «DPC», 2016; ID., *Beccaria et la naissance de la prison*, in *L’Inscible. Revue de l’Institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, 5, *Prison et droits: visages de la peine*, 2015, pp. 47-68; ID., *L’ombre de Morellet. Les premières traductions françaises de Beccaria (1765-1822)*, in *Cesare Beccaria. La controverse pénale XVIIIe-XXIe siècle*, a cura di M. Porret, E. Salvi, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2015, pp. 119-132; ID., *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, cap. 2, pp. 71-92; ID., *Beccaria e la deterrenza penale. Calcoli di utilità e sentimenti morali*, in *Un fortunato libriccino. L’attualità di Cesare Beccaria*, a cura di R. Davies, P. Tincani, L’Ornitorinco, Milano, 2014, pp. 17-31; ID., *Genèse et signification des Délits et des Peines de Beccaria*, in *Arch. phil. droit*, 53, 2010, pp. 10-24; ID., *Il problema Beccaria*, in *Rivista storica italiana*, 2004, pp. 834-871.

<sup>10</sup> AUDEGEAN, *Introduction*, in *Le bonheur du plus grand nombre*, cit., p. 11.

<sup>11</sup> *Ibid.*, 12.

*d'un pouvoir despotique*"<sup>12</sup>.

Audegean colloca l'opera di Beccaria nell'ambito di una critica alla cultura giuridica<sup>13</sup>. Beccaria, tramite la denuncia delle aberrazioni rivelate dalle istituzioni criminali del suo tempo, mira in realtà a delegittimare radicalmente una forma determinata di sapere – il sapere giuridico – che aveva costituito la base del potere politico in Europa continentale e che costituiva ancora, soprattutto negli Stati dell'Europa che erano rimasti arretrati nello sviluppo economico giuridico e sociale, la rete delle relazioni del potere reale della società<sup>14</sup>.

Nell'ambito di un conflitto generazionale, i giovani ribelli riuniti intorno a Pietro Verri sposano la causa dell'assolutismo illuminato che il governo austriaco rappresenta meglio delle obsolete istituzioni autoctone, delegittimando il tradizionale sapere giuridico che giustificava la legittimità della classe nobiliare ancora egemone<sup>15</sup>. In questo quadro si comprendono perfettamente i passi più significativi dell'opera di Beccaria contro i saperi tradizionali del penalista e contro la stessa facoltà dei giudici di interpretare le leggi penali: "l'autorità di interpretare le leggi penali [non] può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori"<sup>16</sup>; il legittimo interprete della legge è soltanto il sovrano "depositario dell'attuale risultato della volontà di tutti"<sup>17</sup>, non il giudice, il cui ufficio consiste esclusivamente nell'accertare il fatto, secondo "un sillogismo perfetto"<sup>18</sup>. E infine: "Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge"<sup>19</sup>.

A questi principi teorici sul piano del diritto sostantivo fanno riscontro sul piano del processo la semplificazione dello statuto epistemologico del giudizio e la correlativa sostituzione della coscienza alla scienza come criterio del ben giudicare. Concetti espressi assertivamente nel § XIV *Dei delitti* ove Beccaria stima "ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> AUDEGEAN, *Critica della ragion penale*, cit., 2016.

<sup>14</sup> Sul tema di Beccaria "giurista" vedi anche L. GARLATI, *Beccaria giurista riluttante?*, in *Da Beccaria a Manzoni. La riflessione sulla giustizia a Milano: un laboratorio europeo*, a cura di G. Panizza, Silvana Editoriale, Milano, 2014, pp. 67-79.

<sup>15</sup> AUDEGEAN, *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, cit., p. 16.

<sup>16</sup> BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § IV *Interpretazione delle leggi*, pp. 152.

<sup>17</sup> BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § IV *Interpretazione delle leggi*, pp. 152.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

opinione”<sup>20</sup>. D’altra parte – incalza Beccaria – “dove le leggi siano chiare e precise, l’ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto”<sup>21</sup>. Allo scopo si richiede null’altro che “un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei, e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da’ suoi studj. Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza!”<sup>22</sup>.

Secondo la chiave fornita da Audegean l’opera di Beccaria si disvela qui nel suo significato profondo: sottrarre le basi del diritto penale al sapere giuridico allora dominante, “ossia a un sapere-potere, il cui metodo consisteva in una sofisticata ermeneutica e il cui oggetto era costituito dalla pluralità di fonti legislative, giurisprudenziali, dottrinali e consuetudinarie che formavano il complesso multiverso del diritto d’antico regime”<sup>23</sup>. Il nuovo diritto penale avrebbe dovuto ridursi a una sola parte, la legge, stabilita dalla volontà del sovrano, e sottratta all’interpretazione del giudice. I giureconsulti avrebbero dovuto essere spogliati di ogni autorità. Né il diritto naturale, né il diritto consuetudinario avrebbero potuto scalfire l’irrefragabilità del *dictum* della legge. In definitiva “Beccaria non solo ridimensionava drasticamente il sapere giuridico ma, almeno per quanto riguarda il settore penale, trasformava il suo statuto epistemologico: da cultura delle eccezioni, arte della prudenza, il sapere del penalista doveva diventare pura e semplice conoscenza delle regole”<sup>24</sup>.

La cultura giuridica tradizionale sarebbe così divenuta inutile anche per il legislatore, il quale non avrebbe avuto il bisogno di conoscere le tradizioni interpretative, bensì la natura delle cose, soprattutto con riferimento alla natura dell’animo umano, la cui descrizione in chiave ontologicamente riduzionista emerge con tutta evidenza dalle pagine de *Dei Delitti e delle Pene*.

### 3. L’utilità della scienza del diritto

Se Beccaria – come sostiene Audegean – contesta vigorosamente l’utilità della scienza del diritto, e, in specie, del diritto penale, sembra

<sup>20</sup> BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XIV *Indizj, e forme di giudizj*, p. 184.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> AUDEGEAN, *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, cit., p. 19.

<sup>24</sup> *Ibid.*

opportuno approfondire se, ed eventualmente in che misura, questa lezione sia stata recepita dalla dottrina italiana che si inserisce a pieno titolo nel movimento di riforma del diritto penale a cavallo tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo.

Tra gli autori più significativi del periodo in questione la mia scelta in questo scritto cade su Giovanni Carmignani per più ragioni<sup>2526</sup>. Una prima è di carattere storico. Lo studioso pisano è scientificamente attivo già nell'ultima decade del XVIII secolo e partecipa attivamente al dibattito sulla riforma leopoldina del 1786. Si pone, quindi, al centro del periodo in cui l'astro di Beccaria risplende con maggior fulgore. In secondo luogo, Carmignani – come ha scritto Paolo Grossi – fu “la voce più intensa” di quella *koinè* scientifica toscana che, nei primi decenni dell'800, “possedeva un respiro autenticamente europeo”<sup>27</sup>. In terzo luogo, Carmignani non fu soltanto giureconsulto, professore e legislatore penale, ma anche filosofo del diritto penale, giacché coniugò sempre il tema della giustizia penale con il

<sup>25</sup> Mi limito a citare in questa sede, tra l'immensa produzione scientifica, le due opere principali di diritto penale: G. CARMIGNANI, *Elementa iuris criminalis*, I ed., Molini, Firenze, 1808, contenente solo la trattazione della parte generale, completata da un secondo volume nel 1814; tr. it. sulla V ed. latina di Pisa, *Elementi di diritto criminale*, I ed., Sanvito, Milano, 1863; ID., *Teoria delle leggi sulla sicurezza sociale*, 4 volumi, Nistri, Pisa, 1831-1832.

<sup>26</sup> Per una ricchissima informazione circa i vari aspetti degli interessi scientifici di Carmignani, v. il bellissimo libro, M. MONTORZI, *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale contemporaneo*, ETS, Pisa, 2003; in particolare v. M. MONTORZI, *Presentazione*, al volume citato, XIII-XXV; ID. *Carmignani, Giovanni*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 451-453; A. MAZZACANE, *Giovanni Carmignani: un profilo intellettuale*, in *Giovanni Carmignani*, cit., pp. 1-10; M.P. GERI, *Il magistero di un criminalista di foro. Giovanni Carmignani «avvocato professore di Leggi»*, ETS, Pisa, 2016; F. COLAO, *Un codice per Carmignani tra «scienza della legislazione» e «dominio della giurisprudenza»*, in *Giovanni Carmignani*, cit., pp. 57-79; M. DA PASSANO, *Note su Carmignani e Carrara*, *ivi*, pp. 81-92; sugli aspetti giuridici di diritto sostanziale G. DE FRANCESCO, *Tra leggi e codice: codificazione e decodificazione del diritto alla luce dei presupposti culturali e teorico scientifici dei rappresentanti del «classicismo» penale*, *ivi*, pp. 93-107; A. MARTINI, *La riflessione sulla pena di Giovanni Carmignani*, *ivi*, pp. 361-371; T. PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, *ivi*, pp. 383-389; per l'inquadramento storico v. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., t. I, pp. 493-590, in particolare pp. 497-498; per un inquadramento storico v. P. COMANDUCCI, *Alle origini del diritto penale liberale: Carmignani e la pena di morte*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, a cura di S. VINCIGUERRA, CEDAM, Padova, 1993, p. 76; ID., *La scuola criminalista pisana tra Sette e Ottocento*, in *La «Leopoldina». Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, 10, *Illuminismo e dottrine penali*, a cura di L. Berlinguer, F. Colao, Giuffrè, Milano, 1990, p. 257.

<sup>27</sup> P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 7.

tema della legittimazione del potere politico, inserendo il diritto penale nel quadro completo del diritto pubblico.

Vero filosofo perché studiò i fondamenti dell'imputazione alla luce dei principi dell'antropologia consegnatagli da una tradizione ininterrotta, che prende inizio dalla metafisica della scolastica tomistica, incontra lo storicismo trascendentale di Giambattista Vico<sup>28</sup> e approda al razionalismo teistico di Antonio Genovesi, di Jacopo Stellini e di Giuseppe Lampredi. Egli fu vero filosofo perché studiò i fondamenti della pena alla luce del c.d. "principio politico", cioè dell'inserirsi del tema penale all'interno dell'esigenza che la società costituisca il luogo naturale e conveniente per l'incivilimento degli uomini naturalmente vocati per intrinseca inclinazione del loro essere alla vita sociale<sup>29</sup>.

Egli fu vero giurista perché fece oggetto della sua applicazione di studioso non tanto e non soltanto il diritto legislativo – e neppure l'astratto diritto naturale che i giusnaturalisti laici volevano tradurre in leggi direttamente dalla speculazione razionale – bensì soprattutto il diritto giurisprudenziale, ovvero il diritto come concretamente si presenta nel complesso passaggio che va dall'imputazione mossa dall'accusatore pubblico all'imputato fino al suo vaglio da parte del giudice per il ministero della prova fino all'applicazione della pena nella sofferenza dell'esecuzione.

Egli fu vero filosofo del diritto penale, soprattutto, perché non studiò separatamente il diritto, come dovrebbe essere – il diritto come vagheggiato dai filosofi illuministi - da un lato e, dall'altro, il diritto positivo – il diritto come è scritto nelle tavole della legge. Egli seppe congiungere il diritto come deve essere al diritto come è tramite quella sapienza rara che non mette in contrasto tra loro filosofia e filologia, cioè diritto ideale e diritto positivo, ma li congiunge nella permanente ricerca della soluzione razionalmente giusta per il caso concreto. Il diritto positivo contiene le tracce di vero, insieme alle tracce della fallacia e dell'errore, in un miscuglio che ciascuna società ha tratto in relazione al suo grado di civilizzazione. Le tracce di vero, fissate nella filologia dall'autorità dei

<sup>28</sup> Il debito di Carmignani verso Vico è stato scarsamente approfondito. Per rendersi conto della sua importanza è sufficiente esaminare a fondo l'intero libro VI del volume quarto della *Storia della origine e de' progressi della filosofia del diritto*, Giusti, Lucca, 1851, in cui egli con grande acume intellettuale esamina la filosofia del diritto di Kant insieme con quella di Vico, dimostrando la rigorosa razionalità del secondo a fronte dell'oscurità dell'idealismo trascendentale del primo (cit., pp. 40-82). Non mancano tuttavia nella dottrina riferimenti all'influenza di Vico: cfr. MONTORZI, *Presentazione*, cit.; ID., *Giovanni Carmignani: vichismo e ideologie nella cultura giuridica toscana*, in ID., *Crepuscoli granducali. Incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, ETS, Pisa, 2006, pp. 189-202; pp. 194-195, pp. 198-199.

<sup>29</sup> Notevoli sono l'estensione e la profondità dei suoi scritti di filosofia del diritto: CARMIGNANI, *Storia della origine e de' progressi della filosofia del diritto*, cit.

legislatori, vanno purificate dalla filosofia, che ricerca gli eterni veri da cui derivano i principi della giustizia che devono reggere le umane vicende storiche. Il tutto secondo un processo che intesse tra loro il polo dell'utilità con il polo della giustizia in un dinamismo che parte dall'occasione di utilità alla regola che ordina in virtù del vero il contrasto tra le utilità particolari.

Lo stretto intrecciarsi della filosofia con la filologia è la ragione autentica dell'essere stato Carmignani il filosofo per eccellenza del diritto penale. Per lui la norma positiva – che è il precipitato di una utilità politica assunta come rilevante dal potere politico – non è astrattamente dispreziata, ma studiata nella sua contingenza affinché si renda latrice della giustizia che è immanente come *vis veri* nell'animo umano. Più esattamente, non è tanto la norma positiva il punto di partenza dell'esperienza giuridica, quanto piuttosto la *res* oggetto della legge, che occorre investigare nella sua reale portata tramite le varie sfaccettature dell'ermeneutica giudiziale. Il principio politico – l'*utilitas* – ha una sua sfera di azione, non libera o autonoma, tanto meno arbitraria, purché sia sempre controllata dai principi della giustizia, che il principio politico non può scalfire a pena di cadere in una intrinseca irrazionalità. Questo vale per entrambi i settori – quello dell'imputazione e quello della pena – in cui si bipartisce la scienza del diritto penale<sup>30 31</sup>.

<sup>30</sup> PADOVANI, *La teoria del reato in Giovanni Carmignani*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 382-389, il quale con la consueta acribia svolge un confronto tra la teoria del reato di Carmignani e di Carrara, osservando che mentre Carrara è dotato “di una forte e penetrante capacità selettiva nel determinare ciò che deve (e quindi può anche) e ciò che non deve (e perciò non può essere reato) a prescindere dagli atteggiamenti del legislatore storico”, Carmignani “non chiama il legislatore a nessuna scuola, perché elabora, con un solido impianto concettuale, una teoria descrittiva, che trae origine dal diritto positivo e in questo si sviluppa” (387). Il rilievo non dovrebbe però indurre all'inferenza che, mentre Carrara sarebbe un giusnaturalista, Carmignani sarebbe un positivista o, quantomeno, un pre-positivista. Le cose non stanno proprio in questi termini. Se Carrara potrebbe forse essere definito, pur con mille precisazioni, un giusnaturalista, Carmignani non potrebbe assolutamente essere definito un pre-positivista. Egli piuttosto potrebbe essere ricondotto a quella categoria di studiosi per i quali il diritto naturale vive nel diritto positivo; non è staccato da esso, poiché il diritto positivo ne contiene spesso una traccia. Se, invece, se ne distacca o lo nega, il diritto positivo diventa irrazionale e tracima nel non-diritto. La *vis veri* dell'interprete vede nella stessa legge ingiusta l'istanza di equità conculcata e corregge coi principi della giustizia le esagerazioni o gli eccessi del diritto politico. Questo diverso modo di porre i rapporti tra diritto naturale e diritto positivo si riscontra, per esempio, nella trattazione del delitto politico. Mentre Carrara si astiene con orrore dal superare questa soglia, Carmignani classifica anche le offese in cui consistono i delitti politici e, alla luce dei principi della società naturale – che non è il campo dell'hobbesiano *homo homini lupus*, ma neppure quello dell'angelismo fallace dei giusnaturalisti di ascendenza russoviana –, fornisce una sistemazione che riconduce la disciplina ai principi permanenti della giustizia.

<sup>31</sup> I tardi scopritori della colpevolezza normativa in area germanica all'inizio del '900 –

#### 4. Il problema storiografico della ricezione di Beccaria da parte di Carmignani

La ricezione che Carmignani fece di Beccaria costituisce pertanto un *test* prezioso per verificare se – ed eventualmente in che misura – Beccaria abbia contribuito alla formazione della scienza del diritto penale dell’800 in Italia.

Va detto anzitutto che Carmignani colma Beccaria di apprezzamenti estremamente positivi. Anzi, ne tesse ampiamente le lodi per il ruolo di riformatore che ha rivestito. Su questi presupposti Giovanni Chiodi, proponendo recentemente un confronto tra le garanzie processuali in Beccaria e in Carmignani, ha insistito sulle sintonie che sussistono tra i due Autori, anche se, al termine del suo lavoro, ne ha riconosciuto la notevole distanza concettuale. Secondo Chiodi: “[...] pure non rappresentando [Carmignani] un momento di totale e radicale rottura con il passato, tiene conto di diverse esigenze illuministe di modernizzazione e umanizzazione del processo”<sup>32</sup>. Senonché se non vanno disconosciute le sintonie, è però evidente che, mentre Beccaria compie un’opera distruttiva del diritto antico – in una logica che Audegean ha interpretato come di svalutazione del sapere giuridico –, il secondo ha iniziato l’impresa improba di ricostruire il diritto penale, sostantivo e processuale, ricollegandosi a quel sapere giuridico tradizionale che Beccaria aveva spregiato. Il punto cruciale non è l’arretramento o l’avanzamento di garanzie di Carmignani rispetto a Beccaria – sul punto, peraltro, Carmignani è molto più avanti di Beccaria –, quanto, invece, la radicale diversità di approccio concettuale all’esperienza del diritto penale.

Quanto alle lodi di Beccaria, ne dò in questa sede una piccola rassegna. Nella parte finale del capitolo XIV del primo libro della *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Carmignani, tracciando le linee di un’essenziale storia politica della legislazione criminale, afferma che spetta all’Italia “il vanto di aver gettati in un piccolo libro tutti i semi delle grandi scoperte, e delle grandi verità in questa materia”<sup>33</sup>. Replicando a due scrittori francesi dell’ultima

---

nonché i loro epigoni commentatori dell’art. 27 della Costituzione – possono rinvenire nelle pagine insuperate di Carmignani in ordine ai requisiti antropologici indispensabili per l’imputazione penale una serie luminosa di principi teorici e di direttive pratiche per l’erezione di un’imputazione pienamente personale e per il suo rispetto in sede di accertamento probatorio circa la sua fondatezza.

<sup>32</sup> G. CHIODI, *Le garanzie processuali di Beccaria e la penalistica italiana dell’Ottocento: il contributo di Giovanni Carmignani*, in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi, L. Garlati, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 43-84, in particolare p. 84.

<sup>33</sup> CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, I, cit., pp. 252-253.

fase illuministica – Pierre Louis de Lacroix e Jacques Pierre Brissot de Warville – che avevano descritto l'Italia come un paese coperto di tenebre *in criminalibus*, egli ascrive a Beccaria il merito di aver per primo espresso “gli originali, e profondi concetti sulla vera misura de’ delitti, e sulla loro classazione metodica”<sup>34</sup>, tanto che soltanto grazie a essi era stato possibile organizzare in una scienza le cognizioni relative al diritto criminale<sup>35 36</sup>.

Discutendo poi nel capitolo XVII del metodo che deve trovare utilizzo nel diritto penale e asserendo che non deve essere spregiato né il metodo sintetico né il metodo analitico, elogia con grande trasporto l’opera di Beccaria per avere essa “[...] riportato vittoria sugli errori, e su i pregiudizj, che la cieca forza da un lato, e la ignoranza, e la scienza dall’altro, venute infelicemente in questa materia a far lega tra loro, vi aveano accumulati sopra”<sup>37</sup>.

Carmignani matura la ricezione del pensiero di Beccaria in un quadro scientifico interno all’esperienza della legislazione e della giurisprudenza, spesso mitigatrice dell’asprezza delle leggi, da cui scaturiva evidente la necessità della riforma del diritto penale. Beccaria – secondo lo studioso pisano – avrebbe avuto il merito di disvelare senza appello la condizione di inciviltà di un sistema che aveva mantenuto l’arcaica commistione tra il delitto e il peccato; che aveva conservato la draconiana severità delle pene comminate dagli statuti delle Città e non aveva avuto il coraggio di allentare la rigidità delle procedure.

In una lettura storicistica dell’esperienza criminale egli rileva la discrasia tra lo stato di generale addolcimento dei costumi nella società e la permanenza di pene crudeli e di pratiche inumane nel diritto penale. Nate in tempi di ferro, esse non erano state sottoposte alla critica della ragione giuridica. L’odio contro il male del delitto si era riverberato indiscriminatamente nell’odio contro il delinquente tramite l’inflizione nei suoi riguardi di un male irrazionalmente sovrabbondante e privo di giustificazioni in termini di giustizia.

Nel volume IV della *Filosofia del diritto*, Carmignani dedica due paragrafi del capitolo II del Libro VIII all’opera di Beccaria<sup>38</sup>. L’ammirazione

<sup>34</sup> CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., p. 253.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in «RIDPP.», 1964, pp. 965-977 riconosce a Beccaria in principal modo il merito di aver dato inizio all’opera di classazione metodica dei delitti in funzione dell’oggetto di tutela e, dunque, di aver reso consapevoli i giuristi della necessità di una scienza del diritto penale.

<sup>37</sup> CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., pp. 327-328.

<sup>38</sup> CARMIGNANI, *Storia della origine e de’ progressi della filosofia del diritto*, cit., pp. 187-200.



è sincera. Egli chiude infatti le pagine dedicate al Milanese con una severa critica a Kant, che aveva vilipeso come sofismi i ragionamenti di Beccaria contro la pena di morte e ne aveva colto i motivi in un sentimento di affettata umanità<sup>39</sup>. Ripete più volte l'apprezzamento verso Beccaria per aver strappato al potere: “con mano ardita e benefica, e col duplice aiuto della ragione e del senso morale ... l'arme sua più terribile e di più irreparabile effetto, la pena di morte”<sup>40</sup>.

Tuttavia, non sono poche le riserve sulla plausibilità scientifica di alcune parti dell'opera. La prima critica concerne la mancata valorizzazione del lavoro dei giureconsulti allo scopo di raffrenare e mitigare la durezza delle leggi: “I giureconsulti non meritavano di formar l'ombra che rendesse più viva la luce che il marchese di Beccaria si proponeva di far spuntare dalle pagine dell'aureo suo libro. I legislatori, e non i giureconsulti, dovevano essere da lui citati a formarla”<sup>41</sup>. Una seconda critica concerne l'inadeguatezza della ricerca razionale di Beccaria circa l'origine e il titolo del diritto di punire. Carmignani denuncia che Beccaria abbia scelto “la via più breve, considerando il potere sovrano come il complesso de' diritti che gli uomini, passando dallo stato estrasociale al sociale, avevano ceduti per la comune utilità”<sup>42</sup>. La fallacia del ragionamento – secondo Carmignani – è evidente per la sua intrinseca contraddittorietà: la sua adozione infatti condurrebbe a “dichiarare illegittima qualunque specie di pena”<sup>43</sup>. La ragione, in cui sta la sede dei diritti originari dell'uomo, li “dichiara tutti inalienabili, e però non cessabili”<sup>44</sup>. Come l'uomo non può cedere il diritto a ucciderlo, poiché

<sup>39</sup> I. KANT, *Die Metaphisik der Sitten*, Königsberg, 1797, tr. It., *Metafisica dei costumi*, a cura di G. Landolfi Petrone, Bompiani, Milano, 2006, pp. 278-281: “*Hingegen hat nun der Marchese Beccaria aus theilnehmender Empfindlei einer affectirten Humanität (compassibilitas) seine Behauptung der Unrechtmäßigkeit aller Todesstrafe aufgestellt: weil sie im ursprünglichen bürgerlichen Verträge nicht enthalten sein könnte; denn da hätte jeder im Volk einwilligen müssen, sein Leben zu verlieren, wenn er etwa einen Anderen (im Volk) ermordete; diese Einwilligung aber sei unmöglich, weil Niemand über sein Leben disponiren könne. Alles Sophisterei und Rechtsverdrehung*” (“Al contrario il marchese Beccaria, muovendo da un sentimento compassionevole di affettata umanità (*compassibilitas*), ha affermato l'illegittimità di qualsiasi condanna a morte, perché essa non potrebbe essere contemplata nel contratto civile originario, altrimenti ognuno nel popolo avrebbe dovuto dare il proprio consenso a perdere la vita se avesse ucciso un altro (nel popolo), ma questo consenso non sarebbe possibile, perché nessuno può disporre della propria vita. Tutti sofismi e cavilli giuridici”).

<sup>40</sup> CARMIGNANI, *Storia della origine*, cit., IV, pp. 195, 197 e ss.

<sup>41</sup> CARMIGNANI, *Storia della origine*, cit., IV, pp. 189-190.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

non ha il diritto di uccidersi, così neppure può cedere il diritto a lasciarsi tormentare nella sua sensibilità o a essere danneggiato o a essere leso nel suo onore, “non avendo il diritto di arrecare a se stesso simili mali”<sup>45</sup>. Questa seconda critica è cruciale. Spiega in qualche modo la distanza concettuale tra i due autori, poiché concerne il rapporto nell’ordine delle essenze tra verità e libertà. La verità viene prima; sta a fondamento della seconda. I diritti, riconosciuti dalla ragione umana come raggi dell’eterna legge di Dio, vengono prima della libertà. Il diritto di punire non può venire dalla libertà, né dalla volontà del sovrano, né dalla volontà della moltitudine, né dalla volontà del singolo uomo, bensì dalla legge eterna dell’ordine creato da Dio.

### 5. Rilegittimazione del sapere giuridico in Carmignani

Con queste premesse si può tentare ora un approccio più analitico a riguardo della distanza che separa, sul piano filosofico e giuridico, Carmignani da Beccaria, dedicando attenzione particolare al tema relativo alla trasformazione dello statuto epistemologico che regge l’intero diritto penale, dalla fase sostantiva a quella concernente il processo in ordine all’accertamento della responsabilità giuridica dell’accusato. Il tema è fondativo. Il suo approfondimento consente di formulare un giudizio sulla ragionevolezza stessa delle tesi fondamentali di Beccaria in ordine al significato, alla portata e ai limiti del diritto penale nella società, tanto in quella del XVIII secolo quanto nella società di ogni tempo.

Beccaria premette nel § XIV (*Indizj, e forme di giudizj*) una breve trattazione del tema della prova e degli indizi. Pervenuto al risultato che la prova del delitto postula la certezza morale, che “non è che una probabilità, ma probabilità tale che è chiamata certezza, perché ogni uomo di buon senso vi acconsente necessariamente per una consuetudine nata dalla necessità di agire, ed anteriore a ogni speculazione”<sup>46</sup>, sostiene che “questa morale certezza di prove è più facile il sentirla che l’esattamente definirla”<sup>47</sup>. Da qui il corollario secondo cui la formula del miglior giudizio è “l’ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione”<sup>48</sup>.

In questa massima non è in questione soltanto il tema dei requisiti legali

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>46</sup> BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XIV *Indizj, e forme di giudizj*, p. 182.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>48</sup> *Ibid.*

della prova o della sua libertà, bensì il tema più radicale circa il primato epistemologico della ragione o del sentimento nel giudicare. Tema la cui soluzione Beccaria riconduce al sensismo gnoseologico di cui è debitore ai suoi maestri francesi: il giudizio certo proviene dai sensi sull'impulso che deriva dagli oggetti e non dal dettame della ragione. Per questo motivo le leggi debbono essere chiare ed evidenti; immediatamente comprensibili a un uomo di ordinaria sensibilità. Il *dictum* normativo non deve essere inquinato dal ragionamento del giudice. Se questi si dedica immediatamente all'esame del fatto, il cui accertamento risponde a quei criteri che danno il primato all'immediatezza sensibile, l'amministrazione della giustizia penale sarebbe più utile ed efficace. Se le leggi sono chiare – proclama Beccaria – al giudice non spetta “altro che di accertare un fatto”<sup>49</sup>. A questo scopo: “se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza ... non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovare rei, e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studj”<sup>50</sup>. La stiletta contro il giudice la cui attitudine sarebbe la volontà a tutti i costi di punire non è che l'orpello esteriore funzionale alla svalutazione completa del sapere tradizionale proprio dei giuristi. Ma la sostanza sta in ben altro, nel congedo dal concetto di giuridicità conosciuto e vissuto per generazioni<sup>51</sup>.

L'orientamento scientifico di Carmignani si colloca al polo opposto. Egli, combattendo le aberrazioni di un passato dai tratti oscuri, ma avvalendosi delle tradizioni intrise di razionalità dei giureconsulti, intende costruire una scienza del diritto penale che rispetti integralmente la dignità di ogni persona umana, raffrenando le prevaricazioni dispotiche del potere e riconducendo la legislazione e la giurisdizione al fondamento della giustizia e ai bisogni necessari della società civile, secondo il binomio, esposto da Giambattista Vico nel *De Universi juris fine uno*: “*Utilitas occasio, honestas est causa iuris et societatis humanae*”<sup>52</sup>.

La teorica di una giurisdizione penale secondo il “buon senso”, secondo il sentimento, che in modo più spedito sarebbe in grado di pervenire alla certezza morale circa la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato, conduce

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Sul problema del rapporto dialettico tra Beccaria e i giuristi italiani a lui successivi quanto al tema dell'interpretazione, v. per tutti A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde [1975]*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 225-253, nonché specificamente con riferimento a Carmignani, COLAO, *Un codice per Carmignani*, cit., pp. 69-78.

<sup>52</sup> G. VICO, *De Uno universi iuris principio et fine uno*, Caput XLVI, in *Opere giuridiche*, a cura di P. Cristofolini, Sansoni, Firenze, 1974, pp. 60-61.

alla delegittimazione del giudice di professione e alla sua sostituzione con un giudice non professionale tratto dalla platea dei comuni cittadini<sup>53</sup>. Delegittimata teoreticamente la dignità del sapere giuridico e privato il giudice del potere di interpretare la legge, il problema penale si concentra, per un verso, nella fissazione legislativa del catalogo dei delitti e delle pene e, per un altro verso, nella trasformazione dell'ordinamento giudiziario.

Carmignani tratta il tema del sapere giuridico in una prospettiva completamente diversa, aderendo con convinzione ai criteri della scienza giuridica tradizionale. Egli, anzitutto, seleziona i temi distinguendo il tipo di procedimento giudiziario ed esaminando il problema dei diritti del cittadino nell'integrale distendersi del procedimento, dal momento iniziale, quando è necessario assicurare all'indagato delle guarentigie per il suo giusto trattamento nella fase dell'investigazione, fino alla fase vera e propria del giudizio, in cui sono cruciali il rispetto del diritto di difesa e il principio della presunzione di innocenza<sup>54</sup>.

Prendendo poi in esame il *Jury*, pur non osteggiandolo pregiudizialmente, Carmignani osserva in primo luogo che "Ove esiste il *Jury* è inutile parlar di giurisprudenza"<sup>55</sup>. E continua, con rilievo acutissimo, che se il *Jury* fornisce delle prerogative "*politiche*"<sup>56</sup> al cittadino, non fornisce all'opposto "guarentigie critiche ... alla verità"<sup>57</sup>, né guarentigie "*giuridiche*"<sup>58</sup> all'accusato di un delitto. Egli non riconosce poi nel penale i pregi del *Jury* applicato alle materie civili, poiché in questo tipo di procedura spiccano la franchezza e la prontezza dispiegate dalle "due rivali forze dell'attore, e del reo"<sup>59</sup>. Nelle materie penali, invece, in cui sono in gioco l'onore, la libertà e la vita dell'uomo, occorre modestamente accontentarsi di stabilire, più che la verità assoluta, la verosimiglianza di ciò che è accaduto. Ma a ciò si perviene non "per una sola via"<sup>60</sup>, ma tramite più vie, assoggettando "gli atomi della

<sup>53</sup> Carmignani è molto critico a riguardo del c.d. intimo convincimento del giudice, anche se non è affatto sostenitore di un ritorno alle prove legali. Sul rapporto tra intimo convincimento e prove legali v. i classici studi di M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974; ID., *La teoria delle prove penali e il principio della "difesa sociale"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, pp. 419-445, con giudizi critici su Carmignani che non convincono.

<sup>54</sup> CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., pp. 232-256.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 258-259.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 259, corsivo nel testo originale.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 259, corsivo nel testo originale.

<sup>59</sup> CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., p. 260.

<sup>60</sup> *Ibid.*

questione penale a regole *scritte* fondate su i dati scientifici, che la esperienza, e l'analogia hanno potuto somministrare"<sup>61</sup>. E poi, con espressione direttamente critica degli asserti di Beccaria, egli conclude l'argomentazione sul rilievo che il metodo delle regole scritte che circoscrivono le modalità di acquisizione e i criteri di valutazione delle prove non hanno il vizio di abbandonare "la sorte dell'accusato alla privata opinione di chi dee giudicarlo, di qualunque più sacro nome ella intendesse ammantarsi o dell'onore, o della coscienza o del *sensu comune*"<sup>62</sup>.

Questo metodo, diretto a valutare ogni minimo aspetto che diminuisca la gravità dell'offesa, ogni circostanza che abbia reso meno dannosa la violazione della legge e, soprattutto, che sia volto a misurare accuratamente la distanza che separa la probabilità dalla certezza, è di natura essenzialmente giurisprudenziale, giacché è "tutto appoggiato alle analogie, che i casi una volta decisi somministrano come i più certi dati onde meglio decidere i nuovi che si presentano, e perciò obbligato a deferire all'autorità del passato come a guarentigia maggiore dell'avvenire"<sup>63</sup>.

Carmignani svolge, sempre nel primo libro della *Teoria delle leggi*, un'ampia trattazione del tema relativo al rapporto tra la scienza della legislazione penale e la giurisprudenza, pervenendo alla conclusione che tale rapporto deve essere il più stretto e il più fecondo possibile. Lo spirito della legislazione penale, soprattutto quando essa intenda consolidarsi in codici, rischia sempre di oscillare "tra la barbarie, e la civiltà: tra il dispotismo, e la giustizia: tra la ignoranza, e la scienza: tra i pregiudizj inerenti alla natura umana e gl'imparziali calcoli della ragione"<sup>64</sup>.

Gli oggetti della legge penale, apparentemente semplici poiché sembra "facilissimo ... conoscere un'azione malvagia, e punirla"<sup>65</sup>, postulano, proprio per la loro apparente facilità rispetto alle più articolate e complesse leggi civili, che la giurisprudenza resista al principio politico ispiratore della legge penale esorbitante o addirittura sanguinaria e crudele, opponendo sempre "alla credibilità della prova il pericolo dell'errore"<sup>66</sup>.

Carmignani si compiace di ricordare che la giurisprudenza toscana, anche prima della riforma del 1786, si era distinta per aver resistito alla

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 261, corsivo nel testo originale.

<sup>62</sup> *Ibid.*, corsivi nel testo originale.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 262. Carmignani racconta due interessanti casi, uno riportato da Aulus Gellius nelle *Noct. Act lib. 14* cap. 2 e l'altro in un caso giudicato dal Parlamento di Digione e dal Parlamento di Parigi in modo difforme.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 273.

tentazione che nel giudizio prevaricasse il principio politico, preferendo adottare il “principio critico, ed equo di negar piena fede alla prova indiziaria”<sup>67</sup>, imponendo nell’investigazione di raccogliere analiticamente le prove di fatto relative al delitto denunziato; lasciando alla difesa una “libertà illimitata”<sup>68</sup>, “senza che la prerogativa pomposa d’un pubblico accusatore ne screditasse al suo confronto la umile condizione”<sup>69</sup>: ebbene, tutte queste attitudini della giurisprudenza hanno avuto secondo Carmignani il grande merito di infondere nell’ufficio del giudicare “quello scetticismo salutare”<sup>70</sup>, che è tanto più prezioso quanto più difficile è penetrare nell’animo degli uomini, affinché l’applicazione della legge sia orientata nell’esame del fatto contro la presunzione della pena e apprezzi la possibile ricorrenza nel fatto delle circostanze che rendono meno acerba la pena eventualmente irrogata<sup>71</sup>.

Carmignani considera la giurisprudenza essenziale altresì nella fase della formazione della legislazione, perché questa ricava dalla giurisprudenza gli elementi necessari per la corretta classazione dei delitti e delle loro circostanze. Lo stesso è a dirsi per la fase del giudizio, perché è dalle somiglianze e dalle analogie – nonché dalle dissomiglianze e dalle differenze - che il giudice può ricavare i motivi per l’equa applicazione della pena, mitigando il rigore della legge.

## 6. *La legittimità della tradizione giuridica*

Contro la delegittimazione della forma giuridica del sapere, che costituisce il nucleo filosofico del pensiero di Beccaria, Carmignani rivendica, teoreticamente, storicamente e praticamente, la legittimità della tradizione giuridica che si esprime nella sapienza dei giureconsulti ben più e meglio che nelle formule della legge, troppo spesso vittima del principio politico, cioè dell’ansia di punire, nonché dell’accanimento punitivo di legislatori ispirati al principio dispotico.

Il principio dispotico, peraltro – incalza Carmignani –, è sempre risorgente, nonostante le declamazioni dei filosofi, come si può ricavare dall’esperienza del dominio spietato esercitato dalla classe politica che

<sup>67</sup> CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., p. 274.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>71</sup> *Ibid.*

gestì la Rivoluzione francese, non soltanto nel periodo del Terrore, ma ben oltre, ivi compresa la fase napoleonica, soprattutto con le crudeli esecuzioni nelle operazioni militari. Contro il dispotismo della lettera della legge il sapere giuridico dei giureconsulti è l'argine che trattiene il perpetrarsi dell'ingiustizia. Carmignani è tanto convinto del legame vitale tra legislazione e giurisprudenza e tanto avverso alla svalutazione del sapere tradizionale che, verso il termine del libro primo della *Teoria*, muove una critica non lieve diretta proprio a Beccaria, osservando che "il disprezzo, col quale gli scrittori filosofi, non escluso il Beccaria, affettarono di parlare de' criminalisti forensi, altro titolo, ed altro motivo non ebbe che il non aver lette le opere loro, e averne giudicato dalle sanguinose tracce, che dietro a se lasciava una legge feroce, la quale ad essi doveva non la sua origine, ma la sua pratica salutare mitigazione"<sup>72</sup>.

La motivazione scritta della sentenza, inoltre, è garanzia della giustizia del giudicato. Invero: "i ragionati motivi del giudicato sono destinati ad essere i monumenti durevoli della perizia, o imperizia: della giustizia, o ingiustizia di chi gli proferì: ove ogni passo, che il giudice inoltra verso la decisione è posto in fallo se non ha l'autorità della legge, che lo sostenga: sicché altra forza per assolvere o condannar non vi sia se non quella, che l'autorità della legge converte in diritto, l'indole della scritta parola ingiunge obblighi più rigorosi, e difficili che non quella della pronunziata"<sup>73</sup>.

L'argomentazione conclusiva, che conferisce piena legittimità al sapere giuridico, come sapere intellettuale, contro il sentimento e la privata opinione, è implacabile. Soltanto l'abitudine alla scienza è guarentigia della giustizia delle pronunce che il giudice deve pronunciare per legge. Il metodo giudiziario tradizionale, che passa dall'analisi dei fatti sottoponendoli al diritto secondo un giudizio di utilizzabilità processuale al confronto delle singole specificazioni della norma con riferimento alla molteplicità degli oggetti penali – l'azione dell'accusato e le sue varie modalità in relazione all'offesa provocata – tende a far del giudice un soggetto impegnato esclusivamente alla ricerca della verità sul piano intellettuale: "Sicché nè il suo modo di sentire, nè le sue private opinioni esercitino alcuna influenza nelle sue decisioni"<sup>74</sup>.

Nel quarto volume della *Teoria delle leggi* Carmignani affronta in modo mirabile una serie di temi eminentemente processuali, distinguendo con acribia le caratteristiche del giudizio rispettivamente accusatorio e

<sup>72</sup> CARMIGNANI, *Teoria*, I, cit., p. 293.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 297-298.

<sup>74</sup> *Ibid.*

inquisitorio e le diverse modalità di formazione della prova secondo il metodo analitico o sintetico e argomentando che la riconduzione del processo alle regole del diritto scritto è la via che meglio garantisce l'accusato perché meno lo espone al rischio dell'errore giudiziario in suo danno.

Tralascio vari temi importanti al fine di attirare subito l'attenzione su due argomenti che mostrano la fallacia di Beccaria in ordine ai suoi due capisaldi della separazione del giudizio di fatto da quello sulla legge e del giudizio di coscienza (*rectius*: di senso), che sarebbe migliore e più garantistico del giudizio pronunciato secondo la scienza.

Primo punto: il giudizio sul fatto mai è un giudizio sul semplice fatto, poiché sono le qualità del fatto che contano, “e queste qualità sono altrettanti oggetti di diritto perché in un fatto le qualità o vietate, o scusate, o tollerate tutte dipendono dalla legge”<sup>75</sup>. Onde è la legge “che dà tutta la importanza al fatto delittuoso, e il confronto del fatto colla legge è tutto giuridico”<sup>76</sup>. In questo passo spicca la grande sapienza del giureconsulto pisano, che travolge la separazione, tutta astratta – introdotta nella dottrina dell'imputazione dal criminalista germanico Daries, sulla scorta della filosofia di Pufendorf – tra la *quaestio facti* e la *quaestio juris*, alla cui stregua, dopo il *judicium de merito facti* e l'applicazione della legge al fatto, sopravverrebbe un secondo momento imputativo, concernente l'attribuzione del demerito alla condotta, l'*imputatio juris*, appunto<sup>77</sup>.

Il giudizio sul fatto – quello oggetto del giudizio penale – è il fatto nella sua integralità, considerato per l'intero tanto nella sua materialità quanto nella sua qualità. La distinzione è utile per segnare i passaggi metodologici che transitano dall'accertamento del *corpus delicti* – la materialità del fatto – al fatto umano oggetto di imputazione. Il giudizio sarebbe di fatto se esso riguardasse la sussistenza soltanto del *corpus*: “ma se il giudice qualifica il fatto come delitto dicendo essere l'imputato colpevole, la sua pronunzia non è altrimenti di fatto ma è in gran parte di *diritto*”<sup>78</sup>. Anche il giudice nel *Jury*, quando dice che un soggetto è colpevole ovvero è innocente, pronuncia un

<sup>75</sup> CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, IV, cit., p. 85.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> G. DARIES, *Institutiones Jurisprudentiae Universalis, Introductionis ad Jus Naturae et Gentium Pars Generalis*, § 211, Jena, 1740, “*Mibi videtur [...] quod hic actus – i.e. actus applicationis legis ad factum – imputationi iuris antecedit, et imputationis facti sequatur*”, *op. cit.* § 225 Scholium. Sul complesso tema v. J. HRUSCHKA, *Zur Interpretation von Pufendorfs Zurechnung – und Notstandslehre in der Rechtslehre der Aufklärung*, in M. BEETZ, G. CACCIATORE, *Die Hermeneutik in Zeitalter der Aufklärung*, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, 2000, pp. 181-195.

<sup>78</sup> CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, IV, cit., p. 86, corsivo nell'originale.



giudizio di diritto “perché ha dovuto prima di pronunziarlo confrontare le qualità del fatto colla legge la quale, per queste qualità da essa sola determinabili o ha vietato il fatto o lo ha scusato o lo ha tollerato o invece che delitto lo ha dichiarato un’azione lecita, o un delitto di diversa natura”<sup>79</sup>.

Beccaria separa improvvidamente – nell’ignoranza della struttura del giudizio giuridico – la *quaestio iuris*, che spetterebbe alla legge, dal giudizio di fatto, che spetterebbe al giudice. In realtà il giudizio è tutto di pertinenza del giudice: poiché ha per oggetto un fatto giuridico, non un evento della natura. Né si rende conto Beccaria che le nozioni di diritto sono necessarie a consacrare non soltanto la forza morale soggettiva del delitto – cioè il dolo, nelle sue varie forme, e la colpa, che sono qualità giuridiche dell’azione umana – ma anche l’efficienza causale dell’azione. Dice mirabilmente Carmignani: “L’azione causale non è meno difficile a percepirsi quando si voglia qualificare un fatto, e decidere se esso ne abbia il carattere. Le implicate ispezioni dell’aggirarsi l’agente in lecita o illecita cosa: dell’essersi o non essersi informato di quanto le leggi prescrivono relativamente all’atto, che egli assume: dell’aver potuto o non potuto prevedere tutti i più lontani e mediati effetti dell’atto lecito, ch’egli abbia assunto, sono tutte ispezioni di diritto, senza le quali il tentare la interpretazione del fatto sarebbe lo stesso che voler convertire in luce le tenebre”<sup>80</sup>.

Secondo punto: la prova tra la certezza giuridica e la certezza del sentimento. La prova è il cuore del processo penale: “termine medio tra la legge che fissa la qualità vietata d’un fatto umano, e il fatto di certo e determinato individuo ..., senza la quale vana sarebbe la legge...”<sup>81</sup>. La dissertazione di Carmignani sul tema, di particolare profondità, prende spunto dalla critica contro Beccaria, secondo il quale i fenomeni che danno luogo ai problemi giudiziari potrebbero “avere il singolar privilegio d’esser meglio apprezzati dall’ignoranza che dalla scienza e dalle regole critiche che dalla scienza può torre in presto la legge”<sup>82</sup>. La legge limita il criterio istintivo dell’uomo a concedere fiducia a tutto ciò che integra un’accusa a un suo simile<sup>83</sup>. L’osservazione rivela una conoscenza non superficiale dell’animo umano, tanto più portato a credere all’accusa quanto più si senta investito dell’ufficio superiore di fare giustizia. La legge regola i criteri con cui la prova deve essere ammessa in giudizio; i modi in cui deve essere presentata

<sup>79</sup> *Ibid.*, pp. 85-86.

<sup>80</sup> CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, IV, cit., p. 92.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 122.

ed esaminata. Sarebbe singolare che, pervenuti al momento decisivo, la legge abbandonasse ogni cosa all'“intimo convincimento”<sup>84</sup>. La coscienza del giudice, se è guarentigia sufficiente dell'attestazione in ordine a ciò che egli ha visto o fatto direttamente, non è guarentigia sufficiente “della rettitudine del suo giudizio sulla verità d'un fatto al quale non si è trovato presente”<sup>85</sup>. La legge non può creare il valore della prova, ma può dare la regola “della sua ingiustizia possibile”<sup>86</sup>.

La stima della prova – insiste Carmignani – oscilla tra l'autorità della legge e il criterio istintivo dell'uomo giudice: questo deve cedere a quello, perché nessun uomo deve “presumere che i dati d'analogia, che gli ha somministrati la sua corta vita siano da paragonarsi a quelli che la legge ha raccolti dalla esperienza delle nazioni, e de' secoli”<sup>87</sup>. Anche se v'è una sola verità, vi sono due certezze: quella dell'uomo e quella giuridica. Questa va preferita a quella perché soltanto questa integra la prova legittima<sup>88</sup>.

Al termine delle argomentazioni sulla stima giuridica della prova, Carmignani proclama l'esigenza di uno scetticismo scientifico postulato dalla presunzione di innocenza in virtù della quale il giudice penale è obbligato a esigere “una prova più convincente, e più piena di quella che può esser necessaria a dirimere la lite civile”<sup>89</sup>. Con ciò egli attacca decisamente Beccaria sotto due distinti profili. Osserva anzitutto che se “le regole della stima giuridica della prova hanno prodotto una farraginosa mole di volumi usciti tutti dalle penne de' pratici... il criterio istintivo dell'uomo non ha scritto neppure un libro, ed è rimasto come Narciso al fonte, solo, contento, ed innamorato di se medesimo”<sup>90</sup>. Se si esaminassero con l'ausilio della storia i giudicati ci si renderebbe conto che la stima giuridica della prova ha salvato molte più vittime di quante invece ne ha precipitato nella condanna ingiusta “l'intimo convincimento dell'uomo”<sup>91</sup>.

Polemizza, infine, con forza contro i filosofi e “i belli spiriti”<sup>92</sup>. Essi hanno denigrato i volumi scritti a riguardo della stima giuridica della prova: “perché coll'uso forense non ne hanno potuto conoscere gli inconvenienti,

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>89</sup> CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, IV, cit., p. 114.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 128.

e i vantaggi”<sup>93</sup>. I giureconsulti forensi non hanno avuto purtroppo né il tempo né i mezzi “per rispondere ai loro contraddittori”<sup>94</sup>. Ma se li avessero avuti – e qui Carmignani riscatta con forza contro Beccaria il valore della scienza giuridica e getta un rimprovero sferzante alla velenosa critica delle intenzioni condotta secondo lo stile dei filosofi – “il loro giudizio a favore delle cose loro sarebbe stato rigettato come dettato dal loro interesse e dalle loro abitudini”<sup>95</sup>.

## 7. *Conclusion*e

Giunti a questo punto, si può escludere con certezza che Beccaria abbia esercitato una qualche influenza sul filone specificamente toscano – su Carmignani e su Carrara – della scienza giuridica italiana. Vero che Carmignani loda l’opera di scardinamento di alcune aberrazioni che caratterizzavano il diritto antico – peraltro già da molti anni abbandonate in alcune zone d’Europa, come in Toscana ben prima della riforma leopoldina – ma edifica il nuovo diritto su basi completamente diverse dal disegno utilitaristico di Beccaria.

Le radici giusfilosofiche sono completamente diverse: al sensismo e al materialismo che Beccaria ha abbracciato dall’insegnamento dei maestri dell’illuminismo francese, Carmignani e, poi, Carrara rispondono attingendo linfa dalle radici di una tradizione spiritualista imperniata sulla vigenza nei confronti di tutti gli uomini della legge eterna di Dio e sul libero arbitrio dell’uomo. Tradizione non meno presente, ancora all’inizio dell’800, per il fatto che essa sia stata messa in disparte nella considerazione degli studiosi o, in qualche caso, semplicemente assimilata come “pre-illuminista” all’illuminismo di impronta francese.

La distanza – *rectius*: la netta contrapposizione in ordine ai fondamenti filosofici – ha determinato un apprezzamento totalmente diverso in ordine al valore della scienza del diritto nel costruire il quadro delle garanzie a favore dell’individuo che avrebbero dovuto caratterizzare la riforma del diritto penale. Da un lato – in Beccaria – la scienza del diritto sarebbe lo strumento principale dell’oppressione; da un altro lato – in Carmignani e nella scuola toscana – essa è la via per incanalare secondo i principi della

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, pp. 128-129.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>95</sup> *Ibid.*

giustizia l'assillante istanza punitiva che proviene dalla politica. Istanza che soltanto la memoria operosa e feconda della tradizione giuridica, la prudenza della magistratura e l'acume dell'avvocatura riescono a contenere impedendo che il diritto penale si trasformi in una funzione servile della politica criminale del potere dominante e della demagogia sociale.

Dedico questo scritto all'Amico Antonio Fiorella che ha focalizzato con maestria in Francesco Carrara gli sviluppi mirabili della scuola toscana del diritto penale.



Lorenzo Salazar\*

*Vent'anni dopo:  
il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie dopo Tampere<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. “Il fondamento della cooperazione giudiziaria...” – 3. Il cammino del mutuo riconoscimento dopo Tampere – 4. Epigoni di Tampere – 5. I nuovi orientamenti strategici – 6. La direzione futura... – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Sono oramai trascorsi ben oltre due decenni da quando il Consiglio europeo, riunito in Tampere nell'ottobre del 1999 nel corso della prima Presidenza finlandese del Consiglio dell'Unione europea, dedicò in via esclusiva le proprie conclusioni al tema della Giustizia e degli Affari interni (GAI).

Le “Conclusioni di Tampere” sono, ancor oggi ed a giusto titolo, considerate il primo e più ambizioso documento programmatico adottato dall'Unione europea nell'allora ancor giovane settore GAI. Sostanzialmente sconosciuta ai trattati comunitari, la materia entrò a far parte delle competenze dell'Unione al momento dell'entrata in vigore del suo Trattato fondatore, il 1° novembre 1993, sia pure nella forma della sua più defilata componente intergovernativa costituita dal c.d. “terzo pilastro” di Maastricht<sup>2</sup>. Nell'iniziale periodo di applicazione dei nuovi testi, l'Unione europea mosse, dapprima timidamente quindi con sempre maggiore sicurezza, i primi passi in quella che era sino ad allora considerata “terra

---

\* Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Napoli.

<sup>1</sup> Il presente scritto costituisce versione rivista ed aggiornata alla data del 6 aprile 2021 del precedente scritto dallo stesso titolo pubblicato in *Saggi di procedura penale europea*, a cura di F. Falato, 2020, p. 259.

<sup>2</sup> Cfr. L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Giustizia e affari interni nell'unione europea. Il «terzo pilastro» del trattato di Maastricht*, a cura di N. Parisi, D. Rainoldi, Torino, 1998, p. 133-161.

*incognita*”, ancora governata pressoché esclusivamente da trattati bilaterali o da convenzioni multilaterali del Consiglio d’Europa che, sicuramente ambiziose negli obiettivi, non sempre erano ratificate da parte di tutti gli Stati firmatari e venivano di sovente gravate da riserve e dichiarazioni che ne limitavano la concreta portata applicativa.

La strategia adottata inizialmente dall’Unione era volta ad un sostanziale recupero di tali convenzioni, al fine di meglio adattare le stesse alle specifiche esigenze del suo più ristretto circolo di Stati; le due successive Convenzioni UE in materia di estradizione del 1995 e 1996, unitamente all’avvio dei lavori sulla Convenzione di mutua assistenza giudiziaria in materia penale, adottata solo nel 2000, sono solo gli esempi più evidenti della prosecuzione di un metodo “tradizionale” di concepire la cooperazione giudiziaria e di taglio ancora sostanzialmente intergovernativo, metodo peraltro già inaugurato tra gli Stati membri delle Comunità nel quadro della Cooperazione Politica Europea (CPE) introdotta dall’Atto Unico Europeo del 1987<sup>3</sup>.

Con l’adozione della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995<sup>4</sup>, con i suoi protocolli, e della Convenzione sulla lotta contro la corruzione del 26 maggio 1997<sup>5</sup>, il “terzo pilastro” venne ad abbandonare l’approccio monoculturale focalizzato sulla sola cooperazione tra le autorità giudiziarie, varcando così la sottile linea rossa che lo separava dal terreno del ravvicinamento del diritto penale sostanziale. In aggiunta ed in parallelo a ciò, iniziarono anche a sperimentarsi nuove strade per migliorare la cooperazione giudiziaria sul piano pratico, ad esempio attraverso l’impiego di magistrati di collegamento, l’adozione di manuali “di buone pratiche” o la creazione di “Reti” di cooperazione giudiziaria<sup>6</sup>.

Come è dato vedere, le conclusioni di Tampere non nacquero dal nulla; l’Unione europea, già da qualche tempo, andava tentando, sia pure in maniera esitante, di ritagliarsi uno spazio autonomo all’interno del già affollato panorama della cooperazione penale internazionale. L’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il 1° maggio 1999, con le novità dallo stesso recate in materia di competenze, strumenti giuridici e loro potenzialità,

---

<sup>3</sup> GUCE L. 169 del 29.6.1987, p. 1

<sup>4</sup> Atto del Consiglio del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, GUCE C 316, 27.11.1995, p. 48.

<sup>5</sup> Atto del Consiglio del 27 maggio 1997, che stabilisce la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, GUCE C 195, 25.6.1997, p. 1.

<sup>6</sup> Cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Giuffré, Milano, 2007, p. 395.

proposte tuttavia con rinnovata evidenza l'esigenza di un cambio di passo e la necessità di trovare una nuova e meglio strutturata direzione strategica nel settore GAI.

Proprio a tale esigenza venne ad offrire risposta il Consiglio europeo convocato nell'ottobre dello stesso anno.

## 2. *“Il fondamento della cooperazione giudiziaria...”*

Ancorché generalmente considerato come partorito dalle Conclusioni di Tampere, il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie non è in realtà, né per ciò che riguarda la sua genesi né per la scelta del nome, ad esse unicamente ascrivibile.

La sua origine deve infatti quantomeno essere retrodatata alle precedenti conclusioni<sup>7</sup> adottate in occasione dal Consiglio europeo di Cardiff dell'ottobre 1998, nel corso del semestre di Presidenza britannica; al loro punto 39 viene infatti riconosciuta la necessità di potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di interoperare tra loro, richiedendo al Consiglio di *«determinare in quale misura si debba estendere il riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali»*. Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere vennero precedute anche dal Piano di azione<sup>8</sup> messo in campo dall'Unione in vista delle nuove disposizioni introdotte nel settore GAI dal trattato di Amsterdam, piano all'interno del quale si indicò la decisione di avviare, entro due anni dall'entrata in vigore del trattato, *«un processo inteso a facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni e l'esecuzione delle sentenze in materia penale»*.

Edificando su tali non secondarie premesse, le conclusioni della Presidenza finlandese dell'ottobre 1999 declinano la tradizionale partizione del pilastro Giustizia/Affari Interni: Asilo ed Immigrazione, Giustizia civile e penale, Lotta contro il crimine e Relazioni esterne. Nel capitolo intitolato ad *«Un autentico spazio di giustizia europeo»*, composto di tre soli paragrafi, quello dedicato al *«Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie»* segue quello diretto ad un *«Migliore accesso alla giustizia in Europa»* precedendo una *«Maggiore convergenza nel settore del diritto civile»*. Al punto 33 del capitolo,

<sup>7</sup> <<https://www.consilium.europa.eu/media/21100/54319.pdf>>

<sup>8</sup> Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia — Testo adottato dal Consiglio Giustizia e Affari interni del 3 dicembre 1998, GUCE C 19 del 19, 23.1.1999, p. 1.



affermato che la cooperazione tra le autorità giudiziarie sarebbe facilitata dal rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e dal necessario ravvicinamento delle legislazioni, il Consiglio europeo approva (*endorses*) il principio del reciproco riconoscimento come destinato a «*diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale [e ad] (...) applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie*».

Nell'invitare il Consiglio e la Commissione ad adottare, entro il dicembre 2000, un "programma di misure" per l'attuazione di tale principio, le conclusioni di Tampere presero anche cura di indicare le priorità da perseguire a tale riguardo. In primo luogo la abolizione delle procedure formali di estradizione tra gli Stati membri, per i latitanti già definitivamente condannati, da sostituire con un semplice "trasferimento" di tali soggetti, unitamente alla adozione di procedure accelerate per le altre situazioni; in secondo luogo l'applicazione del principio alle misure cautelari reali, in particolare agli ordini di sequestro probatorio e confisca.

Il richiesto *programma*, recante una lista di 24 misure, ordinate secondo una scala decrescente di priorità da 1 a 6, fu sollecitamente preparato dalla Commissione e quindi tempestivamente discusso ed adottato dal Consiglio dei Ministri GAI entro i termini fissati<sup>9</sup>.

Era il gennaio 2001; di lì a poco gli attacchi dell'11 settembre di New York e Washington, nello sconvolgere repentinamente il mondo quale sino a quel momento conosciuto, avrebbero nel contempo travolto anche l'ordine di tali priorità.

### *3. Il cammino del mutuo riconoscimento dopo Tampere*

Tra le infinite conseguenze dell'11 settembre, la loro incidenza sul piano d'azione per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento, ove considerata al di fuori del limitato ambito del presente scritto, non ne costituisce di certo la più rilevante. Ancorché non classificato al primo posto all'interno del "programma" del gennaio 2001, il mandato di arresto europeo, all'esito delle riunioni straordinarie del Consiglio dei Ministri GAI del 20 settembre e del Consiglio europeo del giorno successivo<sup>10</sup>, venne immediatamente elevato a priorità assoluta tra le diverse misure messe in

<sup>9</sup> Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, GUCE C 12 del 15.1.2001, p. 10.

<sup>10</sup> <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12019-2001-INIT/it/pdf>>

campo quale reazione dell'Unione europea agli attacchi. Fu anche deciso che il nuovo strumento sarebbe stato adottato, in via di urgenza, entro il mese di dicembre dello stesso anno, obiettivo che venne in concreto realizzato nonostante la strenua resistenza opposta dal Governo italiano fino alla fase conclusiva del negoziato<sup>11</sup>.

Furono invero necessarie meno di 10 settimane di frenetiche discussioni per raggiungere un accordo su di un testo<sup>12</sup> rivoluzionario destinato a produrre sulla situazione della cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione un impatto probabilmente assai più rilevante e duraturo di qualsivoglia altro strumento mai adottato in epoca anteriore o anche successiva. Un tale risultato fu ovviamente possibile solo grazie al particolarissimo *momentum* ed alla speciale pressione politica venutisi a creare a seguito degli attacchi terroristici negli USA, che permisero, in tempi inusualmente rapidi, il raggiungimento di un accordo anche su altri testi di notevole rilevanza quali la decisione istitutiva di *Eurojust* (preceduta da quella della sua unità precursore)<sup>13</sup>, la decisione quadro in materia di definizione di atti terroristici<sup>14</sup> e gli accordi di estradizione ed assistenza giudiziaria in materia penale tra Unione europea e Stati Uniti<sup>15</sup>. Il seguito della storia del mutuo riconoscimento scorre nelle pagine della Gazzetta ufficiale dell'Unione: al mandato di arresto europeo fece rapidamente seguito, già nel 2003, la decisione quadro sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio<sup>16</sup> mentre, con il progressivo esaurimento della spinta propulsiva dell'11 settembre, fu necessario un tempo sensibilmente maggiore per raggiungere un accordo

<sup>11</sup> Cfr. L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in *Mandato d'arresto europeo: dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis, N. Selvaggi, Giappichelli, Torino, 2005, p. 4-31.

<sup>12</sup> Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, GUCE L 190, 18.7.2002, p. 1.

<sup>13</sup> V. la decisione del Consiglio 2000/799/GAI, del 14 dicembre 2000, relativa all'istituzione di un'Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria, GUCE L 324, 21.12.2000, p. 2, e la seguente decisione del Consiglio 2002/187/GAI, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'*Eurojust* per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in GUCE L 63, 6.3.2002, p. 1.

<sup>14</sup> Decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, GUCE L. 164, 22.6.2002, p. 3.

<sup>15</sup> Decisione del Consiglio 2003/516/CE, del 6 giugno 2003, relativa alla firma degli accordi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale, GUUE L. 181, 19.7.2003, p. 25.

<sup>16</sup> Decisione quadro del Consiglio 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GUUE L. 196, 2.8.2003, p. 45.

sui testi relativi all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sanzioni pecuniarie<sup>17</sup> ed alle decisioni di confisca<sup>18</sup>.

Fu poi necessario attendere fin quasi la vigilia dell'entrata in vigore del nuovo Trattato di Lisbona, con la prospettiva – da più parti temuta ed avversata – del passaggio alla procedura legislativa ordinaria (co-decisione con il Parlamento europeo e maggioranza qualificata dei voti in Consiglio), per assistere ad una ultima ondata di decisioni quadro in materia di mutuo riconoscimento. Nella seconda metà del 2008 giunsero così la decisione quadro sulla c.d. “recidiva europea”<sup>19</sup> e quelle sul riconoscimento delle sentenze penali ed il conseguente trasferimento dei detenuti<sup>20</sup>, sulla sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive<sup>21</sup>, sullo sfortunato e presto abbandonato mandato europeo di ricerca delle prove (MER)<sup>22</sup>. Nel 2009 fu infine la volta delle decisioni quadro sul mutuo riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (“*in absentia*”)<sup>23</sup> e sulle misure alternative alla detenzione cautelare<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> Decisione quadro del Consiglio 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, GUUE L. 76, 22.3.2005, p. 16.

<sup>18</sup> Decisione quadro del Consiglio 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, GUUE L. 328, 24.11.2006, p. 59.

<sup>19</sup> Decisione quadro del Consiglio 2008/675/GAI del 24 luglio 2008 relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, GUUE L. 294, 11.11.2009, p. 32.

<sup>20</sup> Decisione quadro del Consiglio 2008/909/GAI, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea GUUE L 327, 5.12.2008, p. 27.

<sup>21</sup> Decisione quadro del Consiglio 2008/947/GAI, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, GUUE L. 337, 16.12.2008, p. 102.

<sup>22</sup> Decisione quadro del Consiglio 2008/978/GAI, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, GUUE L. 350, 30.12.2008, p. 72.

<sup>23</sup> Decisione quadro del Consiglio 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo GUUE L 81, 27.3.2009, p. 24.

<sup>24</sup> Decisione quadro del Consiglio 2009/829/GAI, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le prime direttive in materia di mutuo riconoscimento ad essere adottate costituirono in buona misura un *leftover* della precedente programmazione, in particolare la direttiva sull'ordine di protezione europeo<sup>25</sup>, diretta a proteggere anche al di là delle frontiere le vittime di violenza o di *stalking*, e la stessa direttiva sull'ordine europeo di indagine in materia penale (OEI)<sup>26</sup>, sostitutivo del già ricordato infelice mandato europeo di ricerca delle prove.

Solo assai di recente, a fine 2018, è stato invece adottato il primo testo di regolamento in materia di riconoscimento reciproco, avente ad oggetto la sensibile materia dei provvedimenti di congelamento e di confisca<sup>27</sup>.

Muovendo dalla constatazione che «*il vigente regime in materia di riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e dei provvedimenti di confisca non è pienamente efficace [...] e, di conseguenza, il riconoscimento è insufficiente e la cooperazione transfrontaliera non è ottimale*»<sup>28</sup> il nuovo regolamento sostituisce, a far tempo dal 19 dicembre 2020, le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI (per quanto riguarda il solo congelamento dei beni, escludendo invece quello delle prove) e della decisione quadro 2006/783/GAI sulla confisca.

Il valore aggiunto del nuovo testo, tanto più se posto a confronto con le decisioni quadro pre-Lisbona, è da ricercare – oltre che nel carattere *self-executing* legato alla sua innovativa forma giuridica di regolamento – anche, ed in forse ancor maggior misura, nella previsione che il riconoscimento non è più limitato agli ordini di congelamento e confisca relativi ai soli proventi di reato, ma potrà applicarsi a tutti i provvedimenti «*emessi da un altro Stato membro nel quadro (più ampio) di un procedimento in materia penale*»<sup>29</sup>; in tal modo è da ritenere che lo stesso risulti applicabile anche al riconoscimento dell'ampio ventaglio di misure di prevenzione in materia patrimoniale previste dall'ordinamento italiano.

---

sulle misure alternative alla detenzione cautelare, GUUE L. 337, 16.12.2008, p. 20.

<sup>25</sup> Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, GUUE L. 338, 21.12.2011, p. 2.

<sup>26</sup> Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, GUUE L. 130, 1.5.2014, p. 1.

<sup>27</sup> Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, GUUE L. 303, 28.11.2018, p. 1. Sul regolamento, v. anche T. WAHL, *Regulation on Freezing and Confiscation Order*, *Eu crim*, 2018, p. 201.

<sup>28</sup> Cfr. il punto 6 del preambolo al regolamento 2018/1805.

<sup>29</sup> Cfr. art. 1 del regolamento 2018/1805.

#### 4. *Epigoni di Tampere*

Dopo le conclusioni di Tampere, si è assistito all'adozione da parte del Consiglio europeo di altri due programmi d'azione GAI "a denominazione geografica", il Programma dell'Aia del 2004 ed il Programma di Stoccolma del 2009, prevedibilmente riecheggianti i rispettivi semestri di Presidenza olandese e svedese nel corso dei quali era avvenuta la loro preparazione.

È opinione diffusa quella per la quale, ove posto a confronto con le conclusioni di Tampere, il concreto plusvalore di questi ulteriori documenti programmatici non appaia necessariamente proporzionato al crescente numero di pagine dagli stessi occupato all'interno della Gazzetta ufficiale dell'Unione e non sia comunque in alcun modo comparabile a quello del loro precursore del 1999. Il "programma dell'Aia" del 2004<sup>30</sup>, pubblicato quando ancora si guardava con fiducia al progetto di Trattato costituzionale come di oramai prossima adozione, propose di perseguire l'ulteriore realizzazione del principio del mutuo riconoscimento attraverso lo sviluppo «*di norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali, in base a studi sull'attuale livello di garanzia negli Stati membri e nel debito rispetto delle loro tradizioni giuridiche*». Se tale riferimento ebbe di certo il merito di affermare la necessità di rivolgere l'attenzione delle Istituzioni dell'Unione anche verso una migliore protezione dei diritti individuali nel quadro dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, esso non riuscì tuttavia a contribuire in concreto alla positiva conclusione dei negoziati allora in corso su una proposta della Commissione<sup>31</sup> in materia di diritti processuali in materia penale. Nonostante la raccomandazione del Consiglio europeo di adottare la proposta "*entro la fine del 2005*", fu invece necessario attendere un ulteriore lustro, l'entrata in vigore del nuovo Trattato di Lisbona e la pressoché coeva adozione della tabella di marcia sui diritti procedurali<sup>32</sup> per vedere finalmente spianata la strada alla progressiva adozione del pacchetto di direttive sui diritti procedurali.

Tra i (non molti) risultati del documento programmatico meritevoli di particolare menzione si segnalano, oltre all'invito rivolto ai Ministri della Giustizia ad adottare, entro la fine del 2005, la decisione quadro sul

---

<sup>30</sup> GUUE C 53, 3.3.2005, p. 1.

<sup>31</sup> Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM (2004) 328 final.

<sup>32</sup> Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, GUUE C 295, 4.12.2009, p. 1.

già ricordato mandato europeo di ricerca delle prove, quello all'indirizzo della Commissione a presentare proposte per migliorare lo scambio delle informazioni contenute nei casellari giudiziari relative alle decisioni di condanna e di interdizione, con speciale riferimento agli autori di reati sessuali, sulla scorta della tragica attualità offerta dallo scoppiare in Belgio, dopo il famoso caso *Dutroux* degli anni '90, di un nuovo *affaire* di pedofilia, il caso "*Fourniret*", nel quale un soggetto già condannato per pedofilia in Francia era successivamente riuscito a farsi assumere come bidello in un asilo della Vallonia belga sito a pochi chilometri dalla frontiera francese.

Vennero in tal modo gettate le basi per la creazione di quello che di lì a qualche anno diverrà il Sistema di scambio di informazioni estratte dai casellari giudiziari (*European Criminal Records Information System - ECRIS*)<sup>33</sup>, uno dei rari esiti di sostanza in materia giudiziaria effettivamente riconducibile alle conclusioni dell'Aia.

Il successivo programma di Stoccolma del 2009<sup>34</sup>, adottato in quasi coincidenza con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sottolineò ulteriormente la necessità di rafforzare la dimensione transnazionale della cooperazione giudiziaria in materia penale attraverso il ricorso al principio del mutuo riconoscimento. Il Consiglio europeo affermò che gli strumenti esistenti nel settore costituivano «una disciplina frammentaria», auspicando «un nuovo approccio che, pur ispirandosi al principio di riconoscimento reciproco, tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria reciproca». Pur senza operare ad essi riferimento esplicito, le conclusioni di Stoccolma guardavano in realtà al già ricordato insoddisfacente esito dei negoziati sul Mandato europeo di ricerca delle prove, conclusisi solo pochi mesi addietro. Il MER risultava infatti applicabile solo alle prove già esistenti, permettendo in tal modo di coprire uno spettro assai limitato di assistenza giudiziaria in materia penale con riferimento ai mezzi di ricerca delle prove, mentre il nuovo modello preconizzato nel programma di Stoccolma avrebbe dovuto avere un campo di applicazione più ampio,

<sup>33</sup> Decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziale, GUUE L. 93 del 7.4.2009, p. 23; Decisione 2009/316/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) in applicazione dell'articolo 11 della decisione quadro 2009/315/GAI, GUUE L. 93 del 7.4.2009, p. 33; Direttiva (UE) 2019/884 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che modifica la decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio per quanto riguarda lo scambio di informazioni sui cittadini di paesi terzi e il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS), e che sostituisce la decisione 2009/316/GAI del Consiglio.

<sup>34</sup> GUUE C 115, 4.5.2010, p. 1.

includendo il maggior numero possibile di mezzi di prova. Le conclusioni del Consiglio europeo offrirono in tal modo impeto decisivo all'adozione della direttiva sull'ordine europeo di indagine (OEI), in vigore negli Stati membri sin dalla metà del 2017; esse apparvero tuttavia incapaci di fornire ulteriore slancio alla cooperazione giudiziaria ed al riconoscimento reciproco al di là di un mero incoraggiamento ad espandere tale principio «[...] a tutti i tipi di sentenze e decisioni di natura giudiziaria che possono avere, a seconda del sistema giuridico, carattere penale o amministrativo»<sup>35</sup>, curando così di ricomprendere anche le violazioni amministrative previste dal diritto tedesco ed austriaco – rispettivamente *Ordnungswidrigkeiten* e *Verwaltungsstraftaten* – alla cui possibilità di esecuzione nell'ambito degli strumenti di mutuo riconoscimento penale tali Paesi sono tradizionalmente assai interessati.

Come esplicitamente affermato nel testo, il programma di Stoccolma fu il primo a definire gli orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mettendo in attuazione il nuovo art. 68 TFUE che aveva provveduto ad iscrivere nel Trattato la oramai decennale prassi inaugurata a Tampere; non era facile prevedere, all'epoca della sua adozione, che esso sarebbe stato anche l'ultimo.

L'adozione dei programmi strategici in ambito GAI è stata a lungo collocata in sostanziale sincronia con l'avvio di una nuova legislatura europea coincidente, nel calendario istituzionale dell'Unione, anche con il rinnovo della Commissione e la nomina del nuovo Presidente del Consiglio europeo; una tale sintonia temporale ben trova giustificazione nell'esigenza, tra l'altro, di consentire al Parlamento e soprattutto alla Commissione di operare una corretta programmazione delle attività nel quinquennio a venire.

Proprio a partire dalle conclusioni di Stoccolma del 2009 il Consiglio europeo è tuttavia sembrato rinunciare ad ogni sorta di effettiva pianificazione strategica di medio o lungo termine nel settore della giustizia, auto confinando in tal modo il suo ruolo nel settore GAI essenzialmente al far fronte alle varie "emergenze" che di volta in volta, pur con diversa cronicità, hanno fatto irruzione sulla scena europea, come i movimenti migratori, il verificarsi di attacchi terroristici particolarmente efferati o gli attacchi informatici. A tale evoluzione può non essere rimasta estranea l'evoluzione istituzionale recata da Lisbona con il passaggio ad un sistema di presidenza permanente del Consiglio europeo abbandonando quello delle Presidenze di turno anche se, almeno sulla carta, sarebbe stato lecito immaginare una evoluzione di segno esattamente contrario, conducente ad una più attenta pianificazione e programmazione da parte del Presidente eletto.

---

<sup>35</sup> Vedi punto 3.1.1. delle conclusioni di Stoccolma.

Nel giugno del 2014, ancor prima dello scoccare dell'oramai canonico quinquennio dal programma di Stoccolma, il Consiglio europeo fu infatti sin troppo puntuale nell'adottare delle nuove conclusioni<sup>36</sup> già nel corso del semestre che ebbe a precedere quello della Presidenza di turno italiana del Consiglio dell'Unione, in tal modo prevenendo in radice la possibilità di assistere, ove ve ne fosse stata la possibilità e la volontà atteso il già descritto mutamento istituzionale, ad un eventuale "Programma di Roma". Il contenuto del nuovo documento di conclusioni fu però talmente vago e generico da impedire il riconoscimento alle stesse di ogni dignità "strategica", limitandosi piuttosto a declinare una stanca reiterazione di generali obbiettivi programmatici privi di alcun sostanziale contenuto di novità. Basti, per tutti, guardare a quanto le conclusioni indicano in relazione agli intensi negoziati già allora in corso da circa un anno sulla proposta di regolamento relativo alla creazione di un pubblico ministero europeo (EPP), in relazione ai quali il Consiglio europeo, invece di impartire direttive tassative quanto alla data-limite di conclusione dei lavori su un dossier di tale rilevanza nel corso del quinquennio a venire, si limitò ad una generica richiesta di lottare contro le frodi ai danni del bilancio UE, «[...] anche facendo avanzare i negoziati sulla Procura europea», e nulla più...

"*Natura abhorret a vacuo*" e lo spazio improvvidamente lasciato vuoto dal Consiglio Europeo non poteva non venire occupato da altri, nella specie dai Governi e dalla Commissione europea. Nel corso dell'ultimo decennio, nella progressiva disaffezione da parte dei Governi nazionali nei confronti di una politica giudiziaria comune, la Commissione ha invece colto al volo non solo la possibilità di perseguire l'attuazione del programma di Stoccolma e della tabella di marcia del 2009 sui diritti procedurali, ma anche di elaborare proprie strategie autonome, affrancata dai lacci e laccioli che sarebbero potuti derivare dall'adozione di nuove e dettagliate linee programmatiche da parte dei Capi di Stato e di Governo.

Scorrendo i programmi di lavoro annuali della Commissione degli ultimi anni<sup>37</sup>, è dato facilmente osservare come, nel settore della giustizia, essi si limitino per lo più a fornire un semplice elenco degli strumenti già proposti o in avanzato corso di preparazione da parte dei suoi servizi senza offrire alcun valore aggiunto dal punto di vista del sotteso disegno strategico. I documenti sembrano piuttosto rivelare la sensazione di volere anch'essi

<sup>36</sup> Estratto dalle conclusioni del Consiglio europeo del 26 - 27 giugno 2014 in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed alcune questioni orizzontali connesse, GUUE C 240, 24.7.2014, 13.

<sup>37</sup> V. COM(2018) 800 *final*, p. 6; COM(2017) 650 *final*, p. 7; COM(2016) 710 *final*, p. 11; COM (2015) 610 *final*, p. 11.



rincorrere, attraverso il ricorso a formule stereotipate, le “emergenze” del momento, in una sorta di competizione a distanza con il Consiglio europeo ed assente anche in questo caso, quantomeno per ciò che riguarda lo specifico settore della Giustizia penale, alcuna precisa indicazione di reale sostanza.

Bisogna giungere ai nostri giorni, decorso un ulteriore lustro, per assistere all’adozione, nel giugno 2019, della nuova agenda strategica dell’Unione 2019-2024<sup>38</sup> da parte del Consiglio europeo che, negli scarni riferimenti dedicati al settore della Giustizia, si è limitata ad indicare, tra le altre priorità, l’importanza per l’Unione di proteggere i cittadini e le libertà e di promuovere gli interessi e valori europei sulla scena globale. Il documento anticipa anche l’intenzione di definire ulteriori orientamenti politici generali e priorità addizionali e l’annuncio è stato in effetti seguito dalla preparazione di nuovi e più dettagliati orientamenti strategici nel settore della giustizia e degli affari interni che, originariamente destinati all’approvazione della riunione del Consiglio europeo del marzo 2020, hanno visto la loro approvazione dapprima ritardata in ragione dell’improvviso e dirompente subentrare dell’emergenza COVID-19 per poi uscire definitivamente dalla scena del dibattito politico europeo sopraffatto dall’emergenza pandemica e da contrasti tra Ministri dell’Interno sulle spinose tematiche legate al rispetto dello Stato di diritto (v. *infra*).

### 5. *I nuovi orientamenti strategici*

Il nuovo documento di programma ai sensi dell’art. 68 TFUE è stato per lungo tempo in gestazione in seno alle istanze del Consiglio dei Ministri dell’Unione, anche sulla base della “*Mid-term review*”<sup>39</sup> condotta, a fine 2017, con riferimento alle peraltro già assai eteree linee strategiche del 2014. In occasione di tale review l’accento era stato nuovamente posto sulla necessità di concentrare l’attenzione sulla corretta implementazione dell’esistente, sull’assicurare coerenza tra loro alle diverse aree tematiche coinvolte nonché sulla efficace cooperazione tra i diversi *stakeholders* di tali politiche.

Le congelate linee programmatiche ruotano anche intorno ad un’altra

<sup>38</sup> Cfr. <<https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024-en.pdf>>; v. anche T. WAHL, *European Council: Security Remains Priority Area in the Next Five Years*, Eucrium, 2019, p. 86.

<sup>39</sup> Cfr. doc. 15224/1/17, REV 1 <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15224-2017-REV-1/en/pdf>>

recente emergenza emersa in seno all'Unione, dotata anch'essa di notevole capacità di diffusione e rapidità di contagio: i ripetuti attentati alla *Rule of Law* cui si è purtroppo stati costretti ad assistere negli ultimi anni in alcuni Stati membri – in particolare Polonia, Ungheria e Romania – e che hanno trovato sanzione, anche recentissima, nella giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo<sup>40</sup>. Il documento muove così dalla volontà, asseritamente condivisa, di garantire il rispetto dello Stato di diritto nell'Unione utilizzando e sviluppando a tal fine strumenti efficaci<sup>41</sup>. È poi interessante anche notare il particolare accento posto sul collegamento tra il rispetto di tale principio, definito essenziale per la tutela dei diritti fondamentali, ed il buon funzionamento dell'Unione, del suo mercato interno nonché del suo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La fiducia reciproca tra gli Stati membri, viene ancora una volta definita quale presupposto indefettibile delle politiche nel settore della giustizia e degli affari interni fondate sul principio del riconoscimento reciproco.

Accanto al ruolo centrale svolto dalla Corte di giustizia, garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione dei trattati, il Consiglio europeo rivolge l'attenzione anche ad altri modi di preservare e rafforzare la fiducia reciproca. Si interroga al riguardo sul se, tanto a livello nazionale come a quello dell'Unione, siano state mobilitate sufficienti risorse per tradurre nella pratica i ripetuti appelli alla piena e corretta applicazione della normativa unionale «*nel debito rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri*», a cominciare da un esame

<sup>40</sup> V. ad es. Sentenza della Corte di giustizia nella causa C-192/18, 5 novembre 2019, Commissione/Polonia, che ha dichiarato la contrarietà al diritto dell'Unione delle norme polacche, adottate nel luglio 2017, relative all'età per il pensionamento dei giudici e dei pubblici ministeri, <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-11/cp190134it.pdf>>; v. anche l'ordinanza dell'8 aprile 2020, con la quale la Corte ha indicato che la Polonia deve sospendere immediatamente l'applicazione delle disposizioni nazionali relative alle competenze della camera disciplinare della Corte suprema sui procedimenti disciplinari riguardanti i giudici, <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200047en.pdf>>. Da ultimo vedi Sentenza nella causa C-824/18, 2 marzo 2021, A.B e a., con la quale, sempre con riferimento alla Polonia, la Corte ha statuito che sono potenzialmente suscettibili di violare il diritto dell'Unione le varie successive modifiche della legge polacca sul Consiglio nazionale della magistratura che hanno l'effetto di rimuovere il controllo giurisdizionale effettivo sulle decisioni di tale Consiglio con le quali si presentano al presidente della Repubblica candidati alle funzioni di giudice presso la Corte suprema.

<sup>41</sup> Per una prospettiva relativa allo Stato di diritto in Europa da parte degli operatori e dell'Accademia v. P. CRAIG, S. ADAM, N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR, *Rule of Law in Europe*, Brussels 2019, <[http://www.ejtn.eu/PageFiles/19061/2019-056-RoL%20Manual-170x240-WEB\\_FINAL.pdf](http://www.ejtn.eu/PageFiles/19061/2019-056-RoL%20Manual-170x240-WEB_FINAL.pdf)>.

critico di quella già esistente al fine di migliorarne la qualità e la coerenza. La principale conseguenza che nel progetto del Consiglio europeo vien però fatta discendere da tale analisi consiste nella necessità che eventuali nuove iniziative nel settore della giustizia e degli affari interni vengano sottoposte al severo vaglio di valutazioni d'impatto che ne dimostrino l'evidente valore aggiunto in relazione alle esigenze del settore della cooperazione giudiziaria in materia penale. Il messaggio – peraltro non particolarmente innovativo ove si guardi a quanto già in passato affermato sin dalle conclusioni di Stoccolma del 2009<sup>42</sup> – appare dunque consistere nell'invito a concentrarsi sulla verifica dell'implementazione degli strumenti chiave dell'*acquis* dell'Unione e sull'effettivo impiego degli stessi da parte degli Stati membri, piuttosto che sulla messa in cantiere di nuove iniziative legislative.

La centralità della fiducia reciproca tra le autorità giudiziarie degli Stati membri per il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie all'interno dell'UE conduce anche a coniugare gli sforzi nazionali con quelli dell'Unione ai fini del miglior coordinamento tra le autorità nazionali responsabili delle indagini penali. In tale linea, per ciò che riguarda *Eurojust*, le nuove conclusioni incitano ad instaurare una cooperazione efficace dell'agenzia con la Procura europea, in quanto procura indipendente a livello dell'UE, così come del resto richiede l'art. 86 TFUE. Al fine di meglio preservare e sviluppare la fiducia reciproca, viene infine indicata la strada di un impegno ulteriore finalizzato allo sviluppo di efficaci meccanismi di valutazione congiunta, in linea con quanto previsto dall'articolo 70 TFUE.

## 6. *La direzione futura...*

Come è dato vedere anche le conclusioni in cantiere rimangono sostanzialmente incentrate sull'implementazione degli strumenti adottati, senza fornire input di reale sostanza per ciò che riguarda la direzione verso la quale procedere in futuro e lasciando così ancora una volta mano sostanzialmente libera alla Commissione nella formulazione del proprio

---

<sup>42</sup> V. punto 3.1.: “Il Consiglio europeo prende atto con soddisfazione dei notevoli progressi realizzati nell'attuazione dei due programmi di reciproco riconoscimento adottati dal Consiglio nel 2000 e rileva che gli Stati membri dovrebbero adottare tutte le misure del caso per recepire a livello nazionale le disposizioni concordate a livello europeo. In tale contesto il Consiglio europeo sottolinea la necessità di valutare l'attuazione di dette misure e di continuare a lavorare a favore del reciproco riconoscimento”.

programma legislativo.

Al fine di evitare il rischio di una cristallizzazione dell'azione dell'Unione intorno alle sole esigenze poste dal monitoraggio dell'esistente, occorre sottolineare come gli "orientamenti strategici" del Consiglio europeo rivestano essenzialmente una funzione "di politica legislativa"<sup>43</sup> e "di indirizzo e di impulso"<sup>44</sup>. Intese in tal senso, appare evidente come le linee guida non si propongano lo scopo, come mai del resto fecero in passato, di interferire con il diritto della Commissione europea di avviare proposte legislative (peraltro non ancora suo completo monopolio nello specifico settore GAI, in forza dell'art. 76 TFUE) né di compularne il contenuto specifico.

Auspicare un rinnovato ruolo guida del Consiglio europeo nella pianificazione del programma a medio/lungo termine del settore GAI non equivale ad alcun depotenziamento del ruolo essenziale che la Commissione è e sarà chiamata a svolgere nella preparazione di nuove iniziative; ancor meno trattasi di un rigurgito di sovranismo intergovernativo teso ad una sostanziale ripresa in mano del settore da parte dei singoli Governi nazionali. Ciò che si dovrebbe avere di mira è unicamente l'obiettivo di offrire copertura politica, al più elevato livello, al *planning* strategico destinato ad incidere su di un settore a sua volta tradizionalmente caratterizzato dal più elevato tasso di resistenza alla cessione di sovranità statale in favore dell'Unione.

Una reale programmazione, provvista dell'avallo dei Capi di Stato e di Governo, permetterebbe per l'appunto di contribuire al superamento di tali fattori di resistenza. Al tempo stesso potrebbe in tal modo anche prevenirsi il rischio dell'adozione da parte della Commissione di iniziative unilaterali tese ad inseguire eventi emergenziali e prive anch'esse di prospettive di più ampio respiro; solo all'interno di queste ultime possono invece trovare risposta le attese dei principali *stakeholders* delle politiche GAI, vale a dire giudici, pubblici ministeri, avvocati, vittime ed imputati.

Sono già quasi da due anni in carica un nuovo Parlamento, una nuova Commissione ed un nuovo presidente del Consiglio europeo.

Scorrendo il testo della lettera di incarico<sup>45</sup> rimessa dalla Presidente della Commissione europea nelle mani del Commissario alla giustizia, il belga Didier Reynders, appare evidente che la principale priorità assegnata consisterà nel garantire il rispetto dello Stato di diritto in tutta l'Unione,

<sup>43</sup> Cfr. A. LANG, Commento all'art. 68 del TFUE in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 814

<sup>44</sup> Cfr. M. MIRANDA, Commento all'art. 68 del TFUE in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione europea*, 2012, p. 833

<sup>45</sup> <[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/commcwt2019/files/commissioner\\_mission\\_letters/mission-letter-didier-reynders-2019\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/commcwt2019/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-didier-reynders-2019_en.pdf)>

assortita da obiettivi dai contorni assai più generici e sfumati, tra i quali quelli di “rafforzare la cooperazione giudiziaria e migliorare lo scambio di informazioni”. Di contrasto, il margine del suo mandato diviene molto più preciso e prescrittivo con riferimento allo specifico tema della Procura europea: il Commissario “JUST” deve infatti non solo sostenere il processo di avvio del nuovo organismo ma anche «*lavorare sull'estensione dei suoi poteri per indagare e perseguire il terrorismo transfrontaliero*». La lettera a firma della Presidente Ursula von der Leyen sembra in tal modo operare sin d'ora una chiara e precisa scelta di campo – in assoluta autonomia e nell'assenza di qualsiasi orientamento politico offerto in materia da parte del Consiglio europeo – relativamente all'opzione proposta dal paragrafo 4 dell'art. 86 TFUE, il quale prevede che il Consiglio europeo, deliberando «*all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione*», possa decidere di estendere i poteri dell'EPPO per includervi altre forme di reati gravi aventi dimensione transnazionale.

È ben vero che la Commissione ha già da tempo presentato una comunicazione<sup>46</sup> su questo argomento al Parlamento e al Consiglio europeo come contributo alla riunione dei *leader* di Salisburgo del 19-20 settembre 2018. Esaminando tuttavia i risultati delle discussioni di quel vertice<sup>47</sup> sarebbe di certo eccessivo concludere che i Capi di Stato e di Governo abbiano dedicato particolare attenzione a tale contributo e, più in generale, alla questione dell'allargamento delle competenze dell'EPPO, che ha del resto trovato menzione solo assai marginale all'interno del documento conclusivo del *summit*, mentre la già ricordata Agenda strategica 2019-2024, adottata a giugno 2019, non contiene alcun riferimento allo stesso<sup>48</sup>.

Non a caso ci si sofferma su tale tema in quanto, proprio dalla *querelle* relativa alla possibile estensione delle competenze dell'EPPO anche ai più gravi crimini transfrontalieri, può trarsi spunto per dimostrare come l'assenza di una chiara pianificazione strategica da parte del Consiglio europeo – il quale nel caso in esame risulta essere oltretutto designato quale decisore unico in forza della speciale procedura legislativa prevista dal Trattato – non possa che risultare pregiudizievole per la coerenza dell'azione dell'Unione, anche aprendo in tal modo spazi per possibili interventi skoordinati, tanto

<sup>46</sup> Un'Europa che protegge un'iniziativa per estendere le competenze della Procura europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontaliero, COM (2018) 641 final; v. anche T. Wahl, COM Communication Extending EPPO Competence, Eucrim, 2018, p. 86.

<sup>47</sup> <<https://www.consilium.europa.eu/media/36409/leaders-agenda-note-on-internal-security.pdf>>

<sup>48</sup> V. *sub* nota 34; cfr. anche il documento di discussione presentato dalla Presidenza croata al Consiglio Informale GAI Zagabria del gennaio 2020: <<https://eu2020.hr/Events/Event?id=149>>

dall'interno come dal di fuori del quadro istituzionale della stessa.

Trascorsi oltre dieci anni dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio europeo ha infatti avuto senz'altro a sua disposizione tutto il tempo necessario per esaminare attentamente la questione della possibile estensione delle competenze dell'EPPPO, già prima della stessa presentazione da parte della Commissione della sua proposta<sup>49</sup> di regolamento istitutivo nel luglio 2013, quindi nel corso di tutto il lungo negoziato legislativo ad essa seguito ed ancora dopo la sua conclusione nell'ottobre 2017. I nostri Capi di Stato e di Governo sono purtroppo anche stati confrontati a numerosi eventi drammatici che avrebbero potuto e dovuto stimolare una riflessione al riguardo legata in particolare alle criticità nel coordinamento delle indagini transfrontaliere appalesatesi a seguito degli attacchi terroristici operati in Francia e Belgio della metà del decennio. Contrariamente a quanto avvenuto sul terreno della cooperazione di *law-enforcement*, dove lo scambio dei dati e delle informazioni di polizia ha conosciuto un costante incremento, non si è invece assistito ad alcuna reale risposta a tali attacchi sul piano della cooperazione giudiziaria, neanche attraverso una seria presa in considerazione delle concrete possibilità di ricorso ad una disposizione del Trattato che pure poteva apparire *tailor-made* per la bisogna.

Nel medesimo contesto, va anche ricordato come un diverso articolo del TFUE, l'art. 85, riguardi un altro attore fondamentale già da tempo abituato a calcare la scena della cooperazione giudiziaria penale europea: *Eurojust*. Nel definire la missione dell'agenzia, la disposizione fornisce al tempo stesso la base giuridica per conferire ad essa nuovi compiti e poteri, in particolare quelli di avviare indagini penali, assicurare il loro coordinamento e provvedere a risolvere i conflitti di giurisdizione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri. Nessuno dei nuovi poteri specificamente previsti dal trattato è stato ancora attribuito ad *Eurojust*, neppure in occasione ed a seguito della recente adozione del suo nuovo regolamento istitutivo<sup>50</sup>. Durante l'intero corso dei negoziati, peraltro protrattisi per oltre cinque anni dalla presentazione della originaria proposta della Commissione, a nessuna discussione di sostanza si è invero assistito quanto all'opportunità od utilità di avvalersi della base giuridica apprestata da un trattato sottoscritto nell'ormai lontano 2007 per far compiere un reale salto di qualità all'agenzia e passare ad un vero "*Eurojust 2.0*" attraverso il conferimento di poteri di

<sup>49</sup> COM (2013) 534 *final*.

<sup>50</sup> Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, GUUE L. 295, 21.11. 2018, p. 138.

intervento più incisivi e direttamente operativi.

Nel descritto scenario potrebbe legittimamente avanzarsi l'ipotesi che un *Eurojust* così rafforzato possa proprio esso svolgere un ruolo centrale nella lotta contro «*la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale*», vale a dire su quello stesso terreno di potenziale attribuzione per un "Super EPPO", ai sensi del paragrafo 4 dell'art. 86 TFUE.

Non appare certo questa la sede per lanciarsi in un esercizio di ricerca degli argomenti che potrebbero condurre a preferire l'una o l'altra delle due soluzioni. Un tale esercizio non potrebbe peraltro prescindere dal prendere in considerazione anche la diversità delle procedure previste per l'attuazione delle due disposizioni del Trattato: una procedura legislativa ordinaria di codecisione per ciò che riguarda il rafforzamento di *Eurojust* ai sensi dell'art. 85 TFUE ed invece una procedura speciale di adozione da parte del Consiglio europeo, che «*delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione*», per l'art. 86 para. 4 TFUE.

Da quanto precede vuole solo trarsi argomento a conforto dell'opinione di come, ancor oggi, continui non soltanto ad essere avvertita ma appaia viepiù necessaria l'esigenza di disporre di precisi orientamenti strategici in ordine alle scelte fondamentali da compiere nella programmazione legislativa e operativa GAI, anche e soprattutto nel settore della cooperazione giudiziaria penale europea. A responsabile di essi è anzitutto chiamato il Consiglio europeo, a tale compito specificamente deputato dal trattato di Lisbona, garantendo in tal modo il rispetto del delicato equilibrio istituzionale previsto dal trattato stesso, pur nella consapevolezza che anche gli altri attori istituzionali sono certo chiamati a concorrere alla elaborazione delle linee programmatiche, in particolare il Parlamento nella fase della loro concezione e la Commissione in quella della esecuzione ed attuazione.

## 7. Osservazioni conclusive

Che bilancio può dunque venir fatto dell'attuazione del principio del mutuo riconoscimento ad oltre due decenni dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere?

Il quesito dovrebbe probabilmente trovare una risposta di segno sostanzialmente critico, muovendo proprio dalla conclusione appena illustrata in ordine all'assenza di una chiara direzione politica da parte del Consiglio europeo. Anche la denuncia di un "regime frammentario", già a suo tempo formulata nel programma di Stoccolma del 2009 con specifico riferimento al

settore dell'acquisizione delle prove, potrebbe oggi venire estesa, nonostante la sicura semplificazione recata dall'adozione dell'ordine europeo di indagine, all'intero settore del mutuo riconoscimento. All'interno di esso gli operatori del settore si vedono infatti tuttora obbligati a fare ricorso ad una panoplia di strumenti giuridici differenti, ciascuno accompagnato da un proprio diverso formulario, in funzione della materia trattata (raccolta delle prove e sequestro probatorio, sequestro e congelamento a fini di confisca, trasferimento di detenuti, sorveglianza *pre* e *post* sentenziale, ecc.), dovendo per di più fare talora utilizzo di testi diversi a seconda dello Stato membro interessato<sup>51</sup>.

Il programma di Stoccolma aveva già a suo tempo richiesto che i nuovi strumenti di lavoro fossero maggiormente *user friendly* per gli operatori del settore – presupposto questo che dovrebbe ritenersi indefettibile per ogni nuovo atto giuridico che vada a sostituirsi ad un precedente – concentrandosi sui problemi che ricorrono con maggiore frequenza nel quadro della cooperazione transfrontaliera, come ad esempio le questioni riguardanti i termini di scadenza, il regime linguistico o il principio di proporzionalità. Da parte sua, la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, soprattutto nel corso dell'ultimo decennio, ha anch'essa contribuito a definire e chiarire ulteriormente i concetti di mutuo riconoscimento e di fiducia reciproca – e con essi i bisogni reali degli operatori – con particolare riferimento al loro impatto sull'esecuzione dei mandati d'arresto europei, quando i diritti delle persone da consegnare possono considerarsi esposti a maggiori rischi potenziali<sup>52</sup>.

Su tali presupposti, qualsiasi futura riconsiderazione degli strumenti esistenti nel campo del reciproco riconoscimento dovrebbe pertanto tenere conto in primo luogo della necessità di prevenire il rischio di ulteriore frammentazione, promuovendo nel contempo un processo di semplificazione e consolidamento dei testi posti a disposizione degli operatori.

Tali strumenti dovrebbero diventare di più facile utilizzo traendo anche ispirazione dalla tradizionale flessibilità d'uso propria del tradizionale sistema di assistenza giudiziaria reciproca che era capace di adattarsi a situazioni anche assai diverse tra loro facendo ricorso al multiforme strumento della rogatoria. Se «*il territorio degli Stati membri dell'Unione è*

<sup>51</sup> Si pensi ad esempio a come Irlanda e Danimarca, ciascuno in virtù del proprio speciale statuto derogatorio, non siano vincolati dall'Ordine europeo di indagine; l'Irlanda da parte sua, in questo caso a differenza della Danimarca, non ha mai neppure proceduto alla ratifica della convenzione di assistenza giudiziaria del 2000 e del suo protocollo del 2001 che invece erano stati entrambi ratificati dallo stesso Regno Unito, oggi uscito dall'Unione, il quale aveva dal canto suo anche aderito all'OEI.

<sup>52</sup> Vedi, in particolare, CJEU, Casi riuniti C-404/15 e C-659/15 (Pál Aranyosi e Robert Căldăraru v Generalstaatsanwaltschaft Bremen).



*considerato un unico spazio giuridico»* – per riprendere la felice espressione formulata nella originaria proposta del regolamento EPPO<sup>53</sup> e che venne purtroppo rapidamente cassata nel corso dei negoziati – all'interno di tale spazio non dovrebbe ad esempio rendersi necessario compilare un lungo e talora complesso modulo multilingue al fine di perseguire lo scopo di una semplice domanda di informazioni rivolta ad un'altra autorità giudiziaria; alla pari di quanto avviene a livello interno, per tale richiesta potrebbe e dovrebbe rivelarsi sufficiente un semplice scambio di messaggi di posta elettronica securizzata che facciano utilizzo di una lingua veicolare di comune comprensione tra le autorità interessate.

D'altra parte, la stessa fiducia reciproca appare ancora da rafforzare, se non addirittura da costruire, tra tutte le autorità giudiziarie coinvolte nella pratica attuazione del principio del mutuo riconoscimento.

Appare sin troppo evidente come tale fiducia non possa venire introdotta né tantomeno conservata per decreto regale, ma debba fondarsi anzitutto sul rispetto dello stato di diritto da parte di tutti gli attori impegnati nella cooperazione in materia penale. Accanto a giudici e pubblici ministeri, anche i Governi sono chiamati a svolgere un ruolo che appare di almeno altrettanta importanza nella instaurazione di un effettivo clima di fiducia reciproca; proprio in questa delicata fase storica, alcuni di essi finiscono invece sul banco degli accusati (non senza fondamento) per le sistematiche violazioni della *Rule of Law* operate in particolare esercitando, sotto varie forme, indebite pressioni sulle proprie rispettive magistrature ed attentando alla loro indipendenza. Nulla di meno desiderabile per la costruzione e la tutela di un clima idoneo a coltivare la fiducia reciproca tra autorità giudiziarie.

Al fine di fronteggiare queste flagranti violazioni, l'Unione Europea ha già da qualche tempo preso in considerazione la possibilità di adottare adeguate forme di reazione, anche al di fuori dell'arma nucleare costituita dal ricorso all'art. 7 del TUE, che prevede la possibilità di sospendere i diritti previsti dai trattati nei confronti di uno Stato membro dichiarato responsabile di una «violazione grave e persistente dei valori di cui all'articolo 2» del Trattato sull'Unione. A tal proposito appare significativa la proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri<sup>54</sup>, che

---

<sup>53</sup> Cfr. COM (2013) 534 *final*, art. 25, comma 1, "Ai fini delle indagini e dell'azione penale promosse dalla Procura europea, il territorio degli Stati membri dell'Unione è considerato un unico spazio giuridico in cui la Procura europea può esercitare la sua competenza".

<sup>54</sup> COM (2018) 324 *final*.

comprende tra l'altro la possibilità di riduzioni degli impegni e di sospensione dei pagamenti nei confronti degli Stati membri nei quali vengano constatate tali carenze. Non sorprenderà apprendere che tale proposta giace sul tavolo del Consiglio oramai dal 2018 e che, sul finire del 2020, in collegamento con il negoziato relativo alla stessa, Ungheria e Polonia avevano posto il veto sull'adozione del Quadro finanziario pluriennale dell'Unione europea 2021-2027, sul *Next Generation EU* e sull'approvazione di nuove risorse per finanziare la ripresa dell'Unione, veto quindi superato solo grazie al delicato compromesso raggiunto in occasione del Consiglio europeo del 20 dicembre 2020<sup>55</sup>.

In alternativa od anche in parallelo a tali mezzi di reazione, potrebbero esplorarsi altre soluzioni originali e direttamente collegate ai meccanismi di cooperazione giudiziaria, compresa quella di sospendere l'assistenza basata sugli strumenti di riconoscimento reciproco nei confronti di quegli Stati membri dichiarati in situazione di violazione dei valori fondanti dell'Unione, con il conseguente ritorno ad una collaborazione con gli stessi fondata sui tradizionali testi intergovernativi del Consiglio d'Europa.

Si tratterebbe ovviamente di una soluzione che può di certo prestarsi alla critica di recare con sé ulteriori fattori di complicazione per il lavoro quotidiano degli operatori rispetto a quelli già esistenti ed oggi ulteriormente accentuati dalla recente conclusione del processo Brexit<sup>56</sup>. Essa avrebbe tuttavia il non irrilevante merito di rendere palese la messa all'indice dello Stato non rispettoso dei principi dello Stato di diritto proprio sul terreno del funzionamento di quei meccanismi di cooperazione che maggiormente abbisognano della garanzia di poter solidamente affidarsi sul rispetto di tali principi.

Se la fiducia reciproca è valore insuscettibile di passare in cosa giudicata, il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie va a sua volta considerato un privilegio prezioso collegato all'appartenenza allo Spazio europeo di giustizia; come tale esso è conquista costante e, al pari della conquista di ogni soggetto di fascino, da non potersi mai dare per definitivamente acquisito.

<sup>55</sup> <<https://www.google.com/search?q=https://pagellapolitica.it/blog/show/874/luci-e-ombre-del-compromesso-sullo-stato-di-diritto-tra-ue-e-polonia-ungheria>>

<sup>56</sup> Sugli aspetti di cooperazione giudiziaria legati alla *Brexit*, v. L. SALAZAR, *La cooperazione penale con il Regno Unito dopo la Brexit*, in *Sistema penale*, 3/2020; *La disciplina della cooperazione giudiziaria penale*, in *Eurojus.it*, 2021



Antonio Vallini\*

*Tentativo, 'macrotentativo' e 'microtentativo'  
nel diritto internazionale penale*

SOMMARIO: 1. Struttura del crimine internazionale e tentativo – 2. Le controverse manifestazioni del tentativo nel diritto internazionale penale – 2.1. Il tentativo quale «*general principle of law derived from national laws*» – 2.2. Opportunità e praticabilità – 2.3. L'incerta consuetudine – 3. Il tentativo nello Statuto di Roma – 3.1. Modello francese o americano? – 3.2. Il requisito della pericolosità – 3.3. Un profilo di 'univocità' – 3.4. Il *mental element* – 3.5. La giurisprudenza della Corte penale internazionale – 3.6. Concorso nel tentativo e tentativo di concorso – 4. Macro e micro-tentativo. Ragioni e implicazioni della distinzione – 4.1. Il 'macro-tentativo' – 4.2. Il 'micro-tentativo' – 4.3. Interferenze tra 'micro' e 'macro-tentativo' – 5. Il 'caso a sé' del tentativo di aggressione.

1. *Struttura del crimine internazionale e tentativo*

Nel diritto internazionale penale, il tentativo è forma di manifestazione di scarso rilievo pratico e dal labile statuto, ma non per questo di poco interesse. Sollecitando l'interprete a scomporre idealmente il crimine internazionale nelle sue premesse pre-tipiche e nei suoi elementi costitutivi, per comprendere quali di essi servano, e bastino, a (ri)comporre una figura criminosa 'minore' di quella consumata ma sufficiente per l'imputazione di una *individual responsibility*, l'istituto dell'*attempt* offre un punto di vista proficuo per svelare la fisionomia di quel peculiare illecito: esso contribuisce a illuminare, altresì, ragioni e limiti del punire in una regione del diritto ancora, per certi aspetti, bisognosa di mappatura<sup>1</sup>.

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Pisa. Ringrazio le dr.sse Claudia Cantisani e Laura Ricci per l'aiuto fornito nella consultazione delle fonti. In una versione più ampia e approfondita, il testo è destinato altresì alla pubblicazione in *Criminalia* ed è già disponibile in *DisCrimen*. Si ringraziano i curatori del presente volume per il permesso accordato a tale anticipazione.

<sup>1</sup> Ci avviciniamo all'analisi del crimine internazionale, almeno per come definito nello

Conviene fin da subito rammentare come la struttura di un *core international crime* si appoggi su di un ‘elemento di contesto’ (*contextual element/circumstances, general requirements, Gesamttat, chapeu*) – costituito da una *collective violence*, bellica o non bellica, variamente qualificata – entro il quale (e in relazione al quale) si colloca un *individual/specific act*, l’*Einzeltat*, un *fatto individuale*<sup>2</sup>. Indulgendo a un bisogno di razionali simmetrie necessariamente un po’ forzate quando si tratti di rappresentare figure giuridiche che devono molti dei loro tratti agli accidenti della prassi, a tensioni geopolitiche e a pressioni storiche, si può asserire quanto segue: il ‘fatto individuale’ è quello che dà all’illecito internazionale sostanza di *crimine*, ripetendo i tratti di un caratteristico illecito penale di diritto interno, composto di una condotta, eventualmente tipizzata nei modi, astrattamente realizzabile da un singolo autore (pur essendo, quello internazionale, un crimine a concorso ‘tendenzialmente necessario’), dalla quale discende un’offesa di interessi fondamentali, sovente nelle forme di un evento dannoso per uno o più soggetti passivi; l’elemento di contesto è quel che, invece, dà al medesimo illecito valenza *internazionale*, correlandolo funzionalmente a una violenza su vasta scala (determinata dall’azione di gruppi di potere corrispondenti a posizioni di vertice dell’apparato di governo o, comunque, a organizzazioni dall’elevata capacità sovversiva) così da determinare il preoccupato coinvolgimento della comunità degli Stati. Il contesto costituisce, insomma, l’ambiente criminogeno che autorizza una prognosi di reiterazione, moltiplicazione ed estensione dell’offesa, la quale, dunque, trascende virtualmente la lesione degli interessi delle vittime di volta in volta coinvolte, per andare a interessare vaste frange della popolazione, nonché, qualitativamente, il concetto stesso di umanità e gli equilibri dei rapporti internazionali<sup>3</sup>. L’entità dell’elemento di contesto, soprattutto, fa sì che il singolo Stato nazionale possa supporre o *coinvolto* nelle, o *travolto* dalle, dinamiche di quella *collective violence*, tanto da non poter garantire una valida azione di contrasto né, a posteriori, un efficace giudizio di attribuzione e qualificazione di responsabilità penali. Per tale

---

Statuto di Roma, considerandolo alla stregua di un (pur peculiare) ‘fatto tipico’, pur consapevoli della problematicità anche metodologica di questa equiparazione: si veda peraltro M. CATENACCI, “Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 55 ss.

<sup>2</sup> G. WERLE, F. JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2020, pp. 50 ss., 238; A. GIL GIL, E. MACULAN, *Qué es el derecho penal internacional*, in *Derecho Penal Internacional*, a cura di A. Gil Gil, E. Maculan (Dir.), 2ª ed., Editorial Dikynson, Madrid, 2019, 41

<sup>3</sup> A questo riguardo CATENACCI, “Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale, cit., pp. 27 ss.

ragioni, la comunità internazionale è chiamata a intervenire in luogo di quello Stato, essendo oltretutto nell'interesse del consesso delle Nazioni che avvenimenti del genere, capaci di proliferare in ogni parte del mondo, non siano favoriti da una loro quasi connaturata garanzia di impunità.

Ebbene: tanto premesso, e argomentando per adesso su di un piano puramente teorico, la dicotomia elemento di contesto-elemento individuale parrebbe potersi riflettere, simmetricamente, sulle possibili espressioni del tentativo; il quale potrà atteggiarsi alla stregua di un *tentativo dell'elemento di contesto* (macro-tentativo), e/o di un *tentativo del fatto individuale*' (micro-tentativo)<sup>4</sup>.

La distinzione tra macro e micro-tentativo è *ictu oculi* decisiva per quanto concerne la quantificazione della pena, posta l'incommensurabile maggior offensività della prima ipotesi (v. tuttavia *infra*, §4.3), e ci consente di offrire distinte spiegazioni circa la sinora scarsa presenza dell'istituto del tentativo nei repertori della giurisprudenza internazionale. Essa ha inoltre un'importante ruolo nella definizione della giurisdizione della Corte penale internazionale e serve, infine, a "mettere in scala" il rilievo dei diversi contributi individuali, orientando lo sforzo di qualificazione del caso concreto verso esiti più coerenti e proporzionati.

Di tutto questo diremo specialmente nel paragrafo 4. Tuttavia, prima di ragionare, nel dettaglio, di micro e macro-tentativo, è necessario puntualizzare i presupposti di tale ragionamento, definendo sinteticamente la figura dell'*attempt* nel diritto internazionale penale vigente, e in particolare nel sistema delineato dallo Statuto di Roma (ICC-St).

## 2. Le controverse manifestazioni del tentativo nel diritto internazionale penale

### 2.1. *Il tentativo quale «general principle of law derived from national laws»*

A uno sguardo di diritto penale comparato, la rilevanza di un mero tentativo di fatti delittuosi di rilevante gravità appare una costante, e se ne può dunque valutare la corrispondenza a una fonte del diritto internazionale penale, quale quella in specie richiamata dall'art.21 (1) (c) ICC-St)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Avanzavamo questa differenziazione già in A.VALLINI, *Il tentativo*, in *Introduzione al Diritto penale internazionale*, a cura di E.Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza, A.Vallini, Giuffrè, Milano, 2006, p. 198.

<sup>5</sup> WERLE, JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 351; K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*,

Non sembrano da sopravvalutare, a questo proposito, le diverse tecniche di tipizzazione proposte nelle varie legislazioni (nessuna delle quali, ad essere onesti, si è distinta quanto a determinatezza<sup>6</sup>). Invero, sia nell'interpretazione dottrinale, che nella prassi, formule che alludono a un 'principio di esecuzione del reato' e che, quindi, parrebbero riferirsi alla già avvenuta realizzazione di alcuni profili tipici del crimine<sup>7</sup> – come ad es. quella dell'art. 61 del codice penale Zanardelli – venivano e vengono in realtà intese in termini lati, così da potervi includere atti immediatamente pre-tipici. Spingono, in tal senso, istanze di ragionevolezza applicativa, posto che un'interpretazione letterale porterebbe ad esiti esageratamente selettivi, rispetto a fattispecie a condotta vincolata, o eccessivamente lati, rispetto a figure criminose a forma libera causalmente orientate<sup>8</sup>. In tal modo, si addivene a risultati nella sostanza sovrapponibili a quelli cui direttamente si giunge in quei sistemi giuridici che esplicitamente fanno riferimento ad atti pre-tipici. Così nella tradizione francese, ove la formula del *commencement d'exécution* è stata inaugurata (par. 2 del c.p. napoleonico del 1810<sup>9</sup>, art. 121-5 del c.p. vigente<sup>10</sup>) – ma si consideri anche la *Section 5.01(1)(a)* del *Model Penal Code* statunitense, ove si qualifica come tentativo, tra gli altri casi, il fatto di chi *purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be* – si tende a leggere nella stessa un riferimento non già a un inizio di tipicità, bensì a un avvio di concretizzazione del progetto criminoso, attribuendo rilievo anche ad atti, se non meramente preparatori, comunque prossimi (crono)logicamente

---

5. Aufl., München, 2018, 210..

<sup>6</sup> D. GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 11 ss.

<sup>7</sup> Su tale criterio si diffonde ampiamente GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, cit., pp. 42 ss.

<sup>8</sup> F. ANGIONI, *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, in LP, 2002, 911 ss.; e per tutti D. NOTARO, *Tentativo*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, 82 ss. F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2013, 191, evidenziano in particolar modo il rischio indicato nel testo rispetto alla formulazione dell'art.16 del codice penale spagnolo del 1995. Sulle ragioni di una teoria dell'inizio dell'esecuzione tipica v. peraltro F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 10a ed. (rev. P. García Álvarez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 395 ss...

<sup>9</sup> *Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même.*

<sup>10</sup> *La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.*

alla realizzazione del fatto tipico in senso stretto<sup>11</sup>. In tal modo, nella sostanza, si determina una convergenza con quel requisito di 'univocità' già elaborato da Francesco Carrara e quindi valorizzato dall'art. 56 del codice penale italiano; o con quanto preteso dal §22 dello StGB tedesco, che valorizza atti i quali – secondo la rappresentazione delle cose da parte del soggetto (*nach seiner Vorstellung von der Tat*), e non soltanto secondo la struttura legale del tipo – appaiono quale inizio (anche pre-tipico, purché senza ulteriori mediazioni: *unmittelbar*) del perfezionamento del *Tatbestand* (*Verwirklichung des Tatbestandes*)<sup>12</sup>. Sul fronte anglo-americano, la Section 5.01(1)(a) del *Model Penal Code* statunitense qualifica tra l'altro come tentativo il fatto di chi «*purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be*»; tuttavia, in un altro passaggio della definizione di attempt, la stessa fonte assume come rilevanti atti ben più "retrocessi" rispetto all'inizio di realizzazione del fatto di reato, anche attraverso un'elencazione esemplificativa (Section 5.01 [2] [a-g]), riferendosi ad esempio a quanto costituisca un 'passo sostanziale' nella direzione della esecuzione del reato (*substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime – Section 5.01 (2)*)<sup>13</sup>, perciò capace di rivelare un consolidato intento dell'agente di portare a termine il progetto criminoso (*purposely does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step/Conduct shall not be held to constitute a substantial step [...] unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose*).

Già da queste formulazioni si nota, per altro verso, come ovunque – almeno negli ordinamenti di cultura 'occidentale'<sup>14</sup> – si cerchi altresì di contenere la tentazione del giudice di estendere il reato tentato sino a comprendere atti meramente preparatori, che lascino ampio spazio per un ripensamento del soggetto, o comunque per sviluppi degli

<sup>11</sup> Da una prospettiva storica, S. DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 33 ss. Sul concetto di commencement d'exécution rispetto all'art.121-5 c.p. nella giurisprudenza francese v. Y. MAYAUD, C. GAYET, *Code pénal annoté*, Dalloz - Sirey, Paris, 2020, 188.

<sup>12</sup> *Das ist der Fall, wenn [die Handlung] nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet* (tra le più recenti BGH, 29.05.2018 - 1 StR 28/18).

<sup>13</sup> Cfr. G.P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2, Oxford, 2020, pp. 192 ss.; FLETCHER, *op.ult.cit.*, 193

<sup>14</sup> «*the linguistic divide between preparation and attempt has held firm in Western legal systems*», *ivi*, p. 193



accadimenti differenti dalla realizzazione del crimine (in questo senso, gli atti preparatori sarebbero privi di quel requisito di ‘offensività’ che è dato da una disposizione soggettiva ormai risolta verso la consumazione); e/o che, esteriormente, non appaiano univocamente correlati con la realizzazione di un crimine perché, da tale realizzazione, troppo distanti (in questo senso, gli atti preparatori sarebbero privi di una percettibile e obiettiva ‘sostanza criminosa’, perché inadatti a suscitare quell’‘allarme sociale’ che sorregge una valutazione di meritevolezza di pena). Nella giurisprudenza tedesca, ad es., si ritiene sussistente il tentativo quando, secondo il programma criminoso soggettivamente elaborato dal soggetto, si possa dire che l’azione è ormai accompagnata da un atteggiamento soggettivo qualificabile come «*jetztgeht es los*»<sup>15</sup>. Pure diritto inglese (del *Model Penal Code* statunitense già si è detto), l’esigenza fondamentale è distinguere il tentativo (*Attempt*) da atti *merely preparatory*, attraverso un *test of proximity*, stando al quale si ha tentativo quando «*the defendant [has] crossed the Rubicon, burn this boats, or reached a point of no return*»<sup>16</sup>. In effetti, il *Criminal Attempts Act 1981* (art.1[1]) riferisce esattamente a questa esigenza la stessa definizione di “tentativo”, che risulta realizzato da chi, «*with intent to commit an offence to which this section applies, [...] does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence*».

Un’ulteriore, diffusa, tendenza è quella volta a combinare più criteri definitivi, non sussistendo solo il problema di differenziare gli atti pre-tipici da quelli meramente preparatori, ma dovendosi altresì distinguere il tentativo dal *reato impossibile* (cioè attuato con comportamenti obiettivamente incapaci di condurre alla consumazione del reato – caso classico, sparare a qualcuno da distanze proibitive, o provare ad avvelenarlo con una zolletta di zucchero di troppo nel caffè – e quindi privi di requisiti oggettivi di offensività). In quest’ottica, l’art. 56 del codice penale italiano (da leggere

<sup>15</sup> Di recente *Bundesgerichtshof*, 8 settembre 2020 - 4 StR 44/20. V. poi JESCHECK, WEIGEND, op.cit., 518 ss.; H. KUDLICH, J.C. SCHUHR, *sub* §22, cit., Rn 40 ff. (pp. 214 ss.). Per ricchezza di dettaglio casistico e dogmatico rimane comunque fondamentale C. ROXIN, *Strafrecht, AT, Band II, Besonderen Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, München, 2003, 360 ss. .

<sup>16</sup> Così la frequentemente citata opinione di Lord Diplock della House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Stonehouse*, 30 giugno 1977, in *app.justis.com*. Sull’origine di una “proximity rule” si veda E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy: tipicità e stretta legalità nell’analisi comparata*, Cedam, Padova, 215 ss., 254 ss., 266 ss., 269 ss. In realtà, nel tempo il diritto angloamericano ha sperimentato una pluralità di differenti “test”, destinati a condurre a esiti significativamente differenti. Cfr. FLETCHER, op.cit., 192 s.; G. BINDER, *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 297 s; R.A. DUFF, *Criminal Attempts*, Oxford University Press, Oxford, 1996, 33 ss. .

nel combinato disposto con l'art. 49 c.p.) abbina, al requisito dell'univocità, quello della *idoneità* (*causale*) – già nominato nell'art. 61 c.p. Zanardelli. In modo analogo si esprime l'art. 22 c.p. portoghese, che cumula un requisito di idoneità rispetto all'evento ad altri fattori, alternativi, espressivi di una univocità 'obiettiva' (l'integrazione di un elemento costitutivo, oppure la realizzazione di un atto che «secondo la comune esperienza e salvo circostanze imprevedibili», è di natura tale da far prevedere che ad esso seguiranno atti idonei o tipici). Anche l'art. 16, co. 1, c.p. spagnolo, quando considera tentativo un principio di esecuzione attuato con fatti esteriori, «realizzando tutti o parte degli atti che obiettivamente dovrebbero produrre il risultato», egualmente pare coniugare profili di univocità e di idoneità.

A dire il vero, tale profilo di necessaria, obiettiva pericolosità non è condiviso da tutti i sistemi giuridici<sup>17</sup>. Retaggi di soggettivismo segnano ordinamenti di particolare rilievo, come quello tedesco – ai sensi del §22 e 23, 3° co., come già rammentato, il tentativo è tale secondo la “rappresentazione” del soggetto agente, anche quando la consumazione risulti obiettivamente impossibile – che egualmente tendono a rigettare la c.d. *impossibility defense*<sup>18</sup> (nella definizione del *Model Penal Code*, cui più sopra si è fatto cenno, come nessun riferimento viene compiuto alla obiettiva possibilità/pericolosità di consumare il reato, mentre molto si insiste sulla dimensione dell'intenzionalità<sup>19</sup>).

<sup>17</sup> Sulle origini del tentativo nella storia del diritto penale italiano (in realtà risalenti, in certa misura, già al primitivo diritto penale germanico), v. da ultimo DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, cit., pp. 19 ss. Nel diritto inglese, si pone alle origini dell'istituto dell'*attempt* il *Treason Statute of Edward III* (1351), che sostanzialmente incriminava il fatto di aver 'pensato la morte del Re', e richiedeva giusto un comportamento di *compassing* inteso come la minima esteriorizzazione sufficiente a distinguere quel pensiero da un vago desiderio (FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, cit., p. 187). In tempi più recenti, ad una analoga, sostanziale equiparazione del delitto tentato e consumato, in ragione dell'eguale 'soggettività' in entrambi espressa, si perveniva individuando nella pericolosità dell'agente la ragione della sua esposizione alla reazione penale (così per gli adepti della c.d. 'Scuola Positiva' italiana), oppure valorizzando il tipo di autore (come nel diritto penale nazista). Le “interferenze” e mediazioni tra simili concezioni oggettive e soggettive, da una prospettiva storica e comparata, e il rilievo dell'ulteriore criterio della pericolosità sono ampiamente tematizzati da S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano, 2012, 311 ss., 823 ss.. V. peraltro già F. CARRARA, *op. cit.*, 231 ss., e in chiave comparatistica FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 272 ss.; si vedano, infine, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018, 611 ss.; NOTARO, *op. cit.*, 4 ss.; MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, 393 ss.; ROXIN, *op. cit.*, 335 ss..

<sup>18</sup> DUFF, *op. cit.*, 76 ss.; E. GRANDE, *op. cit.*, 226 ss., 276 ss.; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 5th ed., Oxford, 2006, 454 s.

<sup>19</sup> ASHWORTH, *op. cit.*, 445

Adottando peraltro un *content-dependent approach*, che cioè selezioni i risultati della comparazione solo nella misura in cui risultino adeguati all'assetto valoriale fondamentale del diritto internazionale penale, si può asserire che una visione oggettivistica del tentativo, incentrata su requisiti di pericolosità, sembri meritevole di maggiore considerazione. Se indubbiamente questa branca del diritto è, sin dalle sue origini in quel di Norimberga, sensibilmente intrisa di istanze retributive<sup>20</sup>, detta retribuzione appare da sempre commisurata alla speciale gravità dei crimini giudicati, non tanto ai profili di colpevolezza, presi in considerazione sostanzialmente come criteri di imputazione e, sovente, persino mortificati da forme di presunzione. Un orientamento destinato a contrastare anticipazioni della tutela in ragione di un mero "disvalore di azione": già a Norimberga, nel trattare una rara imputazione per tentato saccheggio, nei confronti di chi aveva vanamente provato ad appropriarsi di fabbriche nei territori occupati,— un giudice ebbe modo di scrivere che «[t]o covet is a sin under the Decalogue but not a violation of the Hague Regulations nor a war crime» (bramare [la cosa altrui] è un peccato ai sensi dei biblici dieci comandamenti, non una trasgressione delle convenzioni dell'Aia, né un crimine di guerra)<sup>21</sup>. Nello Statuto di Roma, questo aspetto si risolve anche in criterio di giurisdizione, per cui, ai sensi dall'art. 5, comma 1, ICC-St «*The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole*»; significativa, altresì, la "clausola di non procedibilità" per difetto di "sufficiente gravità" di cui all'art. 17(1)(d) ICC - St, mentre, ancora, la gravità del crimine e l'interesse delle vittime operano quali criteri selettivi ai sensi degli artt. 53(1)(c) e 53 (2)(c). Sembra pretendersi, dunque, un qualcosa connotato non (soltanto) dall'entità della colpevolezza, ma (soprattutto) da una materiale, macroscopica offensività, pretesa che non può non riverberarsi anche sulla giurisdizione per un crimine soltanto tentato (e in nient'altro può consistere l'offensività del tentativo, che nella sua pericolosità rispetto alla sfera giuridica della vittima predestinata).

## 2.2. Opportunità e praticabilità

Anche ragionando in termini di legittimazione e opportunità politica,

---

<sup>20</sup> Sulla finalità della pena nella giurisprudenza internazionale e nello ICC St, v. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 72 ss.; nonché, di recente, l'ampia raccolta di saggi curata da F. Jessberger e J. Geneuss, *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?*, cit.

<sup>21</sup> US Military Tribunal Nuremberg, *Flick et al.*, *Judgment*, 22 December 1947, p. 1210.

o soltanto con realismo, se senz'altro può ritenersi proporzionato e opportuno anticipare al tentativo l'intervento penale riguardo a crimini connotati da enormi ripercussioni offensive<sup>22</sup>, appare però improbabile, e disfunzionale, un processo penale internazionale magari nei confronti di capi di Stato o soggetti al vertice di strutture politiche e militari, avente ad oggetto azioni ispirate da intenti aggressivi ma del tutto velleitarie, alle quali, cioè, non abbia (ancora) corrisposto alcun reale pericolo per la pace o per diritti umani fondamentali. Non è invero consigliabile attivare lo strumento ingombrante di una giustizia sovranazionale contro l'innocua esternazione di progetti politici fossero pure disdicevoli, che come tali meritano di essere trattati, al più, con azioni di tipo politico o diplomatico, nell'interesse stesso della pace e degli equilibri geopolitici. Sembra perciò viepiù sensata l'irrelevanza, anche in sede di diritto penale internazionale, di atti inidonei, o magari idonei e però collocati in un momento in cui non si riscontri ancora alcuna azione immediatamente orientata alla messa in opera di un progetto criminoso su larga scala.

Non sembra d'altronde peregrino sostenere che, se il tentativo di crimini internazionali ha avuto ben scarse occasioni di concreta emersione – anche nella forma del tentativo idoneo, figuriamoci, dunque, in quella del tentativo impossibile o di atti meramente preparatori – è probabilmente a causa della vocazione del diritto penale internazionale a esprimersi 'a cose fatte'; a recuperare, cioè, effettività solo quando il peggio si sia pienamente manifestato, traumatizzando a dovere la comunità internazionale. Questa proprietà, storicamente condizionata, con una sorta di slittamento tra l'essere e il dover essere emerge anche sotto forma di scopo della giustizia penale internazionale, dichiarato sin dallo *statement* di Robert Jackson di fronte ai giudici del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, e da ultimo nel Preambolo dello Statuto di Roma: detto sistema di giustizia è senz'altro volto, prima di tutto, a far venir meno l'impunità per orrendi

<sup>22</sup> Da ultimo J. DE HEMPTINNE, *Attempt*, in *Modes of Liability in International Criminal Law*, a cura di J. De Hemptinne, E. Van Sliedregt, R. Roth, M. Cupido, M.J. Ventura, L. Yanev, Cambridge University Press Cambridge, 2019, p. 340. Vi è da considerare, anche un'esigenza di proporzione tra anticipazione della tutela e livello di offensività del delitto scopo. Sul piano comparatistico, in taluni ordinamenti la selezione dei reati che ammettono la forma tentata viene operata con clausole espresse di estensione della punibilità inserite nelle singole norme incriminatrici (così, ad es., nel c.p. portoghese); in altri ambiti si sancisce invece, con norma generale, il rilievo del tentativo soltanto rispetto a una certa categoria di reati particolarmente gravi (ad es. i 'delitti' nell'art. 56 c.p. italiano). Taluni sistemi combinano le due tecniche: così, nel par. 23, comma 1, del c.p. tedesco, si afferma che «il tentativo di un *Verbrechen* è sempre punibile, il tentativo di un *Vergehen* [lo è] solo quando espressamente stabilito dalla legge».

crimini commessi, a fornire un risarcimento etico-collettivo alle vittime. E pure in quest'ottica, evidentemente, non avrebbe senso alcuno punire un pensiero o poco più, che non abbia intercettato alcuna vittima concreta, neppure esponendola a un pericolo<sup>23</sup>.

Oggi disponiamo, è vero, di una Corte penale internazionale permanente e a vocazione tendenzialmente universale, dotata di una legittimazione *a priori*, ispirata altresì a logiche di prevenzione generale internazionale (anch'esse evocate nel Preambolo allo Statuto, e in quegli stessi passaggi dello *statement* di Jackson). Essa, dunque, potrebbe teoricamente considerare forme anticipate di manifestazione di un progetto criminoso; non a caso, come presto andremo a riscontrare, è con lo Statuto istitutivo di tale Corte che la figura del tentativo di un crimine internazionale viene ad essere per la prima volta definita e pienamente 'convalidata'. Immaginare un intervento di questo Giudice rispetto ad atti inidonei o del tutto anticipati risulterebbe comunque, e ancora, del tutto azzardato, e non solo perché la stessa prevenzione può operare solo riguardo ad azioni che abbiano esteriormente manifestato una sostanza criminosa: : continuano a valere, per vero, le ragioni di opportunità cui più sopra si è fatto cenno, le quali oltretutto sembrano tacitamente codificate nei già citati artt. 17(1)(d), 53(1)(c) e 53(2)(c) ICC - St.

Meno difficile concepire una reazione penale internazionale a 'micro-tentativi' (ad es. tentati omicidi, tentati stupri), attuati da singoli o da gruppi di soggetti, anche afferenti a ruoli subordinati, in un contesto già dispiegato di violenza massiva. In effetti, sono casi di micro-tentativo i pochi sin qui venuti all'attenzione della Corte penale internazionale, quali quelli di cui si tratta nelle pronunzie interlocutorie relative agli imputati Katanga Banda e Jerbo e Gbagbo e Blé Goudé. Vale lo stesso procedendo a ritroso nel tempo: la giurisprudenza post-bellica citata, ad es., da Antonio Cassese, è tutta riferita a puntuali episodi di tentato omicidio (quale crimine di guerra) di prigionieri, internati in campi di concentramento o civili<sup>24</sup>.

Può dunque capitare, eccezionalmente, che il micro-tentativo risulti accessorio ad altri gravi crimini consumati, ovvero caratterizzato dall'elevato numero di vittime potenziali, o dalle modalità particolarmente cruenta dell'azione, così da guadagnarsi l'attenzione delle magistrature internazionali. Si tratta comunque di una casistica molto limitata, forse, in questo caso, per la necessaria selettività di una giurisdizione internazionale e dell'azione del

---

<sup>23</sup> FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, cit., pp. 185 ss.

<sup>24</sup> A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, 3th ed., rev. A. Cassese, P. Gaeta, L. Baig, M. Fan, C. Gosnell, A. Whiting, OUP, Oxford, 2013, 200.

relativo *prosecutor*. Non potendo simili organismi occuparsi della miriade di aggressioni e offese che proliferano entro contesti di *collective violence* è normale che esse si concentrino su fatti di preminente gravità, o autori di primo piano: una tipologia di fattispecie, e di autori, cui per lo più non corrispondono micro-tentativi, per definizione privi di un'offesa consumata, e normalmente perpetrati da figure minori. Ancor meno immaginabile è che simili istituzioni spendano le loro preziose energie nell'occuparsi di reati impossibili o atti meramente preparatori.

In questa loro opera selettiva, le istituzioni penali internazionali possono altresì auspicare che, di eventuali casi di micro-tentativo, si occupino al più gli ordinamenti nazionali, secondo logiche di complementarità quali quelle formalizzate nello Statuto di Roma. In effetti, un micro-tentativo può risultare più proporzionato alla scala di una giurisdizione nazionale, che comunque contribuisce, anch'essa, alla formazione del diritto penale internazionale.

### 2.3. *L'incerta consuetudine*

Se il metodo comparato sembra dunque offrire prestazioni interessanti, da mediare con istanze specifiche del diritto internazionale penale, il difetto di una adeguata casistica penale internazionale lascia intendere come non sia agevole né scontato trarre dalle consuetudini un profilo sicuro dell'*attempt*<sup>25</sup>.

Forme almeno apparenti di *inchoate crime* comparvero già nella *Charter of the International Military Tribunal* per i *major war criminals of the European axis* (il Tribunale Militare di Norimberga). In specie, l'art. 6(a) criminalizzava la partecipazione a un piano concertato, la preparazione e pianificazione di crimini contro la pace<sup>26</sup>. Si evocava alla lettera la *conspiracy*: un istituto tipicamente anglo-americano che consente di sanzionare penalmente meri accordi volti intenzionalmente alla realizzazione di un *common plan* delittuoso il quale, tuttavia, non è necessario si concretizzi neppure nelle forme del tentativo (sebbene qualche primo atto, almeno di carattere preparatorio, debba essere realizzato)<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Una qualche casistica di rilievo internazionale penale sembra però essere recuperata da CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, cit., 200..

<sup>26</sup> V. al riguardo K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 235.

<sup>27</sup> Nel diritto inglese, v. l'art.1 (1) del *Criminal Law Act 1977*, come modificato dal cit. *Criminal Attempts Act 1981*. Su tale peculiare fattispecie ASHWORTH, *op. cit.*, 455 ss.; quanto al diritto nordamericano v. invece BINDER, *op. cit.*, 305 ss. Nella dottrina italiana:

Una fattispecie capace di intercettare quel che, in sistemi di *civil law*, potrebbe essere più qualificato un ‘tentativo di concorso’ mediamente accordo, penalmente irrilevante in ragione della sua ‘lontananza’ logica e cronologica, e in termini di offensività, dalla effettiva consumazione di una fattispecie criminosa (si veda in specie l’art.115 c.p. italiano).

Simile funzione di estrema anticipazione della tutela, tuttavia, operò solo virtualmente, in quelle contingenze in cui si assisteva alla traumatica nascita del diritto internazionale penale, posto che quella ed altre condotte all’apparenza anticipate erano intese come tipiche in relazione alla fattispecie realizzatasi di *crime against peace*<sup>28</sup>

Di conseguenza, nella specifica vicenda di Norimberga la figura della *conspiracy* sembrava piuttosto destinata a operare quale diafana ed estensiva fattispecie concorsuale, cioè in modo strumentale a un ampliamento plurisoggettivo dell’imputazione (con correlata semplificazione probatoria). In effetti, una seconda funzione di questa categoria, riconosciuta nei sistemi che la adottano, è quella di attribuire a ogni ‘congiurato’ qualsiasi reato, da chiunque eseguito e in vario modo “prevedibile”, inscrivibile a posteriori nel programma criminoso, in ragione di uno *shared intent* concretizzato in atti di prima esecuzione del programma.

Questa funzione di estensione della responsabilità era ancor più esplicita in rapporto ad altre fattispecie oggetto dell’atto di accusa di fronte al Tribunale Militare di Norimberga: l’ultima parte dell’art. 6 dello statuto istitutivo, relativamente a *War Crimes* e *Crimes Against Humanity*, stabiliva invero, più precisamente, che «*Leaders, organizers, instigators, and accomplices participating in the formulation or execution of a Common Plan or Conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan*». I giudici, in sentenza, precisarono come la *conspiracy* venisse qui richiamata non quale titolo autonomo di reato, bensì quale criterio per l’attribuzione di una responsabilità dei delitti elencati nei passaggi precedenti della stessa disposizione<sup>29</sup>.

In definitiva, la *conspiracy* intesa quale criterio di anticipazione della

---

M. PAPA, *Conspiracy*, in DDP, III, Torino, 1989, 95 ss.; GRANDE, *op. cit.*, 1993, spec. 71 ss.. In tema di diritto internazionale penale: W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Springer, Cambridge, 2020, pp. 216 ss. Sulla *conspiracy* nella giurisprudenza del *International Militar Tribunal* di Norimberga, v. di recente A. LIÑAN LAFUENTE, *El iter criminis: tentativa y actos preparatorios punibles*, in «*Derecho Penal Internacional*», a cura di A. Gil Gil, E. Maculan, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 332 ss.

<sup>28</sup> Alla stregua di ipotesi *lato sensu* concorsuali: da ultimo HEMPTINNE, *Attempt*, cit., p. 342.

<sup>29</sup> *International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals (Nuremberg 14 November 1945 -1 October 1946)*, I, Nuremberg, 1947, 226.

tutela addirittura a stadi precedenti al tentativo 'idoneo e univoco', non pare aver messo radici nel diritto internazionale penale, a dispetto delle sue apparenti e disomogenee evocazioni. Esso ha incontrato, d'altronde, una significativa resistenza culturale: come già a Norimberga la delegazione francese<sup>30</sup>, così anche successivamente autorevoli studiosi<sup>31</sup> rilevano come una supposta rilevanza consuetudinaria della *conspiracy* quale 'tentativo di concorso' strida con principi fondamentali dei paesi di *civil law*<sup>32</sup>.

Così, già nel testo della *Control Council law no. 10*, il paradigma della *conspiracy* scomparve<sup>33</sup>. Nella giurisprudenza dei Tribunali per il Ruanda e per l'ex Jugoslavia, che pure si trovava ad applicare Statuti ove la *conspiracy* era espressamente evocata soltanto in relazione al crimine di genocidio (art.4 (3) (b) StICTY; art. 2 (3) (b) StICTR), si discusse se detta figura rappresentasse una modalità alternativa di partecipazione, oppure una figura sussidiaria e autonoma di responsabilità, eventualmente cumulabile a quella per concorso<sup>34</sup>. Lo Statuto di Roma pare echeggiare la *conspiracy* quando codifica quella ipotesi di *individual responsibility* costituita dal *contributing* «to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose» (ICC-St 25(3)(d)); anche questa fattispecie, nondimeno, assume tratti concorsuali, attribuendo rilievo a un contributo latamente accessorio alla realizzazione quanto meno di un tentativo da parte di altri<sup>35</sup>.

D'altronde anche ammesso, e non concesso, che almeno alcune manifestazioni del crimine di *conspiracy* corrispondano a una consuetudine (e in specie quelle relative al crimine di aggressione o, per quanto osserveremo, al crimine di genocidio<sup>36</sup>), sarebbe operazione se non altro affrettata tranne argomenti a sostegno di un'eguale rilevanza consuetudinaria, oltretutto generalizzata, del *tentativo* di crimine internazionale, trattandosi

<sup>30</sup> OHLIN, *Conspiracy*, cit., 279.

<sup>31</sup> CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, cit., p. 201; ritiene irrilevante la *conspiracy di war crimes*, in quanto non generalmente accettata da tutte le nazioni, la Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749, 29 giugno 2006, in *The American Journal of International Law*, 2006, 888 ss.

<sup>32</sup> Sulla inconciliabilità del paradigma della *conspiracy* con i principi fondamentali del nostro sistema penale, cfr. DE FRANCESCO, *Nuove frontiere negli studi di diritto comparato*, in «GI», 1994, p. 10. Diversamente GRANDE, *op. cit.*, 105 ss. (e 285 ss. in tema di criminalità organizzata), alla luce di un'analisi integrata del diritto *in action* nei diversi ordinamenti.

<sup>33</sup> HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, cit., pp. 275 ss.

<sup>34</sup> WERLE, JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 352.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 353.

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 352.



di figure differenti (si potrebbe al più impostare un ragionamento *a fortiori*, che tuttavia richiederebbe più di una cautela). La *conspiracy* (anche negli ordinamenti angloamericani) si riferisce infatti a un mero accordo finalizzato a delinquere, che dunque – nell'*iter criminis* – si colloca in una fase antecedente rispetto a quella in cui si coglie un 'pericolo di consumazione', ed è virtualmente compatibile tanto con il non perfezionamento, quanto con il perfezionamento del reato scopo (in tale ultimo caso, secondo certe ricostruzioni, possono persino concorrere le responsabilità per *conspiracy* e per il reato consumato). La *ratio* dell'incriminazione si può sbrigativamente individuare nella pericolosità, in sé, di un contributo plurisoggettivo a un progetto criminoso. Il tentativo è, invece, per definizione, incompatibile con una responsabilità per il reato consumato, e tende a correlare la propria *ratio puniendi* a un pericolo concreto di consumazione<sup>37</sup>.

Non a caso, la rilevanza dell'*attempt* in quanto tale venne raramente discussa nei processi di Norimberga, già abbastanza impegnati nel giudicare la piena perpetrazione di una molteplicità di crimini gravissimi. Quando poi l'accusa, eccezionalmente, propose responsabilità per tentativo, asserendo una corrispondenza con norme implicite del diritto internazionale penale, ben scarso fu il riscontro dei giudicanti<sup>38</sup>. Come pure si accennava, è, casomai, in una non ridotta giurisprudenza nazionale con elementi di collegamento al diritto internazionale che la figura del tentativo è stata presa in considerazione<sup>39</sup>. Tuttavia, l'implementazione di profili di parte generale del diritto penale umanitario da parte di giudici nazionali è sempre accidentata e ambigua, poiché costoro applicano le cangianti categorie e i criteri generali di imputazione del proprio diritto penale interno, non così agevolmente riconducibili a un archetipo comune, *ipso facto* mutuabile in una dimensione sovranazionale.

Negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e per il Ruanda il tentativo come figura generale non viene nominato (salvo quello relativo al genocidio: rispettivamente artt. 4(3)(d) e 2(3)(d)). Più volte questi giudici ebbero modo di ribadire come, salvo detta eccezione, la

<sup>37</sup> DE HEMPTINNE, *Attempt*, cit., p. 353.

<sup>38</sup> HELLER, *op.cit.*, 272. Si esclude la rilevanza penale di un mero tentativo di esproprio di un'industria francese contrario alle leggi internazionali in US Military Tribunal Nuremberg, *The United States of America vs. Carl Krauch et al.* (c.d. *IG Farben Trial*), *Judgment*, 30 luglio 1948, p.1146

<sup>39</sup> CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 222 ss., cui si richiama per l'analitica elencazione dei casi e l'analisi, più in dettaglio, di alcuni di essi.

responsabilità fosse correlata alla consumazione<sup>40</sup>, anche quella espressa nelle forme di una 'pianificazione', 'ordine', 'istigazione', o nell'aver 'comunque contribuito' a tale pianificazione o preparazione (forme, dunque, che assumono ancora una volta coloriture concorsuali<sup>41</sup>). In alcune sentenze si è espressamente asserita l'inesistenza di una categoria generale di tentativo quale presupposto di giurisdizione del Tribunale ed istituto del diritto internazionale penale consuetudinario<sup>42</sup>. Nondimeno, concrete condotte di omicidio tentato vennero giudicate quali crimini contro l'umanità alla stregua di *other inhumane acts*, riconoscendo in esse i tratti di un'offesa dolosa, consumata, alla dignità della vittima, produttiva di sofferenze<sup>43</sup>. Autori come Antonio Cassese sembrano quasi trarre da questa giurisprudenza, qualificata 'erronea', il segno di una comunque implicita *opinio iuris* circa la rilevanza del tentativo<sup>44</sup>. Sorge qualche perplessità al proposito: se le condotte che avrebbero fornito l'occasione, volendolo, per asserire la rilevanza autonoma dell'*attempt*, sono state considerate punibili solo nella misura in cui corrispondessero a un reato consumato, l'*opinio iuris* sottostante parrebbe esattamente contraria a quella che dovrebbe sostenere la rilevanza consuetudinaria del tentativo di crimine internazionale.

Quanto alle altre Convenzioni, se i *DraftCodes* del 1954 (art. (2) (13) (iv)) e del 1996 (art.2 (3) (g))<sup>45</sup> della ILC proponevano la punibilità del tentativo di crimini internazionali (il primo, però, senza però darne una definizione), con esclusione del crimine di aggressione (v. *infra*, §5), è la citata Convenzione sul genocidio che per la prima volta espressamente

<sup>40</sup> ICTR, *Rutaganda*, 96-3-T, *Judgment*, TC, 6 dicembre 1999, par. 34; ICTR, *Akayesu*, 96-4-T, *Judgment*, TC, 2 settembre 1998, par. 473; ICTY, *Krnjelac*, IT-97-25-T, *Judgment*, TC, 15 marzo 2002, par. 432, nt. 1292.

<sup>41</sup> Cfr. WERLE, JESSBERGER, *op. cit.*, 269, 291 ss.; DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 342. In realtà, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – Trial Chamber, *Prosecutor v. Dario Kordić & Mario Čerkez*, *Judgment*, 26 febbraio 2001, IT-95-14/2T, par. 386 ammette la possibilità di una rilevanza della "preparazione" di per sé e in quanto tale; pretendono, invece, che successivamente sia avvenuta la consumazione: International Criminal Tribunal for Rwanda – Trial Chamber, *Rutaganda*, *Judgment*, cit., par. 34; International Criminal Tribunal for Rwanda – Trial Chamber, *the Prosecutor v. Alfred Musema*, *Judgment*, 27 gennaio 2000, 96-13-T, par. 115. Coglie, dunque, una disparità di vedute tra i due Tribunali *ad hoc*: A. LIÑAN LAFUENTE, *op. cit.*, 335.

<sup>42</sup> Akayesu, TJ, §473; Krnjelac, TJ, §432, nt.1292.

<sup>43</sup> International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – Trial Chamber, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, *Judgment*, 29 novembre 2002, IT-98-32-T, par. 239.

<sup>44</sup> CASSESE, *op. ult. cit.*, 221 s.

<sup>45</sup> *Attempts to commit such a crime by taking action commencing the execution of a crime which does not in fact occur because of circumstances independent of his intentions.*

propone una ‘tutela anticipata’ rispetto al (solo) crimine dei crimini, implicante la rilevanza del mero tentativo (evidentemente in ragione della speciale gravità di tale fattispecie: v. art.III [d])<sup>46</sup>. Cosa, nondimeno, debba intendersi per ‘tentativo’, neppure questa Convenzione si premura di precisarlo.

In definitiva, anche a voler convenire con i molti che sostengono come, nel tempo, si sia formata una sufficiente prassi (sia pure prevalentemente nazionale), accompagnata da una adeguata *opinio iuris*, confermativa di una avvertita rilevanza dell’istituto in esame, il tentativo ha nondimeno solo sporadicamente, e settorialmente, goduto di visibili concretizzazioni, e soprattutto non è mai stato oggetto di una chiara e senz’altro condivisa definizione.

È dunque corretto affermare che unicamente con l’art. 25(3)(f) ICC St abbia preso vigore un concetto sufficientemente definito e ‘adeguatamente generalizzato’ di tentativo quale categoria autonoma della responsabilità penale internazionale<sup>47</sup>.

La formula del ICC St, su cui subito ci andremo a interrogare, è stata poi testualmente ripresa dall’art. 15(2)f del *Iraqi Special Tribunal Statute* e nella *section 14.3(f)* del UNTAET Regulation No. 2000/15 (sull’istituzione di un *Special Panels for Serious Crimes in the District Court of Dili – East Timor*).

### 3. *Il tentativo nello Statuto di Roma*

#### 3.1. *Modello francese o americano?*

L’art. 25 (3)(f) ICC - St colloca il tentativo tra le forme di *Individual criminal responsibility*, assumendo che una persona possa essere punita per un crimine di competenza della Corte quando «*attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person’s intentions. However, a person who abandons the effort to commit the*

---

<sup>46</sup> WERLE, JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., pp. 352 e ss.

<sup>47</sup> A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, a cura di A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, I, Oxford, 2002, pp. 807 ss.; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, I, *Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 234, pp. 238 ss.; R. O’KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 200.

*crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose*». Quanto alla pena, sembra naturale ritenere che la differenza tra questa forma di *individual liability*, e altre invece correlate al perfezionamento di un reato, debba cogliersi anche e soprattutto nella fase del *sentencing*<sup>48</sup>.

La definizione genera, a prima vista, un ibrido tra il criterio del *substantial step* propugnato dal *Model Penal Code* statunitense, e quello dell'«inizio di esecuzione», di matrice francese (tuttavia, come si è visto, non ignoto al *Model Penal Code*)<sup>49</sup>. Si potrebbe avvertire un'incongruenza, tra una formula che allude già a una fase di esecuzione del fatto tipico di reato, ed altra che, invece, richiama atti soltanto orientati verso quella esecuzione, anche preliminari. La questione è tuttavia più complessa, e, forse, meno problematica.

Intanto – con un accorgimento metodologico necessario – è bene non limitarsi all'analisi della sola versione in inglese dello Statuto. Ora, se anche la versione francese, echeggiando formule nazionali, allude chiaramente a un 'inizio di esecuzione' (*actes qui constituent un commencement d'exécution*), attuato attraverso un 'passo importante' o di natura sostanziale (*caractère substantiel*), il testo ufficiale spagnolo parla piuttosto di un *paso importante para ejecución*, come se bastassero atti soltanto orientati verso l'esecuzione del fatto tipico; in procinto, dunque, di realizzare un reato, anche se non ancora integrato in alcuno dei suoi estremi tipici. Non appare, dunque, univocamente sostenuta dal tenore letterale 'multilingue' della disposizione un'interpretazione restrittiva del termine 'inizio di esecuzione'.

Nel dubbio, si può e si deve allora far ricorso alle indicazioni di fonte subordinate, tra quelle indicate nell'art. 21 St ICC, tornando in questo caso particolarmente utili i «principi generali di diritto ricavabili in base alla normativa interna dei sistemi giuridici del mondo». In effetti, dalla comparazione si è indotto come praticamente in ogni sistema penale – anche in quello francese, affezionato alla formula dell'«inizio di esecuzione» – acquisiscano rilevanza atti pre-tipici<sup>50</sup>. Sulla base di questa indicazione,

<sup>48</sup> Sul problema della sanzione per il reato tentato si veda J. OHLIN, *Inchoate Crimes*, in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, a cura di A. Cassese, Oxford University Press, Oxford, pp. 372 ss.

<sup>49</sup> Cfr. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, cit., pp. 190 ss.

<sup>50</sup> Così anche F. MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law: the Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in «Journal of International Criminal Justice», 2003, 34; K. AMBOS, *Article 25: Individual criminal responsibility*, in *The Rome Statute of the International*

anche la definizione proposta dallo Statuto di Roma, nel suo complesso, potrà intendersi riferita a un primo atto di concreta esecuzione (non già necessariamente del crimine, bensì anche soltanto) del progetto criminoso, che sia però orientato in modo significativo ('passo importante') verso la consumazione<sup>51</sup>.

Giova rammentare che nell'art. 2 (3) (g) del *Draft Code* 1996 della ILC il tentativo veniva definito quale 'inizio di esecuzione', mentre nel *commentary* a detta disposizione si precisava come quella locuzione dovesse intendersi riferita a chi avesse compiuto un 'passo sostanziale' verso la consumazione. In altri termini, l'un criterio veniva letto quasi fosse una parafrasi dell'altro. Ulteriore conferma di come il modello di matrice 'francese' non sia significativamente distinto da quello delineato nel *Model Penal Code*: tutto il contrario.

### 3.2. *Il requisito della pericolosità*

Se è lecito risalire a ritroso oltre la linea logica a partir dalla quale gli atti cominciano a farsi tipici, vi è nondimeno da comprendere entro quale altro confine ci si debba fermare; fino a che punto si possano, insomma, abbracciare atti pre-tipici. Dalla lettera, l'unico dato certo che si può trarre è la necessità di un comportamento *esteriore*, dolosamente orientato alla consumazione, non potendo certo un mero pensiero considerarsi un inizio di *esecuzione*, esprimibile con la metafora di un *passo*, oltretutto di valenza *sostanziale*. Fin dai processi di Norimberga, d'altronde, lo si è già detto,

---

*Criminal Court. A Commentary*, a cura di O. Triffterer, K. Ambos, Beck, München, 2016, p. 1020; v. poi per tutti GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, cit., pp. 63 ss.

<sup>51</sup> AMBOS, *Treatise*, cit., pp. 236 ss., p. 252 sulla scorta di una disamina delle nozioni di tentativo maggiormente diffuse nei sistemi giuridici d'origine inglese, in Germania, in Francia, in Spagna. Da ultimo, anche DE HEMPTINNE, *Attempt*, cit., p. 350. Cfr. altresì ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 812, il quale ritiene realizzato un tentativo punibile nel momento in cui l'agente, in relazione al suo programma criminoso, sia prossimo ad aggredire l'interesse o l'oggetto tutelati, pur non avendo ancora posto in essere alcun elemento costitutivo del reato (si pensi ad uno stupratore nel momento in cui cerca di afferrare la vittima designata). CASSESE, *op. ult. cit.*, 220 s., 224, – ricorre a un criterio di 'inizio significativo dell'azione criminosa', individuando ad es. un tentativo rilevante nel comportamento di un guardiano di un campo di prigionia il quale, con intento omicida, cominci a percuotere selvaggiamente un prigioniero di guerra (non sarebbe invece tentato omicidio il semplice fatto di aver portato il prigioniero fuori dalla cella ed averlo sottoposto a minacce e maltrattamenti). Cfr. anche WERLE, JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 356; LIÑAN LAFUENTE, *El iter criminis: tentativa y actos preparatorios punibles*, cit., p. 339.

agli sporadici tentativi di attribuire rilevanza ad atti non sfociati nella consumazione venne opposto senza indugio il limite del *cogitationis poenam nemo patitur*: un principio che potremmo definire accreditato anche su scala internazionale, e perciò, come tale, rilevante come fonte 'secondaria' per la Corte penale internazionale.

Meno evidente se la figura di tentativo inerente alla giurisdizione della Corte penale internazionale debba intendersi connotata da idoneità/pericolosità, e univocità, rispetto al reato fine.

Riguardo al primo requisito, una risposta positiva – già suggerita da norme di principio dello Statuto, come si è avuto modo di evidenziare *supra* – può darsi con maggior sicurezza, sia pure per gradi.

Di certo, la formula prescelta dai redattori dello Statuto richiede come minimo una *possibilità* di consumazione: fintantoché il crimine è e rimane impossibile, in assoluto o relativamente (si pensi a un militare attivo in uno scenario bellico che spari, con intento omicida, a un civile di fatto già morto, o dia fuoco a una casa da cui in realtà sono appena fuggiti tutti), è arduo sostenere che il soggetto abbia compiuto un passo in avanti 'sostanziale' (o 'importante') verso l'esecuzione del crimine ambito<sup>52</sup>. Da notare come la formula statutaria non riprenda definizioni di sistemi nazionali, come quello tedesco, o dello stesso *Model Penal Code*, che esplicitamente correlano la tipicità del tentativo a una relazione tra quanto concretamente eseguito e quanto soggettivamente l'agente si rappresentava. Ci sembrano in definitiva poco compatibili con la lettera dell'art. 25 (3) (f) ICC St, e troppo debitorie di specifiche tematizzazioni di diritto penale interno (tedesco, statunitense in genere), impostazioni che, fosse pure in modo compromissorio, attribuiscono rilievo a espressioni di reato impossibile. Così quella che riconduce alla fattispecie di *attempt* atti oggettivamente inidonei ma capaci comunque di turbare la fiducia collettiva nella stabilità dell'ordine legale, o la cui idoneità ingannevolmente appaia agli occhi a un ipotetico osservatore esterno; non costituirebbe invece tentativo rilevante uno sforzo di consumare il reato palesemente velleitario, come ad esempio quello attuato mediante riti magici<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Analogamente LIÑAN LAFUENTE, *El iter criminis: tentativa y actos preparatorios punibles*, cit., pp. 340 ss. Cfr. il caso *Charles W. Keenan*, deciso da una Corte Militare d'Appello statunitense, citato da A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, cit., 199, nt. 21; *amplius* SOLIS, *Keenan*, in *The Oxford Companion*, cit., 756 ss. Nel processo si discusse anche dell'ipotesi che l'autore avesse sparato alla vittima civile ancora viva, ma credendola già morta. Secondo questa diversa ricostruzione sarebbe mancato, dunque, il dolo.

<sup>53</sup> ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 813. Cfr. altresì, FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, cit., pp. 196 ss.

Volendo essere ancor più precisi, la figura del ‘passo verso la consumazione’, tratteggiata sia nella versione inglese che in quella spagnola, connota l’*attempt* di una portata progressiva e dinamica, che impone un confronto tra la situazione precedente, e quella successiva, al compiuto ‘passo’. Ebbene, soltanto atti che *abbiano reso possibile la realizzazione di un crimine prima impossibile*, o che abbia reso *più probabile*, o *più imminente*, detta realizzazione, rispetto a quanto non fosse in precedenza, si possono qualificare nei termini di un *passo importante verso l’esecuzione*. Imbracciare il fucile, caricarlo e mirare a un civile finalmente a portata di tiro, rende possibile un omicidio prima di questo atto, invece, obiettivamente impraticabile, e quindi può costituire tentativo (sussistendo ogni altro requisito). Si immagini, poi, una cittadina isolata di una nazione in guerra, nel quale cominci a patirsi una penuria di viveri: il furto di una gallina compiuto da milizie nemiche infiltrare in una fattoria del luogo non sembra significativamente aumentare, di per sé, la probabilità di perfezionare il crimine di guerra di «affamare intenzionalmente civili» (art.8(2)(b)(xxv) ICC-St), e dunque non potrà ritenersi tentativo, come, invece, il saccheggio dell’unico negozio di alimentari (se soggettivamente inteso come ‘passo’ funzionale alla realizzazione, appunto, di quella figura criminosa).

Non si ignorano le critiche cui è stato sottoposto, nel dibattito dottrinale italiano, il criterio della ‘probabilità di consumazione’ se inteso a dar contenuto a quella idoneità di cui tratta l’art. 56 c.p. Si è in particolare sottolineata l’indeterminatezza di tale attributo, non potendosi stabilire a priori quale livello di probabilità sia sufficiente e necessario, né potendosi misurare detta probabilità in rapporto al tentativo incompiuto o al tentativo di reati di mera condotta: in questi ultimi casi, invero, la prognosi di consumazione non dipende da un’eziologia meramente naturalistica, stimabile alla stregua di leggi scientifiche, bensì da prognosi postume, restie a una quantificazione, su come avrebbero potuto proseguire certe scelte d’azione ove l’*iter criminis* non si fosse interrotto<sup>54</sup>.

Ora, dette obiezioni, condivisibili in rapporto alla lettura dell’art. 56 del codice penale italiano, non si addicono all’interpretazione che qui stiamo proponendo circa l’*attempt* nel sistema dello Statuto di Roma, e però utilmente sollecitano ulteriori chiarimenti. Invero, quel che qui riteniamo rilevante non è una certa misura di probabilità, esattamente quantificabile, ma soltanto la constatazione di un *incremento relativo di detta probabilità*, in dipendenza degli atti tenuti, e rispetto al momento antecedente a detti atti. Così, più nel dettaglio, un tentativo di crimini di guerra di mera condotta

<sup>54</sup> DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in «RIDPP», 2001, pp. 719 ss.

[quali quelli incentrati sull'uso di armi vietate, a prescindere dal verificarsi di *consequences*: art. 8(2)(b) – (xvii), (xviii), o (xix), ICC St] richiederà che il soggetto, agendo, abbia reso fattibile, quando non lo era, o comunque obiettivamente *più semplice* l'esecuzione del fatto tipico, senza necessità di esprimere numericamente questa accresciuta probabilità di esecuzione. Per intendersi, rappresenterà senz'altro un 'passo sostanziale verso l'esecuzione' di uno dei reati appena richiamati vuoi l'approvvigionamento di un arsenale di armi vietate di cui prima non si disponeva, vuoi, in una fase più avanzata, un intervento di carattere logistico che renda più facile l'utilizzazione di quell'armamentario, e ciò a prescindere da una quantificazione in termini percentuali (peraltro impossibile) dell'incrementata fattibilità.

### 3.3. *Un profilo di 'univocità'*

Quanto sin qui rilevato offre, tuttavia, ancora scarse prestazioni selettive. Invero, anche atti molto antecedenti alla consumazione del crimine, dal punto di vista logico e cronologico, possono risultare idonei: nel linguaggio dello Statuto di Roma, costituire un «passo essenziale verso la consumazione». Così, per intendersi, un primo incontro interlocutorio tra un capo di stato e il corrispondente capo dell'esercito o della polizia, al fine di concordare un incontro in cui sondare la praticabilità di un progetto di sterminio di un gruppo etnico ritenuto ostile, rappresenta un passaggio imprescindibile ai fini della concreta consumazione di un genocidio. Fondare, dunque, soltanto su un tale requisito la struttura dell'*attempt*, comporterebbe un'anticipazione eccessiva e potenzialmente senza limiti della soglia del penalmente rilevante.

Ancora una volta può soccorrere, a fronte del dubbio interpretativo, quella fonte subordinata che deriva dall'analisi comparata degli ordinamenti nazionali. Si è già ricordato come, implicitamente o esplicitamente, nei diversi sistemi giuridici si utilizzi un criterio genericamente definibile come di 'univocità' al fine di distinguere tra atti meramente preparatori e, invece, pre-tipici; quindi, fondamentalmente, per contribuire alla determinatezza del tentativo stesso, costruendo un nesso più solido ed evidente tra la tipicità del reato tentato e di quello, corrispondente, consumato. Si potrebbe perciò probabilmente ascrivere anche l'univocità a principio generale del diritto, condiviso dagli ordinamenti; forse ancor più che non il profilo dell'idoneità, considerata invece l'esistenza di importanti sistemi penali che considerano in vario modo rilevante il tentativo impossibile.

Un'eguale esigenza di demarcazione tra pre-tipico e meramente



preparatorio si pone, evidentemente, in sede di diritto internazionale penale, ove si aggiunge un'ulteriore istanza, non dissociata dalle logiche originarie del requisito dell'univocità<sup>55</sup>: soltanto la chiara percezione, agli occhi della comunità internazionale, dell'imminente sviluppo di certi atti in una violenza qualificabile alla stregua di un crimine internazionale, suscita diffuso allarme e lascia comprendere le ragioni di una repressione penale, riducendo il rischio che questa venga intesa alla stregua di un'indebita ingerenza della Corte penale internazionale, o del *prosecutor*, in atti politici interni di uno Stato sovrano (v. *supra*, § 2.2.). E, si noti, la correlazione tra la qualifica di 'crimine internazionale', e la capacità di allarmare la comunità internazionale, è esplicitata nell'art. 5 ICC St.

Merita finalmente rilevare come quelle medesime ragioni che, lo si è visto, sorreggono la pretesa di un profilo di pericolosità, allo stesso modo avallano la richiesta di un profilo di univocità. Si intende dire che la pericolosità nel tentativo non è data solo da idoneità causale (se non rispetto al tentativo 'compiuto', quando ormai ogni condotta praticabile dall'agente si è esaurita e il processo eziologico orientato verso l'evento è stato attivato). Essa è anche costituita dalla risolutezza del soggetto attivo nel portare a termine l'*iter criminis*, per tutti quei passaggi che siano ancora sotto il governo della sua volontà. Così, per intendersi, l'arma sollevata determina un pericolo significativo per la vita altrui soltanto quando il soggetto, animato da un ormai sicuro intento omicida, dopo aver caricato il colpo prenda la mira contro una precisa persona. Ebbene: detta risolutezza può darsi per certa soltanto nell'imminenza della consumazione, in ragione della massima di esperienza in virtù della quale, se la probabilità di un risultato aumenta proporzionalmente al numero delle condizioni indispensabili (idonee), la probabilità che un soggetto desista da un proposito diminuiscono proporzionalmente all'avvicinarsi della realizzazione di quel proposito.

Tutti questi dati spingono a intendere quale 'passo sostanziale nell'iniziare l'esecuzione' di uno specifico crimine soltanto atti osservando i quali si possa percepire come l'agente (o i più agenti/coautori) sia(no) ormai effettivamente in procinto di consumare quel crimine rivelato dal dolo, manifestando una volontà presumibilmente non più soggetta a

---

<sup>55</sup> Da ultimo, sulle origini e sul significato del requisito della univocità, in una prospettiva di storia del diritto penale italiano, v. DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, cit., pp. 94 ss., pp. 208 ss. V poi ID., *La disciplina del tentativo*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2005, p. 184, che legge nell'aggettivo 'sostanziale' un riferimento ad atti *oggettivamente* esecutivi del programma criminoso, ovvero *socialmente percepibili* come tali.

ripensamenti. Un 'passo sostanziale verso la consumazione', dunque, nel senso di un passo là puntualmente orientato da una determinazione che non ammette più un arretramento, o una sosta; ed 'inizio di esecuzione' come imminenza, almeno, di consumazione, mutuando le letture che gli interpreti francesi danno di quel medesimo requisito.

Non sembra però si debba, né si possa, pretendere una 'unidirezionalità' esteriormente percettibile degli atti compiuti rispetto a uno *specifico crimine*. Sarà perciò qualificabile come *attempt* quella condotta collegata da un nesso finalistico anche con una pluralità di crimini internazionali (pluralità comunque ragionevolmente circoscritta, dovendosi altrimenti constatare l'equivocità di quanto compiuto); il soggetto risponderà, poi, soltanto di quel reato di cui abbia anche il corrispondente dolo *ex art. 30 ICC St*<sup>56</sup>. Nessuna norma, principio o logica suggerisce una differente soluzione, e per vero una 'unidirezionalità' è in pratica assai difficile da riscontrare, prima di un vero e proprio inizio di realizzazione del fatto tipico, e talvolta neppure in questa fase: specialmente nel diritto internazionale penale un medesimo nucleo di atti può contribuire alla realizzazione di una pluralità di crimini internazionali. Così, ad es., l'inizio di una violenza nei confronti di una donna appartenente alla popolazione civile, e finita nelle mani di un gruppo di soldati 'nemici', può apparire allo stesso tempo orientato a un omicidio, a uno stupro, alla tortura, quali crimini di guerra; mentre il tentativo non riuscito di uccidere può risultare finalizzato alla realizzazione di un crimine, o di diversi crimini, contro l'umanità, di un genocidio, di un crimine di guerra. In molti di questi casi, decisivo per attribuire la corretta qualificazione all'accaduto non sarà soltanto il dolo, bensì, prima ancora, l'elemento di contesto.

### 3.4. *Il mental element*

Il dolo del reato tentato è, ovunque, lo stesso del corrispondente reato consumato: non v'è dubbio che tale regola costituisca un 'minimo comun denominatore' agevolmente rilevabile dalla comparazione degli ordinamenti nazionali(art.21(1)(c) ICC St)<sup>57</sup>. L'origine storica del tentativo come

<sup>56</sup> Si mutua una soluzione proposta, per il diritto interno, da DE FRANCESCO, *Sul tentativo punibile*, in «Studium Iuris», 1999, p. 256; Id., *Diritto penale*, cit., 619.

<sup>57</sup> DE HEMPTINNE, *Attempt*, cit., pp. 347 ss. Per gli ordinamenti angloamericani: BINDER, *op. cit.*, 290 ss.; per la Germania, v. ROXIN, *op.c it.*, 350 ss., nonché, per tutti, KUDLICH, SCHUHR, *sub* §22, cit., Rn. 17, p.208; per la Spagna, MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, 400 ss.

categoria penalistica, che ancora in buona misura ne connota la *ratio*, è invero correlata alla constatazione di come vi sia un medesimo dolo, dunque un medesimo bisogno soggettivo di pena, in chi riesce, e in chi tenta senza riuscirvi, di consumare un delitto. Infine – già lo si è osservato discutendo di univocità – il dolo di consumazione contribuisce al requisito di necessaria pericolosità del tentativo, la quale in buona parte dei casi sta e cade con la presenza, o la mancanza, di un fermo proposito dell'agente di portare a conclusione l'*iter criminis*. Il requisito è, in realtà, quasi 'ontologico': la stessa nozione di 'tentare' qualcosa evidentemente postula una finalizzazione della volontà verso quel qualcosa.

Nel sistema dello Statuto di Roma, l'*attempt* è comunque qualificato come ipotesi di *individual responsibility* cui dunque si riferisce l'art. 30 ICC-St, disposizione che individua nella *knowledge* e nell'*intent* i requisiti psichici minimi per l'imputazione di un crimine internazionale<sup>58</sup>. Inoltre l'art. 25(3) (f) ICC St si riferisce a una consumazione mancata per «cause *indipendenti dalla volontà*» del *perpetrator*: esula quindi dall'ambito applicativo della fattispecie la condotta di colui che sin dall'inizio intendesse solo 'provare' il delitto, e volontariamente non lo abbia perfezionato. Più avanti, lo stesso articolo evoca il necessario proposito criminoso dell'agente (*criminal purpose; dessein criminel; propósito delictivo*) al momento di definire e disciplinare le figure della 'desistenza' e del 'recesso'.

Nella dimensione normativa in cui si muove la Corte penale internazionale, non ha particolare significato il problema che, invece, affatica dottrina e giurisprudenza 'interne', concernente la adeguatezza del solo dolo eventuale a sostenere un tentativo penalmente rilevante. In generale, infatti, il dolo eventuale è inadatto all'imputazione di qualsiasi crimine rientrante nella giurisdizione della Corte, già ai sensi dell'art.30 ICC-St<sup>59</sup>. La questione potrebbe però recuperare importanza rispetto a quei crimini che anche nel sistema dello Statuto di Roma costituiscono un'eccezione quanto a *mental element*, ed ammettono requisiti psicologici qualificabili alla stregua di una *recklessness* o di un *dolus eventualis*<sup>60</sup>. Per quel che riguarda, poi, le fattispecie che richiedono un *dolus specialis* – a partire dal genocidio – non si dubita che questo particolare elemento

<sup>58</sup> Sia consentito rinviare ad A.VALLINI, *La mens rea*, in E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 156 ss.

<sup>59</sup> ESER, *Individual Criminal Responsibility*, cit., p. 811; v. più problematicamente AMBOS, *Treatise*, I, cit., pp. 243 ss.

<sup>60</sup> Sul punto v. E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 149, p. 152.

soggettivo debba sussistere anche in capo all'autore di un tentativo<sup>61</sup>; è bene peraltro rammentare come quell'orientamento finalistico abbia in realtà molto a che fare con un (peraltro discusso) implicito elemento di contesto specifico del genocidio, costituito da un *pattern* di condotte similari, a quella dell'imputato<sup>62</sup>. In caso di tentato crimine contro l'umanità, sarà egualmente necessaria la consapevolezza di contribuire a un attacco esteso o sistematico alla popolazione civile (art. 7(1) ICC St)<sup>63</sup>, così come, ai fini di un tentativo di crimine di guerra, la percezione di agire nel contesto di un conflitto armato<sup>64</sup>.

### 3.5. *La giurisprudenza della Corte penale internazionale*

La pur sporadica giurisprudenza della Corte penale internazionale in materia di *attempt* sembra dar conforto alla interpretazione sin qui condotta, arricchendola di ulteriori spunti.

In un passaggio della citata decisione sul caso Katanga si definisce il tentativo come 'inizio di esecuzione' accompagnato dall'*intent* del relativo crimine consumato (par. 458 ss.). Di fatto, una mera riproposizione testuale dello Statuto. Poco se ne può dedurre riguardo a come la Corte penale internazionale abbia, in tale occasione, inteso tale criterio. Nel caso concreto, d'altronde, scarsi apparivano i problemi esegetici ed applicativi, trattandosi della forma più auto evidente di tentativo, cioè il tentativo 'compiuto': oggetto del giudizio erano, infatti, aggressioni contro civili che già avevano prodotto lesioni, e che non erano state causa di morte per l'intervento di fattori indipendenti dalla volontà degli autori.

La Corte si è poi occupata di un episodio del conflitto armato interno al *Darfur* sudanese, nello specifico un attacco a sorpresa finalizzato ad uccidere *peacekeepers* dell'*African Union Mission in Sudan*, alcuni dei quali sopravvivevano grazie ad una pronta ed efficace assistenza medica. Si contestava, perciò, la violazione degli artt. 8(2)(c)(i), 25 (3)e e 25 (3) (f) ICC St.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> DE HEMPTINNE, *Attempt*, cit., p. 348.

<sup>62</sup> Per tutti, sul punto, E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, a cura di E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, cit., pp. 343 ss.

<sup>63</sup> AMBOS, *Treatise*, I, cit., p. 259.

<sup>64</sup> *Ivi*, p. 262.

<sup>65</sup> 02/05-03/09-121-Corr.Red, *Corrigendum of the Decision on the Confirmation of Charges*, PTC, 7 marzo 2011, par. 96. Gli imputati, su cui pende un mandato di arresto,

La decisione è, questa volta, estremamente interessante per l'intelligente lettura combinata delle disposizioni in tema di *attempt* e di *mental element* (art.30 ICC St). Questa seconda, ai fini dell'imputazione delle *consequences*, pretende la necessaria consapevolezza, da parte del soggetto agente, che esse «si verificheranno secondo l'ordinario corso degli eventi»; i giudici ne desumono come un decorso degli eventi non eccezionale né imprevedibile, secondo una prognosi postuma ispirata all'*id quod plerumque accidit*, costituisca, prima di tutto, requisito dell'*actus reus*, destinato come tale a connotare anche la portata obiettiva dell'*attempt*. Su questo presupposto si stabilisce che il tentativo possa sussistere solo quando, «nell'ordinario corso degli eventi, la condotta del soggetto agente avrebbe portato alla consumazione del reato se solo non fossero intervenute circostanze [impeditive] estranee al controllo dell'agente medesimo».

In questa affermazione evidentemente si evoca, prima di tutto, un requisito di idoneità. La *Pre-Trial Chamber* lo afferma con chiarezza in altro passaggio, ritenendo decisivo stabilire «*whether the perpetrator's conduct was adequate to bring about as a consequence the crime in question*». La pretesa di un nesso di consequenzialità rispondente all'*id quod plerumque accidit* tra atti effettivamente realizzati, da un lato, e prospettiva della consumazione del crimine, dall'altro lato, pare implicare, altresì, la necessità di un orientamento della condotta verso l'esito criminoso tipico che sia esteriormente percepibile, e cioè ponderato secondo un parametro di normalità statistica e prevedibilità 'oggettiva'; un parametro, in definitiva, di univocità. La misura dell'«ordinario corso degli eventi» può essere d'altronde data anche da massime di esperienza circa dinamiche psicologiche, come quelle che, lo si è osservato, connotano il senso della univocità nel tentativo, intesa quale requisito di pericolosità «soggettiva», di propensione ormai irrimovibile alla consumazione del crimine. In effetti, la *Pre-Trial Chamber* ha premura di precisare come il termine *substantial step* rimandi a condotte di significato essenziale nello sviluppo dell'*iter criminis*, non potendo ritenersi tali quelle meramente preparatorie.

Di nuovo considerando il caso Katanga, la Corte ha poi confermato come il tentativo di un crimine internazionale rientrante nella sua giurisdizione debba strutturarsi nelle forme di un dolo di consumazione, corrispondente, in linea di principio, a quello qualificato come *mental element* dall'art. 30 ICC St<sup>66</sup>. Interessanti anche le prescrizioni di carattere processuale circa la

sono ancora latitanti.

<sup>66</sup> International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, cit., par. 460; v. anche International Criminal Court – Trial Chamber, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment*, 8 luglio 2019, 01/04-02/06, par. 861.

prova di questo 'dolo', proposte nelle decisioni di conferma delle accuse nei confronti di Gbagbo e Blé Goudé<sup>67</sup>. Non potendo essere ricavato dalle dinamiche di consumazione del reato, per definizione non sussistenti quando si tratti di tentativo, l'elemento psicologico potrà essere intuito (ad es., l'orientamento dell'arma verso parti vitali del soggetto passivo), dagli strumenti cui si è fatto ricorso (ad es. armi letali), dalle modalità della condotta, dalle testimonianze circa l'atteggiamento dell'autore del reato, *in primis* quelle delle vittime.

Sempre sul piano processuale, bene emerge, nella casistica, anche la funzione di supporto all'impostazione accusatoria che il tentativo può svolgere, aiutando a contenere il rischio di spreco di energie inquisitorie. Una risorsa strategicamente preziosa, insomma, considerata la frequente difficoltà di decifrare il minuto dettaglio 'fattuale' di crimini internazionali, usualmente plurisoggettivi, non di rado diffusi nel tempo e nello spazio, e rivolti contro una pluralità di vittime. Invero, il *Prosecutor*, quando voglia, ma tema di non riuscire a, dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio le dinamiche di realizzazione di certi eventi tipici (ad es., che la morte delle vittime sia davvero derivata da quella certa aggressione, imputabile a quel certo *defendant*), può pararsi le spalle proponendo in subordine una incriminazione per il medesimo crimine ma soltanto tentato (ad es., omicidio o tentato omicidio quale crimine contro l'umanità)<sup>68</sup>. Quando la scommessa probatoria riguardi, invece, il dolo di consumazione di un reato grave non perfezionatosi, che virtualmente rappresenti la "progressione criminosa" di altro, meno grave, invece realizzato, in rapporto al primo l'accusa potrà avanzare un'imputazione per *attempt*, e in via subordinata dedicarsi alla più scontata dimostrazione del secondo. In questi termini è stata proposta (e confermata dalla *Pre-Trial Chamber*) un'imputazione alternativa per tentato omicidio quale crimine contro l'umanità, subordinata alla prova del dolo di omicidio, ovvero – ove tale prova non fosse raggiunta – per 'altri atti inumani', in rapporto alle violenze *post*-elettorali che si assumono perpetrate tra il 2010 e il 2011 in Costa d'Avorio, da parte di Laurent Gbagbo (presidente uscente della repubblica ivoriana) e del suo sodale Charles Blé Goudé<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges*, 12 giugno 2014, 02/11-01/11-656-Red, par. 201; International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on Confirmation of Charges*, 11 dicembre 2014, 02/11-02/11, par. 121.

<sup>68</sup> DE HEMPTINNE, *Attempt*, cit., p. 340.

<sup>69</sup> International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, cit., par. 201; International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Charles*

### 3.6. *Concorso nel tentativo e tentativo di concorso*

Già alla luce dei principi di diritto condivisi dagli ordinamenti, e dello Statuto di Roma, non vi è motivo di dubitare del significato penale internazionale di un concorso in un crimine internazionale rimasto alla fase del tentativo: l'istigazione, l'agevolazione, la partecipazione relative a un'attività criminosa soltanto tentata sono espressamente prese in considerazione dalle lett. *b), c), d)*, dell'art. 25 (3) ICC-St<sup>70</sup>. Considerato come il crimine internazionale si caratterizzi per una plurisoggettività tendenzialmente (fenomenologicamente) necessaria, un tentativo inteso come unicamente monosoggettivo sarebbe, d'altronde, privo di rilevanza pratica.

Si può invece a ragione negare la rilevanza di un mero tentativo di concorso in un crimine internazionale. Si è detto della ben dubbia affermazione, nel diritto penale internazionale, di paradigmi di responsabilità quali la *conspiracy*. Per quanto concerne, poi, lo Statuto di Roma, nell'art. 25(3)(f) ICC St l'*attempt* viene indicato come ipotesi di responsabilità individuale alternativa, non cumulativa, rispetto alle forme di partecipazione contemplate nelle precedenti lettere. La definizione di *attempt* si fonda, inoltre, sulla tentata realizzazione di un «crimine di competenza della Corte» (v. la prima parte del comma 3 del cit. art. 25), e per «crimine di competenza della Corte» si intendono quelli di cui si dà conto negli artt. 6, 7 ed 8 ICC St, non già le ipotesi di responsabilità individuale rappresentate nelle lettere *b), c), d)* dell'art. 25(3) ICC St.

La denegata rilevanza del tentativo di concorso – ma non del concorso in un tentativo – trova la sua *ratio* nel seguente argomento: essendo già prive di dettaglio le definizioni delle fattispecie concorsuali, peraltro solo indirettamente correlate con il disvalore del crimine da altri eseguito, un loro ulteriore ampliamento applicativo – oltretutto verso fasi remote dell'*iter criminis* – in ragione del combinato disposto con la clausola, anch'essa generale e generica, dell'art. 25(3)(f) dello Statuto, implicherebbe un'estensione del penalmente rilevante incompatibile con quei principi di legalità/tipicità ed offensività che ormai informano anche il diritto penale internazionale.

---

*Blé Goudé*, cit., par. 121.

<sup>70</sup> In questo senso anche G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, in «Journal of International Criminal Justice», 2007, p. 973.

#### 4. Macro e micro-tentativo. Ragioni e implicazioni della distinzione

Precisati i tratti generali del crimine internazionale tentato, può adesso tornarsi a ragionare con maggior cognizione di causa della dicotomia tra macro e micro-tentativo, sperando di farne meglio apprezzare la funzione euristica.

##### 4.1. Il 'macro-tentativo'

Per macro-tentativo deve dunque intendersi un'attività orientata, senza esito, a concretizzare una *collective violence* per qualità e livello tale da integrare uno degli *chapeaux* tipici dei crimini internazionali, prima ancora del singolo atto individuale. Facendo riferimento alle *definitions of crimes* delineate nello Statuto di Roma, si può prendere a modello un tentativo di quell'attacco esteso o sistematico contro le popolazioni civili che qualifica i crimini contro l'umanità, o di quel conflitto armato in cui si contestualizzano i crimini di guerra, o, ancora, il tentativo di concretizzare quel *pattern* massivo di azioni orientate alla distruzione del gruppo che connota il crimine di genocidio, almeno secondo alcune letture supportate dagli *Elements of Crimes*<sup>71</sup>, (la fattispecie di aggressione merita una considerazione a parte: v. *infra*).

Il macro-tentativo potrà riconoscersi solo ove le conflittualità che si è contribuito a scatenare e/o implementare, pur rivelando un orientamento oggettivo e soggettivo verso la realizzazione del *contextual element*, ancora risulti frammentaria e ridotta, non avendo guadagnato quelle connotazioni, né raggiunto quel livello di estensione, intensità e sistematicità, che consentano di ritenere perfezionato detto requisito. L'importante è che quanto compiuto renda l'elemento contestuale di più probabile verifica, e sia esteriormente – obiettivamente, inequivocabilmente – apprezzabile come finalizzato a quello scopo, evidenziando un intento di consumazione ormai plausibilmente sottratto a ripensamenti. Requisiti di idoneità ed univocità che non appare semplicissimo declinare in rapporto a vicende massive e complesse, per loro natura diffuse nel tempo e nello spazio, come quelle che connotano il *Gesamttat* del crimine internazionale. Di sicuro, il 'macro tentativo' ha come *perpetrator* elettivo soggetti al vertice di strutture politiche, amministrative, militari, che godano di consistenti mezzi, di adeguato potere, e della capacità di governare – con modalità

---

<sup>71</sup> V. *supra*, nt. 60.



potenzialmente tipiche di una autoria o coautoria mediata<sup>72</sup> – le scelte di azione di quella molteplicità di persone che serve per mettere in atto una *collective violence* criminosa, o comunque una violenza bellica, che aspiri ad essere organizzata, estesa e sistematica.

Si consideri, a mo' di esempio, la progettazione, da parte dei membri di un esecutivo, di un attacco sistematico alla popolazione civile. Fintantoché tale ideazione dovesse rimanere, in termini molto generici, nei verbali di qualche riunione di governo, essa non potrebbe ritenersi un 'passo importante' verso la consumazione, per difetto di idoneità. Detto 'passo importante' potrebbe essere compiuto, però, per la sopravvenuta collaborazione di chi abbia il controllo dei mezzi materiali e degli uomini utili al fine (ad es. i vertici dell'esercito). Qualora questa collaborazione non dovesse attuarsi, si configurerebbe un mero 'tentativo di concorso' (tentativo di ottenere una collaborazione esecutiva), come tale irrilevante. Se, invece, la collaborazione dell'esercito intervenisse, e però l'attacco venisse sventato, ipotizziamo, dall'intervento militare di uno Stato limitrofo, potremmo ritenere i membri del governo responsabili per coautoria, e autoria mediata – ovvero, in subordine, per ordine o istigazione – di un (macro) tentativo di perpetrazione di crimini contro l'umanità; solo, peraltro, di quei crimini (normalmente più di uno) che costituiscano diretta espressione e conseguenza del piano di realizzazione dell'elemento di contesto attribuibile a quei soggetti.

È bene invero precisare che, se l'*individual element* è un profilo imprescindibile per una qualificazione criminosa dell'illecito internazionale, il macro-tentativo non potrà ritenersi rilevante ove non implichi la realizzazione (anch'essa tentata, oppure consumata) di singole condotte tipiche.

Almeno per quanto concerne i crimini contro l'umanità, appare peraltro difficile immaginare che un momento di implementazione di un attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile non implichi di per sé stesso la realizzazione (almeno tentata) di singole violenze riconducibili a uno dei 'fatti individuali' tipizzati nell'art.7 ICC-St (se non altro *sub specie* di 'altri atti inumani'); analoga valutazione si può compiere riguardo al (controverso) elemento di contesto del genocidio, che di per sé sottende la

---

<sup>72</sup> Riguardo alle figure della autoria, coautoria e autoria mediata (*committing*) nel diritto internazionale penale e nello ICC St in particolare, e alla loro distinzione rispetto alle varie ipotesi di carattere più prettamente 'concorsuale' (*ordering, soliciting, inducing, aiding, abetting, otherwise assisting*), rinviamo e per tutti, a M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, a cura di E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, A. Vallini, cit., pp. 84 ss.

realizzazione di una pluralità di *individual acts* criminosi.

Meno scontata la questione riguardo ai crimini di guerra. Invero, non necessariamente un 'tentativo di conflitto armato' comporta trasgressioni dello *ius in bello* penalmente significative. Si potrebbe obiettare come l'art. 8 (1) ICC-St sembri pretendere che tali trasgressioni, oltre a inserirsi funzionalmente in un conflitto nazionale o internazionale, costituiscano parte di un *plan or policy*, o, ancora, di una commissione su larga scala di simili crimini. Se anche quest'ultimo elemento dovesse intendersi come 'di contesto' in senso stretto, esso per definizione implicherebbe la realizzazione di atti individuali criminosi. Secondo una diffusa lettura, tuttavia, il *plan or policy element* svolge piuttosto la funzione di un criterio giurisdizionale, strumentale all'attivazione della competenza specifica della Corte penale internazionale su fatti che, comunque, si qualificano come crimine internazionale di guerra anche a prescindere di un loro inquadramento entro una realizzazione massiva di altri comportamenti analoghi<sup>73</sup>.

#### 4.2. Il 'Micro-tentativo'

Con il termine 'micro-tentativo' suggeriamo invece di etichettare atti volti alla realizzazione di una di quelle singole condotte criminose che, se relazionate al contesto, attribuiscono valenza penalistica al crimine internazionale, rappresentandone elemento essenziale. Il contesto dovrà nondimeno sussistere – e gli atti dovranno ad esso tipicamente correlarsi dal punto di vista oggettivo e soggettivo – altrimenti quell'atto criminoso sarà privo di una valenza internazionale.

Si può far riferimento, per intendersi, a un tentato omicidio, un tentato stupro, una tentata tortura, inquadrate in un più ampio attacco esteso e sistematico alla popolazione civile.

Salvo quando si tratti di *individual acts*, che per la loro portata, pretendono una realizzazione multisoggettiva con il contributo di figure di vertice (si pensi allo 'sterminio', alla 'deportazione', all'apartheid'), il 'micro-tentativo' sarà normalmente realizzabile da 'pesci piccoli', esecutori alla base di quella piramide gerarchica che gli studi sulla violenza collettiva ci dicono essere caratteristica del crimine internazionale. È invero improbabile, che il capo politico o militare aggredisca con le sue stesse mani le vittime del

<sup>73</sup> F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali: uno sguardo trasversale*, in «Problemi attuali della giustizia penale internazionale», a cura di A. Cassese et al., cit., p. 21; WERLE, JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, cit., p. 255; SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, cit., p. 195.

suo progetto criminoso su ampia scala, per consumare o tentare fattispecie offensive della vita o di altri beni di singoli individui. Più realistico congetturare un concorso a vario titolo (istigazione e ordine *in primis*) della figura di vertice nel microtentativo di crimine internazionale di un subordinato, quando non ipotesi di autoria o coautoria mediate.

#### 4.3. *Interferenze tra 'micro' e 'macro-tentativo'*

Bisogna tuttavia evitare equivoci che potrebbero essere indotti da errori di prospettiva: errori che la proposta distinzione tra 'macro' e 'micro-tentativo' mira, appunto, a scongiurare. Non è infatti detto che, quando ancora non sia pienamente realizzato un elemento di contesto essenziale per l'integrazione di un crimine internazionale, l'atto aggressivo perpetrato dal singolo esecutore sia destinato, al più, a rilevare come crimine 'comune', di diritto interno; né è vero che il 'tentativo' di omicidio, o di stupro, o di altro singolare *Einzeltat*, rappresenti sempre e necessariamente, tutt'al più, un 'micro-tentativo'.

Nella misura in cui si ritenga configurabile un concorso nel tentativo di crimine internazionale (v. *supra* § 3.6), anche il singolo autore disvestito d'ogni ruolo apicale, e sprovvisto di speciali mezzi e potere, potrà rispondere quale *partecipe nel macro-tentativo altrui*, qualora con i suoi pur circoscritti atti di violenza contribuisca dinamicamente all'auspicata realizzazione del contesto. Tanto potrà asserirsi, ovviamente, solo nel caso in cui il progetto politico generale avesse superato la soglia che consente di qualificarlo come macro-tentativo, risultando altrimenti il comportamento del singolo soggetto un atto di concorso in un fatto altrui, irrilevante nelle prospettive del diritto penale internazionale.

In altri termini – ammesso e non concesso che, allora, potesse dirsi già criminoso un tentativo di crimine internazionale – nell'ipotesi in cui la programmata aggressione genocida in Ruanda si fosse arrestata in una fase molto anticipata, quando non ancora sufficientemente diffusa e connotata (magari per quell'intervento salvifico delle Nazioni Unite che avrebbe dovuto esserci e, invece, non ci fu), avremmo potuto far rispondere di (macro) tentativo gli organizzatori di vertice del mancato massacro, e di concorso (*aiding or abetting*) nello stesso (macro) tentativo coloro che, accogliendo le sollecitazioni superiori, avessero già iniziato a dar sfogo ai *machete*. La responsabilità di questi ultimi, dunque, avrebbe potuto esser messa a fuoco anche da una giurisdizione internazionale, contrariamente a quanto si sarebbe potuto superficialmente dedurre in ragione della piena

integrazione di un contesto genocidario. Per la stessa ragione anche ove costoro avessero aggredito violentemente un concittadino *Tutsi* provando ad ucciderlo, senza riuscirci, non avrebbero dovuto rispondere soltanto di tentato omicidio 'comune', tantomeno di (micro) tentativo di crimine internazionale (difettando, in quel momento, l'integrazione del contesto), bensì di concorso nel macrotentativo altrui, purché simile aggressione apparisse *ex ante* funzionale allo strutturarsi del contesto tipico del genocidio poi, invece, non perfezionatosi.

Quel che si è appena asserito serve quindi a fare assumere rilievo internazionale a ciò che, altrimenti, potrebbe apparire dotato di un significato soltanto alla stregua del diritto penale interno. Quanto alle ricadute sulla fase del *sentencing*, bisogna tuttavia fare attenzione a possibili sperequazioni. Quando l'azione delittuosa (consumata o solo tentata) di una singola persona si correla a un contesto già pienamente integrato (si pensi a un agente di polizia che gratuitamente uccida, o tenti di uccidere, un comune cittadino, contribuendo così a ulteriormente implementare l'attacco esteso e sistematico alla popolazione civile), apparirebbe a dir poco barocco qualificarla alla stregua di un 'concorso' nel crimine internazionale dei soggetti di vertice (comandanti supremi delle forze di polizia, ad es.) dotati della capacità di governo dell'elemento di contesto. Una simile condotta rappresenta piuttosto la forma ordinaria, paradigmatica, di 'autoria' di un crimine internazionale consumato.

Ebbene, simile condotta – quantunque sussumibile nell'*Einzeltat* e non nell'elemento di contesto, che ne costituisce appunto soltanto una preconditione – valendo come attuazione in prima persona di un crimine internazionale 'perfezionato' in ogni suo estremo oggettivo e soggettivo, andrà tendenzialmente considerata più grave della condotta di chi, col proprio atto violento, individualmente 'partecipi' all'implementazione poi mancata dell'elemento di contesto, trattandosi pur sempre, quest'ultimo caso, di una mera *partecipazione* (non di un'autoria) in un crimine *altrui*, oltretutto meramente *tentato*, per quanto nelle forme di un 'macro-tentativo'.

##### 5. *Il 'caso a sé' del tentativo di aggressione*

La struttura della fattispecie di aggressione (art. 8 *bis* ICC St) si connota non è del tutto comparabile a quella degli altri *core crimes*, in ragione di peculiarità che si riverberano, a ritroso, sulla eventuale configurazione del

relativo *attemp.* In effetti, sebbene questo crimine più di recente attribuito alla giurisdizione della Corte penale internazionale abbia, per così dire, una duplice dimensione, componendosi di un comportamento individuale strumentale a una più ampia violazione dello *ius ad bellum*<sup>74</sup>, il rapporto tra i due termini non è esattamente lo stesso che intercorre, altrove, tra elemento di contesto e singola condotta tipica, virtualmente realizzabile, quest'ultima, in forma monosoggettiva e in ambiti relazionali limitati. Anche la condotta individuale tipica ai sensi dell'art.8-bis (1) ICC - St assume, infatti, una portata necessariamente "macroscopica", in quanto causalmente orientata a (e non soltanto contestualizzata entro) la realizzazione dell'attacco militare da parte dello Stato.

Tanto premesso, si potrebbe semplicemente ritenere che, in quest'ambito, il tentativo assuma sempre e necessariamente fattezze 'macroscopiche', a partire dal soggetto attivo: è lo stesso art. 25(3 *bis*) ICC St a individuare come autore del crimine di aggressione soltanto chi operi «[...] *in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State*» (c.d. 'clausola di *leadership*').

Problematica, tuttavia, è la stessa configurabilità/punibilità di un tentativo di aggressione. È vero che l'art. 25 (3 *bis*) si correla a tutte le possibili forme di realizzazione riconducibile a una *individual responsibility*, dunque, parrebbe, anche al tentativo, in effetti contemplato nel comma immediatamente precedente. Simile disposizione potrebbe però ritenersi riferita implicitamente soltanto ai casi di autoria, o alle forme della responsabilità concorsuale. Invero, l'art. 8 *bis* ICC St, nel momento in cui definisce condotte che per loro stessa natura si collocano in una fase preliminare all'aggressione (*planning, preparation, initiation*), lascia intendere – specie nel combinato disposto con l'art. 8 *bis*, *Elements* (3) degli *Elements of Crimes* – che esse si fanno tipiche a condizione che si attui, poi, quell'aggressione verso la quale tendevano. Ebbene, questa clausola potrebbe intendersi come derogatoria rispetto a quella in tema di *attemp.*, e di valenza generale; quasi che, nell'occuparsi di ipotesi che potrebbero altrimenti considerarsi *inchoate crimes* paragonabili a un tentativo, lo Statuto avesse premura di precisare come *in ogni caso* la punibilità di condotte preparatorie debba intendersi subordinata all'effettiva consumazione dell'aggressione, da quelle condotte dipendenti<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> A. DI MARTINO, *Il crimine ottativo. Per un'esegesi penalistica del crimine internazionale di aggressione*, in «Criminalia», 2012, p. 567.

<sup>75</sup> Lo sostenevamo già in A. VALLINI, *Il tentativo*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, a cura di E. Amati, M. Costi, E. Fronza, P. Lobba, E. Maculan, Giappichelli, Torino, 2016, p. 210. Lo propone, oggi, DE HEMPTINNE, *Attempt*, cit., pp. 344 ss., chiamando a sostegno

Una simile lettura sistematica potrebbe trovare sostegno, ancora una volta, nel principio di offensività, che sta alla base dell'istituto stesso del tentativo, e a cui si ispira lo Statuto di Roma. Invero, ritenere rilevante un mero *attempt* di condotte come quelle di 'pianificazione', 'organizzazione' e 'inizio dell'atto', che già di per sé intercettano comportamenti molto anticipati, significherebbe attingere comportamenti in definitiva collocati nell'area dei meri atti preparatori, rispetto al momento in cui si realizzano l'aggressione e il suo disvalore<sup>76</sup>. In questo senso si comprende la scelta del *Draft Code* del 1996 della ILC di negare esplicitamente l'estensione dell'*attempt* (artt.2(3) (g)) al crimine di aggressione (cfr. l'art. (2)(2), in rapporto all'art.16, e 2(3), in rapporto agli artt.17, 18, 19, 20). Da non trascurare, poi, le esigenze di plausibilità e opportunità di cui si è più volte detto, le quali vivamente sconsigliano di scomodare lo strumento in sé problematico di una giustizia penale internazionale per stigmatizzare atti politici molto lontani dal determinare un pericolo per la pace, sebbene verso quell'esito, nelle intenzioni, indirizzati<sup>77</sup>.

---

i lavori della Conferenza di Kampala. L'autore, peraltro, ritiene possibile che taluno risponda a livello individuale di 'tentata commissione' dell'aggressione, laddove il suo contributo, pur avendo *ex ante* i requisiti dell'*attempt*, si sia rivelato *ex post* irrilevante, ma detta aggressione sia stata comunque perpetrata, su di un piano collettivo, dallo Stato di riferimento. Afferma, altresì, l'irrelevanza di un atto di aggressione tentato da parte di uno stato, C. KRESS, *The State Conduct Element*, in *The Crime of Aggression – a Commentary*, a cura di C. Kress, S. Barriga, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 538 ss. Ritiene invece punibile il tentativo di aggressione, sul presupposto che la previsione di cui all'art. 8 *bis* (la quale, in combinato con gli *Elements of Crimes*, impone che l'atto di aggressione debba necessariamente verificarsi per punirne anche solo la pianificazione) non interferisca con quella di cui all'art. 25(3) *bis*, R.S. CLARK, *General Principles of International Criminal Law*, in *The crime of aggression*, a cura di C. Kress, S. Barriga, cit., 618

<sup>76</sup> AMBOS, *Treatise*, I, cit., 263 s. Muovendo da una diversa impostazione, v. altresì LIÑAN LAFUENTE, *El iter criminis: tentativa y actos preparatorios punibles*, cit, pp. 345 ss.

<sup>77</sup> V. DI MARTINO, *Il crimine ottativo*, cit., pp. 570 ss. a parer del quale il delicatissimo confine tra atti di rilievo penale e atti politici verrebbe tracciato (anzi, rimesso alla discrezionalità giudiziaria), prima ancora che dalla descrizione del crimine di aggressione, dalle ampie virtualità applicative” della disposizione dell'art. 25 (3 *bis*): «*In respect of the crime of aggression, the provisions of this article [Individual criminal responsibility] shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State*». Osserva DE HEMPTINNE, *Attempt*, cit., p. 352, che se non vi è prova dell'esistenza di una consuetudine internazionale sul tentativo di aggressione, niente esclude che una simile consuetudine possa affermarsi in seguito all'approvazione del cd. emendamento di Kampala.



Francesco Viganò\*

*Sul carattere “eccezionale” del diritto penale\*\**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Gli assunti classici – 2.1. Severità delle sanzioni – 2.2. Stigmatizzazione – 2.3. Statuto costituzionale speciale – 3. Spunti critici – 3.1. Davvero le sanzioni penali sono sempre più severe di quelle non penali? – 3.2. Davvero la stigmatizzazione è una caratteristica essenziale delle pene? – 3.3. Davvero il diritto penale ha uno statuto costituzionale speciale? – 4. Qualche (provvisoria) conclusione

1. *Introduzione*

Il diritto penale ha davvero natura “eccezionale” rispetto a ogni altra branca dell’ordinamento?

La dottrina penalistica di tutto il mondo tende, più o meno esplicitamente, ad assumere questo carattere eccezionale<sup>1</sup>, sottolineando – e insegnando all’inizio di ogni manuale e corso universitario – il carattere di *ius terribile* della nostra disciplina, che giustificherebbe la sua sottoposizione a principi, di natura assieme politica e costituzionale, propri e diversi da quelli vigenti nel resto dell’ordinamento.

Con queste brevi riflessioni, dedicate all’illustre maestro del diritto penale che onoriamo in questo volume (e con il quale ho avuto il piacere e l’onore, ormai parecchi anni or sono, di lavorare fianco a fianco in una commissione ministeriale da lui presieduta), vorrei provare a sollevare qualche dubbio su questa impostazione tradizionale, e a domandarmi – in

---

\* Ordinario di Diritto penale, Università Bocconi di Milano; Giudice della Corte Costituzionale.

\*\* Il presente contributo costituisce una rielaborazione di alcune riflessioni da me sviluppate in un *paper* presentato e discusso in un *webinar* diretto da Antony Duff e Christoph Burchard nel luglio 2020. Le tesi qui espresse riflettono esclusivamente le mie personali opinioni, e non rappresentano necessariamente quelle della Corte Costituzionale italiana, di cui sono componente dal 2018.

<sup>1</sup> Cfr. da ultima A. RISTROPH, *An Intellectual History of Mass Incarceration*, in *Boston College Law Review*, Boston, 60, 2019, p. 1953 ss.



particolare – se tale impostazione sia ancora adeguata rispetto alla realtà ordinamentale contemporanea.

## 2. *Gli assunti classici*

La narrativa standard sul carattere eccezionale – o comunque sulla irriducibile diversità – del diritto penale rispetto al resto dell’ordinamento sottolinea due sue caratteristiche peculiari, che ne segnerebbero lo stacco rispetto a ogni altro ramo del diritto: da un lato, la *severità* tutta particolare delle sanzioni, che colpiscono i beni giuridici che più appartengono alla dimensione “esistenziale” della persona – la vita, il corpo, la libertà – (a); e dall’altro lato, il significato speciale di queste sanzioni, che incorporerebbero uno *stigma* sociale nei confronti della condotta costitutiva di diritto (e indirettamente nei confronti del suo autore)<sup>2</sup> (b).

Proprio in relazione a entrambe queste caratteristiche, le costituzioni e le carte internazionali dei diritti hanno sempre riservato a questa branca del diritto, e al processo penale, uno *statuto speciale* dal punto di vista delle *garanzie* e dei limiti al potere coercitivo statale, conferendo così al diritto penale una terza caratteristica di “eccezionalità” rispetto al resto dell’ordinamento (c).

Cerchiamo, allora, di esaminare un po’ più in dettaglio ciascuna di queste caratteristiche.

### 2.1. *Severità delle sanzioni*

La prima caratteristica su cui tutti sembrano essere d’accordo è l’impatto particolarmente grave delle sanzioni penali sui diritti fondamentali della persona. Impatto che raggiunge il suo livello massimo allorché si tratti dell’ergastolo o addirittura della pena capitale.

In Europa e nell’America Latina, l’orrore della pena capitale appartiene per fortuna al ricordo di epoche passate, ancorché il suo ricordo sia ancora

---

<sup>2</sup> Si veda ad esempio, nella letteratura tedesca, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. AT*, V ed., Beck Verlag, Monaco di Baviera, 2020, p. 23: la “pena” è definita da questi autori come misura che reagisce a una condotta compiuta nel passato, causando una *sofferenza* particolarmente acuta, che incide su beni innati dell’individuo, e non solo su beni “socialmente acquisiti” come il patrimonio; e che implica, altresì, una *censura sociale* contro quella condotta.

relativamente recente in molti paesi (basti pensare alla Spagna e addirittura alla Francia, la patria dei diritti dell'uomo e del cittadino, in cui la ghigliottina fu abolita soltanto nel 1981). E tuttavia, in quasi tutti questi paesi la reclusione continua ad essere considerata come la pena *par excellence*, anche nella forma più prossima alla pena di morte, rappresentata dall'ergastolo: una sanzione quest'ultima che, in vari ordinamenti contemporanei, può essere realmente perpetua, almeno nei confronti di alcune categorie di condannati<sup>3</sup>.

Una caratteristica essenziale di questo nucleo di sanzioni criminali è l'intensa *sofferenza* causata al condannato, che incide direttamente sulla sua dimensione fisica, corporea. E il fatto stesso che sia lo Stato – l'istituzione creata precisamente con la finalità di ridurre e controllare la violenza intersoggettiva tra i cittadini – a causare deliberatamente questa sofferenza richiede certamente una giustificazione forte: assai più robusta, comunque di quella che si esige per giustificare altre misure che incidono su diritti meno “esistenziali”, o che provocano comunque una sofferenza inferiore.

## 2.2 Stigmatizzazione

Un poco meno ovvia, ma generalmente essa pure condivisa dalla dottrina, è l'idea secondo la quale le sanzioni penali sarebbero uniche, in ragione del loro carattere – per così dire – espressivo-comunicativo. La sanzione penale sarebbe differente da qualsiasi altra sanzione, così si argomenta, in quanto esprime uno *stigma sociale*<sup>4</sup>: un giudizio solenne di rimprovero della condotta criminosa, espresso attraverso la pena dalla società nel suo complesso. Altre forme di sanzioni, come il risarcimento del danno, o l'ordine di demolire un edificio abusivo, non sembrano possedere questo carattere. E questo rimprovero sociale incide in maniera rilevante sullo stesso *status* morale della persona nell'ambito della comunità; il che richiede pure una giustificazione speciale.

Questo stigma implicito nella pena – e, prima ancora, nella condanna penale *in quanto tale*, anche indipendentemente dall'applicazione effettiva della pena – si fonda a sua volta su una pluralità di spiegazioni.

In primo luogo, si assume in genere che la stigmatizzazione derivi dalla

<sup>3</sup> Così accade, ad esempio, nel Regno Unito, rispetto all'ergastolo accompagnato da un “*whole life order*”, a meno che lo *Home Secretary* conceda al condannato la liberazione anticipata per “*compassionate grounds*” (per la puntuale ricostruzione della disciplina, e sull'analisi della sua compatibilità con l'art. 3 CEDU, si veda Corte EDU, sentenza 3 maggio 2015 *Hutchinson v UK*).

<sup>4</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 1995, p. 9.

peculiare natura del *danno* provocato dal reato. La precisa identificazione di questo danno dipende, naturalmente, dall'approccio di teoria generale del reato di volta in volta adottato. L'approccio *standard* nelle dottrine penalistiche continentali oggi dominanti si impernia sulla duplice affermazione (a) che la criminalizzazione è legittima in quanto concerne condotte che cagionino la lesione o la messa in pericolo di interessi socialmente rilevanti (beni giuridici)<sup>5</sup>, i quali esistono indipendentemente dalla norma penale, e non si esauriscono in meri valori morali, tabù, sentimenti o vaghi requisiti di *fairness* nelle relazioni intersoggettive<sup>6</sup>; e (b) che la criminalizzazione è legittima in quanto sia dimostrabilmente necessaria per proteggere questi interessi, altre sanzioni meno intrusive risultando insufficienti a tale scopo (principio di *extrema ratio*, o sussidiarietà)<sup>7</sup>. Altri autori, soprattutto – oggi – nel mondo anglosassone, preferiscono sottolineare l'importanza dei *valori* tutelati dal diritto penale, insistendo sul carattere imprescindibile di tali valori per cementare la coesistenza pacifica in una determinata società; sicché la commissione di una condotta che neghi tali valori richiede che venga convogliata alla società un messaggio in senso contrario, in grado di segnalare pubblicamente il carattere erroneo di quella condotta, riaffermando allo stesso tempo il valore in questione<sup>8</sup>.

D'altra parte, anche quegli autori che – come la maggioranza dei penalisti continentali – ravvisano la finalità essenziale del diritto penale nella tutela dei beni giuridici, concordano sull'affermazione che la sanzione penale necessariamente richiede un elemento *soggettivo*: in particolare, dolo o colpa *più* l'assenza di situazioni anormali (come l'errore sull'illiceità, il vizio di mente, la coazione morale o altre cause di scusa), che se esistenti sarebbero in grado di annullare o ridurre significativamente la capacità dell'autore del reato di riconoscere il suo carattere illecito e di astenersi dal commetterlo. In altre parole, la responsabilità penale – con tutte le sue conseguenze – deve essere esclusa quando l'autore non era *soggettivamente responsabile*<sup>9</sup>, o almeno non era *sufficientemente* responsabile<sup>10</sup>, al punto da

<sup>5</sup> Cfr. sul punto, per tutti, le perspicue pagine dell'autore cui queste pagine sono dedicate: A. FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, p. 789 ss., e *ivi* ult. cit. bibl.

<sup>6</sup> Per una recente ed approfondita analisi di tutti questi aspetti, cfr. C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., p. 26 ss.

<sup>7</sup> Cfr. ancora FIORELLA, *Reato*, cit., p. 773.

<sup>8</sup> Cfr. ad es. A. DUFF, *Criminal Law and the Constitution of the Civil Order*, in *University of Toronto Law Journal*, Toronto, 70, Suppl. 1, 2020, p. 4 ss.

<sup>9</sup> Cfr. ancora, per tutti, FIORELLA, *Reato*, cit., p. 800.

<sup>10</sup> Si consenta, sul punto, il rinvio a F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*,

meritare una condanna pubblica. Nessuno di questi requisiti è, per contro, condizione imprescindibile per l'applicazione di *altre* sanzioni, che non richiedono necessariamente la dimostrazione della *colpevolezza* – in questo senso pregnante – dell'autore della condotta illecita.

Non solo. Lo stigma associato alla pena – nel senso di solenne riaffermazione della illiceità oggettiva della condotta, e di rimprovero all'autore – è tipicamente espresso in esito a un *processo* legale e pubblico, caratterizzato da un elevato grado di *ritualità*. In effetti, il processo penale è strutturato, e visivamente rappresentato, come uno spettacolo pubblico<sup>11</sup> disegnato per *sanare* la ferita causata alla società e alla vittima individuale mediante il reato. Questo rituale – che ha molto in comune con una cerimonia religiosa, ancorché celebrata in nome “del popolo”, e non di Dio – ha una evidente connotazione ieratica, sconosciuta a altri procedimenti funzionali all'applicazione di sanzioni non penali, che si svolgono in maniera assai più informale, generalmente senza neppure necessità di un'udienza pubblica.

### 2.3. *Statuto costituzionale speciale*

I caratteri di specialità della pena criminale sinora menzionati richiedono, secondo un'opinione altrettanto standard, che il potere punitivo statale sia assoggettato a uno statuto costituzionale speciale. La ragione si ricollega, con ogni verosimiglianza, alla consapevolezza – derivata dalle esperienze tragiche della storia, dalle epoche di Socrate e Ponzio Pilato sino al Tribunale della razza nell'Italia fascista, o al *Volskgericht* del terzo *Reich* – che gli abusi più sinistri commessi dai detentori del poteri contro i propri oppositori spesso non si realizzano attraverso assassinii segreti, torture o sparizioni forzate; bensì mediante processi penali, funzionali a dotare di un'aura di legittimità ciò che altrimenti apparirebbe come una espressione pura e semplice di violenza e prevaricazione.

I limiti costituzionali allo *ius puniendi* includono, anzitutto, un *principio di legalità* più stringente di quello che vige in altri rami dell'ordinamento giuridico, che pure hanno la potenzialità di incidere in senso limitativo su diritti della persona. Il *nullum crimen, nulla poena sine lege* è inteso qui come un divieto assoluto di applicazione retroattiva di nuove norme; divieto che non vige, in questa absolutezza, in altri settori dell'ordinamento, dove a certe condizioni e in certa misura le norme retroattive sono tollerate.

Giuffrè, Milano, 2000, p. 575 ss.

<sup>11</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 7.

Inoltre, il principio di legalità in materia penale richiede un elevato grado di *precisione* nella definizione delle fattispecie penali, per contenere la discrezionalità delle corti e delle giurie, esaltando il ruolo dei parlamenti democraticamente legittimati – in quanto rappresentanti della «volontà generale» – nella definizione dell’area del penalmente rilevante, nonché per garantire al cittadino la prevedibilità delle possibili conseguenze della sua condotta. Infine, molti sistemi giuridici (Italia e Germania in testa) interpretano in modo restrittivo il concetto di “legge” (*lex*), escludendo ogni possibilità che la normazione secondaria e la giurisprudenza possano introdurre nuove fattispecie di reato, ovvero ampliare l’ambito di applicazione delle fattispecie esistenti.

Un altro *set* di limiti costituzionali contenuti in ogni carta dei diritti – a partire almeno dal *Bill of Rights* inglese del 1689 – si riferiscono al *divieto di talune tipologie di pene*: le pene “crudeli e inumane” nelle arte più antiche, ove tale divieto è accompagnato dalla proibizione di “multe eccessive” e/o della confisca generale dei beni; e poi, a partire dalla seconda metà del secolo XX – della pena di morte o, in generale, di pene (manifestamente) sproporzionate<sup>12</sup>. Alcune costituzioni nazionali (come quella italiana e quella spagnola) sanciscono, inoltre, un mandato positivo al legislatore, agli attori giudiziari e alle autorità penitenziarie, secondo cui la pena, oltre ad altre finalità legittime, deve necessariamente perseguire la “rieducazione” (o la “risocializzazione”<sup>13</sup>) dei condannati.

*Last but not least*, tutte le costituzioni – a partire dalle più antiche – contengono norme sulle garanzie procedurali in materia penale. Queste garanzie operano già a partire dall’inizio delle indagini che possono dar luogo all’esercizio dell’azione penale e alla condanna, limitando i poteri della polizia nell’effettuazione di ispezioni, sequestri, perquisizioni, intercettazione di comunicazioni, etc. I poteri di arresto e di custodia cautelare sono sottoposti ovunque a controlli di *habeas corpus* di fronte a un giudice; e la persona sospettata di avere commesso un reato è titolare di una serie di diritti durante le indagini, dal suo “diritto al silenzio” alla difesa tecnica. Ancora, un ampio ventaglio di *fair trial rights* assiste l’imputato

---

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, l’art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Sul tema, si consenta il rinvio a VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>13</sup> Così l’art. 25, comma 2, della Costituzione spagnola. Sul progressivo sviluppo del limite della proporzionalità della pena nella giurisprudenza della Corte Suprema USA a partire dalla clausola dell’VIII emendamento, che vieta le pene “crudeli e inumane”, oltre che le pene pecuniarie eccessive, si veda recentemente l’ampio e documentato studio di M. MÍNGUEZ ROSIQUE, *Penas crueles e inusuales*, Atelier, Barcellona, 2020.

durante il processo, assicurandogli una possibilità effettiva di difesa e minimizzando il rischio di una condanna ingiusta.

Nonostante tutto ciò, lo statuto costituzionale della materia penale è stato a lungo caratterizzato – nella prassi giudiziaria concreta del *judicial review of legislation* – da un carattere singolarmente meno effettivo, in rapporto ad altri rami del diritto. Le decisioni di criminalizzazione del legislatore, così come le pene previste per le condotte criminalizzate, sono state per lo più sottoposte a uno scrutinio assai generoso nei confronti del legislatore da parte delle corti cui è affidato il controllo di costituzionalità. L'idea di fondo è stata infatti, sino a un recentissimo passato, che la decisione su quali condotte criminalizzare, e quale pena prevedere, è nella sua essenza una decisione *politica*, che le corti sono tenute in linea di principio a rispettare<sup>14</sup>.

### 3. Spunti critici

Ciascuna delle tre caratteristiche sopra evidenziate – severità della pena, suo carattere stigmatizzante, statuto costituzionale speciale della materia penale – debbono però essere decisamente ridimensionate, alla luce non già di un'immagine idealizzata del diritto penale – di come il diritto penale *dovrebbe essere* –, ma di come è *realmente* il diritto penale, nella realtà contemporanea.

#### 3.1. Davvero le sanzioni penali sono sempre più severe di quelle non penali?

Non c'è alcun dubbio sul potenziale distruttivo delle pene della pena sulla sfera più intima di alcuni diritti umani basilari, come la vita, l'integrità psichica e la libertà personale; né è dubbio che queste conseguenze possano risultare drammatiche per la persona condannata. Tuttavia, almeno due considerazioni reclamano una revisione critica dell'idea della maggiore severità delle sanzioni penali in rapporto alle altre sanzioni.

Da un lato, non ogni sanzione penale causa un impatto tanto drammatico sul condannato<sup>15</sup>. In effetti, una parte importante delle pene imposte in

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 34 s.

<sup>15</sup> Per questa ineccepibile osservazione, cfr. ad es. C. BURCHARD, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, Ed. Vittorio Klostermann, Francoforte sul Meno, 2019,

molti sistemi penali non implicano privazione di libertà. In Germania, ad esempio, la grande maggioranza delle pene consiste in multe; e in Italia – dove la pena pecuniaria viene inflitta in una percentuale significativa di casi, ma non viene poi in concreto eseguita – le pene detentive sino a due anni imposte ai non recidivi sono normalmente sospese, e quelle sino a quattro anni sostituite frequentemente con sanzioni considerevolmente meno severe, come l'affidamento in prova al servizio sociale. Vero è che, la multa e la sanzione amministrativa pecuniaria divergono per il fatto che soltanto la prima può essere convertita in sanzioni incidenti sulla libertà personale; ma questa possibilità è in Italia pressoché soltanto teorica<sup>16</sup>. E così, l'impatto della pena pecuniaria per la persona condannata finisce per risultare – paradossalmente – ancor meno afflittivo, stante l'inoperatività pratica di meccanismi di *enforcement* che assistano la prima.

Dall'altro lato, negli ultimi decenni l'impatto delle sanzioni non penali sui diritti fondamentali della persona è andato crescendo in tutto il mondo<sup>17</sup>. È sufficiente ricordare, in proposito, l'incidenza sul benessere individuale e la qualità della vita prodotta da certe forme di *confisca* amministrative o civili, che oggi sono in grado di sottrarre all'interessato la totalità dei suoi beni, allorché un tribunale – operando con uno standard di prova non penale – ritenga che questi beni siano stati strumentali alla, ovvero derivino dalla, commissione di reati<sup>18</sup>. Ancora, si pensi all'intensità delle restrizioni alla libertà di movimento determinate dalle misure di prevenzione personali nel nostro ordinamento, o dagli *anti-social behaviour orders* nell'ordinamento inglese, le une e gli altri applicati con la finalità di prevenire la commissione futura di reati da parte della persona colpita dalla misura. Senza dimenticare, poi, le misure non penali in grado di *privare* del tutto la persona della propria libertà personale, come la *detenzione amministrativa* di stranieri durante il procedimento di espulsione, o le forme di *detenzione preventiva* di soggetti pericolosi, che vari Stati hanno introdotto nei rispettivi sistemi legali, spesso senza che sia necessaria una loro previa condanna<sup>19</sup>; e senza

---

p. 42.

<sup>16</sup> Sulla pressoché totale inesecuzione della pena pecuniaria in Italia, si veda l'ampio studio di L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>17</sup> Sul punto, volendo, cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in «RIDPP», 2020.

<sup>18</sup> Su questa tipologia di confische, cfr. recentemente l'ampio studio di S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, in «CJN», 2018.

<sup>19</sup> Per l'analisi di una recente legge bavarese che introduce una detenzione preventiva di polizia potenzialmente senza limiti di durata, cfr. B. MÜLLER, *Das Gesetz zur effektiveren Überwachungsfählicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei*, in *BayVBl*, 4/2018, p. 109 ss., spec. p. 115 ss.

trascurare, nemmeno, il drammatico impatto di talune misure del *diritto di famiglia*, che tutelano il migliore interesse del bambino separandolo dai propri genitori, incidendo così sul nucleo stesso del diritto alla vita familiare di tutte le persone coinvolte.

Tutte queste misure provocano alla persona coinvolta una sofferenza acuta – esattamente come la pena detentiva. E molte di queste misure condividono, altresì, con le sanzioni penali una autentica finalità “punitiva”, dal momento che infliggono una sofferenza *in risposta* a un fatto illecito.

### 3.2. Davvero la stigmatizzazione è una caratteristica essenziale delle pene?

Quanto alla funzione “espressivo-comunicativa” del diritto penale, lo stigma speciale che tradizionalmente si associa alla condanna penale è spesso diluito da una pluralità di fattori.

Anzitutto, la realtà dei sistemi penali è molto lontana dalla immagine ideale di un diritto penale “nucleare”, che dovrebbe occuparsi soltanto dei crimini più gravi che offendono i diritti fondamentali della persona e le condizioni basilari per la pace sociale. Da un lato, va considerato che i *mala quia prohibita*, e in generale i reati bagatellari, hanno sempre giocato un ruolo importante nell’amministrazione concreta del diritto penale, in ogni tempo e luogo: una circostanza, questa, spesso trascurata dalla dottrina<sup>20</sup>. Dall’altro, i *trends* legislativi più recenti vanno nel senso della criminalizzazione di atti meramente *preparatori*, in chiave di anticipazione della tutela penale molto al di qua della soglia del tentativo, con lo scopo di *prevenire* la commissione di reati direttamente offensivi di beni giuridici, in particolare in materia di contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata. Queste tendenze sfumano alquanto l’idea stessa del diritto penale come *risposta* pubblica e solenne alla causazione di lesioni ai beni giuridici, e lo caricano invece di *compiti di polizia*, considerando la sanzione (e la stessa custodia cautelare!) come strumento di pure neutralizzazione della pericolosità<sup>21</sup>, a detrimento del classico carattere *backward-looking* del diritto penale, orientato sul danno già causato nel passato dall’autore.

In secondo luogo, la stessa idea di stigma – e l’assunto sotteso del rafforzamento dei valori collettivi, realizzato attraverso la condanna pubblica dell’autore di un reato che abbia negato questi valori – si stempera allorché si consideri il numero importante di condanne che, in ogni sistema giuridico,

<sup>20</sup> Così, giustamente, RISTROPH, *An Intellectual History*, cit., p. 1965.

<sup>21</sup> Si consenta qui il rinvio a VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «RIDPP», 2006, p. 672 s.



non sono imposte in esito ad un processo pubblico, ma sono *negoziate*, a porte chiuse, tra la pubblica accusa e la difesa. La condanna non comunica, in questi casi, alcun messaggio alla collettività, perché la collettività non sa nulla, o sa assai poco, di ciò che accade dietro quelle porte.

### 3.3. *Davvero il diritto penale ha uno statuto costituzionale speciale?*

Infine, negli ultimi anni si debbono registrare cambiamenti significativi anche rispetto alla pretesa eccezionalità del diritto penale dal punto di vista *costituzionale*. Per quanto mi riesce di vedere, anzi, la tendenza dominante in questo settore è oggi quella di una “normalizzazione” della relazione tra diritto penale e costituzioni<sup>22</sup> (o carte internazionali dei diritti umani).

In primo luogo, c'è indubbiamente un *trend* nelle giurisprudenze, nazionali come internazionali, verso l'estensione delle garanzie e dei principi stabiliti per il diritto penale a quelle misure amministrative e civili che condividono con la sanzione penale il suo carattere sostanzialmente “punitivo”. Una tale estensione ha luogo, come è ben noto, sulla base dei criteri elaborati da ciascuna corte a questo scopo, come i criteri *Engel* nella giurisprudenza della Corte EDU<sup>23</sup>, o quelli *Kennedy* nell'anche più risalente *case law* della Corte Suprema USA<sup>24</sup>. Questi sviluppi mostrano un consenso internazionale crescente sull'idea per cui ciò che caratterizza una sanzione “punitiva” è la sua logica *reattiva* rispetto a una violazione rimproverabile della legge commessa nel passato, unitamente al suo *impatto sui diritti fondamentali* della persona colpita, indipendentemente dalla classificazione formale attribuitale dal legislatore<sup>25</sup>.

Da un differente punto di vista, la discrezionalità del legislatore nello stabilire quali condotte criminalizzare e come sanzionarle comincia a essere sottoposta a un più incisivo *controllo giudiziario*, specialmente quando l'imperativo di condotta sotteso alla norma penale vada a incidere su sfere di libertà fondamentali. È questo ciò che è accaduto, ad esempio, con le decisioni recenti delle corti costituzionali italiana e tedesca, che hanno dichiarato – sia entro limiti differenti – l'illegittimità costituzionale delle

---

<sup>22</sup> Così anche C. BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, ed. Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Nomos Verlag, Baden Baden, 2016, p. 37.

<sup>23</sup> Su cui cfr., recentemente, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 57 ss.

<sup>24</sup> Corte Suprema USA, *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 US 144 (1963).

<sup>25</sup> Per un'analisi più distesa, rinvio qui semplicemente a VIGANÒ, *Garanzie penalistiche*, cit.

norme penali vigenti nei rispettivi ordinamenti in materia di aiuto al suicidio<sup>26</sup>. Ancora, in materia di entità delle pene, la Corte costituzionale italiana, superando la tradizionale deferenza nei confronti del legislatore rispetto alle scelte non solo sul *se* ma anche sul *quanto* punire, ha preso negli ultimi anni a dichiarare con maggiore frequenza l'illegittimità delle cornici edittali stabilite per determinati reati<sup>27</sup>, giungendo addirittura a dichiarare incostituzionale per sproporzione rispetto alla gravità del reato il minimo edittale previsto per un delitto di grande rilevanza prasseologica come il traffico di stupefacenti<sup>28</sup>.

#### 4. *Qualche (provvisoria) conclusione*

Traendo spunto dalle considerazioni appena svolte, mi pare che la narrativa tradizionale sulla “eccezionalità” del diritto penale meriti di essere rivista.

Ciò non significa, beninteso, che le pene criminali siano, in linea generale, divenute meno severe rispetto al passato<sup>29</sup>, e nemmeno che siano identiche a qualsiasi altra sanzione nell'ordinamento. La reclusione e, tragicamente, la pena capitale continuano a produrre un impatto formidabile sulla vita di milioni di persone in tutto il mondo. Sicché lo *ius puniendi* continua ad operare come *ius terribile*, sebbene non più nella forma estrema con cui si manifestava nelle epoche passate.

Tuttavia, la linea di demarcazione tradizionale fra sanzioni penali e non penali è divenuta assai meno nitida. Vero è, che dal punto di vista *normativo e istituzionale*, è ancora possibile differenziare chiaramente le due categorie: mentre le prime sono applicate soltanto dagli attori del sistema penale (pubblici ministeri e tribunali penali), le seconde sono applicate da altre autorità. E però, dal punto di vista *materiale*, molte sanzioni criminali previste per *mala quia prohibita* sono ormai difficilmente distinguibili dalle

<sup>26</sup> C. Cost., 25 settembre 2019, n. 242; BVerfG, II Senato, sentenza 26 febbraio 2020, 2 BvR 2347/15.

<sup>27</sup> Per una puntuale analisi di questa giurisprudenza, cfr. per tutti V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in *La legge penale illegittima*, a cura di V. Manes, V. Napoleoni, Giappichelli, Torino, 2019, p. 364, e *ivi* ampi rif. bibl.; nonché, volendo, VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., p. 52 ss.

<sup>28</sup> C. cost., 23 gennaio 2019, n. 40.

<sup>29</sup> Come afferma invece, in un noto e discusso lavoro, U. KINDHÄUSER, *Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip*, in «ZStW», 129, 2017, p. 389 ss.

loro omologhe amministrative o civili, mentre queste ultime acquisiscono sempre più chiaramente esse stesse carattere “punitivo”, capace di incidere profondamente sui diritti fondamentali e sulla qualità della vita delle persone colpite.

Di fronte a questa realtà, molti penalisti invocano il ritorno alla vecchia età dell’oro di un diritto penale “nucleare”, e ancora “eccezionale”. Quanto poi alle nuove e severe sanzioni non criminali, essi finiscono per ignorarle o per considerarle come illegittime, nella misura in cui incidano sui diritti fondamentali al di fuori dell’unico contesto in cui tale effetto sarebbe costituzionalmente legittimo, e cioè il processo penale.

Francamente, non credo però che sia questo l’atteggiamento più produttivo, nella stessa ottica di una migliore tutela dei diritti fondamentali della persona.

Tanto per cominciare, la vecchia età dell’oro di un diritto penale “nucleare” probabilmente non è *mai* esistita: la legislazione penale e la sua amministrazione sono sempre state popolate di delitti di minore gravità, a disposizione delle forze di polizia per esercitare un controllo sui settori più vulnerabili della popolazione<sup>30</sup>.

Ciò che è relativamente nuovo – questo sì bisogna ammetterlo – è la comparsa di una nuova generazione di sanzioni e misure non penali che incidono sui diritti fondamentali della persona, e che certamente meriterebbero più attenzione da parte degli accademici. In effetti, c’è un rischio importante associato al passaggio dalla sanzione penale a quelle non penali (amministrative, civili, etc.): queste ultime conferiscono alle agenzie statali un potere importante di incidere sui diritti della persona, senza però le garanzie associate all’uso del diritto e del processo penale<sup>31</sup>. È proprio questa, d’altronde, la ragione fondamentale per cui queste sanzioni alternative sono divenute così popolari presso i legislatori negli ultimi anni.

La dottrina penalistica, così come le corti supreme e costituzionali, dovrebbero probabilmente prendere maggiore coscienza di questa realtà. Ci piaccia o no, la politica criminale si sviluppa oggi sempre più attraverso una molteplicità di strumenti, tra i quali il diritto penale è soltanto una tessera di un *puzzle* più complesso. Oltre che con il diritto penale, la politica criminale si svolge oggi mediante una varietà di strumenti ulteriori di natura amministrativa o civile (come – nel nostro ordinamento – le misure di prevenzione personali e patrimoniali, o ancora le interdittive antimafia, la

---

<sup>30</sup> RISTROPH, *An Intellectual History*, cit., p. 1960.

<sup>31</sup> U. SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in «RIDPP», 2019, p. 37.

responsabilità contabile, ovvero le cause di incandidabilità o ineleggibilità per i condannati per certi reati). Alcune di queste misure condividono con la pena una finalità “punitiva”; altre hanno natura e funzione spiccatamente preventiva. Ma tutte sono, in ultima analisi, finalizzate – esattamente come la pena – a ridurre l’incidenza delle condotte criminali nella società; e tutte incidono, in maniera più o meno importante, sui diritti fondamentali nei cui confronti esse troveranno applicazione.

La risposta appropriata a questa realtà, per chi realmente si preoccupi della tutela dei diritti fondamentali, dovrebbe essere allora uno sforzo per garantire una protezione effettiva di questi diritti in relazione ad *ogni* misura che su di essi incida, indipendentemente dalla qualificazione formale della misura. Quanto alle sanzioni penali in senso stretto, un controllo giudiziario più stringente sulla loro legittimità costituzionale è probabilmente necessario, grazie ad un’applicazione più generosa dei principi generali – cominciando dalla proporzionalità – funzionali a limitare il potere statale, senza rinunciare a esercitare questo controllo in nome del rispetto dovuto alla discrezionalità del legislatore, come le corti erano solite fare nel passato. E quanto alle sanzioni non formalmente qualificate come penali, le garanzie che le costituzioni e le carte riservano alla materia penale dovrebbero essere tendenzialmente estese anche ad esse, soprattutto allorché si tratti di sanzioni che producano un impatto sui diritti fondamentali paragonabile a quello delle autentiche pene, e/o condividano con le stesse una funzione “punitiva”.

La *golden rule* potrebbe, allora, essere la seguente: quanto più importante sia il diritto inciso dalla misura, e quanto più grave sia la restrizione del diritto da essa provocata, tanto più alto dovrebbe lo standard per la giustificazione di questa misura dal punto di vista costituzionale, indipendentemente dalla sua qualificazione formale.

Dopo tutto, una tutela effettiva dei diritti fondamentali non può, e non deve, dipendere soltanto dalle etichette.



Luis Arroyo Zapatero\*

*La “conspiracy” norteamericana y los límites  
de la leal cooperación jurídica internacional.  
El ejemplo de Nuremberg*

La era contemporánea se ha caracterizado por una extraordinaria armonización internacional del Derecho penal, especialmente en Europa. Han sido numerosos los actores, los procesos y los hechos desencadenantes de los mismos, en terminología de rico contenido comparatista. Lo principal ha sido el proceso de globalización económica que trajo consigo la extensión de las normas que regulaban el sistema de economía capitalista desde la crisis de 1929, adoptado en los EE. UU de América para “domesticar” la codicia del capitalismo. Y desde Wall Street se impuso en todos los países/mercados una reglamentación jurídica similar de los actores y comportamientos económicos. Adán Nieto Martín lo puso de manifiesto en el marco del gran proyecto de investigación liderado por Mireille Delmas-Marty conocido como “*Les chemins de l’armonisation*”<sup>1</sup>, con un trabajo al que puso el arriesgado título de “*Americanisation or Europeanisation of Corporate Crime*”. Se trataba de imponer en el mercado internacional y en la legislación de los principales países de sistemas comunes de prohibición de conductas, homogeneizando los catálogos de delitos de las legislaciones penales así como de las reglas de exigencia de responsabilidad penal. Muy diferentes entonces entre las naciones europeas y las del mundo anglosajón, especialmente la relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un asunto en el que emergió Antonio Fiorella, nuestro homenajeadó hoy, con su proyecto “Corporate criminal

---

\* Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale. Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Castilla-La Mancha. España.

<sup>1</sup> M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l’armonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008, A. NIETO en página 327 y sigs. Hay edición en español presentada por mí y coordinada por M. MUÑOZ DE MORALES, *Los caminos de la armonización*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009. Este trabajo se enmarca en la más amplia investigación sobre *Quelle méthode pour une harmonisation pénale?* publicado también en inglés en la nueva *Revue Européenne du Droit*, que dirige en París Mireille Delmas-Marty desde este año 2021, p. 28 y sigs.

liability and compliance programs", en el que tuve el honor de participar<sup>2</sup>.

En ocasiones se intenta por los actores imponer la armonización por vía de hecho, "de un solo país", por ejemplo, mediante una ley nacional que se aplica internacionalmente de modo extraterritorial, como ocurrió con la Ley anticorrupción norteamericana. En otras ocasiones se trata de la imposición directa a los países para que asuman una determinada institución penal, como la incorporación por parte de Suiza a su Código Penal del delito de abuso de la información privilegiada en el mercado de valores, si no quería ver suspendidas las relaciones económicas con los Estados Unidos<sup>3</sup> y, por último, por la imperiosa necesidad de la defensa social frente a los delitos económicos, como es el caso de la responsabilidad penal de las corporaciones. Todas son cuestiones que afectan a la cooperación jurídica internacional en formas diversas. Se trata ahora de abordar la cuestión de en qué se puede cooperar en la investigación o entrega de personas acusadas en USA por delito de "conspiración", cuya significación resulta engañosa, no solo por el muy diverso alcance de la imputación en Europa y USA, sino por su utilización en este último país para alcanzar la más plena cooperación y autoentrega del perseguido penalmente en un sistema de desmesurado "*plea bargaining*". Para mejor comprender la "*conspiracy*" y su alcance en el Derecho norteamericano y su carácter perturbador del concepto europeo de responsabilidad personal y por el hecho conviene recordar la historia de su aparición en la esfera internacional.

La primera ley mundial "unificada" fue el Estatuto de Londres para la creación del Tribunal Penal Militar Internacional, con su catálogo de delitos y precisiones jurisdiccionales complementarias. El Estatuto creó los cuatro delitos a castigar y los principios que iban a suponer la mayor innovación jurídica de la historia de la Humanidad: la responsabilidad penal de los dirigentes de los países que habían cometido las atrocidades y no solo los Estados como tales, la superación de la impunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno, la irrelevancia de la cobertura legal interna de cada país en los crímenes contra la humanidad y la supresión de la impunidad de las atrocidades cometidas por orden superior. Todo ello

---

<sup>2</sup> A. FIORELLA, *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, 2 volúmenes, Jovene, 2012.

<sup>3</sup> L. ARROYO ZAPATERO en *Homenaje a Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid en octubre de 1992, publicado también en italiano "Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, Padua 1994, p.1 a 29. Ahora en L. ARROYO ZAPATERO, *Política Criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones UCLM, Cuenca 2021, p. 145 y sigs. Accesible en la red.

constituyó un *corpus* unificado en lo que solo una cláusula representaba un punto de fricción entre culturas jurídicas: la incriminación autónoma de la "conspiracy". Su génesis muestra las dificultades que se producen cuando en la armonización penal no intervienen comparatistas.

La cláusula de la "conspiracy" tenía gran valor estratégico para los americanos, pero ese singular modo de imputación de responsabilidad en el Derecho anglosajón no resultaba aceptable ni comprensible en el Derecho continental. No era solo un "asunto de cultura jurídica", pues la cuestión consiste materialmente en castigar a los partícipes y cómplices menos relevantes de los delitos de que se trate con la pena del autor de un delito consumado y alcanzaba con dicha pena tanto a las más altas responsabilidades del hecho como a los de menor relevancia, tanto si hubieran alcanzado su propósito como si hubiera quedado en el principio de una tentativa. La cuestión no era intrascendente, pero para la estrategia americana era lo fundamental. En los preparativos para hacer responder penalmente a los "grandes criminales" de la guerra había una profunda división entre británicos y soviéticos respecto de los americanos. Los primeros eran partidarios de una solución "política" que es como se llamaba a las ejecuciones sumarias, que deberían alcanzar hasta 50 dirigentes nazis, que los soviéticos multiplicaban por 1000. Aunque esto pudo ser una broma de Stalin a Churchill en una reunión bilateral en Moscú en octubre de 1944 tras la reunión en Quebec, pues cuando informa a Roosevelt de ello indica que Stalin le ha dicho<sup>4</sup> que no debía haber ejecuciones sin juicios. Por su parte, F.D. Roosevelt no quería arriesgarse a una solución "de abogados", cuyo resultado pudiera dejar en ridículo a la victoria cercana. Pero sus asesores más próximos, antiguos fiscales, eran muy contrarios a la llamada solución "política", tanto por el asunto en sí como por el riesgo de que el pueblo americano, que no había experimentado las atrocidades nazis en su territorio, pudiera rechazar las ejecuciones en masa como un acto de barbarie. Al contrario, pensaban que el juicio permitiría exponer a la opinión pública americana las razones por las que habrían sacrificado a sus hijos en Europa por segunda vez en dos generaciones. Muy de este criterio era Henry L. Stimson, secretario de Guerra y antiguo secretario de Estado, así como el "consejero especial" para el presidente, el juez Samuel Rosenman y el propio fiscal general Biddle. Para alcanzar la autorización de Roosevelt insisten en sus reuniones personales durante los últimos meses de 1944 y resulta particularmente eficaz la idea que le presenta Stimson de incorporar a los cargos del juicio

---

<sup>4</sup> T. TAYLOR, *The anatomy of the Nuremberg Trials*, A. Knof, New York 1992, cap. 4.



la figura de la conspiración, explicándole su experiencia a principios de siglo como fiscal del distrito sur de Nueva York contra las empresas implicadas en fraudes fiscales y de contrabando de azúcar en la Costa Este. Solo lograron acabar con la impunidad de los directivos de las empresas cuando comenzaron a aplicar las primeras leyes penales económicas que incluían la vieja institución británica de la “*conspiracy*” que, por cierto, la aplicaban en la lucha contra huelgas y sindicatos. Desde entonces no se limitaron a castigar a los últimos en la escala de la organización, es decir, a los empleados que manipulaban las cargas de azúcar, sino a los directivos y a las propias empresas. Esto es lo que le explicaban al presidente Roosevelt sus mejores amigos en el gobierno y a los que se sumaban otros como el propio Juez de la Corte Suprema Robert H. Jackson. Con la autorización presidencial llevan a Londres esta alternativa de juicio penal que denominaban “sistema de juicio de conspiración+organización criminal”<sup>5</sup>.

Cuando la delegación americana llega a Londres el día 4 de abril comprueba que los británicos rechazan toda clase de solución jurídica y se aferran a la llamada opción “política”, pero la presentación de la alternativa del llamado sistema de “conspiración+organización criminal” se va abriendo paso. El día 12, sin nada decidido con los británicos y con los soviéticos, voluntariamente ajenos a la cuestión más allá de su protagonismo en la Declaración de Moscú y Yalta, se produce la muerte de Roosevelt. Al mismo tiempo, el Gabinete de Guerra de Londres acepta como buena la propuesta americana, a la que consideran un compromiso entre un juicio y las ejecuciones sumarias. Lo comunican más tarde a los americanos y Washington envía a Londres un comité presidido por el juez Rosenman a quien el nuevo presidente Truman mantiene en el cargo, al igual que al secretario de Guerra Stimson. Pero todavía podía ocurrir cualquier cosa. Ya no era presidente quien se había comprometido con Stalin en dejarles tomar Berlín y comenzaban a surgir tensiones que podían provocar un terremoto en las alianzas. Sin embargo, desde hace unos días ya no puede haber marcha atrás, pues desde el día 11 de abril el ejército americano ha liberado el campo de concentración de Buchenwald, los ingleses el de Bergen Belsen el 15 de abril, los americanos el de Dachau el día 24, y las fotografías de las atrocidades cometidas se apoderaron de la portada de los periódicos y revistas, así como de los films de los noticieros cinematográficos. Ahora ya pueden comenzar a saber los ciudadanos de América por qué han luchado y a creer en lo que los soviéticos habían

<sup>5</sup> B.F. SMITH, *The American Road to Nuremberg, The documentary record 1944-1945*, Hoover Institution Press, Stamford 1982, p. 98 y ss.; STIMSON, 586; T. TAYLOR, cit. chap. 2. Ap. 4

denunciado desde el verano de 1944, cuando liberaron Madjanek y los otros tres campos orientales, así como Auschwitz en enero de 1945. Los propios aliados habían descubierto en Francia el campo de Struthof-Natweiler a fines de noviembre de 1944<sup>6</sup>.

Para los americanos la noción de la “*conspiracy*”, que en el propio Estatuto aparece como un inciso y con carácter subsidiario, representa la idea clave para alcanzar a los grandes criminales de guerra. Así resulta posible englobar en las persecuciones incluso a los personajes más difíciles de imputar como Schacht y von Papen que parecía que se habían limitado a prestar su concurso en los comienzos de la dictadura<sup>7</sup>. Por esa razón el fiscal Jackson en su discurso inaugural de la acusación lo configura como un delito autónomo. Sin embargo, el Tribunal rechazó de plano la construcción norteamericana y aplicó los criterios ordinarios de la autoría y la complicidad, y frente a la acusación de complicidad dijo que el último párrafo del artículo 6 del Estatuto “ne tenait pas pour objet ajouter une infraction distincte aux crimes precedentement énumérés... Aussi le tribunal negligera-t-il désormais l’inculpation de complot...”<sup>8</sup>.

Interesa lo expuesto para mostrar un momento extremo de adopción de una política de radical unificación y universalización del Derecho penal, así como para mostrar las limitaciones de una imposición jerárquica, vertical, de instituciones singulares de un país o una cultura jurídica. Así, la imputación del delito de conspiración fracasó radicalmente ante el muro de asombro de Henri Donnedieu de Vabres e incluso de los jueces soviéticos<sup>9</sup>.

Nadie se extendió en la explicación de su posición, posiblemente

<sup>6</sup> Relato de modo excelente por A. WIEVIORKA, 1945. *La decouverte*. Seuil, Paris 2015, publicada en España por Taurus con el título 1945: *Cómo el mundo descubrió el horror*, en 2016.

<sup>7</sup> J.-B. HERZOG, *Nuremberg. Un échec fructueux ?*, LGDJ, Paris 1975, p. 99.

<sup>8</sup> J.-B. HERZOG, *Nuremberg. Un échec fructueux?*, LGDJ, Paris 1975, p. 99.

<sup>9</sup> V. DONNEDIEU DE VABRES, *Le procès de Nuremberg, Course de Doctorat*, p. 247 y 254. Así lo explica también el juez americano del Tribunal Francis Biddle, v. en James Owen, *Nuremberg. Evil on trial*, Hedline Review, UK 2006, p. 316; H.L. STIMSON Y MCGEORGE BUNDY, *On active service in peace and war*, Harpers, New York 1948; B.F. SMITH, *Reaching Judgment at Nuremberg*, Andre Deutsch, Londres 1977; S.M. TWIST, *Retrospectivity at Nuremberg: the nature and limits of a schmittian analysis*, University of Central Lancashire, 2012 y S. CORDINI, *Delitos de organización: los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal” en el Derecho interno y en el Derecho internacional*, en «RDPC», Vol. 38, 2017, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 75-120. La complejidad de diferentes soluciones jurídicas en los países de la Unión Europea puede verse en J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3. ed., Dalloz, Paris 2008, p. 72 et sigs. y 117 et sigs.

porque la referencia a “otras culturas jurídicas” evitó la discusión de fondo sobre las diferencias de la cláusula de la conspiración en el derecho americano y en el continental. En realidad, sí había en el numeroso círculo de Londres y luego en Nuremberg algunos juristas con grandes cualificaciones comparativistas. Entre los jueces estaba Henry Donnedieu de Vabres y el propio Nikichenko, quienes habían escrito libros sobre derecho penal internacional previamente. El primero ya en 1928 había publicado sus *Principes modernes de Droit pénal international*. También estaba el juez suplente soviético A. Trainin, autor de *La defensa de la paz y la ley penal*, antes de la guerra y de otro libro durante ella. En el ámbito de los colaboradores de los respectivos equipos, pero sin capacidad suficiente de decisión, se debe mencionar a Hersch Lauterpacht, refugiado en la Universidad de Cambridge desde finales de los años 20 y catedrático de Derecho internacional, y a Rafael Lemkin, refugiado en los Estados Unidos. El primero con muy buenas relaciones con el grupo inglés y muy especialmente con el jefe de los fiscales americanos Jackson, gracias al cual, junto a la guerra de agresión, se convirtió en un asunto nuclear el desarrollo del concepto de los delitos contra la humanidad, así como la futura declaración de los derechos humanos. El segundo aportó su decisiva sistematización de las leyes y reglamentaciones nazis y la primera aparición del concepto de genocidio, que alcanzó a incluirse en el texto de la acusación de Jackson, con quien se había encontrado ya en Washington, pero sin alcanzar mayores consecuencias por la preocupación norteamericana sobre las posibles consecuencias que podrían plantearse en relación con el sistema de discriminación racial en USA. El concepto y su protagonista florecerían en la elaboración de la Convención del Genocidio en 1948. Philip Sands ha presentado un excelente cuadro de estos dos juristas en su *Retour à Lemberg*, que descubre la verdadera genética de los conceptos penales más relevantes de nuestro tiempo: los delitos contra la humanidad y los de genocidio. Este libro debe completarse con el muy reciente de Guillaume Mouralis, *Le moment Nuremberg*, que supone el más original ensayo sobre Nuremberg y que presta especial atención a la tipología de los juristas, a la cuestión racial y su reflejo a ambas orillas del Atlántico, y al legado de Nuremberg<sup>10</sup>. Había además otro grupo especial,

---

<sup>10</sup> P. SANDS, *Retour a Lemberg*, Albin Michel, Paris 2016, y al respecto L. ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la humanidad y genocidio: genética de dos conceptos en Philippe Sands, Calle Este-Oeste*, en leer.tirant.es, 2017, edición italiana *La strada verso est*, Guanda edit. 2010; R. LEMKIN, *Axis Rule in occupied Europe*, Carnegie End., Washington 1944, ahora en edición de Samantha Power, Clark New Jersey, 2005; H. LAUTERPACHT, *An International Bill of the Rights of Man* (1945,) ahora editado de nuevo con presentación

pues se habían incorporado a las Universidades neoyorquinas un buen puñado de exiliados alemanes integrantes de la “Escuela de Frankfurt”, que incluso habían podido “trasladar” allí el *Institute of Social Research*. Sus más cualificados miembros se incorporan al equipo del precedente de la CIA, la OSS, con la misión de explicar a los altos mandos militares que en Alemania no sólo se enfrentaban a una dictadura sino al Estado totalitario integral nacional socialista. Así encontramos como profesores del servicio de inteligencia americano a Otto Kirchheimer, Herbert Marcuse y Franz Neumann. Especialmente productivo resultó este último, autor de *Behemoth: La estructura y la práctica del Nacional Socialismo*, en 1942, una teoría política y social del nazismo, escrita 10 años antes del libro de Hanna Arendt, y que había hecho el doctorado en Derecho penal con Max Ernest Mayer, y que luego fue discípulo del laboralista de Weimar Hugo Sinzheimer y que además era abogado de los sindicatos alemanes y del Partido Socialdemócrata, hasta su persecución en 1933, que le llevó a la *London School of Economics* con Harold Laski, donde realizó un segundo doctorado ahora en sociología, y luego a la Universidad de Columbia. Pero él, que era el de más alto rango con los americanos, y que estuvo muy activo en el equipo de Nuremberg, era partidario de juzgar a los nazis con el Derecho y los Tribunales alemanes<sup>11</sup>.

Podría haber sido muy útil el análisis de las diferentes funciones que pretendían cumplir una y otra versión del término de “conspiracy”. En la concepción continental el complot y su apreciación tiene el efecto de captar con la pena del delito de que se trate la participación en la fase de diseño y acuerdo para la ejecución, sin que se llegue a iniciar la comisión del delito. Si el delito llega a ejecutarse, la pena por el delito consumado absorbe la conspiración. La penalidad de la complicidad en el derecho continental es menor que la de los autores y coautores. Así, por ejemplo, es de interés saber que los sucesivos Códigos españoles desde el de 1822 se podía saber si eran liberales o autoritarios según castigasen el complot o conspiración para todos los delitos o sólo para los más graves<sup>12</sup>. A su vez, la pena es siempre menor que la del delito consumado o intentado. En

---

de P. SANDS, Oxford U. P. 2013; A. TISSERON *La France et le procès de Nuremberg. Inventer le Droit international*, préface de A. WIEVIORKA, *Les prairies ordinaires*, Paris 2014; G. MOURALIS, *Le moment Nuremberg*, Sciences Po, Paris 2019, especialmente p. 53 a 57.

<sup>11</sup> NEUMANN, MARCUSE, KIRCHHEIMER, *Im Kampf gegen Nazideutschland*, editado por R. Laudani, Institut für Sozialforschung, Campus, Frankfurt a. M., 2016, p. 585 y sigs., versión alemana de la americana de 2013: *Secret Reports on Nazi Germany*, Princeton.

<sup>12</sup> M. BARBERO SANTOS, *Política criminal en España*, Túcar, Madrid 1977.

la concepción americana la función de la cláusula era incriminar con la pena más grave (la pena correspondiente el autor principal de los delitos consumados) todas las contribuciones desde el momento del diseño y el acuerdo, con independencia de que el delito se hubiera llegado a ejecutar. Donnedieu de Vabres afirmaba por ello en su Curso de Doctorado que “el interés fundamental del jefe de la acusación (Jackson) era que se justificase la aplicación de una pena incluso aun cuando la resolución concertada no haya tenido ejecución, que el plan común ni siquiera se haya comenzado a ejecutar... La inculpación del complot permite imputar a cada uno de los conspiradores inclusive los actos anteriores a su adhesión al plan... Rinde a cada uno de ellos responsables de las consecuencias del complot, inclusive de las que ni ha querido ni ha conocido”<sup>13</sup>. Es claro que las dos cláusulas no eran funcionalmente equivalentes. Pero entre los comparatistas el debate doctrinal sobre la equivalencia funcional aún no había aparecido.

Sin duda hoy habría que tener en cuenta esos efectos o funciones diferentes a la hora de enjuiciar las numerosas leyes penales americanas de orden económico que tienden a aplicarse extraterritorialmente y comprometen la cooperación jurídica internacional, pues dan ocasión de castigar hechos con penas severamente desproporcionadas o incluso hechos no punibles. El juicio de esa equivalencia funcional debería preceder a toda cooperación judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos. En la actualidad la incriminación por conspiración con penas desproporcionadas sirve además para buscar la cooperación del acusado y que se entregue desarmado a la Fiscalía<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> *Le procès de Nuremberg, Course de Doctorat*, cit, 249.

<sup>14</sup> Sobre las fórmulas actuales de la “conspiracy” v. C. MOMSEN Y S. LISA, *Conspiracy als Beteiligungsmodell*, en “Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik”, 3 y 4, 2019, 182 y sigs. y 243 y sigs.; S. CORDINI, *Delitos de organización: los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal” en el Derecho interno y en el Derecho internacional*, en “Revista Derecho Penal y Criminología”, Vol. 38, 2017, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 75-120.

REATO E PUNIBILITÀ  
FRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO



Roberto Bartoli\*

*Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Una prima riflessione*

SOMMARIO: 1. Le recenti trasformazioni del diritto punitivo: la 'galassia afflittiva' e il paradigma reattivo-premiale – 2. Gli istituti che si ispirano al paradigma reattivo-premiale – 3. I caratteri essenziali del paradigma reattivo-premiale – 4. I problemi posti dal paradigma reattivo-premiale – 4.1. La mancanza di un accertamento del fatto/responsabilità – 4.1.1. Gli istituti basati su contenuti con afflittività scarsa e oggettiva – 4.1.2. Gli istituti basati su contenuti con afflittività significativa e soggettiva – 4.2. La mancanza di elementi per compiere i giudizi prognostici di pericolosità – 4.3. I rischi di strumentalizzazione particolarmente presenti nel sistema 231 – 4.4. Il problematico rapporto tra esclusione della responsabilità individuale per operatività di cause di non punibilità e permanenza della responsabilità dell'ente – 4.5. La colpa di organizzazione cautelativa dell'ente: una nuova tipologia di responsabilità?

*1. Le recenti trasformazioni del diritto punitivo: la 'galassia afflittiva' e il paradigma reattivo-premiale*

Negli ultimi decenni il sistema del diritto punitivo ha subito una profondissima trasformazione, consistente, in buona sostanza e in estrema sintesi, in una duplice articolazione – se così si può dire – esterna ed interna: da un lato, al diritto penale classico si sono affiancati altri sistemi, venendosi a configurare una sorta di 'galassia afflittiva'; dall'altro lato, al paradigma punitivo di tipo reattivo, basato sulla responsabilità per il fatto commesso, si è aggiunto un altro paradigma che potremmo definire reattivo-premiale, basato sulla possibilità di non andare incontro alla pena se l'indagato adotta determinati comportamenti, paradigma quest'ultimo presente non solo nel diritto penale classico, ma anche in alcuni dei sistemi in cui si articola la 'galassia afflittiva', nonché in alcuni dei sottosistemi presenti nel diritto penale classico (minori e sistema penale del giudice di pace).

In particolare, sotto il primo profilo, accanto al sistema penale classico

---

\* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Firenze.



basato sulle pene principali indicate dall'art. 17 c.p., si è aggiunto prima il diritto punitivo amministrativo (1981) e poi il diritto punitivo civile (2016). Questi tre sistemi, tutti assieme, compongono oggi il diritto punitivo reattivo, fondato sul concetto di responsabilità per il fatto commesso nel passato, responsabilità che deve essere accertata secondo procedimenti e da autorità tra di loro molto differenti. Non solo, ma il sistema nel suo complesso si è ulteriormente articolato, perché al diritto punitivo reattivo (penale, punitivo-amministrativo, punitivo-civile) si è affiancato – in realtà già esisteva, ma se ne è avuta piena consapevolezza soltanto di recente – un altro sistema, quello preventivo, a sua volta ripartito in misure di sicurezza e in misure di prevenzione. Quest'ultimo sistema, se non prescinde del tutto da fatti commessi, comunque depotenzia notevolmente il ruolo del fatto collocato nel passato e la responsabilità attribuita al suo autore per valorizzare la personalità di quest'ultimo, basandosi soprattutto su una valutazione di pericolosità da parte del giudice per quanto si potrebbe realizzare in futuro. Infine, non si può fare a meno di ricordare come a tutto questo sistema complessivamente considerato, che potremmo definire 'diritto afflittivo umano', si sia aggiunto un altro sistema, il 'diritto afflittivo degli enti', con caratteristiche ulteriormente peculiari, il quale se, da un lato, può essere considerato un'ulteriore articolazione del 'diritto punitivo', dall'altro lato, proprio perché ha come destinatario il particolarissimo soggetto ente, a noi pare opportuno concepirlo, come vedremo meglio in seguito, in termini del tutto alternativi al 'diritto afflittivo umano'.

Questa articolazione, com'è noto, pone non pochi problemi di fondamento e legittimità. Anzitutto, nel momento in cui il 'diritto afflittivo' non coincide più con il diritto penale tradizionale, sorge l'esigenza di definire cosa si intenda per 'afflittivo', per materia penale. In secondo luogo, anche in virtù della diversa afflittività, occorre chiarire la finalità che ogni singola articolazione persegue. Ed ancora, proprio sulla base delle diverse afflittività e finalità, risulta indispensabile chiarire la portata dei principi di garanzia. Infine, si pone il tema dell'autorità competente ad accertare fatti ed irrogare sanzioni e della disciplina dei relativi procedimenti.

Punto delicatissimo, sempre più emergente, è inoltre la valutazione della razionalità complessiva della 'galassia afflittiva' che passa dalla razionalità delle diverse discipline che normano i singoli sistemi e sottosistemi, sia per quanto riguarda la coerenza con le finalità perseguite, sia per quanto riguarda il fondamento di eventuali differenziazioni, e ciò anche in virtù della possibilità di compiere un sindacato di ragionevolezza basato su un giudizio estrinseco, consistente in buona sostanza nella comparazione tra discipline appartenenti ai diversi sistemi. Si pensi alla comparazione

che si può compiere tra il sistema delle pene e quello delle misure di sicurezza o delle misure di prevenzione oppure, all'interno dello stesso sistema preventivo, tra misure di sicurezza e misure di prevenzione. Ma si pensi anche alla comparazione che si può compiere, all'interno del diritto penale classico e tradizionale, tra i diversi 'sottosistemi', come dimostrato dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 139/2020, basata sulla comparazione tra messa alla prova degli adulti e messa alla prova dei minori, come anche dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 53683/2017, basata sulla comparazione tra la particolare tenuità del fatto del sistema 'tradizionale' e l'irrilevanza del fatto del sistema penale del giudice di pace.

Sotto il secondo profilo, si deve osservare come all'interno dello stesso diritto punitivo reattivo si sia sempre di più configurata una logica che non si può definire rigorosamente reattiva, ma piuttosto reattivo-premiale. Da un lato, infatti, il sistema resta punitivo reattivo, perché il procedimento può sfociare in un accertamento di una responsabilità e nella applicazione di una pena; dall'altro lato, però, l'attivazione della reazione è soltanto eventuale, perché, in termini procedimentalmente anticipati, viene riconosciuta al soggetto, vale a dire all'indagato, la possibilità di adottare determinati comportamenti al compimento dei quali è collegata l'estinzione del reato. Ecco allora che la reattività è – per così dire – a chiusura di questo particolare meccanismo, mentre la premialità deriva dalla possibilità di un trattamento non penale in quanto consistente in comportamenti/adempimenti/attività con contenuti diversi dalle sanzioni afflittive e che permettono di evitare la conseguenza punitiva. Da notare come l'adempimento sia comunque indotto attraverso la minaccia dell'accertamento della responsabilità con conseguente irrogazione/esecuzione della pena, resa particolarmente stringente dall'attivazione del procedimento, venendosi a generare nella sostanza un vero e proprio meccanismo di intimidazione speciale ancorché attenuato dalla 'mera' ripresa del procedimento. Si potrebbe dire che la flessibilità che il sistema penale tradizionale ha conosciuto in fase di cognizione viene anticipata in fase procedimentale, prima di un accertamento di eventuali responsabilità.

## *2. Gli istituti che si ispirano al paradigma reattivo-premiale*

Posto che la nostra attenzione si concentrerà soltanto su quest'ultima trasformazione, se noi volessimo compiere una ricognizione delle discipline ispirate alla logica reattivo-premiale, ci rendiamo conto che essa si concretizza

in molteplici istituti oltretutto assai disomogenei per collocazione e contenuti: si ritrova in cause estintive della responsabilità previste in alcune articolazioni del sistema penale tradizionale, nella parte generale del sistema tradizionale e in sottosistemi di legislazione speciale, potendosi il ragionamento estendere anche al sistema 231 concernente la responsabilità degli enti. Infine, come emerge da alcuni progetti di riforma, il legislatore sembra avere l'intenzione di implementare ulteriormente questa strategia.

In particolare, nelle articolazioni del sistema penale tradizionale la logica premiale è presente nella sospensione del processo con messa alla prova all'interno del diritto penale dei minorenni (art. 28, d.P.R. n. 448/1988) ed ispira le condotte riparatorie previste dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 del sistema penale del giudice di pace.

All'interno della parte generale del sistema penale tradizionale, si possono considerare premiali: l'oblazione (artt. 162 e 162-bis c.p.), che, a quanto ci consta, può essere considerata la prima forma in assoluto di questa tipologia di meccanismo reattivo-premiale, oltretutto già presente nel Codice Rocco del 1930; le condotte riparatorie previste dall'art. 162-ter c.p.; nonché la messa alla prova degli adulti di cui agli art. 168-bis ss. c.p.

Ed ancora, nei sottosistemi di parte speciale si deve considerare il meccanismo estintivo delle contravvenzioni del diritto penale del lavoro previsto dagli artt. 19-25 d.lgs. n. 758/1994 e art. 301 d.lgs. n. 81/2008, consistente nell'adempimento da parte del soggetto di due condizioni: il rispetto delle prescrizioni impartite da un organo di vigilanza e il pagamento in via amministrativa di una somma di denaro. Sulla stessa scia si muovono altri meccanismi: in materia di tutela dell'ambiente v'è la causa estintiva delle contravvenzioni a seguito dell'osservanza di prescrizioni imposte, come disciplinato dalla nuova parte VI bis del Testo unico dell'ambiente; in materia di tutela del paesaggio, è prevista la causa estintiva della rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici da parte del trasgressore, prima che venga disposta d'ufficio dalla autorità amministrativa e comunque prima che intervenga la condanna; in materia edilizia è previsto il rilascio in sanatoria del permesso a costruire che estingue le contravvenzioni (artt. 36 e 45, Testo unico dell'edilizia). Inoltre, si deve accennare alle condotte riparatorie in ambito tributario, aventi valenza estintiva del reato (art. 13, d.lgs. n. 74/2000).

La stessa logica reattiva premiale la ritroviamo poi nel sistema 231, per cui l'ente va sempre incontro a una pena pecuniaria, ma può evitare le sanzioni interdittive se adotta condotte riparatorie, elimina le carenze organizzative e ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (art. 17, d.lgs. n. 231/2001).

Infine, come accennato, il recente disegno di legge n. 2435 delega il Governo a «prevedere una causa di estinzione delle contravvenzioni destinata a operare nella fase delle indagini preliminari, per effetto del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore e del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa», replicando così in termini generali il meccanismo estintivo delle contravvenzioni in materia di sicurezza di lavoro.

### *3. I caratteri essenziali del paradigma reattivo-premiale*

Se volessimo provare a cogliere i caratteri essenziali di questo meccanismo reattivo-premiale, a grandissime linee, si può anzitutto osservare come questi istituti trovino applicazione dopo che è stato attivato un procedimento e prima che si giunga ad un accertamento della responsabilità. Il primo profilo distingue questo meccanismo dalle vere e proprie cause di non punibilità c.d. sopravvenuta, dove la respiscenza prescinde dall'attivazione del procedimento e quindi dalla 'minaccia individualizzata' dell'eventuale pena; il secondo profilo distingue il meccanismo in esame non solo dagli altri istituti che operano in fase di cognizione, ma anche dai riti alternativi.

In secondo luogo, rispetto a questi istituti non si può parlare di vera e propria non punibilità, o meglio, nel momento in cui si attiva il meccanismo l'esito è di non punire nel senso che non si applicano le pene minacciate, ma il soggetto compie comunque determinate attività e quindi sottostà a certe conseguenze sanzionatorie. A ben vedere, la logica sottesa finisce per essere quella di una vera e propria depenalizzazione in concreto, proprio perché l'esito non è la non punibilità tout court, ma piuttosto una risposta sanzionatoria diversa da quella penale. Andando ancora più a fondo si può osservare come a questa logica potrebbe ispirarsi anche la particolare tenuità del fatto, là dove, a differenza di quanto avviene adesso nel nostro ordinamento, fosse condizionata, in prospettiva di riforma, all'adempimento di obblighi o prescrizioni entro un certo periodo sospensivo, come avviene in Germania attraverso l'art. 153a StPO.

Infine, si deve osservare come i contenuti siano molto diversificati. Procedendo in un crescendo di afflittività, vi sono attività che coincidono nella sostanza nella riparazione del danno 'privato': si pensi all'art. 162-ter, come anche alle condotte riparatorie del sistema penale del giudice di pace. Vi sono poi attività che invece consistono nella riparazione di un danno che

tuttavia attiene a interessi pubblici: si pensi in particolare al diritto tributario e a quanto accade per il diritto penale ambientale, edilizio e paesaggistico. Ed ancora, vi sono contenuti riparatori che vanno a incidere – per così dire – sulle cause dell’illecito, come nelle contravvenzioni in materia di sicurezza. Ci sono contenuti, poi, che diventano davvero molto più consistenti, alla fin fine addirittura afflittivi, come nell’ipotesi della messa alla prova, sia dei minori che degli adulti. Fino ad arrivare a contenuti che, come avviene nel sistema 231, consistono in una riorganizzazione dell’ente, che in termini penalistici potrebbe essere definito un riassetto della personalità.

#### *4. I problemi posti dal paradigma reattivo-premiale*

Ebbene, al di là delle singole questioni poste dalle diverse ipotesi, rispetto al paradigma reattivo-premiale si aprono alcune problematiche generali che meritano la massima attenzione.

##### *4.1. La mancanza di un accertamento del fatto/responsabilità*

La prima riguarda il fatto che si tratta di un nuovo paradigma nel complesso decisamente diverso da quello reattivo. Se infatti quest’ultimo, proprio perché reattivo, si fonda su due pilastri fondamentali e strettamente connessi tra di loro, consistenti nell’accertamento del fatto/responsabilità e nella commisurazione della pena in termini proporzionali alla gravità del fatto/responsabilità accertati, il paradigma reattivo-premiale finisce per prescindere da tali componenti, ponendosi problemi di fondamento e di legittimità: com’è possibile sottoporre a un trattamento sanzionatorio una persona in mancanza di un accertamento del fatto e della responsabilità e quindi su quali basi si va a quantificare tale trattamento?

Ebbene, a nostro avviso, per rispondere a tali domande occorre distinguere a seconda che si abbia a che fare con risposte sanzionatorie scarsamente afflittive e a contenuto – per così dire – oggettivo oppure con risposte sanzionatorie nella sostanza afflittive e che coinvolgono diritti e libertà della persona interessata.

##### *4.1.1. Gli istituti basati su contenuti con afflittività scarsa e oggettiva*

Nella prima prospettiva (afflittività scarsa e oggettiva) si muovono le

condotte riparatorie di interessi sia privati che pubblici, e rispetto a queste ipotesi il mutamento di paradigma risulta molto meno problematico. Per quanto riguarda l'accertamento, potremmo dire che si fuoriesce dalla dimensione rigorosamente pubblicistica, in quanto si attribuisce rilevanza a una sorta di illecito extrapenale, nella sostanza civile-riparatorio, il cui trattamento viene – per così dire – rimesso alle parti. Una grande differenza che infatti intercorre tra illeciti extrapenali civili ed illeciti penali/punitivi è che nei primi le stesse parti possono accordarsi sulla 'gestione' delle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'illecito, mentre nei secondi la risoluzione del conflitto e quindi le conseguenze sanzionatorie sono sottratte alle parti. Certo, è indubbio che quando vengono in gioco condotte riparatorie di interessi pubblici la parte è costituita nella sostanza dallo Stato/pubblica amministrazione, ma non sembrano esservi ostacoli a considerare l'illecito come un illecito extrapenale produttore di danni, rispetto al quale il contenuto della sanzione consistente in una condotta riparatoria è mutuato proprio dalle conseguenze dannose dell'illecito. E non è un caso che il concetto di danno punitivo si sviluppi sempre di più proprio rispetto ai danni offensivi soprattutto di interessi pubblici.

Più problematico il tema della congruenza. Anzitutto, si pone un problema di quantificazione in assenza di un vero e proprio accertamento. Tuttavia, sempre come accade per l'illecito extrapenale allorquando le parti si accordano per porvi rimedio, se da un lato è vero che manca l'accertamento del fatto e della sua responsabilità e quindi manca un punto di riferimento per misurare il trattamento sanzionatorio, dall'altro lato è anche vero che una quantificazione è pur sempre possibile proprio grazie al contenuto oggettivo del danno da riparare. Insomma, la quantificazione del danno non passa necessariamente da un terzo e il carattere oggettivo della dannosità consente una valutazione della congruità.

In secondo luogo, e questo sembra essere l'aspetto davvero più problematico, si viene a creare un vero e proprio scarto tra il contenuto afflittivo della pena che viene "sostituita" e quello riparatorio della condotta tenuta dall'indagato. Ebbene, sul punto occorre distinguere.

Per quanto riguarda le condotte riparatorie 'private', il rischio è quello di degradare l'illecito penale a illecito civile. E ciò è proprio quanto avvenuto nella sostanza per i reati punibili a querela 'rimettibile' con la disciplina delle condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter, visto che l'intera riparazione del danno entro il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado comporta la dichiarazione di estinzione del reato da parte del giudice: quindi, in buona sostanza, non solo il meccanismo 'sostitutivo' è

nelle mani dell'autore del reato, ma soprattutto la pena viene sostituita con una sanzione civile. Molto più opportuna la scelta compiuta all'interno del sistema penale del giudice di pace, dove, come si ricorderà, il secondo comma dell'art. 35 sancisce che «il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione». Si tratta di una valutazione che consente di salvaguardare una componente afflittivo/punitiva che giustifica la sostituzione della pena, la quale, oltretutto, nel sistema penale del giudice di pace è caratterizzata da una afflittività ridotta rispetto a quella delle pene del sistema tradizionale. Da ricordare, come, in termini sistematici complessivi, questo quadro 'privatistico' si complichino ulteriormente se si prende in considerazione l'illecito punitivo civile.

Per quanto riguarda le condotte riparatorie di interessi 'pubblici', si deve invece ritenere che si raggiunga un plausibile livello di congruità/proporzione, proprio in virtù della componente pubblicistica degli interessi. In buona sostanza, le condotte riparatorie pubblicistiche, non solo hanno un'enorme utilità pratica, consentendo di soddisfare per l'appunto interessi pubblici che altrimenti, attraverso la mera risposta penalistica, risulterebbero interamente insoddisfatti, rimanendo oltretutto a carico dello Stato una eventuale attività riparatoria. Ma soprattutto, nel momento in cui destinatario della prestazione è il pubblico, tali condotte presentano quella quota di afflittività che rende plausibile che si sostituiscano alle pene principali.

D'altra parte, istituti di questo tenore pongono due ordini di problemi particolarmente delicati e significativi. Da un lato, problematicissimi sono i rapporti con la confisca, ragion per cui, nonostante la presenza di condotte riparatorie, resta aperto il problema se ammettere o meno l'operatività di provvedimenti ablatori: ed è evidente che se si riconosce natura riparatoria alla confisca, la realizzazione delle condotte riparatorie non può che impedire la confisca. Dall'altro lato, come vedremo a breve, problemi si pongono allorquando l'irresponsabilità 'umana' dovuta all'operatività di cause estintive viene a contatto e si intreccia con l'eventuale responsabilità punitiva dell'ente. Si hanno esempi con l'ambiente e con il diritto penale tributario.

#### 4.1.2. *Gli istituti basati su contenuti con afflittività significativa e soggettiva*

Nella seconda prospettiva in cui vengono in gioco risposte sanzionatorie nella sostanza afflittive e che incidono su diritti e libertà del soggetto, vale a dire meccanismi ingiunzionali, messa alla prova e sistema 231, il discorso tende a farsi molto più problematico, anche perché risulta decisamente distonico un trattamento per l'appunto afflittivo in assenza di

un accertamento del fatto, acuendosi ulteriormente la problematica della congruenza.

Ebbene, ancora una volta a me pare opportuno distinguere. In presenza del meccanismo ingiunzionale, si è in presenza di una sorta di illecito punitivo amministrativo, accertato dalla pubblica amministrazione, che fa scattare determinate prescrizioni, le quali, oltre ad avere un contenuto neutralizzante il contenuto dell'illecito formale e preventive di eventuali futuri eventi offensivi, sono prive di coercizione, con la conseguenza che il soggetto è – per così dire – libero di adempiere o meno. Il sistema quindi si presenta particolarmente coerente.

Molto più problematica la messa alla prova degli adulti, come anche quella dei minori, nonché il meccanismo premiale del sistema 231. È del tutto evidente, infatti, che questi istituti operano in assenza di un accertamento della responsabilità, ed è altrettanto evidente che si tratta di vere e proprie sanzioni con contenuto afflittivo, se non addirittura, nell'ipotesi 231, con un contenuto che consiste addirittura nel riassetto organizzativo che in termini penalistici significa riassetto della stessa personalità. Ebbene, a noi pare che si sia in presenza di un nuovo paradigma, decisamente diverso dallo stesso patteggiamento, anche perché nel patteggiamento c'è un accertamento del fatto e della responsabilità, così come c'è una valutazione di congruità da parte del giudice, nonché una componente coercitiva. A ben vedere, infatti, il patteggiamento, nonostante le apparenze e le prime incertezze iniziali, può essere perfettamente inserito nel paradigma reattivo, avendo come unica peculiarità la negozialità della pena e quindi una commisurazione che si emancipa dall'idea della proporzione, che tuttavia non è del tutto compromessa, potendo il giudice compiere una valutazione di congruità sulla base del fatto e della responsabilità accertati.

Vero è che anche gli istituti in esame potrebbero mantenere la loro collocazione anticipata, venendo modellati sul paradigma reattivo, alla maniera di quanto accade per il patteggiamento. Per ottenere questo risultato, si potrebbe pensare ad una negozialità concernente, più che il quantum di pena, lo stesso contenuto del trattamento sanzionatorio, sul cui esito il giudice potrebbe compiere comunque una valutazione di congruità. Ma in questa prospettiva, poiché tale valutazione presuppone necessariamente un accertamento del fatto, si dovrebbe rinunciare al meccanismo sospensivo. E siccome a quel punto il tutto dovrebbe essere connotato da coercizione, si dovrebbe prevedere anche un meccanismo di chiusura immaginabile in una sorta di fattispecie autonoma di reato che sanziona l'inadempimento.

La strada che ha seguito il nostro legislatore è decisamente diversa,



e, come emerge dalla sentenza della Corte costituzionale n. 91/2018 si può definire nella sostanza volontaria/consensuale, vale a dire non coercitiva, consentendo così di prescindere dall'accertamento del fatto e della responsabilità, ma non da una valutazione di congruità da parte del giudice, che tuttavia non è imposta, ma può essere soltanto accettata dall'indagato. Ed infatti, l'istituto della messa alla prova e il meccanismo 231 sono istituti che nel prescindere da un accertamento della responsabilità rimettono nelle mani dell'interessato non solo la proposta, ma anche la decisione se sottoporsi o meno al trattamento, nonché la decisione di continuarlo. Vero è che messa alla prova e sistema 231 finiscono per differire, perché mentre la messa alla prova ha connotati sanzionatori, il sistema 231 incide sulla personalità dell'ente, ponendosi, come vedremo, non pochi problemi sul piano della determinazione degli adempimenti, del giudizio di idoneità e dei rischi di strumentalizzazione. Ma al di là di questo aspetto, si tratta di istituti volontari.

In particolare, per quanto riguarda la messa alla prova, una volta che il soggetto propone, il giudice compie una valutazione di idoneità e può cambiare il programma, ma la modifica del programma passa dal consenso dell'indagato, con la conseguenza che se l'indagato non acconsente, la messa alla prova non trova applicazione.

Si potrebbe dire allora che il controllo e la modifica non hanno senso, anche perché, mancando un accertamento, non si comprende su quali basi compie tali attività ovvero il richiamo all'art. 133 c.p. è più di facciata che reale. D'altra parte, il controllo svolge un ruolo fondamentale di congruità che non può essere del tutto trascurato, poiché altrimenti si perderebbe qualsiasi connotato di razionalità, mentre la modifica non può essere imposta, poiché altrimenti si tornerebbe all'interno di una prospettiva coercitiva che necessiterebbe di un vero e proprio accertamento. Con la conseguenza che questo meccanismo così 'rigidamente dialogante' ha una sua plausibilità, perché consente a tutti di esprimersi e di mantenersi nella propria prospettiva, mentre se si ammettesse una flessibilità, nella sostanza una negoziabilità tra giudice e indagato nella scelta del trattamento, si finirebbe per introdurre vere e proprie anomalie di sistema.

Circa il sistema 231, proprio a causa del fatto che le condotte non hanno un contenuto 'sanzionatorio' ben definito, ma consistono in una 'generica' se non addirittura evanescente riorganizzazione, manca un momento preliminare di proposta da parte dell'ente e di valutazione di congruità da parte del giudice, e quindi di un momento in cui si definiscono anticipatamente i comportamenti che l'ente dovrà tenere

ai fini della riorganizzazione, con la conseguenza che nella sostanza il giudice valuta direttamente – per così dire – l’esito della riorganizzazione. Aspetto questo destinato a creare non pochi problemi, visto che il giudice, senza alcun criterio predefinito, potrà sempre ritenere la ristrutturazione inidonea. E non è un caso che si sia venuta a creare una prassi in cui nella sostanza ente, pubblico ministero e giudice tutti assieme negoziano la stessa ristrutturazione, in assenza di un accertamento della responsabilità e di una valutazione di congruità: davvero una realtà del tutto inedita.

#### *4.2. La mancanza di elementi per compiere i giudizi prognostici di pericolosità*

Il secondo problema che si pone rispetto al paradigma reattivo-premiare riguarda la possibilità di formulare giudizi prognostici di pericolosità sociale.

Il discorso sui giudizi di pericolosità in ambito penalistico meriterebbe una trattazione sistematica di grandissimo rigore, perché non si può fare a meno di osservare come vi siano notevoli incongruenze: non solo si pongono problemi relevantissimi di controllo su un piano – per così dire – empirico-scientifico, ma soprattutto, ammesso e non concesso che i giudizi di pericolosità abbiano un fondamento scientifico, l’operatività di tali giudizi risulta comunque problematica in ambito penalistico alla luce dei principi di garanzia. Si pensi all’istituto della recidiva qualificata come circostanza aggravante, destinata necessariamente a sfondare il limite della pena proporzionata al disvalore del fatto. Oppure si consideri il giudizio di pericolosità in presenza delle misure di sicurezza, che se ha una sua plausibilità rispetto ai non imputabili nel momento in cui tale giudizio viene ancorato alla causa di esclusione della imputabilità, risulta invece problematicissimo rispetto agli imputabili, soprattutto allorquando si tratta di delinquenti primari. Si pensi infine al giudizio di pericolosità rispetto alle misure di prevenzione che sembra girare a vuoto nel momento in cui i precedenti giudiziari svolgono la duplice funzione di tipizzare la fattispecie di “reato sospettato” e di essere indicatori di pericolosità, ragion per cui a ben vedere il giudizio di pericolosità che dovrebbe caratterizzarsi per una certa attualità, finisce invece per essere presunto e connesso per l’appunto ai precedenti.

Ebbene, vero tutto questo, si deve osservare come giudizi di pericolosità se hanno una certa plausibilità a seguito di un fatto e di una responsabilità accertati, risultano davvero problematici prima che tale responsabilità sia accertata. Insomma, plausibile condizionare l’applicazione della sospensione condizionale della pena o di altri istituti in sede di cognizione o esecuzione

a una prognosi di non recidiva, in quanto c'è un fatto accertato e quindi è ben possibile compiere prognosi di non recidiva, che poi si trasformano alla fin fine nella valutazione se l'esecuzione della pena sia più appropriata in libertà e con contenuti alternativi oppure in carcere. Al contrario, molto problematico un giudizio di pericolosità in una fase che risulta essere decisamente anticipata, venendosi a determinare la seguente alternativa: o ci si basa su precedenti, ma allora il rischio è di operare mediante presunzioni; oppure ci si sposta su un'autentica valutazione della personalità, ma considerata per l'appunto la fase particolarmente anticipata, non sembrano esserci elementi per compiere una valutazione del genere.

Ecco allora che un punto fermo potrebbe essere acquisito: se, da un lato, risulta difficile compiere un giudizio di pericolosità nella fase anticipata, e se, dall'altro, questi istituti sono applicati una sola volta nel presupposto che si tratti di delinquenti primari, forse risulta opportuno prescindere dai giudizi di pericolosità.

#### *4.3 I rischi di strumentalizzazione particolarmente presenti nel sistema 231*

La terza problematica che si pone riguarda i rischi di strumentalizzazione, che si fanno particolarmente consistenti in presenza del sistema 231.

Due premesse per comprendere la ragione per cui rispetto agli enti il rischio di strumentalizzazione si fa particolarmente consistente. Anzitutto, si deve considerare che mentre il procedimento motivazionale e la personalità umana, in quanto dimensioni interiori, sono inconoscibili, l'assetto organizzativo di un ente orientato al rispetto e alla penetrazione nello stesso della legalità risultano invece conoscibili, ed è proprio per questa ragione che riguardo all'ente si tende ad ammettere una premialità che passa dalla ristrutturazione dell'assetto organizzativo nel senso della legalità.

In secondo luogo, come già accennato, mentre nel diritto penale umano gli istituti reattivi premiali hanno contenuti sanzionatori ben determinati, che possono essere predefiniti e il cui adempimento/inadempimento può essere verificato ex post, nel diritto penale degli enti, consistendo in un generico riassetto organizzativo, l'attività necessaria per determinare l'estinzione del reato tende a non essere preliminarmente prestabilita con la conseguenza che la verifica ex post risulta essere alquanto incerta e priva di parametri predefiniti per sottoporla a sua volta a un controllo razionale.

Ebbene, se tutto questo è vero ci si deve rendere conto che rispetto agli enti si pone un grandissimo rischio di strumentalizzazione, in quanto lo Stato finisce per ingerirsi nella personalità dell'ente e per compiere una

valutazione che non brilla per chiarezza, prevedibilità e controllabilità.

Non solo, ma l'attuale sistema vigente soffre di una micidiale aporia: se da un lato, si prevede una logica reattivo-premiale che consente di evitare l'applicazione delle sanzioni interdittive, dall'altro lato, tale logica non si estende anche alla pena pecuniaria che quindi viene inderogabilmente applicata a seguito di un accertamento della responsabilità.

Insomma, è come se rispetto all'ente la punibilità si scindesse in due binari paralleli con l'incongruenza finale che nonostante la riparazione e la riorganizzazione anticipate si estingue solo una parte della punibilità, quella relativa alle sanzioni interdittive, permanendo la parte di punibilità coperta dalla pena pecuniaria. Ecco allora che, come vedremo meglio in seguito, occorre decidere a cosa serve l'attuale sistema 231: serve per punirlo o per riorganizzarlo? Ha senso imporre la riparazione e la riorganizzazione punendolo ugualmente?

Senza considerare che il sistema non distingue tra la totale mancata adozione o attuazione, dove forse si dovrebbe sempre punire, non solo con pena pecuniaria, ma anche con sanzioni interdittive, e adozione e attuazione inadeguate, dove invece forse la riparazione/riorganizzazione dovrebbero portare ad escludere l'intera punibilità.

Una conferma dell'esistenza di tutte queste problematiche si è avuta con la recente riforma dei reati tributari dove rispetto agli enti non è stata riprodotta la logica riscossiva, basandosi sull'idea che la responsabilità degli enti è proprio finalizzata al riassetto organizzativo, per cui, nonostante l'eventuale riscossione del debito da parte dello Stato, se la responsabilità dell'uomo si estingue, quella dell'ente è opportuno che permanga, proprio al fine di attivare il meccanismo premiale della riorganizzazione e comportando comunque la pena pecuniaria, ancorché attenuata, nonostante la riscossione del debito e la riorganizzazione. Quindi, se nel diritto penale umano, il pagamento del debito tributario si considera una condotta riparatoria sufficiente ad estinguere il reato, non potendosi richiedere all'uomo una 'resipiscenza' ulteriore e interiore che oltretutto – se Dio vuole – sarebbe impossibile da accertare, nel diritto penale dell'ente, il pagamento del debito tributario non estingue la responsabilità dell'ente, richiedendosi comunque una riorganizzazione, e punendosi comunque con la pena pecuniaria. Disciplina che crea anche una disparità di trattamento, non essendo chiaro perché nei confronti dell'uomo la logica riscossiva può estinguere la punibilità, mentre nei confronti dell'ente no, nonostante che il pagamento del debito tributario sia oggettivamente identico indipendentemente dal soggetto che lo realizza.

#### *4.4. Il problematico rapporto tra esclusione della responsabilità individuale per operatività di cause di non punibilità e permanenza della responsabilità dell'ente*

Proprio sulla base di quanto appena osservato, rispetto alla responsabilità degli enti si pone un problema ulteriore derivante non solo – e non tanto – dai rapporti tra esclusione della responsabilità umana e permanenza della responsabilità degli enti (art. 8 d.lgs. 231/2001), ma soprattutto proprio dalla esclusione della responsabilità umana derivante da istituti a carattere reattivo-premiale applicati a seguito di attività realizzate dalle persone fisiche e permanenza della responsabilità degli enti.

A ben vedere, infatti, esistono cause di estinzione della responsabilità che operando indipendentemente da comportanti umani o dell'ente, possono essere plausibilmente disciplinate in termini diversi: si pensi alla prescrizione. Quando però l'effetto estintivo della responsabilità è connesso a determinati comportamenti, la totale irrilevanza degli stessi nei confronti dell'ente non ha senso, anche perché si possono verificare vere e proprie disparità di trattamento. Non solo, ma rispetto ad esempio alle condotte riparatorie, è ben possibile che ad adempiere sia l'ente, più che la persona fisica, come può accadere per i reati ambientali oppure per i reati tributari.

Ecco allora opportuno distinguere tra quelle cause che operano oggettivamente (ad esempio condotte riparatorie) e quelle che invece operano soggettivamente (messa alla prova), e mentre rispetto alle prime non si vede perché non possano operare anche nei confronti dell'ente, riguardo alle seconde, se, da un lato, le valutazioni concernenti la soggettività umana non possono essere estese e valere automaticamente per l'ente, dall'altro lato, però nulla toglie che si possano compiere valutazioni soggettive calibrate nei confronti dell'ente e riadattate alla sua personalità, ponendosi il problema se a tale risultato si possa pervenire in via ermeneutica oppure sia necessario un intervento legislativo.

D'altra parte, tutto questo discorso ha senso ed è plausibile, nel momento in cui si ritiene che la responsabilità dell'ente sia strutturalmente identica a quella umana, e quindi se si ritiene che uomo ed ente siano resi responsabili per il fatto commesso in una logica reattiva in cui può intervenire la premialità in termini – per così dire – sostitutivi. Ma la responsabilità dell'ente è davvero una responsabilità per il reato commesso?

#### *4.5. La colpa di organizzazione cautelativa dell'ente: una nuova tipologia di responsabilità?*

Ecco allora che, sempre rispetto agli enti e sempre alla luce di quanto abbiamo appena detto, si pone un ultimo problema, che trattiamo per ultimo, ma che, in ordine alla responsabilità degli enti e al relativo meccanismo reattivo-premiale, forse costituisce la questione principale: come si concepisce ovvero in cosa consiste la responsabilità dell'ente? Detto diversamente: ma davvero rispetto agli enti ci troviamo davanti a una responsabilità reattivo-premiale oppure si tratta di un sistema di tutt'altro tipo, che alla fin fine non ha nulla a che vedere con la stessa dimensione reattiva, potendosi definire nella sostanza premiale-preventivo?

Ancora una volta per impostare correttamente il tema, si deve muovere da una premessa fondamentale, per cui la responsabilità degli enti può essere ricostruita secondo tre grandi modelli. Anzitutto, com'è noto, v'è il modello della immedesimazione, caratterizzato dal fatto che la responsabilità dell'ente si radica su quella della persona fisica che ha realizzato il reato, modello che accantoniamo subito, perché interamente antropocentrico e basato sulla finzione di un ribaltamento della responsabilità della persona fisica sull'ente, prescindendo completamente da qualsiasi responsabilità organizzativa dell'ente. In secondo luogo, v'è il modello che concepisce la colpa di organizzazione come difetto organizzativo cautelare, ragion per cui se da un lato l'evento è riconducibile alla condotta di una persona fisica, la colpa dell'organizzazione si radica nella sostanza sulla violazione di regole cautelari da parte dei vertici organizzativi, determinandosi nella sostanza una sorta di cooperazione colposa nel delitto doloso o in quello colposo: in questa prospettiva la colpa di organizzazione coincide quindi nella sostanza con la condotta colposa dei vertici che si ribalta sull'ente. Infine, v'è il modello che concepisce la colpa di organizzazione come un difetto organizzativo cautelativo, ragion per cui la colpa di organizzazione riguarda il difetto organizzativo della stessa organizzazione, come tale non riferibile alla condotta di singole persone fisiche, ma all'ente in quanto tale. In questa prospettiva le regole cautelative sono orientate ad ostacolare la realizzazione di condotte criminose da parte di tutti coloro che operano all'interno dell'ente.

Ebbene, non c'è alcun dubbio che se la colpa di organizzazione è concepita come difetto organizzativo 'cautelare' che in definitiva ha cooperato alla produzione dell'evento, è possibile parlare anche per l'ente di una responsabilità reattiva, per cui il sistema opera per attribuire all'ente

il reato e per sanzionarlo in virtù della responsabilità che l'ente ha nella produzione/mancato impedimento dell'evento. Ma se invece la colpa di organizzazione è concepita come difetto organizzativo cautelativo, concernente la stessa organizzazione legale dell'ente, è difficile parlare di una vera e propria responsabilità reattiva in quanto alla fin fine l'ente non ha concorso alla produzione dell'evento, ma ha omesso di organizzarsi in termini legali, organizzazione che consente di frapporre ostacoli alla realizzazione del reato.

Dalla scelta di uno dei due modelli derivano conseguenze relevantissime, a cominciare dalla valutazione sulla idoneità dei modelli organizzativi, sia per quanto riguarda l'accertamento della responsabilità dell'ente, sia per quanto riguarda l'eventuale riassetto: se infatti la responsabilità è configurata in termini cautelari, non si potrà non verificare l'efficacia del comportamento alternativo lecito similmente a quanto accade per la violazione delle regole cautelari che fondano la responsabilità umana, mentre se è configurata in termini cautelativi, tale giudizio non può essere compiuto, dovendosi piuttosto valutare anzitutto una "macroscopica" violazione consistente nella totale mancata adozione o attuazione dei modelli organizzativi dalla quale si può far derivare una vera e propria responsabilità per la disorganizzazione, mentre se si è in presenza di una disorganizzazione 'relativa', scopo del sistema dovrà essere proprio quello di indurre l'ente a riorganizzarsi.

Ma se così stanno le cose, ecco allora che mentre nella prospettiva cautelare il sistema è reattivo premiale, in quanto è volto a rendere responsabile un ente per quanto accaduto, riconoscendogli però una attenuazione della responsabilità se elimina il difetto organizzativo specifico che ha determinato la verificazione dell'evento/reato, nella prospettiva cautelativa il sistema è sì premiale, ma non reattivo rispetto al reato verificatosi, risultando piuttosto premiale preventivo: il reato commesso dalla persona fisica altro non è che l'occasione per verificare l'organizzazione dell'ente (forse non è appropriato nemmeno parlare di condizione obiettiva di punibilità) e una volta accertata l'eventuale disorganizzazione 'relativa', si induce l'ente a riorganizzarsi ed è l'eventuale mancata riorganizzazione a costituire il vero illecito dell'ente sanzionato mediante le sanzioni interdittive.

Insomma, la colpa di organizzazione cautelativa apre a un'idea di responsabilità del tutto nuova, consistente nella sostanza nella creazione di un percorso dialogico tra l'ente e lo Stato finalizzato alla riorganizzazione in termini di legalità per il futuro e dove ciò che si sanziona è alla fin fine la mancata disponibilità a riassetarsi, più che la responsabilità per quanto commesso nel passato.

Elio Romano Belfiore\*

*La “morte civile” dell'imputato*

SOMMARIO: 1. La carica “esplosiva” del diritto penale – 2. “E l'uomo e le sue tombe e le estreme sembianze e le reliquie della terra e del ciel traveste il tempo” – 3. Le “radici” costituzionali dell'istituto della prescrizione.

1. *La carica “esplosiva” del diritto penale*

E così la prescrizione è tornata al centro dell'attenzione del dibattito (non solo) politico.

Dopo la crisi del governo-Conte aperta da Matteo Renzi, la *Relazione annuale sullo stato della giustizia* che avrebbe dovuto essere svolta davanti alle Camere dall'ex ministro Alfonso Bonafede si è trasformata in una mina vagante in grado di far saltare in aria l'impianto dell'intera maggioranza. Forse non è stato abbastanza evidenziato dagli organi di stampa ma il tema della prescrizione si è dimostrato il più potente detonatore della carica esplosiva innescata dal *leader* di *Italia Viva* contro il *Premier* e la sua squadra. Ed è per questo che il Presidente del Consiglio si è dimesso prima di quell'appuntamento, soprattutto dopo che, alla vigilia della data programmata per l'intervento in Parlamento da parte del Guardasigilli (e cioè lo scorso 27 gennaio), Luigi Di Maio aveva definito il voto su Bonafede come «un voto su tutto il governo». A ciò si aggiungano le difficoltà in cui da tempo si dibatte il Movimento Cinque Stelle che è il partito padre della riforma della prescrizione e che rendono quello schieramento ormai molto sovrarappresentato rispetto ai contesti nei quali esso è chiamato a svolgere la propria azione.

Non va dimenticato infatti che la riforma ha stravolto un principio di grande civiltà giuridica come quello espresso dal motto ciceroniano *tempori cedere* e come le forze progressiste sostenitrici del governo giallo-rosso abbiano colpevolmente assecondato la difesa di un simbolo di rassicurazione collettiva (il blocco della prescrizione quale postulato della certezza della pena) ritenuto irrinunciabile da quella parte politica che fa delle velleità

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Foggia.



giustizialiste e di un approccio prevalentemente ideologico alla materia penalistica il proprio marchio di fabbrica.

Il rigorismo repressivo predicato dai grillini in nome di ‘presunte’ ragioni identitarie riflette un’ispirazione di fondo semplicistica e rozza; non sempre frutto però - come forse erroneamente si potrebbe pensare - di povertà o ingenuità culturali. Esso è al contrario non di rado alimentato da calcoli cinici volti a lucrare facili consensi elettorali, in grado di strumentalizzare bisogni emotivi di punizione che affondano le radici in sentimenti collettivi di paura e rabbia.

Si badi bene. L’idea pentastellata di bloccare la prescrizione dopo la sentenza di primo grado, nella misura in cui intercetta – riuscendo poi a tradurla in proposta politica – umori profondi radicati nell’animo degli elettori di fede giustizialista, è tutt’altro che peregrina. Essa vanta ascendenze filosofiche e di psicologia della punizione di primissimo ordine: studi che dimostrano come il ricorso allo strumento penale, anziché ponderato e razionale (cosa altamente auspicabile), sia il più delle volte frutto di decisioni che coinvolgono meccanismi psichici reconditi (anche a livello inconscio) dell’essere umano, istituzionalizzando pulsioni aggressivo-ritorsive che sfociano, nelle forme di manifestazione più arcaiche e grossolane, in richieste di ‘maggior penalità’ declinate in chiave accentuatamente retributiva.

Anche limitandoci all’essenziale, non si può prescindere dal riflettere su un dato basilare: la prescrizione del reato è la presa d’atto di una obiettiva *defaillance* dell’ordinamento. Questo non significa necessariamente impunità di colpevoli, visto che le più frequenti declaratorie di prescrizione – come i processualisti e i ‘pratici’ del diritto ben sanno – sono pronunciate ai sensi dell’art. 129 c.p.p., in assenza di un accertamento di responsabilità. «Una via d’uscita» – osserva Domenico Pulitanò – «un po’ ambigua in situazioni d’incertezza o d’incapacità della macchina inquisitoria a smaltire il carico delle notizie di reato»<sup>1</sup>.

Il richiamo dell’Autore a non trascurare quanto di solito avviene nella prassi applicativa – prima di prendere qualsivoglia posizione a favore o contro la riforma Bonafede – è più che evidente.

È il caso quindi di chiedersi – e la riforma della prescrizione avrebbe potuto rappresentare in questo senso una buona occasione – se non sia finalmente giunto il momento di guardare con occhi sgombri da preconcetti i mali che da troppo tempo affliggono il mondo della giustizia: e ciò al di là della logora contrapposizione tra ‘giustizialisti’ e ‘garantisti’ e della pregiudiziale appartenenza al partito dei giudici o a quello dei politici.

---

<sup>1</sup> D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in «DPC», fasc. 1/2015, p. 22.

A 'prendere sul serio' il giusto richiamo alla concretezza può infatti succedere che i risultati scaturenti da eventuali indagini su casi venuti all'esame degli organi giudicanti ribaltino il modo tradizionale di 'pensare' la prescrizione e rivelino che le *declaratorie di estinzione del reato per decorso del tempo* siano senz'altro (come vuole la *vulgata*) frutto di artifici difensivi abilmente escogitati in vista di un progressivo indebolimento delle pretese punitive delle procure – volti a dilazionare (fino al punto di eluderlo del tutto) il momento del giudizio (consentendo per questa via il tanto paventato 'scivolamento' del reo attraverso le maglie della repressione penale) – non meno però di quanto non siano (anche) l'orpello sotto il quale nascondere imbarazzanti carenze registrabili sul versante della 'fondatezza' degli impianti accusatori.

2. *"E l'uomo e le sue tombe e le estreme sembianze e le reliquie della terra e del ciel traveste il tempo"*

Ma, a prescindere dalla maggiore o minore plausibilità di simili congetture, quale che sia la risposta più adatta (se non a superare del tutto, per lo meno) a tenere sotto controllo il conflitto che si agita all'interno dello stesso istituto, il dato essenziale rimane il seguente: tanto più ampia è la distanza tra il momento della realizzazione del fatto di reato e la pronuncia della condanna tanto più decresce la necessità di punire la condotta criminosa; e ciò sia che si assegni alla pena una funzione generalpreventiva (volta a distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati) sia che si riconosca alla stessa una funzione specialpreventiva, *sub specie* della rieducazione (avente lo scopo di impedire che l'autore del reato torni a delinquere).

Col passare degli anni sfuma l'allarme sociale e viene meno il rischio del 'contagio criminale'.

Non solo. È possibile che il trascorrere del tempo renda il colpevole una persona diversa, per cui non avrebbe senso applicargli una pena avente finalità rieducativa.

A ciò si aggiungano le difficoltà probatorie volte ad accertare la responsabilità di fatti risalenti a molti anni addietro.

Orbene, tutto ciò premesso, appare fuori discussione che i fondamenti (teorici e politico-criminali) della prescrizione – per lo meno nei termini in cui li abbiamo storicamente conosciuti – siano oggi divenuti sempre

più obsoleti a causa di un emergente e rabbioso neoretribuzionismo che con toni intransigenti pretende che tutti i reati, a prescindere dalla loro gravità, siano comunque perseguiti e sanzionati eternamente. La eguale imprescrittibilità di reati eterogenei, sganciati dal livello di gravità degli stessi, pone serissimi problemi di legittimità costituzionale per contrasto, da un lato, col principio di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.); dall'altro, per violazione del canone della funzione rieducativa della pena (art. 27, 3° comma, Cost.) con riguardo soprattutto al caso di condanne pronunciate a distanza di molti anni dalla data del commesso reato.

È altrettanto vero però che, soprattutto da parte dei processualisti e degli operatori della prassi giudiziaria, sono andate al contempo sempre più crescendo preoccupazioni legate al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., con conseguente spostamento dell'attenzione riformatrice sul terreno del processo penale anziché su quello 'classico' del diritto penale sostanziale.

### 3. Le "radici" costituzionali dell'istituto della prescrizione

I problemi dunque non mancano. E se questo è il quadro, la domanda ineludibile che con nettezza e perentorietà pone l'*impasse* che governo e politica si trovano a dover affrontare riguarda oggi il livello di legittimazione democratica di una legge che, col prevedere il blocco della prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado, incide profondamente su diritti e libertà fondamentali dei singoli, sacrificandoli oltre ogni ragionevole limite.

Stando così le cose ritengo inevitabile la presa d'atto che lo spettacolo a cui in questi giorni stiamo assistendo segni l'irreversibile caduta di questa legittimazione democratica.

Certo, le proposte correttive del PD si preoccupano di porre rimedio alle più vistose incongruenze costituzionali della riforma Bonafede, ma il tavolo promesso dall'ormai *ex* ministro non è mai stato avviato.

È anche vero però che voci critiche provenienti da autorevoli studiosi e osservatori si levano sempre più spesso per metter l'accento sull'interrogativo se e fino a che punto l'attuale classe politica complessivamente considerata abbia veramente introiettato una cultura penalistica in senso lato diversa da quella pentastellata.

Sappiamo tutti infatti come nel corso degli ultimi decenni le pulsioni di

tipo giustizialista siano andate sempre più manifestandosi e diffondendosi anche tra le forze della sinistra, per cui è difficile contestare l'assunto che una certa deriva 'punitivista', probabilmente aggravatasi recentemente, tragga in realtà origine da una storia più antica.

L'uso distorto del 'penale' per fini politici non è una novità dei nostri giorni e, su questo versante, bene fanno quanti incessantemente continuano a sottolineare come lo stesso fronte progressista abbia diversi peccati risalenti nel tempo di cui dovrebbe una buona volta pentirsi e fare ammenda.

Mi chiedo quindi se – proprio in considerazione della crisi politica e di governo che il Paese sta vivendo – non siano maturate quelle condizioni per cui i partiti possano finalmente assumere un atteggiamento più risoluto di quanto sino ad ora non abbiano fatto per contrastare la riforma Bonafede, al punto da ipotizzare in prospettiva di riuscire col proprio voto ad abrogarla.

D'altra parte ci sono buone ragioni per sostenere che la prescrizione, ancorché la Costituzione non prenda posizione esplicita al riguardo, abbia una indiscutibile base costituzionale, in quanto la sua disciplina coinvolge non solo irrinunciabili principi del diritto penale ma anche, più in generale, postulati di fondo dello stesso Stato di diritto.

È l'impatto che l'istituto ha su diritti e libertà fondamentali a far emergere la sua inequivocabile matrice costituzionale che, come tale, trascende (o per lo meno dovrebbe trascendere) il piano dell'ordinaria distinzione tra maggioranza e opposizione.

Da questo punto di vista, se è legittimo ritenere che nella sostanza si tratti di un istituto con radici profondamente costituzionali, è altrettanto plausibile (oltre che auspicabile) ipotizzare che nella contesa politica le forze che si oppongono alla riforma Bonafede utilizzino tutte insieme l'argomento che la prescrizione non è un tema qualsiasi dell'agenda di governo: simile ad altri ma non più importante di altri.

Se è vero che la prescrizione è costituzionalmente molto rilevante ne deriva che essa è politicamente trasversale e, come tale, costituisce un tema che dovrebbe essere oggetto di un consenso c.d. per intersezione su cui far convergere maggioranze parlamentari le più ampie possibili.

Le forze (cosiddette) progressiste – volendo – potrebbero allora tentare di spiegare al proprio elettorato di riferimento che su un tema come la prescrizione si può votare anche al di là dei confini segnati dalle strette maggioranze di governo, smentendo così l'argomento spesso ricorrente di quanti 'a sinistra' ritengono che con la destra non si possa mai votare. Al

contrario. Con la destra si può e si deve votare tutte le volte che a venire in discussione sono temi di rilievo costituzionale di tipo trasversale.

D'altra parte, se – per dirla con Filippo Sgubbi<sup>2</sup>– «la politica paralizzata dai veti» non dovesse decidere, nessun problema: ci penserà la magistratura con i suoi '*decision making* agili ed efficaci' a rimettere le cose a posto.

---

<sup>2</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna 2019, p. 59.

Marta Bertolino\*

*I minori della post-modernità di fronte alla responsabilità penale:  
questioni di maturità e di (neuro)scienza*

SOMMARIO: 1. Quale soglia della minore età ai fini della imputabilità penale – 2. Questioni di maturità: dottrina e giurisprudenza a confronto – 3. Il concetto di maturità della post-modernità: il contributo delle neuroscienze – 4. (*Segue*) Il contesto socioemotivo – 5. Giudici e legislatori a confronto: uno sguardo anche oltre i confini nazionali.

1. *Quale soglia della minore età ai fini della imputabilità penale*

Ciclicamente l'attenzione pubblica viene richiamata sulla questione del limite cronologico a cui fissare la minore età ai fini della imputabilità penale, nel tentativo di legittimare scelte legislative a favore di un abbassamento della soglia della minore età penale al di sotto dei quattordici anni, così come attualmente previsto dal Codice Rocco del 1930 agli artt. 97 e 98. Le ragioni addotte per giustificare questa modifica rappresentano il *leitmotiv* delle diverse proposte di riforma di tali articoli che nel tempo si sono succedute<sup>1</sup> e così anche dell'ultima proposta di legge del 7 febbraio 2019<sup>2</sup>. In essa, nella relazione accompagnatoria, si legge che, «in accordo con talune tra le più accreditate acquisizioni delle scienze criminologiche, nonché con le riflessioni di parte della dottrina penalistica, appare non più

\* Ordinaria di Diritto penale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

<sup>1</sup> Vedi i disegni di legge n. 727 del 10 ottobre 2001 e n. 323 del 12 maggio 2006.

<sup>2</sup> Proposta di legge n. 1580, Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa, presentata alla Camera dei Deputati il 7 febbraio 2019. Per un esame approfondito della proposta di modifica, si rinvia a M. BIANCHI, *Riflessioni critiche sulla nuova proposta di abbassare la soglia di punibilità dei minori*, in «AP», 2, 2020, pp. 1-56, la quale osserva criticamente che si «tratta di una lettura veloce di una problematica complessa, di una soluzione che si pone in contraddizione con i principi cardine che reggono la giustizia penale minorile».

dilazionabile l'abbassamento del limite dell'età ai fini dell'imputabilità di soggetti minori». A sostegno di tale affermazione si adduce il fatto che i gravi crimini contro la persona e contro il patrimonio realizzati da soggetti infraquattordicenni, «ampiamente desumibili dalle cronache giudiziarie», sarebbero la più sicura testimonianza di questa anticipata capacità criminale, che andrebbe quindi riconosciuta già a partire dai dodici anni. Questa soluzione, a detta della proposta, sarebbe «in linea con l'ordinamento di Paesi particolarmente evoluti, quali il Canada», ma si richiama anche, per legittimare eventuali soluzioni più radicali di abbassamento della età ai dieci anni, il Regno Unito, l'Australia e la Nuova Zelanda<sup>3</sup>.

Sarebbe dunque la necessità di adeguare la legislazione penale minorile alla realtà dei fatti a spingere a favore della proposta di abbassamento. Realtà dei fatti che sarebbe testimoniata non solo dalla gravità dei reati ma anche dalla 'utilizzazione' di minori infraquattordicenni da parte della criminalità organizzata, «con premeditata e lucida consapevolezza della certa sottrazione al processo penale e alla sanzione dei soggetti stessi» e dal preoccupante fenomeno delle *baby gang*. Fra i rimedi efficaci per contrastare queste realtà criminali, si individua anche quello di introdurre il divieto di applicazione della diminuzione della pena per minore età, attualmente prevista dall'art. 98, c.p., nel caso in cui, come spesso sembra accadere stando ancora una volta alle cronache giudiziarie che riportano episodi di delitti gravissimi, si tratti di minori «resisi responsabili di reati riconducibili alla fenomenologia associativa (criminalità organizzata) di cui all'art. 416 *bis* del codice penale».

Tutto ciò peraltro risulta in contrasto con quanto sostenuto anche dal Consiglio Superiore della Magistratura, che in una relativamente recente risoluzione proprio in tema minori e criminalità organizzata afferma: «Tuttavia l'esperienza delle aule di giustizia dimostra, quotidianamente, che l'intervento che si realizza nei confronti del minore nel processo penale – per quanto il più possibile individualizzato, beneficiando del bagaglio informativo sulla personalità del minorenne e sulle sue risorse personali, familiari, sociali e ambientali, acquisite ex art. 9 d.P.R. 448/88 – spesso non sortisce effetti dissuasivi. Ciò in quanto il livello di radicamento in logiche di vita delinquenziali del contesto familiare e sociale di provenienza è talmente forte che, all'esito del processo e dell'intervento rieducativo in esso apprestato, il minore, rientrando in siffatto contesto, non trova le condizioni che gli consentano la ripresa o, addirittura, l'avvio di quel percorso formativo

---

<sup>3</sup> Per una sintesi delle soglie della minore età nei diversi Stati, vedi E. ZANETTI, *Panorama internazionale e spunti comparatistici in tema di responsabilità penale del minore, in Il difetto di imputabilità del minorenne*, a cura di D. Vigoni, Giappichelli, Torino 2016.

che dovrebbe caratterizzare l'età evolutiva»<sup>4</sup>.

La proposta di abbassamento della minore età penale oscilla dunque fra ragioni particolarmente allarmanti di prevenzione generale dei reati o di difesa sociale e ragioni di prevenzione speciale relative all'autore del reato, della cui maturità acquisita ormai anticipatamente occorrerebbe prendere atto. In tal senso, ancora secondo i proponenti, militerebbero sia teorie scientifiche fra le più accreditate sia una parte della dottrina penalistica. Ma che le cose stiano proprio in questi termini è lecito dubitare. Se è vero infatti che nella realtà attuale si assiste «ad una infanzia precocemente adultizzata [...] è vero anche che è assai presente nella nostra vita sociale un'adolescenza prolungata e prorogata. La combinazione di questi due fenomeni non rende più agevole un processo di effettiva maturazione ma anzi lo complica notevolmente»<sup>5</sup>. Come vedremo, anche la dottrina penalistica maggioritaria e più autorevole non è a favore di un abbassamento dell'età minore penale, mentre quella esperta, che tiene conto anche dei dati scientifici più attuali, come quelli provenienti dalle neuroscienze, smentisce l'asserita anticipazione della capacità criminale. A mettere in dubbio le generiche e tralazie affermazioni contenute nella proposta di legge sono anche i dati statistici sull'andamento della criminalità minorile, i cui tassi non sembrano confermare l'immagine veicolata dalla proposta di legge<sup>6</sup>.

Cominciando dai dati statistici, e in particolare da quelli quantitativi, se già a livello internazionale si registra nell'ultimo decennio una diminuzione,

<sup>4</sup> Consiglio Superiore della Magistratura, *La tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata*, 31 ottobre 2017. V., anche, Stati generali della lotta alla criminalità organizzata. Tavolo 10. *Minori e mafie*. Coordinatori: F. Cascini; R. Di Bella, 23 novembre 2017, reperibile sul sito <<http://www.giustizia.it>>, 7: «[...] la funzione dei genitori, per quanto attiene soprattutto alla educazione e istruzione dei figli, non può essere dissociata dai valori generali della collettività e delle stesse strutture sociali, nelle quali la famiglia è inserita. L'azione pedagogica dei genitori deve trovare rispondenza in quei valori fondamentali della coscienza sociale che la collettività considera in un certo momento storico come essenziali al vivere civile e, per converso, deve riflettere l'interesse del minore a essere educato e istruito socialmente per divenire il cittadino dotato di quella maturità necessaria a chi debba vivere in una comunità democratica, quale è quella che emerge dal nostro ordinamento costituzionale».

<sup>5</sup> A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, a cura di L. Fadiga, Zanichelli, Bologna 2012, pp. 51 ss.

<sup>6</sup> Come la dottrina manualistica rileva: «la soglia dei quattordici anni è frutto di una scelta politico-criminale oggi al centro di valutazioni contrastanti, influenzate dall'enfatizzazione di fenomeni quali l'utilizzazione dei minori nell'ambito della criminalità organizzata per la commissione dei più diversi tipi di reato e le c.d. bande giovanili, protagoniste di svariate forme di criminalità da strada»; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Giuffrè, Milano 2020, p. 452.



anche del 50%, dei reati commessi da minori tra i quattordici e i quindici anni e del 65% di quelli commessi da minori tra i dodici e i tredici anni<sup>7</sup>, anche in Italia è dato riscontrare un simile andamento decrescente.

In particolare, come risulta da un relativamente recente rapporto di Antigone, fra «il 2014 e il 2018 le segnalazioni da parte delle forze di polizia all'autorità giudiziaria riguardanti i delitti commessi da minori sono infatti diminuite dell'8,3%, passando da oltre 33.300 nel 2014 a 30.600 nel 2018. Fra i delitti calano gli omicidi volontari (-46,6%) e colposi (-45,4%), i sequestri di persona (-17,2%), i furti (-14,03%), le rapine (-3,9%) e l'associazione per delinquere (-82,5%)»<sup>8</sup>. Stando a questi dati, tratti dalle statistiche ufficiali del Ministero dell'Interno, contrariamente a quanto la Relazione accompagnatoria della Proposta di legge vorrebbe far credere, non vi sarebbero perciò ragioni per rappresentare e percepire la criminalità minorile nei termini di un fenomeno allarmante per la gravità dei reati commessi, che risultano anch'essi in decrescita.

Diversamente a proposito dei fenomeni delinquenziali associativi, rispetto ai quali le rilevazioni statistiche sembrano sì giustificare le preoccupazioni manifestate nella Proposta, ma con riferimento alla sola associazione di stampo mafioso. Infatti, è solamente di questa tipologia associativa che le statistiche giudiziarie registrano una crescita e del 93,8%: se nell'anno 2014 i minori coinvolti sono stati 49, nel 2018 sono saliti a 95. Peraltro, che l'antidoto a questo fenomeno criminale sia quello dell'abbassamento della minore età penale e della previsione di un divieto di attenuazione della pena per la minore età, come invece proposto, non appare sostenibile alla luce di principi garantistici fondamentali costituzionalmente sanciti, quali quello di colpevolezza e di (ri)educazione, art. 27, co. 1 e 3, nonché di *extrema ratio* della pena detentiva e di un trattamento differenziato<sup>9</sup>.

Ciò emerge già a livello internazionale, dove ancora da ultimo ai fini della

<sup>7</sup> B. BERGHUIS, J. DE WAARD, *Declining juvenile crime – explanations for the international downturn*, in «*Justitiele Verkenningen*», n. 43, 1, 2017, pp. 5 ss.

<sup>8</sup> Rileva, dati alla mano, che non sussiste alcuna vera emergenza da legittimare la proposta repressiva di un abbassamento della soglia minima della età della responsabilità penale, BIANCHI, *Riflessioni critiche sulla nuova proposta di abbassare la soglia di punibilità dei minori*, cit., pp. 6 ss.

<sup>9</sup> Come osserva il presidente del Tribunale per i minorenni di Brescia e vicepresidente Aimmf-Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e la famiglia, Cristina Maggia, 2019: «Finora questo stile non repressivo e ricostruttivo di fiducia e speranza nel futuro, frutto di un lavoro corale teso alla responsabilizzazione del ragazzo per il male provocato, ha dato ottimi frutti e, contrariamente a quanto si riferisce nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, il livello della recidiva minorile in Italia risulta essere fra i più bassi d'Europa e certamente è insignificante di fronte al 75% di recidiva degli adulti».

prevenzione della delinquenza minorile si rinuncia ad una politica criminale giustizialista, che, in quanto tale, non tiene conto di quale sia il migliore interesse del minore ma si lascia sedurre dalla pubblicità negativa dei *media* nei confronti dei minori che commettono reati<sup>10</sup>. Questa pubblicità viene strumentalizzata dalla politica per giustificare soluzioni di maggior rigore punitivo, come nella Proposta di legge sopra richiamata. Tuttavia, altra è la politica criminale nell'interesse preminente del minore<sup>11</sup>, cioè quella in grado di offrire un trattamento differenziato e individualizzato che limiti al minimo il contatto con l'apparato giudiziario (principio di *extrema ratio*), ma è anche quella a monte, per così dire 'sociale', attenta cioè alle istanze di assistenza e di sostegno dei minori prima di tutto attraverso la famiglia, come si legge nel recente *General Comment*<sup>12</sup> del Comitato sui diritti del fanciullo. In esso, come ricorda la dottrina, alla luce del ruolo che la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 riconosce ai genitori nell'educazione dei figli, nei confronti del minore di età autore di reato si chiede prima di tutto agli Stati «di garantire un adeguato supporto alle famiglie, soprattutto a quelle che si trovano in condizioni di vulnerabilità e a quelle interessate da fenomeni di violenza». A tal fine, sempre nel *General Comment* del 2019, si afferma la necessità di «prevedere interventi di assistenza familiare, che si estrinsechino, ad esempio, in programmi di visita a domicilio per migliorare la capacità genitoriale e l'interazione tra i genitori e il minore»<sup>13</sup>.

Il ruolo della famiglia viene ancor più valorizzato quando si tratta di quella dei minori che, non avendo ancora raggiunto l'età minima della responsabilità penale, non possono essere considerati imputabili. Per questi

<sup>10</sup> Cfr. il recente *General Comment*, n. 24, 2019, on *Children's Rights in the Child Justice System*, 18 settembre 2019, istituito per monitorare il rispetto della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, da parte degli Stati, par. 111: «*Children who commit offences are often subjected to negative publicity in the media, which contributes to a discriminatory and negative stereotyping of those children. This negative presentation or criminalization of children is often based on a misrepresentation and/or misunderstanding of the causes of crime, and regularly results in calls for tougher approaches (zero-tolerance and "three strikes" approaches, mandatory sentences, trial in adult courts and other primarily punitive measures). States parties should seek the active and positive involvement of Members of Parliament, non-governmental organizations and the media to promote and support education and other campaigns to ensure that all aspects of the Convention are upheld for children who are in the child justice system. It is crucial for children, in particular those who have experience with the child justice system, to be involved in these awareness-raising efforts.*».

<sup>11</sup> Vedi art. 3 della *Convenzione sui diritti del fanciullo*, cit.

<sup>12</sup> *General Comment*, n. 24 (2019), cit., par. 9 ss.

<sup>13</sup> Cfr. L. CAMALDO, F. MANFREDINI, *La definizione di un sistema penale minorile conforme ai principi internazionali*, in «DPU», n. 12/2019, pp. 4 ss.

autori si evidenzia come priorità assoluta la predisposizione di tempestivi, personalizzati e interdisciplinari programmi di intervento, da sviluppare, se appena è possibile, nel contesto sociofamiliare.

Anche sul fenomeno del reclutamento e dell'utilizzo dei minori da parte delle organizzazioni criminali, il Comitato svolge alcune osservazioni con riferimento esplicito a quelle terroristiche, ricordando agli Stati la necessità di implementare politiche criminali che tengano conto del fatto che questi minori sono da considerare essi stessi vittime delle organizzazioni e non soltanto autori di fatti criminosi pur gravissimi<sup>14</sup>. In tale ottica, è chiaro, come si evince dal par. 100 delle Osservazioni, che un approccio punitivo, come quello accolto da alcuni Stati, risulta foriero di irreversibili pregiudizi sullo sviluppo della personalità del minore e sulla possibilità di un suo reinserimento sociale, reinserimento che solo soluzioni alternative all'azione penale e misure realmente alternative alla detenzione e incentrate sul recupero potrebbero garantire.

In considerazione di tutto ciò e in assenza di un vincolo di età minima della responsabilità penale da parte della Convenzione, che all'art. 40, lett. a) lascia gli Stati liberi circa la definizione dell'età minima al di sotto della quale scatta la presunzione assoluta di inimputabilità, il Comitato lamenta una 'inaccettabile' tendenza diffusa fra gli Stati ad arretrare tale età minima ad una soglia troppo bassa. Una tendenza che, come osserva ancora il Comitato Onu, contraddicendo le più recenti acquisizioni scientifiche, andrebbe decisamente contrastata al fine di mantenere, ove ancora presente, o elevare, là dove troppo bassa, la soglia dei quattordici anni. Occorre infatti che gli Stati predispongano una disciplina della età minore rispondente alle esigenze del minore che delinque, in specie evitando riforme di essa che si rivelino involutive e controproducenti per l'interesse del minore autore di reato<sup>15</sup>.

La recente Proposta dello Stato italiano di abbassamento dell'età non appare dunque coerente con gli impegni assunti a livello internazionale, né con gli sviluppi più attuali del sapere scientifico che lo stesso Comitato identifica in quello neuroscientifico. Questo sapere viene infatti considerato in grado di fornire una prova documentata del fatto che all'età di dodici, tredici anni il minore non ha ancora raggiunto la piena maturità né, conseguentemente, la capacità del ragionamento astratto, in quanto, come meglio si vedrà, la corteccia frontale è ancora in fase di formazione. E dunque, osserva il Comitato, i minori «*are unlikely to understand the impact of*

---

<sup>14</sup> Vedi par. 98 del *General Comment*, n. 24, cit.

<sup>15</sup> *Ivi*, par. 27.

*their actions or to comprehend criminal proceedings*»<sup>16</sup>. Ma ancor più decise sono le Osservazioni del Comitato, là dove, sempre nello stesso par. 22, raccomandano agli Stati di prevedere una soglia minima della minore età penale coerente con queste evidenze scientifiche, e cioè quella dei quindici o dei sedici anni, mentre non vi sarebbe alcuna giustificazione per abbassarla, specie se al di sotto dei quattordici anni.

Il Comitato approva anche le scelte di disciplina che estendono il sistema della giustizia penale minorile anche ai giovani adulti, richiamandosi ancora una volta agli studi neuroscientifici, che evidenziano come il cervello umano completi il suo sviluppo, e dunque si possa considerare maturo, comunque dopo i vent'anni<sup>17</sup>. Solo infatti una particolare attenzione alle caratteristiche personali dell'autore del reato e, fra queste, a quella dell'età assicura al soggetto in via di formazione un trattamento differenziato rispetto all'adulto, onde realizzare l'obiettivo del recupero e della risocializzazione, obiettivo imprescindibile per un sistema penale che voglia essere effettivamente a misura di minore.

È questo della risocializzazione, del reinserimento sociale, un principio guida della giustizia penale minorile sancito dall'art. 40 della Convenzione di New York, che impone a ciascuno Stato di assicurare «a ogni fanciullo sospettato, accusato o riconosciuto colpevole di reato, il diritto a un trattamento tale da favorire il senso della dignità e del valore personale, che rafforzi il suo rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali e che tenga conto della sua età, nonché della necessità di facilitare il suo reinserimento nella società, conferendogli un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima».

Ma prima ancora è la nostra Costituzione ad affermare la risocializza-

<sup>16</sup> *Ivi.*, par. 22: «[...] *They are also affected by their entry into adolescence. As the Committee notes in its general comment n. 20, 2016 on the implementation of the rights of the child during adolescence, adolescence is a unique defining stage of human development characterized by rapid brain development, and this affects risk-taking, certain kinds of decision-making and the ability to control impulses [...]* ».

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 32. In alcuni Stati, come Austria, Germania, Grecia, Olanda, Portogallo e Svezia, è già prevista l'estensione della normativa penale minorile sino agli anni ventuno, in determinati casi. Tiene conto della giovane età dell'imputato ai fini della concessione delle attenuanti generiche, da ultimo, Cass., 10 aprile 2020, CED 278633, la quale peraltro chiarisce che per concederle «è necessario che il giudice accerti che la condizione giovanile abbia influito sulla personalità del soggetto determinandone una non completa maturità e capacità di valutare il proprio comportamento secondo le norme del buon vivere civile». Conseguentemente sarebbe «illegittima – conclude la Cassazione – una concessione fondata sul semplice e formale rilievo della giovane età, quasi che a questa debbano necessariamente conseguire dette attenuanti». Vedi anche *postea* nel testo.

zione come principio guida della giustizia minorile grazie ad una lettura combinata degli artt. 31, ultimo co. e 27, co. 3, secondo la lettura datane dalla Corte costituzionale che ha abrogato la pena dell'ergastolo per i soggetti minori di età<sup>18</sup>. Il successo di una giustizia penale minorile dipende infatti da una risposta al reato che preveda, fra l'altro, pene detentive solo come *extrema ratio* e le più brevi possibili<sup>19</sup>. Si tratta di principi costantemente affermati dalla Consulta, che, in armonia con gli orientamenti internazionali, si è sforzata di delineare i confini di un sistema penale configurato nell'interesse preminente del minore<sup>20</sup>. Interesse, questo, che ha ben presente anche il legislatore italiano della riforma del processo penale, allorché con il d.P.R. n. 448 del 1988 introduce una disciplina autonoma del processo penale a carico di imputato minorenni, guidata dal principio guida del processo come momento educativo e di responsabilizzazione dell'autore del reato infradiciottenne. La personalità di quest'ultimo, il contesto familiare e sociale in cui egli vive sono imposti all'attenzione del giudice minorile al fine di assumere le decisioni e i provvedimenti, anche quelli relativi all'imputabilità, conformi all'esigenze di recupero e reinserimento dell'autore del reato, così come previsto dall'art. 9 del decreto.

## 2. Questioni di maturità: dottrina e giurisprudenza a confronto

La scelta del legislatore del '30 di fissare convenzionalmente il limite cronologico dei quattordici anni, al di sotto del quale si ha uno stato di assoluta inimputabilità, è dunque una scelta di politica criminale da rispettare ed è comunque condivisa dalla maggioranza della dottrina penalistica, in base alla considerazione verosimilmente incontrovertibile che prima di tale età difficilmente il minore ha raggiunto la maturità psichica necessaria per l'imputabilità di cui all'art. 98<sup>21</sup>. Per questa dottrina risultano

<sup>18</sup> C. cost., sent. 28 aprile 1994, n. 167.

<sup>19</sup> Cfr. da ultimo, *General Comment*, n. 24, cit. par. 78. Ma vedi anche Direttiva 2016/800/UE, art. 10.

<sup>20</sup> Cfr., ad es., M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano 2009, pp. 331 ss.; S. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, CEDAM, Padova 2005, pp. 52 ss.

<sup>21</sup> Cfr., per tutti, M. ROMANO, G. GRASSO, *Comm. Sist.*, II, art. 98, 80, Giuffrè, Milano 2005, p. 75; MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 526: «[...] il dodicenne di oggi non raggiunge affatto tanto precocemente una capacità di discernere la gerarchia dei valori

quindi inaccettabili proposte di un abbassamento di tale soglia, ad es. a dodici anni di età<sup>22</sup>, trattandosi di minori, quelli che delinquono, comunque bisognosi di interventi finalizzati a ridurre le carenze di educazione, istruzione e socializzazione e non certo bisognosi di sanzioni criminali<sup>23</sup>. L'esigenza primaria è quindi di un sistema sanzionatorio specifico con forti connotazioni rieducative, pur scontando la rigidità del limite cronologico dei quattordici anni, rigidità che, se per un verso contrasta con il carattere di graduale evoluzione della crescita, dell'altro è imposta da esigenze di certezza del diritto<sup>24</sup>. Come osserva ancora attenta dottrina, infatti, «la difesa sociale dalla devianza minorile si realizza non tanto attraverso interventi penali sempre stigmatizzanti ma cercando con forme diverse di ricostruire un itinerario educativo che, non sempre per colpa del ragazzo, è stato interrotto»<sup>25</sup>. In particolare nei confronti dei preadolescenti, si rileva ancora, la strada da percorrere non sarebbe certo quella della rinuncia ad approcci rieducativi attraverso «la scorciatoia del ricorso all'intervento penale», che rischia di «ridursi ad una segregazione carceraria che lascia irrisolti i problemi del ragazzo»<sup>26</sup>.

Poste queste premesse, il dibattito si sposta sul concetto di maturità e sui criteri di accertamento, perché solo un giudizio ponderato di imputabilità garantisce una giustizia penale minorile nell'interesse preminente del minore. A tal fine, la capacità del minore di età fra i quattordici e i diciotto anni, che può sintetizzarsi nella formula della capacità di rendersi conto del disvalore sociale del fatto, e che va accertata in concreto, caso per caso a differenza dall'adulto, per il quale esiste una presunzione *iuris tantum* di capacità, negli ultimi sviluppi viene declinata dalla dottrina e dalla giurisprudenza penalistiche secondo elementi di giudizio di tipo non solo biopsichico, ma anche socioeconomico e socioambientale e con stretto riferimento al fatto commesso. In breve, una nozione integrata e relativa della maturità,

che regola la convivenza umana e la capacità di vincere le proprie pulsioni liberamente determinandosi nei comportamenti. Vi è il rischio ancora una volta di scaricare sul ragazzo responsabilità che non sono sue e di punire solo lui per le responsabilità di altri che lo hanno sapientemente manipolato e sfruttato». E, da ultimo, LARIZZA, *Il minore autore di reato e il problema della imputabilità: considerazioni introduttive*, in *Il difetto di imputabilità nel minore*, a cura di D. Vigoni, Giappichelli, Torino 2016, pp. 2-23.

<sup>22</sup> Vedi, da ultimo, PETRINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, a cura di F. Grosso, M. Pelissero, D. Petri, P. Pisa, Giuffrè, Milano 2020, p. 467.

<sup>23</sup> Da una prospettiva neuroscientifica, vedi F. BOOTSMAN, *Neurobiological intervention and prediction of treatment outcome in the juvenile justice system*, in «JCJ», 2019, 65, pp.1 ss.

<sup>24</sup> Come osserva T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano 2019, p. 193.

<sup>25</sup> MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., pp. 525 ss.

<sup>26</sup> MORO, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 526.

coerente con quanto sopra evidenziato a proposito del ruolo che la famiglia e il contesto sociale in generale svolgono per la crescita dei minori<sup>27</sup>.

Seguire questa impostazione significa altresì, dal punto di vista dell'elemento volitivo dell'imputabilità, prestare particolare attenzione al fatto che, diversamente dall'adulto, anche in presenza di una sufficiente maturità intellettuale e culturale del minore ultraquattordicenne, sono molto spesso riscontrabili, in ragione dell'età, dei *deficit* sul terreno della volontà e dell'autocontrollo, dipendenti da stati emotivi e passionali da valutarsi con estrema cura e nonostante l'art. 90 del codice penale affermi l'irrelevanza scusante di questi stati<sup>28</sup>. Ne consegue che, se, come è vero, il giudizio sulla maturità fisica e psichica del minore deve tener conto non solo del profilo biologico e spirituale ma anche di quello affettivo e sociale, si comprende perché, ai fini della definizione del concetto di maturità, sia fondamentale una lettura integrata di questi diversi fattori o profili, soprattutto di quelli socioambientali e familiari, a cui si aggiungono anche quelli relativi al grado di istruzione e di educazione, alla natura dei reati commessi e al comportamento processuale dell'imputato<sup>29</sup>.

A tale proposito ancora particolarmente attuali risultano sentenze, pur non recenti, di questo tenore: «Deve ritenersi l'incapacità di intendere e di volere per immaturità qualora il reato commesso, seppure grave e determinato da futili motivi e pur se commesso da ragazzi tutti provenienti da famiglie dotate di buone risorse culturali ed economiche, appaia espressione di scarsissima capacità critica e di una pressoché totale mancanza di consapevolezza da parte di tutti i soggetti all'epoca del fatto in ordine alla gravità e al profondo disvalore del reato che stavano commettendo (fattispecie relativa ad una serie di fatti, furti e danneggiamenti, commessi da un gruppo di adolescenti nell'abitazione di una coetanea)»<sup>30</sup>. E ancora: «È noto come l'imputabilità del minore presupponga l'accertamento della capacità di intendere e di volere di costui, la quale si sostanzia nella

<sup>27</sup> Cfr. LARIZZA, *Il minore autore di reato e il problema della imputabilità: considerazioni introduttive*, cit., pp. 16-23; D. VIGONI, *Il difetto di imputabilità del minorenne*, cit., pp. 139 ss.; in giurisprudenza, fra le altre, vedi Cass., 21 dicembre, 2016, n. 18345, CED n. 269815.

<sup>28</sup> ROMANO, GRASSO, *Comm. Sist.*, cit., p. 80.

<sup>29</sup> Cfr. Cass., 18 maggio 2006, «FI», 2007, 9, 494; in dottrina vedi, fra gli altri, BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p. 129; cfr. anche G. GULOTTA, *Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico*, Giuffrè, Milano 2002, pp. 940 ss., per una definizione integrata, più operativa, di maturità secondo il modello dell'intelligenza sociale.

<sup>30</sup> Trib. minorenni - Milano, 10 maggio 1999, in «FA», 1999, pp. 201 ss.

c.d. 'maturità mentale', concetto, questo, a carattere relativo, poiché correlato alle caratteristiche del reato commesso, ed implicante in special modo la capacità del soggetto di percepire il disvalore etico-sociale delle proprie azioni. Tale essendo la premessa è giocoforza concludere che l'indagine sull'imputabilità del minore debba essere condotta con particolare cautela rispetto a reati, come quelli informatici, in cui il comportamento incriminato può essere interpretato più come il sintomo di spiccate e non comuni capacità intellettive dell'agente piuttosto che quale manifestazione di un atteggiamento deviante di costui»<sup>31</sup>.

### *3. Il concetto di maturità della post-modernità: il contributo delle neuroscienze*

A questa giurisprudenza, che si interroga da tempo su quale debba essere il concetto di maturità e su quali siano i criteri di accertamento che meglio rispondono alle esigenze della giustizia penale minorile, la dottrina specialistica sembra offrire un importante aiuto grazie alle neuroscienze. Di ciò è ben consapevole la più recente giurisprudenza, come emerge da una decisione relativa alla maturità di giovani adulti, imputati di gravi fatti, al fine della concessione o meno delle circostanze attenuanti generiche e della prevalenza di queste sulle contestate aggravanti alla luce della 'giovanissima età adulta'. In tale ottica, la Corte suprema rimprovera alla Corte territoriale di aver ritenuto che «la giovane età e l'incensuratezza costituiscono dati semplicemente formali e neutri» e, conseguentemente di non aver tenuto nel dovuto conto che l'imputato al momento del fatto «aveva da poco compiuto i 18 anni ed era dunque giovanissimo (oltre a essere incensurato)»<sup>32</sup>. Non così per la Cassazione, che osserva invece che «la giovanissima età non rappresenta un dato meramente formale né tanto meno neutro. E infatti, se è vero che per l'ordinamento italiano un giovane o una giovane di 18 anni, in quanto maggiorenni, sono passibili di pena a pari modo di un adulto, per la scienza più moderna, invece, le facoltà cognitive non si perfezionano al compimento della maggiore età, ma sono ancora in fase di sviluppo e maturazione insieme alle competenze sociali e affettive almeno fino ai 20 anni di età». A sostegno della propria posizione il Collegio non solo fa riferimento alla 'scienza più moderna',

<sup>31</sup> Trib. minorenni - Bologna, 7 maggio 2008, n. 659 e, più di recente, Cass., 15 aprile 2010, CED n. 247335.

<sup>32</sup> Cass., 14 marzo 2018, n. 11607, in «*Pluris*».



dimostrando così di conoscere gli sviluppi ultimi in tema di maturazione del cervello offerti dalle neuroscienze, ma ricorda anche come siffatti sviluppi costituiscano ormai patrimonio comune a livello internazionale. E lo fa in questi termini: «Tali recenti acquisizioni scientifiche hanno peraltro lasciato un segno a livello comunitario, tanto che il Comitato dei ministri di Europa – dopo avere chiarito che i suoi *dicta* avrebbero tenuto conto della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, della Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, dell’insieme delle Regole delle Nazioni Unite concernenti l’amministrazione della giustizia minorile (Regole di Pechino), dei Principi basilari delle Nazioni Unite per la prevenzione della delinquenza giovanile (Principi basilari di *Riyad*), e delle Regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà – ha testualmente raccomandato agli Stati membri di applicare le seguenti regole: «il grado di colpa dovrà essere precipuamente legato all’età ed alla maturità del responsabile, e corrispondere meglio allo stato di sviluppo di questi, mentre le sanzioni penali andranno applicate in parallelo al livello ed all’entità della sua responsabilità individuale (raccomandazione n. 9) »; «per tener conto dell’allungamento del periodo di transizione verso l’età adulta, dovrà essere possibile che i giovani di meno di 21 anni siano trattati in modo equiparabile a quello degli adolescenti, e che essi formino oggetto dei medesimi interventi, se il giudice ritenga che non siano maturi e consapevoli delle loro azioni come dei veri adulti (raccomandazione n. 11)».

Infine, la Corte, a sostegno della propria posizione, si appella oltre alla disciplina, seppure minimale, contenuta nel Codice Rocco<sup>33</sup>, anche alla recente riforma intervenuta a livello nazionale in materia di esecuzione penitenziaria minorile<sup>34</sup>, dalla quale emergerebbe in maniera chiara «l’esigenza di tenere nel debito conto la non completa maturazione dei giovanissimi [...] Dunque – conclude la Corte – l’età dell’autore di un delitto, se inferiore ai 20 anni, costituisce un dato sostanziale e non formale che necessita di apposita e specifica motivazione per essere considerato quale

<sup>33</sup> Vedi art. 163 c.p., che prevede una norma di favore in materia di sospensione condizionale della pena «se il reato è stato commesso da persona di età superiore agli anni 18 ma inferiore agli anni 21».

<sup>34</sup> Vedi L. 23 giugno 2017, n. 103, art. 1, comma 85, n. 3, in materia di modifiche dell’Ordinamento penitenziario, con la quale si conferisce al Governo delega finalizzata «alla previsione dell’applicabilità della disciplina per i minorenni quantomeno ai detenuti giovani adulti, nel rispetto dei processi educativi in atto». Delega puntualmente attuata con il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, ‘Disciplina dell’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni’; cfr., a riguardo, fra gli altri, BERTOLINO, *Per una esecuzione della pena detentiva ‘a misura di minore’: socializzazione, responsabilizzazione e promozione della persona*, in «DPP», 2019, pp. 155-165.

elemento irrilevante ai fini della concessione delle attenuanti generiche».

Ma anche la dottrina penalistica sembra ormai pronta ad aprirsi al sapere neuroscientifico, allorché riconosce che «spesso non c'è sincronia tra maturazione intellettuale e volitiva: può accadere infatti che il minore di diciotto anni acquisisca una piena maturità intellettuale e culturale ben prima che si siano perfezionate le sue capacità di autocontrollo»<sup>35</sup>.

All'orizzonte del diritto penale minorile si affaccia dunque una realtà scientifica che non può più essere ignorata, perché solleva questioni fondamentali relative all'imputabilità e alla maturità nonché al trattamento sanzionatorio. Si tratta di questioni che riguardano tutti i minori autori di reato: dagli infraquattordicenni ai c.d. giovani adulti, autori per i quali - come si è visto - in una prospettiva di riforma si vorrebbe che fossero considerati gli uni già maturi, gli altri non ancora completamente maturi.

Infraquattordicenni, infradiciottenni e giovani adulti, tre categorie di persone accomunate da una medesima questione: quella della maturità, sulla quale interessanti contributi possono provenire dalle discipline che studiano la struttura e il funzionamento del cervello e in particolare di quello minorile. Grazie infatti alle moderne tecniche di indagine non invasive in grado di offrire una mappa fedele delle strutture e delle funzioni cerebrali, tecniche rappresentate dalle immagini di risonanza magnetica, si è iniziata una nuova fase di studio delle componenti neurali sottese alla attività cognitiva dell'uomo e al suo sviluppo, e in specie a quella dei minori.

A proposito di questi ultimi, le discipline che applicano tali tecniche hanno infatti, tra l'altro, evidenziato come il neurosviluppo si completi solamente dopo i venticinque anni; come la maturazione cerebrale si diversifichi e abbia tempi diversi a seconda delle diverse aree cerebrali interessate; come il neurosviluppo di alcune sezioni del cervello, in particolare all'interno della corteccia, si completi solo dopo i quattordici anni. Sono in specie gli approfondimenti derivanti dagli studi neurocognitivi a chiarire che, rispetto alle zone del cervello associate ai processi mentali logici e razionali alla base del comportamento razionale e programmato, le aree cerebrali associate agli impulsi, all'aggressività e alle emozioni avrebbero uno sviluppo precoce. Queste aree, in quanto più sviluppate, influenzerebbero in maniera significativa il comportamento adolescenziale e in particolare quello deviante e ciò spiegherebbe «perché gli adolescenti non sarebbero ancora neuro-psicologicamente e neuro-fisiologicamente pronti ad utilizzare con efficienza i propri *skills* cognitivi di pianificazione e di giudizio al pari degli adulti»<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 358.

<sup>36</sup> Cfr. GULOTTA, *Compendio di psicologia giuridico-forense, criminale e investigativa*,

Già questi dati iniziali fanno intravedere interessanti scenari che ai nostri fini vale la pena approfondire. Un primo scenario attiene alla diacronia della maturazione del cervello umano dal punto di vista dei cambiamenti strutturali. Più chiaramente, le indagini neuroscientifiche hanno evidenziato che questa maturazione non ha un andamento regolare, poiché i tempi variano sensibilmente tra le porzioni cerebrali delle regioni prefrontali costituite dalla materia grigia, quella più esterna della corteccia cerebrale e le porzioni cerebrali formate dalla materia bianca, quella interna collocata sotto la corteccia. Quest'ultima materia cresce molto lentamente e completa il suo sviluppo solo dopo i venti anni<sup>37</sup>, mentre la prima si sviluppa velocemente e nel corso della preadolescenza e della prima adolescenza, al fine della creazione di una più efficiente rete di trasmissione delle informazioni e subisce un importante processo di 'potatura' delle connessioni neurali, le sinapsi appunto, non utilizzate. Da questa rete dipendono le abilità cognitive e il ragionamento logico, il completamento dei quali – come meglio si dirà – si realizza tra i quindici e i sedici anni. Ne deriva che se la materia grigia, struttura portante del cervello, viene formata precocemente, quella bianca, fondamentale per le connessioni con il mondo esterno, necessita di tempi molto più lunghi per completare il processo di sviluppo<sup>38</sup>.

Non solo, ma a rendere ancora più diacronica la maturazione cerebrale è la sua disomogeneità rispetto alle diverse aree del cervello; in altre parole, ogni singola area ha tempi diversi di sviluppo. E qui si apre un secondo scenario, questa volta relativo ai rapporti di crescita fra le diverse aree cerebrali e, ai nostri fini, in particolare fra quelle relative all'affettività, all'impulsività e all'emotività (sistema limbico o socioemozionale) e quelle deputate invece al controllo e alla regolazione degli stimoli e degli stati affettivi ed emotivi (sistema della corteccia prefrontale o del controllo

---

Giuffrè, Milano 2011, p. 362, il quale, giustamente, precisa che sarebbe «tuttavia, un errore logico attribuire al cervello ogni comportamento»; vedi, anche, BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in «DPC», 8 gennaio 2013, pp. 1-35; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?* Giappichelli, Torino 2016, pp. 166 ss.; G. GULOTTA, G. ZARA, *La neuropsicologia criminale e l'imputabilità minorile*, in *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di A. Bianchi, Gullotta, G. Sartori, Giuffrè, Milano 2009, pp. 109-116.

<sup>37</sup> Sviluppo che dipende dal processo di mielizzazione delle fibre neurali, grazie al quale si ottimizza l'efficienza dei circuiti cerebrali.

<sup>38</sup> Per una chiara sintesi, cfr. L. STEINBERG, *Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Matur Minor Doctrine?* in «*Journal of Medicine and Philosophy*», 2013, pp. 259 ss.; con specifico riferimento alla questione dell'abbassamento dell'età, nella letteratura italiana, v., di recente, A. CERASA, *L'imputabilità del minorenne. Intervista ad Antonio Cerasa*, in «DPU», 2019, pp. 1 ss.

cognitivo<sup>39</sup>). A tale proposito i neuroscienziati parlano di *Dual Systems Models*<sup>40</sup> per evidenziare che, se il cervello dell'uomo completa il suo sviluppo solo con i venticinque anni di età, ciò dipende dal fatto che la capacità dell'adolescente di prendere decisioni e di formulare giudizi raggiunge la piena maturazione solo al compimento di quell'età, e ciò a ragione delle diverse velocità di sviluppo cerebrale. Insomma, una sorta di processo bifasico, in cui la fase di mielinizzazione della materia bianca e di organizzazione selettiva della corteccia cerebrale prefrontale prosegue fino all'età adulta, ben oltre il tempo richiesto per le regioni del sistema limbico-ventrale, che completano invece questa fase precocemente. Con la conseguenza di lacune e di limiti strutturali e funzionali della corteccia prefrontale nell'attività di vigilanza e di controllo sugli impulsi provenienti dal sistema motivazionale limbico, le cui strutture godono perciò di un'iperattività che sovrasta l'attività del sistema della corteccia prefrontale. In altri termini, nell'adolescenza, e in particolare nella prima metà di tale periodo, sarebbe presente una forte motivazione verso comportamenti guidati dalla impulsività all'azione, cioè assunti senza una previa riflessione sulle conseguenze di essi<sup>41</sup>, dato che il sistema in grado di controllare e inibire tali comportamenti non si sarebbe ancora completamente sviluppato. Questa asimmetria fra il sistema neurale di controllo cognitivo e quello socioemozionale spiegherebbe perché il comportamento degli adolescenti è spesso poco razionale e caratterizzato da comportamenti, ed elettivamente quelli delinquenziali, a rischio di gravi conseguenze per sé e/o per gli altri<sup>42</sup> e da una difficoltà a prendere decisioni di tipo adattivo<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Il primo sistema localizzato principalmente nello striato ventrale e nella corteccia prefrontale ventromediale, il secondo nelle corteccie laterali prefrontali, parietali, cfr., per una schematica sintesi, N.M. STRANG, J.M. CHEIN, L. STEINBERG, *The value of the dual systems model of adolescent risk-taking*, in «*Frontiers in Human Neuroscience*», 2013, p. 223. Vedi, anche, R. GILLERSPIE, S. BRZOWSKI, D. MITCHELL, *Self-Regulation and Aggressive Antisocial Behavior: Insights from Amygdala-Prefrontal and Heart-Brain Interactions*, in «*Psychology, Crime & Law*», n. 21, 3, 2018, pp. 243-257.

<sup>40</sup> Cfr., da ultimo, S.N. MEISEL *et al.*, *Mind in the Gap. A Review and Recommendations for Statistically Evaluating Dual System Models of Adolescent Risk Behavior*, in «*Developmental Cognitive Neuroscience*», n. 39, 2019, pp. 1-14.

<sup>41</sup> Cfr. D. ROMER *et al.*, *Beyond Stereotypes of Adolescent Risk Taking: Placing the Adolescent Brain in Developmental Context*, in «*Developmental Cognitive Neuroscience*», n. 39, 27, 2017, pp. 19-34.

<sup>42</sup> *Ibid.* pp. 20-34, i quali ricordano come nel periodo dell'adolescenza si registri un incremento del 200% delle morti per incidente, suicidio o omicidio che avrebbero potuto essere evitate.

<sup>43</sup> In particolare, il controllo cognitivo implica la capacità di adattare la risposta

I modelli di sistema duale, pur con i loro limiti<sup>44</sup>, rappresentano la prospettiva più convincente e attuale per comprendere la devianza minorile, confermando ai fini dell'imputabilità la irrinunciabilità di soglie di minore età adeguate alla maturità dell'autore del reato per un verso, per altro verso garantendo uno schema teorico di accertamento della capacità di intendere e di volere scientificamente affidabile. Proprio sotto quest'ultimo profilo, tale schema fornisce anche un'importante indicazione: il differenziale fra i sistemi cerebrali non avrebbe un andamento lineare, manifestandosi nella prima adolescenza, raggiungendo il picco nel periodo centrale, per poi decrescere successivamente<sup>45</sup>. Ai fini forensi, a rendere poi ancora più affidabile il paradigma differenziale sono gli studi più recenti, che hanno evidenziato come durante l'adolescenza lo sviluppo del controllo cognitivo verso la maturità dipenda non solo da quello delle regioni cerebrali preposte a tale attività, come si è visto, ma anche, e sembra in maniera determinante, da un incremento del rapporto gerarchico di connettività (c.d. *top-down*) fra le aree frontali relative al controllo cognitivo (il sistema della corteccia prefrontale, appunto) e le altre aree corticali e subcorticali associate ai processi di tipo affettivo ed emotivo (sistema limbico).

Perciò, se il controllo cognitivo implica un'integrazione dei diversi e simultanei processi neurali che guidano il comportamento finalisticamente programmato, allora l'effettiva integrazione di questi processi dipende non solo dal coinvolgimento funzionale delle regioni cerebrali interessate, ma anche dalla forza delle connessioni fra tali regioni. Queste connessioni finiscono così con lo svolgere una funzione importante sullo sviluppo delle capacità di assolvimento dei complessi compiti cognitivi di controllo comportamentale correlati all'età<sup>46</sup>.

---

comportamentale al mutare delle situazioni e dei compiti e di inibire le risposte non più adattive, cfr. da ultimo, MEISEL *et al.*, *Mind in the Gap. A Review and Recommendations for Statistically Evaluating Dual System Models of Adolescent Risk Behavior*, cit., pp. 2-14.

<sup>44</sup> *Ibid.* Come, ad esempio, la mancanza di specificità (come si dovrebbe procedere per verificare l'asimmetria cerebrale e la sua relazione con il comportamento pericoloso?); la controversa falsificabilità (come verificare che l'asimmetria non è coinvolta nei comportamenti rischiosi?); i quali osservano che coloro che sollevano tali critiche ritengono che i *Dual Systems Models* offrano più un'euristica informativa, argomentativa che una teoria corroborabile, testabile. Vedi, anche, STRANG, CHEIN, STEINBERG, *Self-Regulation and Aggressive Antisocial Behavior: Insights from Amygdala-Prefrontal and Heart-Brain Interactions*, cit., 2013, pp. 223-257.

<sup>45</sup> Vedi MEISEL *et al.*, *Mind in the Gap. A Review and Recommendations for Statistically Evaluating Dual System Models of Adolescent Risk Behavior*, cit., 2019, pp. 5-14.

<sup>46</sup> Per ulteriori approfondimenti, vedi L. STEINBERG, G. ICENOGLE, *Using Developmental Science to Distinguish Adolescents and Adults Under the Law*, in «*Annual Review*

Dunque, la valutazione del livello di maturità neurale di un minore, dal punto di vista neuroscientifico, non sarebbe completa se non si verificasse anche il livello di integrazione fra le diverse aree. Occorre infatti sapere che, sebbene lo sviluppo della corteccia prefrontale possa considerarsi ampiamente completato al compimento dei sedici anni, il processo di maturazione delle connessioni fra questa regione e quelle che governano l'autoregolazione e quelle al centro delle emozioni, tutte aree di maggior interesse ai nostri fini, si completa solo verso i venti anni o addirittura oltre. Con la conseguenza che non solo gli adolescenti prossimi alla maggiore età ma anche i giovani adulti, e a maggior ragione gli infraquattordicenni, possono incontrare difficoltà nel controllare i propri impulsi soprattutto in contesti emotivamente connotati<sup>47</sup>. Là dove infatti entrano in gioco le emozioni, a livello cerebrale si registra un'attivazione dei recettori dopaminergici, che sono alla base dell'esperienza umana del piacere e della ricompensa. Questi neurotrasmettitori, dal punto di vista della struttura cerebrale, subiscono importanti cambiamenti, manifestando una particolare vitalità nelle connessioni tra il sistema limbico e quello della corteccia prefrontale a partire dalla prima adolescenza<sup>48</sup>. Ciò spiegherebbe perché sotto il profilo funzionale il cervello dell'adolescente è più sensibile alla ricompensa, per il raggiungimento della quale il minore è pronto ad assumere comportamenti anche altamente rischiosi.

In conclusione, se durante l'adolescenza si verificano importanti cambiamenti del cervello, sia strutturali sia funzionali, relativi a ciascuna regione presa singolarmente e ai rapporti fra di esse, le connessioni, come si è visto, svolgono un ruolo importante ai fini della valutazione della maturità. Esse infatti si sviluppano e crescono nel corso dell'adolescenza, consentendo alle diverse aree di dialogare simultaneamente fra di loro. Ma, come si è visto, durante l'adolescenza fra i sistemi che regolano i processi decisionali e quelli che regolano i processi emotivi il dialogo è difficile, soprattutto quando a sollecitare le emozioni sono contesti particolari come il gruppo dei pari.

---

*Developmental Psychology*, 1, 2019, pp. 30 ss. e *ivi* la bibliografia; MEISEL *et al.*, *Mind in the Gap. A Review and Recommendations for Statistically Evaluating Dual System Models of Adolescent Risk Behavior*, cit., pp. 10-14.

<sup>47</sup> *Ibid.* Grazie a questi studi, i neuroscienziati, e in particolare i neuropsicologi, ritengono che i soggetti fra i 18 e i 21 anni dal punto di vista neurobiologico sono simili ai *teenagers* della prima adolescenza, più di quanto fino ad ora si pensasse.

<sup>48</sup> STEINBERG, *Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Mature Minor Doctrine?* cit., p. 259.

#### 4. (Segue) *Il contesto socioemotivo*

Anche da questo punto di vista del gruppo dei pari, i dati neuroscientifici rappresentano una svolta importante per gli accertamenti forensi della imputabilità dei minori autori di un reato, tuttavia essi vanno utilizzati in continuità con gli orientamenti precedenti offerti dalla psicologia dello sviluppo di stampo cognitivo<sup>49</sup> e da quella con approccio psicosociale. Anzi, questi dati non fanno che confermare in maniera empiricamente più convincente tali orientamenti. Si apre così un altro interessante scenario, in particolare ai nostri fini quello relativo all'ambiente e al contesto sociale in cui il minore cresce, ambiti che sono fortemente in grado di influenzare il comportamento del minore, determinando a parità di maturazione cerebrale scelte comportamentali diverse tra minore e minore<sup>50</sup>. Un'indagine approfondita in proposito esula dall'economia del presente lavoro. Preme però evidenziare alcune acquisizioni della psicologia dello sviluppo di stampo psicosociale che hanno trovato conferma negli studi neuroscientifici relativi alla capacità di autocontrollo, la valutazione della quale è fondamentale per determinare i limiti dell'età minore in sede penale. Queste indagini hanno in particolare evidenziato che tale capacità risulta indebolita in situazioni sociali sfavorevoli, come quella di assumere decisioni in contesti carichi di tensioni emotive<sup>51</sup>, ad esempio per la presenza di sollecitazioni esterne provenienti dai coetanei. In queste situazioni, che – come si è anticipato – per l'attivarsi dei recettori dopaminergici si colorano di un significato emotivo particolarmente forte per il minore, ad essere compromesse sono infatti le capacità di controllo degli impulsi, di rappresentazione anticipata delle conseguenze, anche di quelle negative, della propria decisione e di resistenza alle pressioni esterne, capacità che si

---

<sup>49</sup> Come è noto, in estrema sintesi, l'approccio cognitivo in tema di imputabilità studia in particolare il ragionamento logico dal punto di vista delle capacità e del loro sviluppo necessari affinché esso si formi e fra queste capacità quelle relative allo svolgimento di compiti complessi, ai comportamenti finalisticamente guidati. Queste abilità, come confermato dagli studi neurobiologici, si formano e si completano secondo determinati processi neurali e secondo cadenze temporali tipiche di un periodo dello sviluppo umano: quello adolescenziale ma anche oltre, come si è visto.

<sup>50</sup> Sottolinea da ultimo questo profilo CERASA, *L'imputabilità del minorenne. Intervista ad Antonio Cerasa*, cit., 2019, pp. 4-7.

<sup>51</sup> Sugli studi neuroscientifici relativi al ruolo delle componenti affettive nel comportamento umano (c.d. *affective neuroscience*), al fine di meglio comprendere le cause della devianza e di individuare efficaci strategie di intervento, utili per la psicologia forense, v., da ultimo, G. GRIMSHAW, *Affective Neuroscience: a Primer with Implications for Forensic Psychology*, in «PCal», n. 24, 3, 2018, pp. 258-276.

indeboliscono. Mentre si accentua la predisposizione personale ad assumere dei rischi alla ricerca di sensazioni forti e a non rinunciare alla gratificazione immediata<sup>52</sup>. Ebbene, le tecniche di neuroimmagine hanno illuminato e resi intelligibili i meccanismi strutturali e funzionali del cervello che nel periodo dell'adolescenza presiedono allo sviluppo delle capacità cognitive e psicosociali, fondamentali per il raggiungimento della maturità dell'età adulta, alla luce del contesto socioemotivo rappresentato dal gruppo dei pari, in compagnia del quale i *teenagers* – come è noto – trascorrono la maggioranza del loro tempo e più frequentemente commettono reati.

Da questa particolare angolatura, si è chiarito che nel processo decisionale sono proprio i fattori sociali ed emotivi a spingere gli adolescenti ad assumere certi comportamenti in ambiti sociali dalla forte connotazione emotiva<sup>53</sup>. Questo perché, nel cervello degli adolescenti, quando si tratta di assumere decisioni all'interno di un gruppo di coetanei, si registrerebbe una iperattivazione delle strutture cerebrali dello striato ventrale e della corteccia orbitofrontale, aree preposte alla valutazione della ricompensa, rappresentata nel caso di specie dalla approvazione sociale dei pari, per il conseguimento della quale il minore è disposto ad assumere comportamenti particolarmente pericolosi, che senza i compagni non avrebbe altrimenti tenuto. Questa situazione viene sinteticamente indicata con l'endiadi 'sensibilità sociale' (*social sensitivity*)<sup>54</sup>.

Ai fini della valutazione della maturità del minore che delinque, dal sapere neuroscientifico viene dunque un'affidabile conferma empirica circa

<sup>52</sup> Cfr., per un'efficace sintesi, STEINBERG, ICENOGLE, *Using Developmental Science to Distinguish Adolescents and Adults Under the Law*, cit., pp. 28-30.

<sup>53</sup> In particolare si sottolinea come, nonostante a partire dai quindici, sedici anni di età gli adolescenti possiedano già competenze cognitive ormai vicine a quelle di un adulto, funzionalmente essi non possiedono ancora una capacità di autoregolazione e di coordinamento della sfera affettiva con quella cognitiva tale da consentire loro di inibire certi comportamenti. Anche questa capacità matura infatti gradualmente e in modo lineare nell'arco di tutta l'adolescenza, cfr. D. ALBERT, J. CHEIN, L. STEINBERG, *The Teenage Brain: Peer Influences on Adolescent Decision Making*, in «*Current Directions in Psychological Science*», 22, 2, 2013, pp. 114-120; L.H. SOMERVILLE, *The Teenage Brain: Sensitivity to Social evaluation*, in *Current Directions in Psychological Science*, n. 22, 2, 2013, pp. 121-127.

<sup>54</sup> ALBERT, CHEIN, STEINBERG, *The Teenage Brain: Peer Influences on Adolescent Decision Making*, cit., p.118, i quali evidenziano questa sensibilità in particolare negli adolescenti tra i dieci e i tredici anni (vedi p. 116). Con particolare riferimento allo sviluppo cerebrale dei minori fra i 9 e i 10 anni si rinvia, tra i più recenti, a P. THOMPSON *et al.*, *The Structure of Cognition in 9 and 10 Year-Old Children and Associations with Problem Behaviors: Finding from the ABCD Study's Baseline Neurocognitive Battery*, in «*Developmental Cognitive Neuroscience*», 36, 2019, 1-11; S.W. FELDSTEIN, J.M. BJORK, M. LUCIANA, *Implication of the ABCD study for the Developmental Neuroscience*, *ivi*, 32, 2018, pp. 161-164.



la necessità di non sottovalutare il ruolo che svolge la componente emotivo-affettiva e sociale nel processo decisionale, in particolare di quello a favore del comportamento criminale. A tale proposito, sembra utile evidenziare che i neuroscienziati dello sviluppo sottolineano la necessità di distinguere fra *cold thinking* e *hot thinking*<sup>55</sup>, per contrassegnare con la prima espressione i contesti nei quali le scelte comportamentali sono assunte in assenza di sollecitazioni emotive. Con la conseguenza di un maggior controllo sugli impulsi e di decisioni ponderate e quindi di una propensione al rischio pari a quella degli adulti. Diversamente nei contesti di *hot thinking*, dove i minori sono esposti a forti sollecitazioni emotive, alla necessità di decidere velocemente e sono sotto *stress*, come, emblematicamente, avviene all'interno di un gruppo di coetanei<sup>56</sup>, dove, ne consegue, come si è visto, il prevalere delle scelte impulsive e rischiose degli adolescenti, dagli infraquattordicenni agli ultradiciottenni<sup>57</sup>.

Quanto ai primi, essi non avrebbero nemmeno quel livello di maturità della corteccia prefrontale in grado di assicurare le capacità cognitive e intellettive fondamentali relative al ragionamento logico e alla memoria, dato che tale maturità comunque non si raggiunge prima dei sedici anni e conseguentemente mancherebbero anche della capacità di stare in giudizio, di quella capacità cioè che consente loro una partecipazione al processo consapevole e responsabile<sup>58</sup>. Quanto ai secondi, al pari degli infradiciottenni, non hanno ancora completamente sviluppato la maturità psicosociale. Con essa si intende fare riferimento allo stadio finale dello sviluppo cerebrale, in cui i diversi sistemi funzionano sinergicamente, essendo ormai superato il dislivello maturazionale fra le diverse aree. Questa maturità – come si è già chiarito – si raggiunge solo dopo i venti anni.

Alla luce di questi apporti neuroscientifici che, chiarendo le reti neurali

<sup>55</sup> Cfr., di recente, E. MERCURIO, E. GARCIA-LÒPEZ *et al.*, *Adolescent Brain Development and Progressive Legal Responsibility, in the Latin American Context*, in «*Frontiers in Psychology*», 11, 2020, pp. 7-13, anche per la bibliografia; vedi anche STEINBERG, ICENOGLE, *Using Developmental Science to Distinguish Adolescents and Adults Under the Law*, cit., 33 ss.; STEINBERG, *Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Mature Minor Doctrine*, cit., pp. 262 ss.

<sup>56</sup> MERCURIO, GARCIA-LÒPEZ *et al.*, *op. loc. cit.*, sottolineano come i coetanei eserciterebbero una pressione tale da spingere il minore a prendere decisioni rischiose, nonostante sia stato informato delle conseguenze negative.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*, che richiamano studi sperimentali neuroscientifici, dai quali risulterebbe che ancora a dodici anni l'individuo non possiede le abilità cognitive necessarie per comprendere ed elaborare le informazioni relative al processo, non solo ma tali abilità mancherebbero anche al 20% degli adolescenti fra i quattordici e i quindici anni.

alla base della interazione fra ambiente<sup>59</sup> e cervello, hanno dimostrato il substrato, il meccanismo neurobiologico che regge il comportamento di soggetti vulnerabili come gli adolescenti, delle varie nozioni di maturità<sup>60</sup> sembra dunque da preferire quella che nel tradizionale ‘gergo forense’ viene definita maturità integrata, che è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza in tema di imputabilità dei minori<sup>61</sup>. Seguendo tale nozione, come si è visto, il giudice deve fondare il proprio giudizio su elementi non solo biopsichici, ma anche socioeconomici e socioambientali, che tengano anche conto del ruolo specifico svolto dal soggetto, della sua capacità organizzativa, del contegno assunto durante la realizzazione del reato e successivamente durante il processo<sup>62</sup>.

Sul fronte del diritto penale, questa nozione consente di meglio soddisfare le esigenze di una risposta alla delinquenza minorile il più aderente possibile alle caratteristiche del caso concreto, sul fronte empirico essa appare in grado di offrire un criterio metodologico di accertamento della maturità che dalle teorizzazioni generali si immerge nella concretezza individuale. Sotto quest’ultimo profilo, una delle critiche che vengono mosse alle teorie neuroscientifiche dell’immaturità cerebrale dei minori sta proprio nella loro astrattezza, cioè nella difficoltà scientifica di passare dal generale al particolare<sup>63</sup>. A tale proposito si sollecita a non trascurare nelle spiegazioni

<sup>59</sup> Per studi recenti sull’impatto dell’ambiente socioeconomico sul funzionamento del cervello di soggetti fra i tredici e i venticinque anni, vedi L. BUCKLEY, M. BROADLEY, C.N. CASCIO, *Socio-Economics Status and the Developing Brain in Adolescence: a Systematic Review*, in «*Child Neuropsychology*», 25, 2019, pp. 859- 884.

<sup>60</sup> Per una rassegna di esse, vedi, da ultimo, LARIZZA, *Il minore autore di reato e il problema della imputabilità: considerazioni introduttive*, cit., pp.13-23.

<sup>61</sup> Vedi *retro*, par. 2.

<sup>62</sup> Cfr. Cass., 21 dicembre 2016, n. 18345, CED n. 269815, che ha sottolineato che la capacità di intendere e di volere del minore, «trattandosi di qualificazione fondata su elementi non solo biopsichici ma anche socio-pedagogici, relativi all’età evolutiva, va accertata con riferimento al reato commesso, sulla base degli elementi offerti dalla realtà processuale» e con immediatezza rispetto a quest’ultimo, poiché inevitabilmente il decorso del tempo incide sul processo di maturazione, in quanto l’incapacità da immaturità ha carattere relativo, dipende cioè dalla natura stessa del fatto criminoso.

<sup>63</sup> Cfr. R.J. BONNEL, E.S. SCOTT, *The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law*, in «*Current Directions in Psychological Science*», 22, 2013, pp. 160-161 e ivi la bibliografia, i quali sottolineano tra l’altro che, nonostante gli studi neuroscientifici abbiano rivelato le traiettorie di sviluppo del cervello umano verso la maturità, essi non sono ancora riusciti a garantire rilevazioni affidabili della specifica maturità. In conclusione, attualmente, per questi Autori, alla giustizia minorile le spiegazioni neuroscientifiche relative allo sviluppo comportamentale dei minori associato a quello cerebrale non possono che assicurare delle generalizzate descrizioni della maturazione del cervello, peraltro non ancora con una sicura

neurobiologiche del comportamento adolescenziale le differenze individuali, dalle quali in larga misura dipende la scelta comportamentale, come ad esempio quella delinquenziale. Dunque, se le scoperte neuroscientifiche confermano in via generale e astratta la fondatezza scientifica di soglie di minore età penale, in via di concreta applicazione di tali scoperte sono ancora gli stessi neuroscienziati a sottolineare la imprescindibilità di un loro utilizzo che valorizzi al massimo, oltre alle caratteristiche interne del singolo individuo, relative cioè al suo specifico sviluppo cerebrale<sup>64</sup>, anche quelle esterne relative a variabili situazionali, come l'ambiente e il contesto socioemotivo in cui si agisce. Come si è visto, infatti, vi sono contesti in cui le componenti impulsive ed emotive del processo decisionale retrocedono e contesti, di contro, in cui queste componenti, comprese quelle aggressive, ricevono sollecitazioni tali da motivare questo processo<sup>65</sup>: il concetto di maturità integrata consente di tenere conto di tutti questi profili.

### *5. Giudici e legislatori a confronto: uno sguardo anche oltre i confini nazionali*

Nonostante i progressi raggiunti, sono gli stessi neuroesperti a riconoscere però che non è ancora possibile giungere a conclusioni certe e univoche sulla esatta cornice cronologica entro cui circoscrivere la minore età per il trattamento differenziato della responsabilità penale: né a proposito della soglia minima né del tetto massimo. Tuttavia, un dato sembra scientificamente sicuro: a riguardo dell'una, a dodici anni il cervello è decisamente ancora immaturo; a proposito dell'altro, a venti anni la maturazione cerebrale non si è ancora conclusa. Ai fini penali, da ciò discende l'indicazione di massima per il legislatore di non orientarsi a favore di soglie troppo basse della età della responsabilità penale e di favorire invece estensioni del limite massimo della minore età; per i giudici di compiere valutazioni di imputabilità che tengano conto anche dello sviluppo neurobiologico del cervello umano.

È quanto ha già fatto la Corte suprema americana in alcune sentenze, che si ritiene abbiano segnato una svolta storica nella politica criminale

---

base scientifica, da accogliere non in termini assoluti ma a completamento e integrazione del sapere proveniente dalle altre scienze del comportamento e dello sviluppo.

<sup>64</sup> Sull'importanza di tenere conto della età dell'adolescente, se cioè appartenente alla fascia più giovane, sotto i 15 anni o a quella dei 15 anni e oltre, cfr. STEINBERG, *Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Mature Minor Doctrine?* cit., p. 265.

<sup>65</sup> Cfr. R.A. LICKLEY, C.A. SEBASTIAN, *The Natural Basis of Reactive Aggression and Its Development in Adolescence*, in 2018, in «PCal», 24, 3, 2018, pp. 313-327.

della giustizia penale minorile<sup>66</sup>, il cui clima, come è noto, è cambiato dopo il periodo di oscurantismo degli anni '80 e '90 a causa dell'approccio al crimine, e anche di quello minorile, secondo la regola dei 'tre colpi e sei fuori'<sup>67</sup>. Una svolta che ha segnato il ritorno al modello riabilitativo e del recupero dei minori che delinquono, complice, oltre alla riduzione dei tassi di criminalità giovanile, la maggiore sensibilità dei giudici verso il sapere esperto in continua evoluzione.

Eloquente testimonianza di questo rinnovamento sono le sentenze della più alta corte americana, in cui in maniera più o meno esplicita si invocano i dati neuroscientifici per attenuare il rigore delle pene previste per i minori. Questa stagione si apre ufficialmente nel 2005, anche se già nel 1988 si era registrata una presa di posizione contro la pena capitale nei confronti degli infrasedicenni, in quanto «incapaci di agire con un grado di colpevolezza tale da giustificare la pena di morte»<sup>68</sup>. Ma è solo a partire dal 2005, con la sentenza *Roper v. Simmons*, che i giudici americani per la prima volta riconoscono che la minor responsabilità dei minori va riconosciuta in ragione della loro immaturità, come dimostrato dalle moderne scienze del comportamento e dello sviluppo. Con tale sentenza si apre dunque una nuova stagione della politica criminale minorile, per l'importanza delle affermazioni dei giudici circa la diversità dei minori rispetto agli adulti e per l'effetto che tali affermazioni hanno avuto non tanto sulle condanne di minori alla pena di morte, invero poche, quanto piuttosto sulle diverse migliaia di condanne di minori alla reclusione a vita<sup>69</sup>.

Così, alla luce dell'Ottavo Emendamento della Costituzione americana,

<sup>66</sup> Vedi STEINBERG, *Adolescent Brain Science and Juvenile Justice Policymaking*, in «*Psychology, Public Policy and Law*», 23, 2017, pp. 410-420, che ritiene che questa svolta rappresenti uno dei rari casi in cui una radicale trasformazione si è realizzata grazie alla ricerca scientifica.

<sup>67</sup> Cfr., nella letteratura italiana, A.P.A. DELLA BELLA, *Three Strikes and You're Out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in «RIDPP», 2007, pp. 832-864; con specifico riferimento alla giustizia penale minorile americana, cfr. STEINBERG, *Adolescent Brain Science and Juvenile Justice Policymaking*, cit., pp. 410 ss.

<sup>68</sup> *Thompson v. Oklahoma*, che la dichiara incostituzionale limitatamente ai minori di 16 anni. Cfr. STEINBERG, ICENOGLE, *Does Recent Research on Adolescent Brain Development Inform the Matur Minor Doctrine?* cit., pp. 23 ss.

<sup>69</sup> Per tali considerazioni, vedi STEINBERG, *Adolescent Brain Science and Juvenile Justice Policymaking*, cit., pp. 411-420, il quale ricorda che nel 2012 vi erano circa 2.500 condannati all'ergastolo senza possibilità di accedere a forme di *probation*. Cfr., anche, A.O. COHEN, B. CASEY, *Rewiring Juvenile Justice: the insertion of Developmental neuroscience and Legal Policy*, in «*Trends in Cognitive Sciences*», 18, 2, 2014, pp. 63-65; nel 2005 i condannati alla pena di morte erano 100; nel 2010, i condannati all'ergastolo senza *parole* per reati diversi dall'omicidio erano circa 100 e 2000 e più per il reato di omicidio.

che proibisce pene crudeli e atipiche, se in *Roper v. Simmons* si dichiara la incostituzionalità della pena di morte nei confronti di tutti i minori infra-diciottenni perché sproporzionata alla natura e alle circostanze del reato<sup>70</sup>, nelle sentenze successive, *Graham v. Florida* del 2010 e *Miller v. Alabama* del 2012, si richiamano espressamente i risultati delle scienze che studiano il cervello, e che hanno dimostrato che quello dei minori presenta differenze di sviluppo fondamentali rispetto a quello dell'adulto, per riconoscere l'incostituzionalità di una detenzione a vita senza la possibilità di messa alla prova fuori dal carcere, in quanto inadeguata alle esigenze di recupero dei minori autori di reato<sup>71</sup>. È in particolare nella decisione del 2012 che il riferimento alle neuroscienze trova ampio spazio, tanto che con una sentenza successiva del 2016 la Corte suprema americana<sup>72</sup>, appellandosi ai principi e ai richiami scientifici delle precedenti decisioni e in special modo della sentenza *Miller*, non solo dichiara che gli adolescenti, in ragione della loro diversità rispetto agli adulti, meritano che sia loro riservato un serio percorso di recupero, ma statuisce che tali principi devono trovare applicazione retroattiva e cioè anche con riferimento alle condanne già intervenute relative a soggetti che al momento del fatto di reato erano minorenni.

Esperienze interessanti sono presenti inoltre a livello ordinamentale,

<sup>70</sup> In particolare, la Corte evidenzia tre caratteristiche fondamentali: l'imaturità dei minori; la loro sensibilità alle pressioni esterne, soprattutto se provenienti da coetanei; la instabilità dei tratti di personalità, tutte caratteristiche queste che li rendono meno influenzabili dalla minaccia della pena e anche quando questa sia quella capitale, cfr., ancora, STEINBERG, *Adolescent Brain Science and Juvenile Justice Policymaking*, cit., pp. 410- 413.

<sup>71</sup> Con la prima sentenza l'incostituzionalità riguarda i minori di 18 anni condannati per reati diversi dall'omicidio, con la seconda l'incostituzionalità si estende anche ai casi di omicidio, riconoscendo che «sempre più appare chiaro che il cervello dell'adolescente non è pienamente maturo nelle regioni e nei sistemi neurali relativi alle funzioni esecutive superiori, come quella del controllo degli impulsi della programmazione anticipata, della valutazione e superamento del rischio», cfr., fra gli altri, STEINBERG, ICENOGLE, *Using Development Science to Distinguish Adolescents and Adults under the Law*, cit., pp. 23-30; STEINBERG, *Adolescents Brain Science and Juvenile Justice Policymaking*, cit., pp. 418-420, il quale osserva conclusivamente che la prova neuroscientifica ha convinto la Corte americana non tanto perché dicesse qualcosa di nuovo, ma piuttosto perché quello che diceva risultava in linea con il senso comune e con le tradizionali scienze comportamentali. Sulla sentenza *Miller v. Alabama*, nella dottrina europea, vedi I. CASTILLO, *Constitucionalidad del presidio perpetuo efectivo para los adolescentes en Estado Unidos. Un fallo esperanzador, pero todavía tímido. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en los casos Miller v. Alabama y Jackson v. Hobbs, decididos conjuntamente en 25 de junio de 2021*, in «DPC», 4 luglio 2012, pp. 1-14.

<sup>72</sup> *Montgomery v. Louisiana*, cfr. CASEY, BONNEI, *How should Justice Policy Treat Montgomery vs. Louisiana Young Offenders*, cit.,.; STEINBERG, ICENOGLE, *Using Development Science to Distinguish Adolescents and Adults Under the Law*, cit., pp. 23-30.

dove si registrano cambiamenti legislativi o per attenuare la severità della pena, come nello Stato di Washington che, richiamando le ricerche sul neurosviluppo del cervello, nel 2005 abolisce le pene detentive minime obbligatorie per gli autori di reato minori di età<sup>73</sup>; ovvero per estendere il trattamento differenziato riservato ai minori di età oltre il tetto dei diciotto anni, come in Olanda, la disciplina del codice penale della quale viene modificata nel 2014, con il c.d. *Adolescentenstrafrecht*. Con l'obiettivo di offrire una normativa maggiormente in grado di adattarsi alle esigenze di una risposta sanzionatoria conforme alle caratteristiche di immaturità dei giovani adulti, tale riforma introduce la possibilità di applicare la normativa prevista per i minori autori di reato anche a coloro che al momento del fatto non avevano ancora compiuto i ventitré anni<sup>74</sup>. Tuttavia, l'applicazione non è automatica ma soggetta ad una valutazione discrezionale, a seconda cioè delle condizioni personali relative alla sussistenza o meno di uno stato di immaturità e delle modalità di gruppo o meno dell'azione<sup>75</sup> e quindi del coefficiente socioemotivo del contesto in cui essa si svolge.

L'ordinamento dei Paesi Bassi non è certo l'unico a prendere in considerazione la categoria dei giovani adulti, accostandola a quella dei minori di età ai fini di un trattamento differenziato rispetto a quello degli adulti<sup>76</sup>, ma è sicuramente quello che giustifica tale scelta richiamando

<sup>73</sup> Cfr. BONNEI, SCOTT, *The Teenage Brain: Adolescent Brain Research and the Law*, cit., pp. 158-161; STEINBERG, ICENOGLE, *Using Development Science to Distinguish Adolescents and Adults under the Law*, cit., pp. 23-30.

<sup>74</sup> A partire dal 1965 questa possibilità era già prevista ma per i giovani tra i 18 e i 20 anni. Nella fascia di età fra i 18 e i 25 anni si registra un'alta percentuale di reati, cfr. S. SCHLEIM, *Real Neurolaw in the Netherlands: The Role of the Developing Brain in the New Adolescent Criminal Law*, in «*Frontiers in Psychology*», 11, 2020, pp. 2 ss.; E.P. SCHMIDT *et al.*, *Young Adults in the Justice system: The Interplay between Scientific insights, legal Reform and implementation in practice in the Netherlands*, in «*Youth Justice*», 2, 2020, pp. 2-20.

<sup>75</sup> Rilevano criticamente il rischio di una eccessiva discrezionalità giudiziale, non fissando la legge dei criteri di accertamento, SCHMIDT *et al.*, *Young Adults in the Justice System: the Interplay between Scientific Insights, Legal Reform and Implementation in Practice in the Netherlands*, in «*Youth Justice*», 2, pp. 15-20; vedi anche C.S. BARENDREGT, A.M. VAN DER LAAN, *Neuroscientific Insights and the Dutch Adolescent Criminal Law: a Brief Report*, in «*JCJ*», 65, 2019, p. 2, i quali osservano che, rimanendo la regola generale quella secondo la quale l'ultradiciottenne è comunque un adulto, salvo la verifica di situazioni di immaturità, un approccio di tipo inclusivo, e non selettivo come quello della riforma sarebbe stato preferibile.

<sup>76</sup> Ad esempio, in Germania, Austria, Grecia, Portogallo e Svezia si prevede la sottoposizione alla giurisdizione minorile fino ai 21 anni, in proposito si rinvia a E. ZANETTI, *Panorama internazionale e spunti comparatistici in tema di responsabilità penale del minore*, cit., pp. 49 ss., anche per la bibliografia. Ma vedi anche, negli atti internazionali, già la *Risoluzione*

importanti progressi neuroscientifici. La riforma olandese viene infatti considerata dagli esperti un significativo esempio di *neurolaw*, cioè di una legge positivamente influenzata dal sapere neuroscientifico, tanto da essere espressamente richiamato sia nei lavori preparatori che nella stessa relazione accompagnatoria dell'*Adolescentenstrafrecht*<sup>77</sup>. Quest'ultimo rappresenta un tentativo di combattere la delinquenza di una fascia di autori fra 18 e i 23 anni suffragato dalle neuroscienze che, come si è visto, hanno dimostrato che tale fascia è più vicina ai minori che agli adulti, ma i cui tassi di criminalità risultano essere particolarmente alti, e di combatterla con un sistema di giustizia penale minorile fortemente orientato alla rieducazione e al recupero. Peraltro, la sensibilità del legislatore olandese verso i progressi neuroscientifici non ha riguardato anche la soglia minima della responsabilità penale, che continua a rimanere quella dei dodici anni di età.

A questo limite inferiore peraltro si attestano ancora diversi Paesi<sup>78</sup>,

(66) 25 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul trattamento di breve durata per i giovani delinquenti con meno di 21 anni, adottata dai Rappresentanti dei Ministri il 30 aprile 1966.

<sup>77</sup> Una consapevolezza, questa, di una interpretazione neuroscientifico del crimine giovanile che sembra ormai farsi strada anche fra i giudici olandesi, cfr. BARENDREGT, VAN DER LAAN, *Neuroscientific Insights and the Dutch Adolescent Criminal Law: a Brief Report*, cit.; cfr., anche, SCHLEIM, *Real Neurolaw in the Netherlands: the Role of Developing Brain in the New Adolescent Criminal Law*, cit., pp. 3 ss., il quale osserva come non possa sussistere una assoluta compatibilità fra diritto penale e scienze dello sviluppo cerebrale, per la inevitabilità di soglie fisse di minore età penale a fronte di un neurosviluppo cerebrale graduale e continuo. Peraltro rilevano SCHMIDT *et al.*, *Young Adults in the Justice System: the Interplay Between Scientific Insights, Legal Reform and Implementation in Practice in the Netherlands*, cit., pp. 11-20, che, se nella prassi la disciplina speciale minorile per i giovani adulti aveva trovato poca applicazione, con la riforma del 2014 si registra un significativo incremento, con riferimento però alla fascia di età 18-21 e non tanto 21-22. In proposito vedi, anche, VAN DER LAAN *et al.*, *Juvenile Sanctions for Young Adults in the Netherlands: a Developmental Perspective*, in «*European Journal of Criminology*», 2019, pp. 12-21.

<sup>78</sup> Ma in alcuni Stati, come ad esempio l'Australia e il Regno Unito, questo limite è di 10 anni o ancora più basso, come l'India. Per una rassegna dei limiti minimi e massimi della età minore ai fini della responsabilità penale a livello internazionale si rinvia a ZANETTI, *Panorama internazionale e spunti comparatistici in tema di responsabilità penale del minore*, cit., 49 ss., e *ivi* la bibliografia, anche per un bilancio conclusivo circa il fatto che i Paesi di *common law* si attestano su limiti mediamente più bassi rispetto a quelli dei Paesi di *civil law*. Vedi anche BIANCHI, *Riflessioni critiche sulla nuova proposta di abbassare la soglia di punibilità dei minori*, cit., pp. 18-56, la quale giustamente sottolinea che in diversi paesi dove la soglia minima della responsabilità penale è bassa vi è un ricco arsenale di risposte in funzione di recupero, c.d. misure educative, come ad esempio in Scozia, il cui sistema della giustizia penale minorile prevedeva la soglia minima degli otto anni. Con una riforma del 2019 tale soglia è stata elevata ai dodici anni; VAN DER LAAN *et al.*, *Juvenile Sanctions for Young Adults in the Netherlands: a Developmental Perspective*, cit.,

non solo europei. Ad esempio, in America latina, le diverse legislazioni, pur condividendo il principio di una disciplina differenziata per i minori, offrono un panorama variegato quanto alle soglie della minore età. Se infatti il tetto massimo rimane per tutti gli Stati quello dei diciotto anni, la soglia minima oscilla tra i dodici, come, ad esempio, in Brasile e i sedici anni in Argentina<sup>79</sup>, una disparità che testimonia la problematicità della decisione sul limite cronologico minimo per la responsabilità penale. Vale la pena infine ricordare, tornando all'Europa, che anche l'Italia, come i Paesi Bassi, di recente ha manifestato una sensibilità verso i giovani adulti, che però, diversamente dalla legge olandese, riguarda la sola fase dell'esecuzione penitenziaria e soprattutto non coinvolge il sapere neuroscientifico. Se i giovani adulti continuano a rimanere quasi sconosciuti nella realtà ordinamentale penale, con la recente riforma dell'esecuzione penitenziaria minorile questi soggetti trovano finalmente un riconoscimento come categoria per la quale anche prevedere la nuova disciplina differenziata rispetto a quella degli adulti. Nella materia dell'esecuzione penitenziaria minorile è tristemente noto il letargo che durava da quasi mezzo secolo del legislatore italiano. Nonostante, infatti, l'art. 79 della legge di riforma penitenziaria del 26 luglio 1975, n. 354 avesse previsto un'applicazione temporanea ai detenuti minori di età della normativa in tale legge stabilita per gli adulti, «fino a quando non sarà prevista un'apposita legge», questa legge non aveva mai visto la luce. È solo con il Decreto legislativo del 2 ottobre 2018, n. 121, *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103*, che questa grave inadempienza viene superata «al fine di conferire la necessaria autonomia, specificità e coerenza al sistema dell'esecuzione minorile»<sup>80</sup>, onde rispondere

pp. 3 ss. con particolare riferimento ai giovani adulti e al trattamento loro riservato in una prospettiva comparata.

<sup>79</sup> Cfr. MERCURIO, GARCIA-LÒPEZ *et al.*, *Adolescent Brain Development and Progressive Legal Responsibility in the Latin American Context*, cit., p. 6, i quali evidenziano che comunque la maggioranza degli stati latino-americani prevedono diversificate risposte sanzionatorie di tipo socioeducativo nei confronti dei minori fra i 13 e i 15 anni, mentre per i minori dai 16 ai 18 anni la condanna alla reclusione incontra dei limiti massimi inferiori a quelli previsti per gli adulti, come ad esempio in Nicaragua, dove la condanna a pena detentiva non può superare i sei anni, o il Brasile, dove è previsto il tetto massimo di tre anni per i minori dai 12 ai 18 anni.

<sup>80</sup> *Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83, e 85, lettere a), b), c), d), e), f), g), h)), i), l), m), n), o), s), t), e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103*, p. 3, reperibile sul sito del Senato della Repubblica. Atto del Governo n. 20 sottoposto a parere



alle specifiche esigenze educative dei condannati minorenni. Fra questi condannati un posto a sé viene riservato agli ultradiciottenni, secondo le indicazioni della legge delega che nei criteri guida elenca anche quello del riconoscimento della categoria dei giovani adulti. Questa categoria di autore diventa così oggetto di specifica attenzione da parte della riforma, che la equipara a quella dei minori, ai fini dell'applicazione della nuova disciplina dell'esecuzione penitenziaria minorile<sup>81</sup>. Tuttavia, né nei lavori preparatori, né nella relazione accompagnatoria troviamo alcun richiamo al sapere neuroscientifico. Una maggiore consapevolezza di esso avrebbe probabilmente aiutato a migliorare una riforma tanto attesa, e che, nonostante le criticità<sup>82</sup>, rappresenta sicuramente un prezioso passo in avanti sulla strada del trattamento degli autori di reato il cui cervello, secondo le acquisizioni neuroscientifiche, sotto il profilo funzionale e strutturale non ha ancora completato il processo di sviluppo verso la maturità. Maturità che, come è emerso dalle pagine precedenti, rappresenta uno spartiacque del quale il diritto penale delle garanzie costituzionali non può fare a meno, come non può rinunciare ormai all'apporto delle neuroscienze. Esse sembrano infatti in grado di fornire un importante contributo esplicativo in chiave integrativa di un concetto, quello di immaturità, i cui contorni, peraltro, continuano a rimanere comunque sfuggenti.

---

parlamentare, trasmesso alla Presidenza del Senato il 24 aprile 2018.

<sup>81</sup> Cfr., da ultimo, nella letteratura specialistica, STEINBERG, *Adolescent Brain Science and Juvenile Justice Policymaking*, cit., pp. 410-420, e in quella penalistica, vedi C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?* Giappichelli, Torino 2016, pp. 166 ss. ai quali si rinvia per la bibliografia.

<sup>82</sup> Vedi, in proposito, BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., pp. 157 ss.

Giovanangelo De Francesco\*

*Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla  
cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*

SOMMARIO: 1. Concorso di persone e 'titoli di responsabilità' nel quadro dell'art. 110 c.p – 2. La cooperazione colposa e lo specifico atteggiarsi dei reati d'evento alla luce dell'art. 113 c.p – 3. I limiti del criterio causale rispetto alle condotte 'atipiche' di concorso. Le posizioni di garanzia e il binomio problematico azione-omissione – 4. Il nesso teleologico tra le posizioni di garanzia e tra l'inottemperanza alle medesime da parte dei rispettivi garanti – 5. Significato della 'causazione' dell'evento quale risultato della 'cooperazione' – 6. Competenza e concretizzazione del rischio: un profilo da rimeditare – 7. Posizioni di garanzia e imputazione colposa; un confronto da valorizzare, in luogo della c.d. doppia misura della colpa – 8. Posizioni di garanzia e dinamiche di realizzazione dell'evento – 9. Idoneità tipizzatrice delle posizioni di garanzia e c.d. 'poteri impeditivi' in capo al garante: alcuni equivoci da dissipare – 10. Conoscenza effettiva di situazioni rischiose e poteri-doveri d'intervento – 11. La definizione delle posizioni di garanzia: un *work in progress* da coltivare con realismo. Note conclusive su posizioni di garanzia, colpa e concorso colposo.

1. *Concorso di persone e 'titoli di responsabilità' nel quadro dell'art. 110 c.p.*

La presente indagine – che tocca una tematica particolarmente cara ad Antonio Fiorella – si propone di offrire un breve quadro di sintesi circa i rapporti tra il fenomeno della cooperazione colposa e la dimensione assunta dalle c.d. posizioni di garanzia all'interno delle organizzazioni complesse, con prevalente riguardo al verificarsi di offese alla vita o all'incolumità di lavoratori (od anche di terzi, pur se in correlazione con la disciplina della sicurezza sul lavoro) o di soggetti destinatari di un'attività medico-chirurgica. Nell'affrontare un simile compito, e lasciando da parte le questioni di dettaglio e le sottigliezze sul piano logico-concettuale, si cercherà, piuttosto, di privilegiare, nel merito e nel metodo, la ricerca di una più sicura definizione delle categorie ora menzionate, in modo tale da armonizzarle

\* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Pisa.

con le caratteristiche generali degli istituti in cui s'innesta la funzione che a loro compete nella verifica dei presupposti della responsabilità.

Orbene, e malgrado l'esame delle posizioni di garanzia sembri dover precedere quello inerente al concorso colposo, le nostre riflessioni saranno anzitutto dedicate proprio a quest'ultimo, dal momento ch'esso sembra fornire alcune indicazioni di particolare interesse ai fini di una corretta impostazione del problema contiguo.

Nell'intento di sfuggire alla ridda delle opinioni formulate al riguardo, a noi pare di dover seguire una soluzione più semplice e radicale, la quale muova dalla constatazione secondo la quale il profilo psicologico della condotta del concorrente in base a quanto già può desumersi dalla norma generale dell'art. 110 è in linea di principio suscettibile di assumere rilevanza, sia nella forma del dolo che in quello della colpa.

Vero è, com'è ben noto, che nella visione originaria del codice si tendeva a contrapporre il concorso doloso a quello colposo, come pure ad escludere che il fenomeno concorsuale potesse delinarsi anche in presenza di diversi titoli di responsabilità; ma è ormai assodato che il rigore formale di tale soluzione finirebbe con tradursi in risultati applicativi del tutto incongrui, quale quello, ad es., di negare la configurabilità di un concorso doloso in fatto colposo, ammettendolo, viceversa, in relazione ad un fatto incolpevole; di modo che una simile 'pregiudiziale' sul piano storico-dogmatico – che ha esplicitato la propria influenza anche sull'assetto delle disposizioni in funzione di 'disciplina' del concorso (le quali, peraltro, e malgrado le differenti opinioni, vengono da tempo sottoposte ad interpretazioni *lato sensu* 'adeguatrici') – viene ormai ritenuta inaccettabile. Ed allora, una volta ripudiato un simile anacronismo, non sembra infondato valorizzare la portata sul piano euristico della soluzione cui si accennava poco sopra: una soluzione che riceve, a ben guardare, la propria legittimazione dalla circostanza secondo la quale l'art. 42 c.p. può ben essere concepito come canone normativo riferibile a tutte le fattispecie, monosoggettive e plurisoggettive, ragion per cui anche la figura concorsuale dovrebbe appunto sottostare al medesimo regime dei criteri d'imputazione che quella norma contempla. Ne deriva, di conseguenza, che, se sono corrette le premesse, il predetto art. 110 c.p. dovrebbe dunque essere in grado di includere al proprio interno il concorso doloso in fatto doloso, il concorso colposo in fatto colposo, come pure, d'altronde, il concorso doloso in fatto colposo, nonché, per finire, quello colposo in fatto doloso.

## 2. La cooperazione colposa e lo specifico atteggiarsi dei reati d'evento alla luce dell'art. 113 c.p.

A questo punto, sorge tuttavia, ineludibile, la questione più impegnativa: quale funzione deve essere attribuita all'art. 113 c.p.? Ebbene, l'interrogativo è delicato, ma resta aperta, nondimeno, ad uno sguardo più attento, la strada per una soluzione non priva di ragionevolezza. Invero, appare significativo il richiamo, operato dalla norma, alla circostanza che, in presenza di un 'delitto colposo', il relativo 'evento' debba presentarsi quale risultato lesivo 'cagionato dalla cooperazione'.

Si rifletta: qualora il fatto cui si riferisce la partecipazione sia commesso con dolo, la colpa del concorrente potrà sicuramente rilevare alla stregua dell'art. 110, atteggiandosi nella forma della riconoscibilità-prevedibilità del fatto altrui (come nel noto esempio di colui che lasci incustodita l'arma di cui un terzo si è servito per uccidere, oppure in quello relativo alla messa a disposizione di un terzo di una sostanza in grado di adulterare cibi o bevande, che il soggetto cui è stata ceduta venga poi ad utilizzare consapevolmente nella preparazione di un alimento); ed una soluzione del tutto analoga dovrà ammettersi, d'altronde, *mutatis mutandis*, anche qualora la cooperazione si ricolleggi all'altrui fatto contravvenzionale realizzato con dolo.

Qualora si tratti, viceversa, di un fatto commesso con colpa, nessun problema si porrà in caso di contravvenzione colposa, o di un delitto colposo altrui di pura condotta. Giustamente osserva Paola Severino (sia pur prospettando soluzioni differenti da quelle qui sostenute) che la dimensione 'preventiva' del precetto rivolto al compartecipe denota in simili casi un 'disvalore identico' a quello ravvisabile in capo all'autore del fatto. Particolarmente espressiva al riguardo la figura contravvenzionale. Si consideri la fattispecie dell'art. 674 c.p.; se è vero che la colpa del contravventore si avrà in relazione alla constatata presenza e riconoscibilità del fatto che le 'cose' gettate o versate potessero 'offendere od imbrattare o molestare persone', non è men vero che il rimprovero a titolo di colpa del concorrente risulterà anch'esso qualificabile alla stregua del medesimo schema cautelare, venendo sostanzialmente a coincidere, nei relativi contenuti, con quella specifica potenzialità lesiva del versamento di dette sostanze cui la norma si riferisce: una condotta, insomma, bensì 'atipica', ma la cui colpa viene a riacciarsi alla stessa dimensione preventiva che l'atteggiamento colposo dell'autore implica e sottende.

A conclusioni differenti conduce, viceversa, l'analisi del problema laddove si sia di fronte a delitti colposi d'evento. In questi l'apertura della

fattispecie verso uno scenario causale per sua natura ricco di alternative potrà eventualmente condurre ad una diversa ‘articolazione’, per così dire, del giudizio inerente alla condotta dell’autore rispetto a quello riferibile al contributo del concorrente. Anzitutto, qualora l’autore del fatto non violi una regola cautelare o, pur violandola, la trasgressione compiuta non esprima il suo ‘ruolo preventivo’ rispetto all’evento – si pensi al caso del pedone improvvisamente gettatosi sotto le ruote di un’automobile allo scopo di suicidarsi – il fatto non potrà essere imputato per colpa, né all’investitore, né al cooperatore che pur avesse agito imprudentemente, esortando, ad es., ad aumentare l’andatura, o che avesse incautamente affidato il veicolo. Di più: qualora, ad es., l’autore dell’incidente lo abbia provocato deviando il percorso verso una strada a senso unico – mentre il cooperatore si era esclusivamente ‘limitato’ a ‘mettere fretta’ in una strada con diritto di precedenza – mentre il primo potrà considerarsi responsabile per colpa, quest’ultima, viceversa, non potrà essere addebitata al partecipe, non essendo il relativo atteggiamento imprudente ‘concretizzatosi’ nella violazione perpetrata dal conducente il veicolo. Nel caso, poi, dell’affidamento incauto del veicolo – dove pure lo ‘spettro’ preventivo della regola violata dal concorrente si presta ad assumere una maggiore estensione – la colpa di quest’ultimo potrebbe, tuttavia, essere pur sempre esclusa, qualora, ad es., il conducente del mezzo se ne fosse servito per caricarvi una partita di droga ed, occasionalmente intercettato da una pattuglia della polizia, si fosse lanciato in una fuga all’impazzata destinata a provocare uno scontro mortale. Non pare, insomma, infondato ritenere che il richiamo ai delitti d’‘evento’, purché ‘colposi’, assuma il ruolo di un’avvertenza fondamentale (anche) nella logica del fenomeno del concorso colposo: quell’‘evento’ dovrà essere ‘cagionato’ dalla cooperazione, sotto forma di un addebito di ‘causazione per colpa’ in grado di attingere anche il cooperatore, evitando d’imputargli un risultato (che potrebbe rivelarsi) comunque estraneo alla finalità preventiva concretamente disattesa alla luce del tipo di decorso causale da cui è scaturita la lesione.

### *3. I limiti del criterio causale rispetto alle condotte ‘atipiche’ di concorso. Le posizioni di garanzia e il binomio problematico azione-omissione*

Tutto ciò considerato, è opportuno adesso soffermarsi con maggiore attenzione su quanto si è accennato poc’anzi in merito alla dimensione assunta dalla condotta del concorrente. Invero, la definizione in termini

di comportamento 'atipico' della condotta di concorso deve essere, più precisamente, concepita nell'ottica di un collegamento di tale condotta con quelle degli altri soggetti partecipanti al reato; alla condotta di concorso, in particolare, manca una dimensione di tipo 'causale' in senso stretto, per la ragione fondamentale che il tipo di relazione intersubiettiva che la qualifica si sostanzia, necessariamente, in un rapporto – non direttamente con l'evento, bensì – con altre condotte, tra cui anche quella di colui che abbia eventualmente cagionato il risultato lesivo.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare in altre sedi, l'applicazione di un criterio causale al concorso di persone si scontra, in effetti, con l'insuperabile difficoltà di ipotizzare una 'spiegazione' in termini naturalistici di una successione *ex se* di sviluppi causali in direzione dell'evento. Ogni condotta è frutto di scelte, di iniziative 'liberamente' intraprese, che escludono, per definizione, quella 'ripetibilità' del processo eziologico secondo una legge scientifica in grado di esprimere, deterministicamente (in tutti i casi, o in chiave 'probabilistica', non interessa) un nesso di derivazione constatabile *in rerum natura*. Il problema, in questa prospettiva, è piuttosto quello di attuare una selezione delle caratteristiche proprie della condotta di concorso, e di definire quindi i termini in cui deve essere configurata (e si vedrà presto in quali termini) l'interrelazione con gli altrui comportamenti gravitanti nell'orbita concorsuale.

Simili questioni consentono allora di guardare più da vicino il tema concernente l'individuazione dei 'ruoli' dei soggetti operanti all'interno di organizzazioni complesse: ad es., come si era adombrato in apertura, quelli ravvisabili nell'ambito della sicurezza sul lavoro o dell'attività medico-chirurgica. A tale riguardo, s'impone una chiarificazione preliminare, che – almeno si spera – potrebbe forse contribuire a rendere meno ostica una problematica che da tempo affligge la nostra materia. La stessa Corte di cassazione ha, in tempi recenti, avuto modo di osservare che, nel valutare il ruolo del compartecipe, non risulta sempre facile tracciare un confine netto tra azione ed omissione. Tale spunto ermeneutico, invero non privo di plausibilità, abbisogna tuttavia di una delucidazione ulteriore.

A nostro avviso, la distinzione – a volerla preservare a tutti i costi – dovrebbe essere, semmai, predicata, non tanto sotto un profilo meramente naturalistico, quanto, più esattamente, in un'ottica funzionale e più decisamente teleologica. L'azione, potremmo dire, 'non ha niente dietro di sé': consiste in un comportamento che si apprezza come tale sin dall'origine, ossia in mancanza di una precedente 'qualificazione' oltre a quella del divieto di porlo in essere. Diversa è invece la situazione nel caso della preesistenza

di un dovere, e, più propriamente, di una posizione di garanzia in capo al soggetto interessato; tale circostanza implica, in particolare, che il difettoso assolvimento dei compiti inerenti ad un siffatto ruolo di garanzia tende a partecipare di una logica analoga a quella omissiva, sia nel caso – come osserva Blaiotta – di una carenza di intervento *tout court*, sia in quello di un'attività difforme da quella riconducibile alle incombenze richieste.

Ma soprattutto: nello scenario delle posizioni di garanzia, il quale è tale da evocare, nell'attuale contesto dei fenomeni plurisoggettivi, un 'fascio' più ampio di alternative funzionali rispetto a quello proprio di un obbligo di agire maggiormente uniforme e 'standardizzato' (si pensi al caso del bagnino, rispetto al quale parlare di posizione di garanzia ovvero di obbligo giuridico *tout court* di attivarsi per impedire l'evento appare sostanzialmente equivalente), il soggetto che venga ad assumerle è da ritenersi onerato di attribuzioni che non si esauriscono nell'*an* del dovere di assolverle, ma si sostanziano, altresì, ed anzi in via preminente, nel *quomodo* e nelle forme dell'adempimento, e più ancora in quell'insieme di 'prestazioni' e tecniche d'intervento che costellano i variegati adempimenti che esse comportano; ne consegue, in buona sostanza, che le 'azioni' non in linea con quanto richiesto dalle 'qualifiche' funzionali in cui dette posizioni s'inscrivono finiscono anch'esse col denotare la mancata osservanza, per l'appunto, dei poteri-doveri inerenti al ruolo proprio del relativo 'garante', in un rapporto sistematicamente del tutto affine e complementare rispetto ai momenti 'omissivi' degli adempimenti richiesti.

Ragionando in quest'ottica, non è fuori luogo concludere, insomma, come l'idea di porre la questione se, in ipotesi, un mancato ricovero in ospedale o la mancata effettuazione di una diagnosi, oppure, all'inverso, un ricovero nella specie sconsigliabile, o una diagnosi errata e che abbia impresso uno sviluppo alterato ad un intervento chirurgico costituiscano, rispettivamente, un'omissione ovvero una condotta attiva, non sembra cogliere la sostanza del problema: e nemmeno (cambiando materia) sembra coglierla – quell'alternativa – nei casi, ad es., in cui si abbia a che fare con la mancanza totale, oppure con l'irregolarità, e magari con il carattere fuorviante, della c.d. 'valutazione dei rischi' nel campo della sicurezza sui luoghi di lavoro.

#### 4. *Il nesso teleologico tra le posizioni di garanzia e tra l'inottemperanza alle medesime da parte dei rispettivi garanti*

In realtà, l'insistenza sulla pretesa necessità di individuare i profili differenziali tra azione ed omissione sottende, ancora una volta, la pretesa di definire i caratteri del fenomeno alla stregua di un criterio di tipo causale, sul presupposto che quest'ultimo si configuri diversamente a seconda che si versi nell'uno o nell'altro ambito comportamentale. Sennonché, una volta liberatisi dalla preminenza dello schema causale, il discorso tende ad assumere un andamento differente e maggiormente consona ad un modello di carattere essenzialmente 'cooperativo'. Invero, giusta quanto andiamo da tempo sottolineando, il nesso che avvince le condotte di quanti partecipino all'attività si esprime, più esattamente, nel dover ciascuno di essi porre in condizione i terzi di espletare, a loro volta, correttamente il proprio ruolo, gettando, per così dire, le basi affinché le circostanze in cui gli altri soggetti sono tenuti ad operare non risultino distorte ed alterate da chi ricopra la posizione di garanzia che vi si riconnette funzionalmente: il medico diagnostico rispetto a colui che dovrà decidere, ad es., se consigliare un farmaco o un intervento operatorio, od ancora il chirurgo che dovrà organizzare il proprio operato in funzione del tipo di intervento da compiere, come pure – versandosi, questa volta, nel campo della sicurezza sul lavoro – il datore di lavoro nel momento di valutare i rischi e programmare le misure di prevenzione, il responsabile del servizio di protezione nell'individuare sul piano tecnico il livello e la tipologia di rischi di cui rendere edotto il datore di lavoro e gli stessi lavoratori, il dirigente nel compiere, entro la propria sfera di attribuzioni, ciò che gli compete in ordine alle misure da adottare, e le informative da trasmettere in linea con le direttive del datore di lavoro, il preposto nel vigilare sul rispetto da parte dei lavoratori delle disposizioni aziendali, garantendone *in loco* l'incolumità, e così via dicendo.

Ne deriva, allora, che, una volta preservato il rapporto tra l'ambito dei doveri propri del 'garante' ed il tipo di inadempienza a questo o quell'altro compito rientrante nella sua sfera di attribuzioni, sarà necessario riscontrare, ai fini di un'eventuale responsabilità penale, un rapporto di interconnessione teleologica tra la condotta inadempiente e le scelte compiute da altro soggetto a sua volta titolare di una posizione di garanzia. In questo scenario, possono sorgere, in effetti, interrogativi delicati – sui quali, peraltro, dovremo tornare – connessi all'esigenza di evitare una 'sfasatura' tra le attribuzioni di volta in volta implicate nella violazione da cui è scaturita l'offesa. Ad es., il datore di lavoro che abbia erroneamente valutato il livello di alcuni rischi potrà



essere chiamato a rispondere per l'infortunio occorso al lavoratore privo delle misure di protezione volte a fronteggiarli, ma non invece dell'operato del dirigente che, nell'ambito delle attribuzioni conferite, non abbia tenuto conto, pur in assenza, in concreto, di tali maggiori rischi, delle capacità e delle condizioni del lavoratore (cfr. art. 18, lett. c d.lgs. n. 81/2008) in vista del compito che doveva essergli affidato. E così pure, *mutatis mutandis*, una difettosa analisi clinica di una patologia di tipo tumorale (riguardante, ad es., la sua pericolosità ed estensione) non potrà rendere responsabile chi l'abbia effettuata per l'operato di chi avesse il compito di identificare la presenza di eventuali forme di allergia tali da imporre un diverso *modus procedendi* nel praticare le terapie richieste dalle condizioni del paziente.

Questa logica della 'divisione del lavoro' alla base dei fenomeni or ora accennati non deve essere lasciata in ombra nel momento di individuare i tratti fondamentali di un'eventuale responsabilità in capo ai singoli 'garanti'. In effetti, prima ancora dell'esito 'finale' dell'intera vicenda, si delinea la necessità di valutare il tipo di relazione funzionale tra le attribuzioni conferite a ciascuno di essi, inquadrando il criterio dell'"impedimento" dell'offesa in una necessaria 'seriazione' o catena teleologica atta a preservare il 'campo' delle competenze ravvisabili all'interno della struttura: e ciò, sia nell'ottica di escludere la responsabilità di chi non le abbia disattese, sia in quella – torniamo a ribadirlo – di negare un nesso d'imputazione con l'offesa, laddove la singola condotta inosservante non si sia 'comunicata' al tipo di violazione riferibile al perimetro della 'garanzia' affidata ad un altro membro dell'organizzazione. Sotto il primo profilo, sarebbe invero inaccettabile che il singolo garante debba essere onerato di un 'dovere di sequela' destinato ad estendersi al controllo (o addirittura ad un intervento 'sostitutivo') rispetto a tutti gli altri adempimenti nella specie riscontrabili: si pensi alla tipica dimensione 'diacronica', fonte sovente di autonome 'competenze', ravvisabile nell'attività medico-chirurgica, od anche alla posizione dei vertici di un'impresa, il cui dovere di 'buona organizzazione' ed anche il perdurante obbligo di sorveglianza sullo svolgimento dell'attività non potranno tuttavia implicare l'espletamento di una verifica 'a tutto campo' in ordine al *modus procedendi* dei soggetti 'subalterni'. Dal secondo punto di vista, anche ipotizzando l'esistenza di una condotta inosservante, la presenza stessa di altri 'garanti' non potrà non comportare la ricerca di un 'nesso' tra il dovere disatteso e quello, posto a carico di costoro, destinato ad attecchirsi quale complemento o sviluppo delle funzioni attribuite al soggetto inadempiente.

### 5. *Significato della 'causazione' dell'evento quale risultato della 'cooperazione'*

Se è pur vero, d'altronde, che la sostanza dei predetti rilievi non appare estranea, malgrado singole differenze d'impostazione, alle esigenze fatte proprie dalla migliore dottrina, mette conto rilevare, tuttavia, che non sempre ci si è mostrati propensi a farne discendere le conseguenze sistematiche che da essi derivano. In particolare, e tornando a confrontarsi col problema 'causale', è difficile negare che la definizione dei doveri di garanzia, allorquando – come di regola – non si tratti di una violazione del tutto 'autosufficiente' rispetto all'offesa, richieda la ricostruzione di una dinamica concorsuale spesse volte qualificabile proprio alla luce del fenomeno della cooperazione colposa. Ed è proprio a tale stregua, per vero, che acquista un significato attuale il richiamo all'evento quale esito "cagionato dalla cooperazione".

Al riguardo è stato recentemente osservato da Massimo Donini che tale formula rischierebbe di indurre in fraintendimenti, laddove venisse riferita all'idea di una "condotta collettiva" tale da rendere sfumata ed incerta la decifrazione delle singole responsabilità. In realtà, già a suo tempo Lucia Vignale, e da ultimo David Brunelli, pur se in un'ottica differente, hanno osservato che in tema di concorso la causalità deve considerarsi collegata al fascio delle condotte concorsuali, "essendo a questo insieme" – nota giustamente Vignale – "che l'evento deve essere imputato". Quando, dunque, proprio con riguardo alle organizzazioni complesse, si sottolinea che queste darebbero luogo ad un profondo mutamento di paradigma – nel senso che la stessa dimensione causale diverrebbe precaria ed incerta, essendo difficile predicarla riguardo a condotte ormai destinate a 'decomporsi' nel coacervo inestricabile del fenomeno 'collettivo' – si rischia, forse, di dire, ad un tempo, troppo e troppo poco: troppo, laddove si paventi una rinuncia alla definizione (difficile, ma non impossibile) dei contributi dei singoli responsabili, ma, a ben guardare, anche troppo poco, perché, in realtà, sono le stesse caratteristiche del concorso – tanto più, come nota Blaiotta, se colposo, essendo questo una sorta di fenomeno 'necessariamente plurisoggettivo' nella logica della complessità della struttura – a rendere ragionevoli e del tutto pertinenti i rilievi di cui sopra. E' ben possibile, in effetti, che risulti difficile definire una specifica condotta materiale – attiva od omissiva – apprezzabile in termini totalmente coincidenti con quelli caratterizzanti il reato monosoggettivo: ma ciò è dovuto appunto alla circostanza che la trama dei contributi 'strumentali' (come li abbiamo più volte denominati, in alternativa alla dimensione causale) potrà vederli

convergere in direzione dell'evento in forza degli stessi rapporti che tra essi intercedono, in modo tale da poter valutare il fatto commesso come accadimento venuto ad esistenza proprio in ragione del loro reciproco innestarsi nel 'mosaico partecipativo' cooperante all'offesa.

#### 6. *Competenza e concretizzazione del rischio: un profilo da rimeditare*

Quanto osservato non significa, tuttavia – è venuto adesso il momento di sottolinearlo – che il profilo 'causale' rispetto all'evento sia destinato a rimanere estraneo al processo di attribuzione della responsabilità. Al proposito è opportuno, in effetti, tornare a considerare quanto abbiamo osservato con riguardo al tema generale della cooperazione colposa. In particolare, una volta accertato che il succedersi (in senso lato, ché nulla esclude una possibile interferenza 'orizzontale' degli inadempimenti ai doveri di garanzia) si è spinto fino alla fase finale del 'contatto' con l'interesse tutelato, ecco che dovrà ancora stabilirsi attraverso quale tipo di processo eziologico l'evento lesivo ha concretamente avuto luogo.

Affrontando il problema, una parte della dottrina ha inteso, per la verità, operare recentemente una distinzione tra la 'sfera di competenza' e le specifiche regole cautelari violate nell'ottica della c.d. 'concretizzazione' del rischio. Il primo criterio segnerebbe un campo 'avulso' da qualsiasi possibilità imputativa che non rientri in quella 'competenza', il secondo toccherebbe invece i rapporti tra il perimetro della cautela imposta e le modalità di produzione dell'evento (il tutto esemplificato, ad es, dal caso del proprietario che non abbia posto delle barriere intorno al pozzo di un suo terreno con segnale di divieto d'ingresso, in cui sia caduto un ragazzo avventuratosi in quel luogo aprendo il cancello di entrata del fondo medesimo: regola cautelare violata, rischio 'concretizzatosi' nella violazione, ma mancanza di una specifica 'sfera di competenza' in ordine al rischio).

Siffatta teorizzazione, formulata sulla scia della nota configurazione (ad opera delle Sezioni Unite nel caso *Thyssenkrupp*) del garante come 'gestore' di una determinata area di 'rischio' – come tale riservata appunto alla sua 'competenza' – presenta senza dubbio una sua intrinseca plausibilità. Nondimeno, a noi sembra che (proprio) nel quadro delle organizzazioni complesse le c.d. 'posizioni di garanzia' – in quanto destinate, prima di tutto, ad interferire reciprocamente tra loro – denotino un profilo essenzialmente omogeneo nell'ottica dei loro risvolti teleologici. Riprendendo un'importante

elaborazione – quella di Filippo Sgubbi – sull’omesso impedimento dell’evento (un’elaborazione, vale la pena rammentarlo, suggerita all’Autore dallo stesso fenomeno delle organizzazioni complesse, e che è tale da imporre dei necessari ‘adattamenti’ rispetto alla visione originaria del codice), non pare incongruo ritenere, in effetti, che nella definizione della posizione di garanzia venga a stagliarsi un profilo teleologico già di per sé stesso ispirato ad una logica ‘selettiva’ del campo dei doveri destinati a giocare un ruolo ‘preventivo’: di modo che, rispetto ad essi – come pure riguardo al loro ‘concatenarsi’ nella vicenda lesiva – risulterà in linea di principio apprezzabile anche quel profilo che va sotto il nome di ‘concretizzazione’ del rischio.

*7. Posizioni di garanzia e imputazione colposa; un confronto da valorizzare, in luogo della c.d. doppia misura della colpa*

A tale proposito, si era già avvertito come non fosse nostra intenzione entrare nelle dispute teorico-scientifiche – per vero sterminate – che hanno interessato la materia. Tuttavia, e volendo di nuovo confrontarsi con l’opera di Sgubbi, a noi sembra che in essa si annidi un profilo fondamentale valorizzabile anche ai fini della nostra indagine.

Sgubbi scrive in un momento in cui, pur nel rispetto da parte della legge dell’indicazione delle figure dei garanti, il loro contenuto funzionale non risultava ancora, nelle varie fonti, adeguatamente descritto e definito. In termini *lato sensu* analoghi a quanto è accaduto riguardo ai delitti contro la pubblica amministrazione, nella materia della sicurezza sul lavoro (meno, nell’attività medica, dominata da regole non scritte, ma non senza alcune significative aperture), il recente Testo Unico del 2008 è venuto modellando le posizioni di garanzia attraverso l’indicazione dei compiti e delle funzioni spettanti ai soggetti che tali ruoli ricoprono.

Pare difficile negare, insomma, da tale punto di vista, che simili attribuzioni funzionali corrispondano, oramai, sul piano normativo, a degli schemi preventivi dotati di contenuti sufficientemente caratterizzanti. Certo: attorno ai mille adempimenti richiesti circola pur sempre il richiamo, nel segno dell’efficienza, al requisito dell’‘idoneità’ degli interventi, del carattere ‘soddisfacente’ delle misure, dell’‘adeguatezza’ degli strumenti di protezione e di contenimento dei rischi: dietro il quale, per vero, appare fondato scorgere un’allusione a ‘quanto di meglio’ si possa prevedere e

predisporre – oltre che ‘aggiornare’ nel tempo – nella strutturazione e messa in opera dei meccanismi d’intervento (essendo questo, del resto, un profilo difficilmente separabile dall’idea stessa di una ‘posizione di garanzia’ funzionale agli scopi). Tuttavia, anche in ragione di tale circostanza, non pare incongruo ritenere che nel momento di fissare il ‘perimetro’ del ruolo di garanzia, il relativo ‘contenuto’ non possa non venire implementato proprio da un fascio di attribuzioni in funzione ‘cautelare’: sono queste, invero, come notava Sgubbi, ad esprimere il compito spettante al soggetto titolare della ‘garanzia’.

Tale circostanza sembra in grado, d’altro canto, di rispondere meglio alle esigenze sottese al richiamo – non privo di ambiguità – alla c.d. ‘doppia misura della colpa’. La misura ‘oggettiva’, in particolare, ci è sempre parsa una categoria ‘a rischio’ – e cioè, ora quello di essere destinata, al più presto, a cedere il passo all’analisi della colpa in quanto colpevolezza (specialmente ove non si arrivi ad esasperare il lato ‘individualizzante’ del relativo giudizio), ora quello, ben più grave e frequente (nel segno di un’indiscriminata ‘prevedibilità’) di venire invece sopravvalutata rendendo marginale il profilo personalistico dell’addebito colposo –. In realtà, è proprio nel contesto della necessaria definizione della ‘posizione di garanzia’ che si coglie invece il nucleo fondante del dato oggettivo delle ‘prestazioni’ cautelari richieste: e questa volta, non più nell’ottica di una dimensione obiettiva con virtualità espansive illimitate, quanto invece proprio in quella (si perdoni il bisticcio verbale) di apprestare per il ‘garante’ la ‘garanzia’ di vedersi coinvolto entro i confini di una sfera di attribuzioni concepita alla stregua dei poteri-doveri che vengano ad essergli conferiti.

Sul punto dovremo tornare tra breve, non senza formulare, tuttavia, un’ultima avvertenza, anche questa da meditare ulteriormente. Il venir meno al dovere di garanzia non implica ‘automaticamente’ l’affermazione di una colpa. La valutazione inerente a quest’ultima – sulla cui importanza hanno continuato ad insistere studiosi del calibro di Padovani e Pulitanò – dovrà essere comunque salvaguardata, venendo essa a presentarsi quale correlato necessario del principio di ‘affidamento’, nel senso che non sarà consentito elevare un rimprovero a tale titolo laddove la difformità dal dovere di garanzia dipenda dall’essere stata la sua effettiva osservanza ostacolata e fuorviata dalle inadempienze proprie di altri soggetti di cui non era ragionevolmente ipotizzabile un comportamento scorretto ed ‘irregolare’.

## 8. Posizioni di garanzia e dinamiche di realizzazione dell'evento

Riprendendo adesso il filo della questione circa gli esiti 'finali' del processo imputativo, i rilievi svolti inducono a confermare come l'inottemperanza al ruolo 'di garanzia' (per solito, anche colposa, ma pur sempre soggetta al riscontro 'negativo' dell'eventuale mancanza di tale attributo) non possa non esigere una specifica corrispondenza nelle modalità del decorso causale che ha rappresentato lo sbocco 'conclusivo' della vicenda plurisoggettiva. Si torni anzitutto al campo dell'attività medico-chirurgica; supponendo una serie di inadempienze collegate ad una diagnosi difettosa – nella scelta del tipo di terapia, nei mancati controlli dopo la sua somministrazione, nell'effettuazione di un ricovero non necessario – qualora, durante il periodo di degenza, il soggetto trovi la morte per un'iniezione con siringa infetta e conseguente setticemia, le precedenti inadempienze non potranno considerarsi influenti sul tipo di violazione che ha segnato lo sviluppo causale verso l'evento.

*Mutatis mutandis*, prendendo spunto dalla vicenda penale concernente il disastro ferroviario di Viareggio, nel corso del relativo processo si è venuta a dibattere una questione non priva di interesse anche ai nostri fini: posto che il deragliamento del treno era derivato dalla rottura di un assile del carrello di un vagone-cisterna, poteva ritenersi responsabile l'imputato cui era stata addebitato il difetto di 'tracciabilità' dei materiali rotabili utilizzati (anche) per il vagone interessato? Ebbene – a voler limitare lo sguardo ad un simile profilo (e senza alcuna pretesa di assumere posizione circa gli esiti della complessa vicenda giudiziaria) – non pare fuori luogo ritenere che il tipo di inosservanza 'concretatasi' nell'evento non risulti coincidente con la specifica violazione contestata: invero, una volta ammesso che l'incidente fosse dipeso dalla rottura del predetto assile, e fosse dunque ricollegabile ad una manutenzione inadeguata (ma 'esteriormente' non visibile), il difetto di tracciabilità del materiale rotabile (come tale estraneo a doveri di controllo sullo 'stato' effettivo del 'pezzo' incriminato), non appariva tale da denotare un 'nesso' rilevante tra il dovere violato e la dinamica causale all'origine dell'evento. E lo stesso dovrebbe affermarsi (altro aspetto controverso) in ordine alla velocità del treno, una volta premesso che al garante non fosse devoluto il compito (che pur fosse stato disatteso) di disporre circa i limiti di velocità, se non in presenza di particolari circostanze (cui erano totalmente estranee quelle in cui l'incidente si era verificato).

Infine, la questione in esame può interessare anche il comportamento 'autolesionista' dei lavoratori, laddove, come in alcuni casi giudiziari, la pur

constatata inottemperanza al novero dei doveri di garanzia (ad es., il non aver disposto delle attività di manutenzione) non abbia trovato specifica espressione nelle sequenze dell'incidente: come nel caso di un dipendente specializzato ed espertissimo del ramo, che aveva tuttavia posto in essere una manovra del tutto sconsigliabile, e tale da far sorgere un rischio differente da quello iniziale, e 'concretizzatosi' (esso soltanto) nel modo di prodursi dell'evento.

9. *Idoneità tipizzatrice delle posizioni di garanzia e c.d. 'poteri impeditivi' in capo al garante: alcuni equivoci da dissipare*

Giunti a questo punto, e sciogliendo una riserva poc'anzi formulata, non ci si può esimere da alcune riflessioni in merito ad alcuni interrogativi prospettabili in relazione all'effettiva capacità tipizzante delle posizioni di garanzia, ed al rapporto di queste con la tematica della colpa. È stato di recente osservato (o, se si vuole, constatato) che la giurisprudenza tende ad assumere, nel campo della sicurezza sul lavoro, una posizione favorevole a richiedere un livello di impegno funzionale a tale obiettivo tale da collocarsi sul piano della c.d. 'migliore scienza ed esperienza'. La questione giunge altresì a rievocare l'annoso dibattito circa la rilevanza delle 'conoscenze superiori' in tema di colpa, nella perenne disputa relativa ai modelli di riferimento meritevoli di essere ricondotti in tale categoria.

Orbene, e senza nascondersi la difficoltà di pronunciarsi senza residue incertezze, due sono i rilievi prospettabili a tale riguardo. Anzitutto, come osservò a suo tempo Giorgio Marinucci, i problemi connessi a simili interrogativi non meritano di essere esasperati oltre misura. Le cognizioni in linea di principio assumibili come fonte di responsabilità dovrebbero essere invero, se non ancora ampiamente diffuse, quanto meno vicine ad affermarsi in qualità di *communis opinio* nel corrispondente campo di attività: nel senso, più precisamente, che sarebbe sufficiente richiedere ch' esse vengano a poggiare su dati tecnico-scientifici suscettibili di essere conosciuti e resi operanti dai soggetti coinvolti (ad es., i garanti della sicurezza sul lavoro) solo che questi – pur trattandosi di acquisizioni recenti – si fossero attivati per 'aggiornare' i sistemi di prevenzione in sintonia con la tipologia di rischi oggetto di tali ormai attendibili rilevazioni.

In secondo luogo – e soprattutto – sembra pertinente il rilievo secondo il quale le maggiori difficoltà, piuttosto che sotto il profilo 'nomologico' (salvo

a voler fondare l'addebito su conoscenze successive al tempo della condotta, ratificando implicitamente una logica meramente 'precauzionale' priva di basi empiriche esistenti *illo tempore*), paiono delinearsi sul piano fattuale ed 'ontologico'. S'innesta su questo terreno la disputa vivace in merito ai doveri di 'informazione', di 'segnalazione', di 'allerta' contro situazioni rischiose a carico di soggetti in varia guisa implicati nell'esercizio dell'attività. Un dibattito che è venuto, soprattutto, ad interessare il problema della responsabilità per l'evento di soggetti privi – come si usa dire – di poteri 'decisionali' e di gestione diretta del rischio. Certo è che sul piano logico non sembrano esservi ostacoli ad una soluzione positiva: chi non deve decidere, ben potrebbe (e dovrebbe), tuttavia, provvedere ad 'informare' circa la presenza di situazioni critiche di volta in volta ravvisabili all'interno della 'casa comune' dell'ambiente di lavoro.

E così hanno statuito anche le Sezioni Unite nel caso *Thyssen*, con riguardo al responsabile del servizio di prevenzione e protezione, sul presupposto che questi avrebbe ben potuto e dovuto segnalare ai vertici dell'impresa l'esistenza di rischi di cui tenere conto nelle scelte in materia di sicurezza. La soluzione, d'altronde, appare plausibile nell'ottica della stessa valutazione della responsabilità del garante 'superiore', ed in particolare dell'eventuale esclusione (eventuale, perché tale da non rendere sempre incolpevole la mancata effettuazione di ulteriori, possibili controlli ad opera del destinatario) di un addebito sul piano soggettivo, a titolo di colpa, nei confronti di tale soggetto, malgrado questi avesse obiettivamente disatteso, a causa dell'omessa informazione, l'osservanza dei propri doveri di sicurezza.

A ben guardare, i termini della questione non sono stati sempre, tuttavia, correttamente impostati. In effetti, ha contribuito a creare incertezza un insufficiente percezione del significato assunto dalla (troppo spesso abusata) categoria sistematica del c.d. 'potere impeditivo' rispetto al risultato. In realtà, la scelta di far perno sull'esistenza o meno di tale potere – come elemento fondante la sussistenza o meno di una posizione di garanzia – sembra trascurare la circostanza che quel che conta davvero sembra essere, piuttosto, la connessione del ruolo funzionale proprio del soggetto con il tipo e le modalità strumentali con cui il suddetto potere può (e deve) venire esercitato dal garante. Ad es., il responsabile della prevenzione – od anche il preposto – sono privi del potere di decidere ed attuare le pertinenti misure di tutela (salvo eventuali deleghe rispettose delle previsioni di legge), essendo questo un compito posto a carico del datore di lavoro e, per quanto gli compete, dei soggetti con qualifica di dirigente. Ma ciò non significa, pur tuttavia, che costoro, in quanto investiti del dovere



di segnalare le predette situazioni di rischio, non vengano pur sempre ad assumere il ruolo di ‘garanti’ in grado di influire, sotto questo profilo, sulle determinazioni dei soggetti titolari della funzione di attuare le predette misure di sicurezza: onde, laddove non abbiano provveduto in tal senso, non parrebbe ragionevole escludere una loro responsabilità per l’esito offensivo verificatosi.

Per converso, i c.d. ‘poteri impeditivi’ esercitabili *in loco* da parte del preposto ben potrebbero essere tali da fondarne la responsabilità (cfr. art. 33 d.lgs. n. 81) per aver consentito, ad es., la ripresa dell’attività “in una situazione di lavoro in cui persista un pericolo grave ed immediato”; un potere-dovere impeditivo, per giunta, che difficilmente potrebbe essere, questa volta, predicato in quanto tale in capo al datore di lavoro, se non nell’ottica – francamente inaccettabile – di dover ‘seguire’ passo passo l’attività lavorativa, in contrasto con la stessa distribuzione di compiti caratterizzanti la relativa sfera di garanzia.

D’altro canto, in un caso del genere, parrebbe quanto meno artificioso affermare che il dovere di garanzia è stato violato, anche se ‘incolpevolmente’: se ciò fosse, per vero, dovrebbe ammettersi l’adozione di una scelta addirittura più rigorosa rispetto a quella riferibile al compito di ‘vigilanza’ attribuito al datore di lavoro in caso di delega di funzioni: dove, par certo che detto compito, rientrando pur sempre nell’ambito dei doveri di garanzia, è programmaticamente strutturato in funzione di una vigilanza che già Pedrazzi escludeva potesse tradursi in un “controllo diretto” sull’adempimento delle funzioni delegate. A maggior ragione, risulta congruo affermare, allora, che la configurazione di un ‘potere-dovere’ impeditivo difficilmente possa essere postulata in relazione a mansioni (come quelle ora ricordate) che vengano conferite già *ex lege* alla figura del preposto.

#### 10. *Conoscenza effettiva di situazioni rischiose e poteri-doveri d'intervento*

Quanto detto non comporta, a ben vedere, che il datore di lavoro, magari venuto ‘occasionalmente’ a conoscenza del rischio che il preposto disattenda al proprio dovere, non possa intervenire per impedire che ciò accada. Un simile profilo, già segnalato a suo tempo da Padovani nel suo basilare e pionieristico studio sul diritto penale del lavoro, si ricollega invero alla circostanza che il soggetto in questione deve comunque attivarsi per garantire l’incolumità dei lavoratori. E tuttavia, è parimenti innegabile

che anche il preposto, qualora il responsabile dell'impresa non abbia provveduto alla bisogna, dovrà – anche in disaccordo con quest'ultimo – attivarsi affinché, ad es., i lavoratori abbandonino il posto di lavoro nel caso di insorgenza di una situazione pericolosa. Pensare diversamente significherebbe ratificare la possibilità di inosservanze ai limiti del dolo; ma, soprattutto, finirebbe col trascurare il fatto che simili fenomeni trascendono la stessa logica di una ripartizione funzionale di differenti posizioni di garanzia (così come, in buona sostanza, anche quella di un concorso colposo in senso stretto), che non può non essere concepita secondo una logica di tipo 'strutturale-organizzativo', allo scopo di preservare l'efficienza insita in un'accorta divisione del lavoro, e non già per 'deresponsabilizzare' chi si trovi nella possibilità di intervenire 'quando la casa brucia'.

Insomma: chi 'decide' le misure non è lo stesso soggetto che deve attenersi, e che potrà tutt'al più segnalare le deficienze del sistema di sicurezza: ma l'uno e l'altro non potranno mai ritenersi esonerati dal compito di attivarsi per impedire l'evento, in una logica imputativa fondata sull'*Appelfunktion* derivante da situazioni di fatto 'conosciute' e suscettibili di venire contrastate. E del resto, pur se in un ambito differente, lo stesso Padovani, nell'analizzare la figura del c.d. ordine insindacabile di cui all'art. 51, 4° comma c.p., sottolineava come, pur di fronte alla mancanza del potere giuridico di sindacare la legittimità dell'ordine ricevuto, l'inferiore non debba eseguirlo, quando, anche se in via del tutto occasionale, venga a conoscenza dello scopo criminoso perseguito dal superiore gerarchico. *Mutatis mutandis*, potrebbe dunque dirsi che le posizioni di garanzia – che sono appunto concepite a garanzia dell'efficacia ed al contempo dei limiti connessi ai singoli ruoli all'interno dell'organizzazione – dovranno, nei casi ora ricordati, cedere il passo ad un'ingerenza comunque consentita (ed anzi, doverosa) a garanzia dei beni tutelati mediante l'intervento maggiormente efficace ad impedirne l'offesa.

La sostanza di simili rilievi si apprezza, forse ancor di più, nel campo dell'attività sanitaria, dove la giurisprudenza si è premurata sovente di rimarcare, specialmente in presenza di un'attività chirurgica in équipe (non a caso caratterizzata da dinamiche operative più immediatamente 'a contatto' col bene da proteggere), la sussistenza di un dovere d'intervento a carico di qualsiasi membro del gruppo, anche se collocato in posizione subalterna, al fine di evitare i danni derivanti da uno scorretto svolgimento delle funzioni collegate all'operazione intrapresa.

11. *La definizione delle posizioni di garanzia: un work in progress da coltivare con realismo. Note conclusive su posizioni di garanzia, colpa e concorso colposo*

Rimane ferma, comunque, anche dopo tali chiarimenti, l'opportunità – da non pochi evidenziata – che le posizioni di garanzia debbano, non soltanto, vedere preservata la loro importanza nel definire gli ambiti delle funzioni riservate ai soggetti facenti parte della struttura (come pure, vale la pena ricordarlo, di soggetti c.d. esterni, quali, ad es., i fabbricanti, fornitori, installatori, *et similia*, in relazione alle attrezzature e ai dispositivi di protezione dell'incolumità sui luoghi di lavoro), ma anche, se possibile, venire più accuratamente definite e tipizzate, pur senza arrivare a postulare una sorta di potenziale 'taumaturgico' di tali tecniche d'intervento; come, per l'appunto, ancora una volta Padovani lascia intendere, nel momento in cui dubita, tra l'altro, circa l'avverarsi (auspicabile o meno che sia) di un 'tramonto' ed abbandono definitivo del più flessibile istituto della delega di funzioni. Né può pensarsi che un'analogia 'prefissazione' di ruoli possa radicarsi come per incanto nella configurazione di una responsabilità 'traslata', per devoluzione del compito di autoorganizzazione, su enti collettivi, ché, semmai, come osserva Gargani, una soluzione del genere si presta addirittura a fomentare una moltiplicazione incontrollabile di ruoli di garanzia non sufficientemente delineati.

Piuttosto, è lecito concludere come, anche laddove sia possibile configurare in termini sufficientemente rigorosi i criteri imputativi applicabili ad una *societas*, appaia ragionevole puntare con fermezza sulla valorizzazione dei contenuti delle posizioni funzionali in capo ai membri coinvolti nell'organizzazione; senza dimenticare che, come è venuto emergendo dalle precedenti osservazioni, una migliore demarcazione di ruoli risulti maggiormente proficua (anche) allo scopo di consentire una corretta 'lettura' sul piano teleologico delle dinamiche imputative collegate ad eventuali inosservanze, sia nell'attuazione degli interventi, sia nelle 'informazioni' da comunicare ad altri soggetti (ivi compresi, secondo un *trend* giustamente valorizzato nelle normative più recenti, gli stessi soggetti 'a rischio', come, da un lato, i lavoratori, dall'altro, e sia pure in altra prospettiva, i destinatari di un'attività terapeutica).

Un'osservazione finale, a questo punto, su colpa e cooperazione colposa. Si è detto che tra posizione di garanzia e giudizio di colpa sussistono indubbie correlazioni; ma niente esclude pur sempre una loro separazione (anche) in concreto, potendo invero accadere che il venir meno al dovere di garanzia (e tanto più ciò potrà accadere nel settore sanitario, dove le 'prestazioni' conformi

al dovere terapeutico scontano non di rado gravi margini d'incertezza, causa le molteplici opzioni 'alternative' nel momento di decidere quale percorso intraprendere) non possa essere sempre accompagnato da un atteggiamento colposo personalmente rimproverabile. Ciò non significa, tuttavia, che, dandosi una simile eventualità – ipotizzando, in particolare, che, nella sequela dei garanti, non tutti siano imputabili per colpa – l'inquadramento del fenomeno in una logica cooperativa debba considerarsi inappropriato; se è vero, com'è stato ben detto, che la cooperazione colposa non esclude che alcuni partecipi versino in dolo, non potrà allora negarsi (giusta le stesse caratteristiche generali del concorso, già rilevate in apertura) che tale cooperazione possa venire ad esistenza, anche qualora il singolo concorrente, che versi in colpa, venga ad influire sull'altrui violazione della posizione di garanzia, malgrado l'autore di tale violazione appaia meritevole, sotto il profilo soggettivo, di andare esente da un addebito di colpevolezza.



Gian Luigi Gatta\*

*Note in tema di prescrizione del reato, ragionevole durata del processo e tutela dei beni giuridici*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Tre decenni di dibattito sulla prescrizione del reato: da ‘cancro’ del sistema penale a preteso rimedio contro l’irragionevole durata del processo – 3. Le *rationes* della prescrizione del reato e il problematico rapporto con il processo – 4. Beni giuridici e prescrizione del reato: una prospettiva proficua – 5. Prescrizione del reato e ineffettività del diritto penale – 6. Prescrizione del reato e inefficienza del processo penale – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Tra i meriti del Prof. Antonio Fiorella – Maestro che onoriamo con questa raccolta di scritti – vi è quello di aver presieduto la Commissione incaricata nel 2012 dal Ministro della Giustizia di studiare una possibile riforma della prescrizione del reato. I lavori della Commissione, compendati in una pregevole Relazione pubblicata il 23 aprile 2013<sup>1</sup>, hanno rappresentato e continuano a rappresentare un importante punto di riferimento per le riforme relative all’istituto, che continua ad occupare una posizione centrale tra i temi della giustizia penale. La Commissione Fiorella propose infatti soluzioni in buona parte recepite nella riforma Orlando, che sarebbe stata realizzata alcuni anni dopo con la l. 23 giugno 2017, n. 103. Il riferimento è all’introduzione di due successive cause di *sospensione del corso della prescrizione del reato, nei giudizi di impugnazione*, successive al deposito della sentenza di primo grado e a quella d’appello, della durata complessiva di tre anni; due più uno, nella proposta della Commissione Fiorella; un anno e mezzo più un anno e mezzo, nella soluzione della l. n. 130/2017, destinata ad essere sostituita dalla successiva riforma Bonafede (l. 9 gennaio 2019, n. 3), a decorrere dal 1° gennaio 2020. La Commissione presieduta

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> La relazione può essere letta in <<http://www.giustizia.it>>.

dal Maestro che onoriamo, peraltro, non ha solo il merito di avere saputo individuare una soluzione tecnica capace di essere tradotta in legge, ma ha anche consegnato al dibattito pubblico una Relazione ricca di spunti che conservano intatta la loro attualità. La riforma della prescrizione del reato è infatti ancora oggi all'ordine del giorno, nonostante due riforme, succedutesi nel giro di pochi anni. Le istanze di ulteriore riforma dell'istituto, pur diverse, sembrano condividere oggi una premessa fondamentale della Relazione Fiorella: la riforma della prescrizione del reato difficilmente può non essere accompagnata da *modifiche di sistema*, capaci di incidere sulla *durata del processo* e sull'*efficienza della giustizia penale* nel suo complesso, con la garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti che vi sono coinvolti.

Per onorare il Maestro, nelle pagine che seguono dedicheremo allora alcune riflessioni alla prescrizione del reato, cercando di mettere in evidenza anche, e proprio, alcuni nessi con il correlato tema della durata del processo, evocato fin dalle prime righe nella Relazione Fiorella.

## 2. Tre decenni di dibattito sulla prescrizione del reato: da 'cancro' del sistema penale a preteso rimedio contro l'irragionevole durata del processo

La prescrizione del reato occupa, almeno da tre decenni, una posizione centrale nel dibattito italiano sulla giustizia penale. Negli anni novanta ha rappresentato l'esito più frequente dei procedimenti giudiziari della stagione di Tangentopoli<sup>2</sup>. Nei primi anni duemila è stata oggetto di una radicale quanto criticata<sup>3</sup> riforma all'insegna di una generale *riduzione del tempo necessario a prescrivere i reati*; una riforma – realizzata con la c.d. legge 'ex Cirielli'<sup>4</sup> – che si inserisce in una controversa stagione di leggi *ad personam*<sup>5</sup>. Negli ultimi tre anni, infine, come si è accennato in premessa, è stata oggetto di due riforme entrambe di segno opposto rispetto alla 'ex Cirielli', volte cioè a *diminuire l'incidenza della prescrizione del reato*, la

<sup>2</sup> Cfr. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Bari, 2007.

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata. Ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in «RIDPP», 2004, pp. 976 ss.

<sup>4</sup> L. 5 dicembre 2005, n. 251, sulla v., per tutti, DOLCINI, *Le due anime della legge 'ex Cirielli'*, in «CM», 2006, pp. 55 ss.; MARINUCCI, *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per reati gravi e mano dura per i tossicodipendenti in carcere*, in «DPP», 2006, pp. 170 ss.

<sup>5</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in «RIDPP», 2004, pp. 50 ss.

cui dimensione patologica ha raggiunto livelli allarmanti, in uno con la «esasperante»<sup>6</sup> lentezza del procedimento penale.

Le recenti riforme si sono concentrate sui giudizi d'impugnazione, consapevoli – come lo fu la Commissione Fiorella – di come l'appello, in particolare, rappresenti il grado di giudizio nel quale maggiore è l'incidenza della prescrizione. Sulla scia della Commissione Fiorella, nel 2017, per iniziativa del Ministro della giustizia Orlando<sup>7</sup>, furono come si è detto introdotte sospensioni automatiche del corso della prescrizione, dopo la condanna in primo e in secondo grado, in modo da concedere più tempo per concludere il giudizio d'appello e/o di cassazione. Nel 2019, per iniziativa del Ministro della giustizia Bonafede<sup>8</sup>, è stata infine approvata una riforma che, nell'abrogare la precedente, ha addirittura bloccato il corso della prescrizione dopo la sentenza di primo grado. La riforma Bonafede, entrata in vigore il 1° gennaio 2020, ha dunque per la prima volta escluso che la prescrizione del reato possa maturare nei giudizi d'impugnazione, secondo un modello di disciplina da tempo presente in altri paesi, come in Germania<sup>9</sup>. L'ultima riforma della prescrizione del reato ha perseguito l'obiettivo dichiarato di contrastare il fenomeno a processo in corso. Essa è peraltro andata incontro alle critiche di chi ha paventato effetti deleteri sulla durata del processo, nei giudizi d'impugnazione; un processo che, venuta meno la prospettiva della prescrizione, potrebbe durare, si è detto, all'infinito, rendendo gli imputati degli «eterni giudicabili»<sup>10</sup>.

Il dibattito degli ultimi tre decenni mostra a ben vedere due diversi e contraddittori volti della prescrizione: semplificando il discorso, è stata vista

<sup>6</sup> È l'aggettivo utilizzato, in una recente intervista, da un autorevole studioso e avvocato penalista quale Franco Coppi: F. OLIVO, *Franco Coppi: Il sistema giustizia non tiene più, cambiare il processo penale*, disponibile su <<http://huffingtonpost.it>>, 2 giugno 2020.

<sup>7</sup> L. 23 giugno 2017, n. 103, sulla quale cfr., tra gli altri, F. BASILE, *La prescrizione che verrà*, in «DPC», 17 maggio 2017; CAVALIERE, *Le nuove disposizioni 'emergenziali' in tema di prescrizione del reato*, in «LP», 7 dicembre 2017; S. ZIRULIA, *La riforma della prescrizione del reato*, in «DPC», 17 dicembre 2018.

<sup>8</sup> L. 9 gennaio 2019, n. 3, sulla quale sia consentito rinviare a G.L. GATTA, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in «RIDPP», 2018, pp. 2354 ss.; ID., *Una riforma dirimpente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in «DPC», 21 gennaio 2019. V. anche A. CAVALIERE, *Le norme in materia di prescrizione*, in *La cd. legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni, tra diritto e processo penale*, a cura di C. Iasevoli, Cacucci, Bari 2019, pp. 159 ss.

<sup>9</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in «DPC», 2013, pp. 34 ss.

<sup>10</sup> Cfr., tra gli altri, V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in «RIDPP», 2019, pp. 557 ss.



come ‘un *male*’ nella stagione di Tangentopoli e delle leggi *ad personam* – «un cancro che si diffonde anno dopo anno nel sistema italiano», scrisse Giorgio Marinucci<sup>11</sup> –, così come è stata considerata dai fautori della riforma Bonafede; viene difesa come ‘un *bene*’ da quanti sostengono – in linea con considerazioni che possono leggersi anche nella Relazione Fiorella – che, operando a mo’ di metronomo, essa assicurerebbe la ragionevole durata del processo e rappresenterebbe comunque un fisiologico rimedio per l’eventuale irragionevole durata<sup>12</sup>.

Una visione manichea del problema-prescrizione, tuttavia, rischia di non coglierne appieno la complessità e di lasciare in ombra qualche profilo meritevole invece di piena considerazione. In particolare, considerare la prescrizione come un evento fisiologico – di sistema – ingenera a nostro avviso un *equivoco di fondo*<sup>13</sup>: mette tra parentesi che la prescrizione del reato, a processo in corso, è un’anomalia italiana; è un fenomeno che dovrebbe essere eccezionale e che è sconosciuto a gran parte degli ordinamenti stranieri, dove la prescrizione del reato impedisce l’esercizio dell’azione penale (è il caso degli *statutes of limitations* americani)<sup>14</sup> o si interrompe per sempre con l’avvio del processo penale, attraverso la decisione motivata di un giudice che ritenga fondata l’accusa mossa dal pubblico ministero (è ad esempio il caso della Spagna)<sup>15</sup>. Il processo penale deve sì avere una ragionevole durata – lo impongono l’art. 111 Cost. e l’art. 6 Cedu – ma *non è certo compito della prescrizione del reato assicurarla*.

### 3. *Le rationes della prescrizione del reato e il problematico rapporto con il processo*

La prescrizione del reato, configurata nel nostro sistema come causa di estinzione del reato<sup>16</sup>, si inquadra in particolare tra le *cause di esclusione della punibilità*, cioè nell’ambito delle condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al

<sup>11</sup> MARINUCCI, *La prescrizione riformata*, cit., p. 976.

<sup>12</sup> Cfr., tra gli altri, O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in «SP», 21 gennaio 2020.

<sup>13</sup> Cfr. G.L. GATTA, G. GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in «SP», 11 febbraio 2020.

<sup>14</sup> Cfr. P.H. ROBINSON, M.T. CAHILL, *Criminal Law*, II Ed., Wolters Kluwer, New York, 2012, pp. 412 ss.

<sup>15</sup> Cfr. l’art. 132, co. 2 del codice penale spagnolo.

<sup>16</sup> Cfr. l’*incipit* dell’art. 157, co. 1 c.p.: «La prescrizione estingue il reato decorso il tempo...».

fatto antigiusuridico e colpevole, che escludono l'*opportunità* di punirlo<sup>17</sup>.

L'istituto – notoriamente legato al trascorrere del tempo – comporta la *rinuncia all'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato*; una rinuncia che è *espressione di una scelta politico-criminale* del legislatore. L'idea di fondo – la matrice dell'istituto nella tradizione giuridica internazionale – è che di norma il tempo fa venir meno l'*interesse pubblico* alla repressione dei reati e, quindi, all'applicazione delle sanzioni penali: è l'idea del «*tempori cedere*»<sup>18</sup>.

Gli effetti del tempo sul meccanismo della punizione pubblica<sup>19</sup> sono molteplici e sinergici: il tempo ripara o comunque in qualche misura rimargina la ferita cagionata dal reato; fa cadere gradualmente nell'oblio il fatto e attenua lo stigma nei confronti dell'autore; rende di norma più difficile la prova dei fatti<sup>20</sup> e delle responsabilità e, al contempo, incide per lo più negativamente sulle possibilità di difendersi (si pensi anche solo allo scemare del ricordo dei testimoni o alle difficoltà legate alla conservazione del materiale probatorio); rende infine problematica – in un sistema improntato al finalismo rieducativo della pena (art. 27, co. 2 Cost.) – la punizione dell'autore a distanza di un tempo eccessivo dalla commissione del fatto: quella persona potrebbe essere già riabilitata e risocializzata, senza essere passata attraverso la pena, e potrebbe paradossalmente subire effetti desocializzanti attraverso una punizione tardiva<sup>21</sup>.

La giurisprudenza costituzionale da tempo riconosce simili *rationes*; in particolare, quelle che fanno riferimento al venir meno dell'interesse alla repressione dei reati e alle difficoltà probatorie.

Nel giustificare l'istituto, la Corte costituzionale richiama tradizionalmente, infatti, «l'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venire meno, o notevolmente attenuato, insieme al loro ricordo, anche l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte,

<sup>17</sup> Cfr., tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Guffrè, Milano 2019, pp. 453 ss.

<sup>18</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino 2005.

<sup>19</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La giustizia penale e il tempo*, in «SP», 2 dicembre 2019. V. inoltre, da ultimo, V. MONGILLO, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, in «GI», 2020, pp. 996 ss.

<sup>20</sup> Una rilevante eccezione è però rappresentata dalla prova scientifica (si pensi all'esame del DNA), resa disponibile grazie al progresso tecnologico rispetto al tempo del fatto.

<sup>21</sup> Cfr. PULITANÒ, *La giustizia penale e il tempo*, cit., p. 17 s. V. anche, con un approccio maggiormente critico, ROBINSON, CAHILL, *Criminal Law*, cit., p. 413.

l'acquisizione del materiale probatorio»<sup>22</sup>. Talora la Corte ha inoltre fatto riferimento a un «diritto all'oblio» dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere [la] tutela»<sup>23</sup>. Si tratta, come è stato efficacemente detto in dottrina, di una sorta di «diritto a essere lasciato in pace, a non essere perseguitato per tutta la vita dagli errori commessi nel proprio passato, e a poter così voltare pagina»<sup>24</sup>. Anche chi abbia sbagliato, infatti, «ha diritto di lasciarsi a un certo punto alle spalle il proprio passato, e di costruire le proprie scelte esistenziali al riparo dall'eterna spada di Damocle del possibile attivarsi del potere punitivo statale»<sup>25</sup>. Di qui la scelta di rinunciare alla punizione dell'autore del reato e di configurare, quindi, una *causa di esclusione della punibilità* legata al decorso del tempo, secondo l'inquadramento *sostanziale* dell'istituto accolto nella giurisprudenza costituzionale, da ultimo nella decisione che ha chiuso la nota vicenda Taricco e il dialogo con la Corte di giustizia dell'U.E.<sup>26</sup>, nonché in quella che, ancor più di recente, si è pronunciata sui profili di diritto intertemporale conseguenti alla sospensione della prescrizione in ragione dell'emergenza sanitaria connessa al Covid-19<sup>27</sup>.

La prescrizione del reato riflette dunque la *scelta di non punire* fatti offensivi di beni giuridici in ragione del tempo trascorso dalla loro commissione. È una scelta senz'altro coerente con i principi del sistema quando si guardi alla prescrizione maturata *al di fuori del processo e a prescindere da esso*. Le tradizionali *rationes* della prescrizione del reato hanno infatti la loro ragion d'essere quando il reato non viene denunciato e l'autorità giudiziaria non si attiva, ovvero pretende di farlo a distanza di tempo eccessivo; non a caso, analoghe ragioni sono invocate, in sistemi diversi dal nostro – come quello statunitense – per giustificare gli *statutes of limitations*, che rendono non punibile il fatto e *impediscono l'avvio* di un procedimento penale<sup>28</sup>: negli Stati Uniti la prescrizione del reato non è un problema del processo (e nel processo); la ragionevole durata del processo, oggetto di un diritto costituzionalmente garantito dal VI Emendamento, è *problema slegato da quello della prescrizione del reato*, per risolvere il quale

<sup>22</sup> C. cost., 10 dicembre 1971, n. 202. V. anche, tra le altre, C. cost., 10 marzo 1983, n. 68; Id., 25 ottobre 1985, n. 254; Id., 14 luglio 1999, n. 337; Id., 19 maggio 2014, n. 143; Id., 23 novembre 2017, n. 24.

<sup>23</sup> Cfr. C. cost., 11 febbraio 2013, n. 23.

<sup>24</sup> Così VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, cit., p. 26.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 36.

<sup>26</sup> C. cost., 31 maggio 2018, n. 115. In precedenza v. C. cost., 26 gennaio 2017, n. 24.

<sup>27</sup> C. cost., 23 dicembre 2020, n. 278.

<sup>28</sup> Cfr. ROBINSON, CAHILL, *Criminal Law*, cit., pp. 412 ss.

sono previsti *speedy trial limits*<sup>29</sup>.

Quando il procedimento penale è stato tempestivamente avviato, e la prescrizione matura nell'ambito di un processo dai tempi lunghi, non può certo dirsi che la rinuncia all'esercizio della potestà punitiva, da parte dello Stato, si giustifichi in ragione del *venir meno dell'interesse pubblico ad accertare fatti e responsabilità*, rispondendo alla domanda sociale di giustizia, né in ragione di *difficoltà nel reperimento di materiale probatorio*. Non a caso, quando la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione interviene a processo in corso, magari nel giudizio di secondo o di terzo grado, in presenza di precedenti condanne, la percezione pubblica, delle vittime e della società nel suo insieme, è quella di una mancata giustizia, se non di una ingiustizia, oltre che di un inutile dispendio di risorse pubbliche. Sembra chiaro, insomma, che *la prescrizione del reato, a processo in corso, appartiene alla patologia e non già alla fisiologia del sistema*: è un improprio rimedio contro l'irragionevole durata del processo, che pregiudica di fatto, in un rilevante numero di casi, la tutela di beni e diritti di fondamentale rilievo, inclusi, nella prospettiva internazionale, i diritti umani.

#### 4. Beni giuridici e prescrizione del reato: una prospettiva proficua

La riduzione dell'incidenza della prescrizione va incontro a esigenze di maggiore *effettività dell'azione pubblica nella prevenzione e nella repressione della criminalità*, cioè delle più gravi forme di offesa ai beni giuridici, compresi quelli *inquadrabili tra i diritti fondamentali e i diritti umani*. Non va infatti dimenticato che la tutela dei diritti e delle persone offese, attraverso il diritto penale, è frustrata dalla prescrizione del reato. È questa una prospettiva troppo spesso negletta, che a nostro avviso rappresenta invece un osservatorio privilegiato per riflettere sulla ragion d'essere dell'istituto e sul suo controverso rapporto con il procedimento penale. Ed è una prospettiva rispetto alla quale non pochi spunti offre il diritto internazionale.

Anzitutto, se la prescrizione del reato fosse davvero necessaria per assicurare la ragionevole durata del processo – principio costituzionale (art. 111 Cost.) e sovranazionale (art. 6 Cedu) – non si giustificerebbe la presenza di *reati imprescrittibili*.

Si tratta, nel sistema italiano, dei reati per i quali la legge prevede la pena

<sup>29</sup> Cfr., per un quadro d'insieme particolarmente efficace, E. GRANDE, *Perché la prescrizione non crea problemi negli USA?* in «QG», 31 gennaio 2019.

dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti (art. 157, ult. co. c.p.). Vi sono poi altri reati che sono imprescrittibili non già di diritto, bensì di fatto<sup>30</sup>: i reati (previsti dagli artt. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p.) per i quali non è posto alcun limite al prolungamento del tempo necessario a prescrivere in caso di interruzione della prescrizione, quando l'autorità giudiziaria si attivi (art. 160, ult. co. c.p.).

In entrambi i casi si tratta di *reati di particolare gravità*, rispetto ai quali la rinuncia alla punizione, in ragione del decorso del tempo, non è ritenuta socialmente accettabile: *il tempo non cancella il bisogno di punire le offese più gravi, che non si rimarginano; la collettività non dimentica e continua ad aspettare la risposta della giustizia; l'individuo non matura alcun diritto all'oblio.*

In un bilanciamento tra gli interessi in gioco, quelli individuali possono soccombere – secondo una logica consueta al diritto dei diritti umani – a fronte di un giudizio di proporzione rispetto al quale pesa in modo decisivo la gravità del reato commesso e dell'offesa che esso incarna. È questa, d'altra parte, una logica ben nota al *diritto internazionale*, che trova espressione, ad esempio, nell'art. 29 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale e nella Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, d'altra parte, è pacifico che *la prescrizione del reato non possa essere di pregiudizio alla tutela dei diritti umani*: condanne dell'Italia, in casi di accertata violazione degli artt. 2 e 3 Cedu, nell'ambito di procedimenti penali conclusisi con il proscioglimento degli imputati per intervenuta prescrizione, sono state pronunciate nel recente passato a Strasburgo, anche nell'ambito di vicende giudiziarie tristemente note, come quella relativa alle violenze perpetrate dalla polizia in occasione del G8 del 2001<sup>31</sup>. E proprio in relazione alla proibizione della tortura, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 473 ss.

<sup>31</sup> Cfr. CoEDU sez. II, 29 marzo 2011, *Alikaj c. Italia* (violazione art. 2 Cedu: «l'applicazione della prescrizione rientra incontestabilmente nella categoria di quelle 'misure' inammissibili secondo la giurisprudenza della Corte in quanto ha avuto come effetto quello di impedire una condanna»); CoEDU, Sez. II, 1° luglio 2014, *Saba c. Italia* (violazione art. 3 Cedu: «...quando degli agenti dello Stato vengono imputati di maltrattamenti, è importante che i procedimenti non cadano in prescrizione»); CoEDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia* (violazione art. 3 Cedu: «nell'ambito della legislazione penale italiana, la prescrizione... [può] impedire non soltanto la punizione dei responsabili degli atti di 'tortura', ma anche degli autori dei 'trattamenti inumani' e 'degradanti'...nonostante tutti gli sforzi dispiegati dalle autorità procedenti e giudicanti»).

<sup>32</sup> Cfr. la Decisione 2019(1362/H46-14), depositata il 5 dicembre 2019 nel caso *Cestaro c. Italia*.

ha di recente espresso rilievi critici, nei confronti del nostro paese, per non avere previsto l'imprescrittibilità del delitto di *tortura*, finalmente introdotto nell'art. 613 *bis* c.p., in adempimento di obblighi internazionali, dopo notoria quanto imbarazzante attesa<sup>33</sup>.

Obblighi di prestare una tutela efficace a beni giuridici, assunti a livello internazionale e il cui adempimento risulta spesso frustrato, nella prassi, dalla prescrizione del reato, non riguardano d'altra parte i soli diritti umani e i diritti fondamentali. È ad esempio il caso della *corruzione* e delle *frodi contro gli interessi finanziari dell'UE*. Il nostro paese, nel recente passato, è stato notoriamente esposto a 'censure', a livello internazionale, per l'inefficace azione di repressione dei predetti fenomeni, imputabile anche e proprio a un'elevata incidenza della prescrizione del reato.

Quanto alla corruzione, valutazioni positive, da parte degli organismi internazionali preposti al controllo dell'adempimento dei predetti obblighi, sono state espresse solo dopo interventi di riforma, nell'ordinamento interno, volti a ridurre l'incidenza della prescrizione nella sfera dei delitti di corruzione. Il pensiero corre in proposito, rispettivamente, alle valutazioni periodiche del GRECO<sup>34</sup>, nell'ambito del Consiglio d'Europa, e del WGB<sup>35</sup>, nell'ambito dell'OCSE.

Quanto poi alle frodi ai danni degli interessi finanziari dell'UE, solo il paventato azionamento del meccanismo dei contro-limiti (con riferimento all'art. 25, co. 2 Cost.), da parte della Corte costituzionale<sup>36</sup>, ha impedito, all'esito della vicenda Taricco, la disapplicazione, per contrasto con l'art. 325, § 1 e 2 TFUE, della disciplina che, per quelle frodi, prevede un limite massimo per l'allungamento del termine di prescrizione, per effetto di atti interruttivi (artt. 160, co 1 e 161, co. 2 c.p.)<sup>37</sup>: una disciplina che – nella misura in cui non prevede l'imprescrittibilità di fatto del reato, a processo in corso, in un rilevante numero di casi – è stata ritenuta dalla Corte del Lussemburgo contrastante con l'obbligo eurounitario di infliggere sanzioni *effettive e dissuasive* a tutela degli interessi finanziari dell'UE.

<sup>33</sup> V. ad es., nella già ampia letteratura, E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, Bari, 2018.

<sup>34</sup> Group of states against corruption.

<sup>35</sup> Working Group on Bribery. Cfr. ad es. la comunicazione in data 21 marzo 2017, con la quale il WGB esprimeva soddisfazione per la prossima approvazione della riforma Orlando, grazie alla quale, come si è detto, veniva ridotta l'incidenza della prescrizione del reato.

<sup>36</sup> Cfr. C. cost., n. 24/2017, cit.

<sup>37</sup> Cfr., per un quadro di sintesi della complessa e nota vicenda, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 474 ss.

## 5. Prescrizione del reato e ineffettività del diritto penale

Il diritto internazionale mostra dunque come, lungi dal rappresentare un fisiologico rimedio contro l'irragionevole durata del processo, la prescrizione è *un istituto di problematica compatibilità in rapporto all'esigenza di tutela di beni giuridici, diritti umani e diritti fondamentali*. È un istituto che, nella fisiologia e nella prassi dei sistemi penali, deve avere carattere eccezionale e non deve riguardare reati di particolare gravità.

I dati statistici sulla prescrizione del reato, resi noti annualmente in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, sono invece allarmanti. Si tratta di dati relativi a reati caduti in prescrizione a procedimento penale in corso, cioè dopo essere stati denunciati: nessuno conosce, infatti, naturalmente, la cifra oscura dei reati che si prescrivono senza essere mai stati denunciati. È un'osservazione che può sembrare banale, ma che in realtà è tanto infrequente quanto utile per sottolineare come, da un lato, esistono reati – il cui numero è ignoto – che cadono in prescrizione perché effettivamente rimasti nell'oblio; dall'altro lato, esistono invece *reati che si prescrivono senza essere caduti nell'oblio*, perché oggetto di denunce e di conseguenti procedimenti penali in stato più o meno avanzato.

In Italia circa il 10% dei procedimenti penali, ogni anno, viene definito con la declaratoria di estinzione per prescrizione del reato (circa 125.000 su 1.250.000)<sup>38</sup>. In circa *la metà* dei procedimenti la prescrizione interviene durante le *indagini preliminari* e, comunque, in una fase antecedente al dibattimento di primo grado. In circa *un quarto* dei procedimenti la prescrizione matura *durante il giudizio di primo grado*. Nel *restante quarto* dei procedimenti la prescrizione interviene *durante il giudizio di appello e, in minima parte, durante il giudizio di cassazione*<sup>39</sup>. Le riforme realizzate negli ultimi anni, pertanto, sono destinate a incidere solo su un quarto dei procedimenti che complessivamente si definiscono con la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Il blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, introdotto a decorrere dal 1° gennaio 2020 dalla riforma Bonafede promette di tagliare del 25% il numero dei reati che annualmente si prescrivono a procedimento in corso e non produrrà effetti sul restante 75%, in gran parte rappresentato dalla

<sup>38</sup> Il dato si riferisce al 2017 ed è stato reso dal Ministero della Giustizia durante i lavori parlamentari della l. n. 3/2019 (c.d. legge Bonafede, o spazza-corrotti).

<sup>39</sup> Cfr. la Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Primo Presidente della Corte di cassazione, Giovanni Mammona (p. 29). Per ulteriori dati, corrispondenti in valore e relativi al 2017, cfr. GATTA, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, cit., pp. 2350 ss.

massa dei fascicoli che intasano le procure italiane: è il prezzo da pagare al principio di obbligatorietà dell'azione penale – peraltro rispettato solo sulla carta, quando il procedimento, avviato, resta nell'armadio di un ufficio giudiziario, in attesa della prescrizione del reato – e a una inarrestabile tendenza legislativa alla panpenalizzazione, nonostante i *deficit* strutturali e organizzativi di una macchina giudiziaria chiamata a gestire un numero esorbitante di procedimenti.

La prescrizione del reato nella fase processuale vera e propria – nei tre gradi di giudizio – rappresenta dunque solo la punta dell'*iceberg*. Su di essa, nondimeno, si concentra l'attenzione pubblica – e si è concentrato anche il legislatore – maggiore essendo il senso di ingiustizia allorché lo Stato rinuncia all'accertamento di fatti e responsabilità *dopo che è stata compiuta inutilmente l'attività giudiziaria* e che, magari, è stata pronunciata una condanna in primo e/o in secondo grado.

La fase processuale più esposta al rischio della prescrizione del reato è il giudizio d'appello, dove il 24,2% dei procedimenti – uno ogni quattro – riguarda reati per i quali sopravviene la prescrizione. Mentre l'incidenza della prescrizione del reato nel giudizio di cassazione è quasi irrilevante (1,7% dei procedimenti)<sup>40</sup>, ed è poco significativa nel giudizio di primo grado (circa l'8% dei procedimenti), *nel grado di appello il fenomeno ha dimensioni patologiche*. Il dato è in realtà disomogeneo sul territorio nazionale: in alcuni distretti, come ad esempio a Roma<sup>41</sup>, la prescrizione ha interessato nel 2019 ben il 48% dei procedimenti definiti in appello (uno su due); in altri distretti, come a Milano, ha interessato nello stesso anno solo 2,91% dei procedimenti<sup>42</sup>. Per svariate ragioni, alcune di sistema, altre organizzative, altre condizionate dal carico giudiziario e dalle carenze di organico, esistono dunque realtà, sul territorio nazionale, nelle quali presentare appello garantisce un'altissima probabilità di prescrizione del reato. Come pretendere che un difensore non proponga appello o patteggi la pena, se ha una ragionevole aspettativa del proscioglimento del suo assistito per intervenuta prescrizione?<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Cfr. la citata Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Primo Presidente della Corte di cassazione, Giovanni Mammone (p. 29).

<sup>41</sup> Cfr. la Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Presidente della Corte d'appello di Roma, Luciano Panzani (p. 76).

<sup>42</sup> I dati relativi ai diversi distretti possono leggersi in una tabella pubblicata nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Presidente della Corte d'appello di Palermo, Matteo Frasca (p. 131).

<sup>43</sup> Cfr. GATTA, GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, cit.



È una domanda semplice e diretta, che dice molto sull'ineffettività del diritto penale, nella prospettiva della tutela dei beni giuridici, anche in chiave di prevenzione generale e speciale, nonché sull'inefficienza del processo penale, bisognoso sempre più di una riforma strutturale<sup>44</sup>.

## 6. Prescrizione del reato e inefficienza del processo penale

La prescrizione del reato, nella dimensione con cui si presenta nel nostro paese, è uno dei frutti, insani, di un processo penale inefficiente: lungi dal rappresentare un farmaco contro la lentezza del processo e un rimedio per l'irragionevole durata, la prescrizione del reato – a processo in corso – è *la cartina di tornasole di un sistema malato*. E non può curare quel sistema – nella veste di improprio metronomo del procedimento penale – per la semplice ragione che *'male non cura male'*<sup>45</sup>.

Ancora una volta, la prospettiva del diritto internazionale e comparato mette a nudo una realtà che rischia di essere relegata in secondo piano nell'attuale dibattito: quella della *patologica lentezza del processo penale*, che impedisce allo Stato di fare giustizia – accertando fatti e, se del caso, responsabilità – in vista della *tutela di beni giuridici (compresi i diritti umani e i diritti fondamentali)* e nel *rispetto delle garanzie correlate al processo penale*, a partire da quella relativa alla sua ragionevole durata. Il processo penale deve essere sia efficace sia efficiente: l'inefficienza, determinata dai fattori che incidono sulla durata, produce la prescrizione del reato e, con essa, l'inefficacia del processo stesso e del sistema nel suo complesso. La prescrizione del reato assume così la veste di un istituto che poco o nulla ha a che fare con le nobili *rationes* che ne rappresentano la ragion d'essere, *fuori dal processo*.

I dati statistici sono eloquenti. Secondo un *report* pubblicato nel 2019 dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPJ), costituita nell'ambito del Consiglio d'Europa<sup>46</sup>, il giudizio penale di primo grado dura in Italia più che in ogni altro paese (la media europea è di 138 giorni); quello

---

<sup>44</sup> Sul progetto di riforma attualmente all'esame del Parlamento v. M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in «SP», 21 aprile 2020.

<sup>45</sup> Si consentito rinviare a GATTA, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in «SP», 9 dicembre 2019.

<sup>46</sup> Cfr. European Judicial Systems Efficiency and Quality of Justice, CEPJ Studies No. 26, 2018, p. 312.

d'appello solo a Malta dura di più, a fronte di una media europea di 143 giorni<sup>47</sup>. In particolare, secondo i dati resi noti dal Primo Presidente della Corte di cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2020<sup>48</sup>, in Italia la durata media del processo penale è, in primo grado, di 392 giorni – quasi tre volte la media europea – ed è di 840 giorni in appello – quasi sei volte la media europea –. Solo in Cassazione, grazie a uno sforzo organizzativo notevole ed esemplare, il processo penale ha una durata media in linea con gli *standard* europei (167 giorni).

Il *nesso tra durata media del processo e tassi di prescrizione del reato* è evidente. Basti pensare che là dove il processo in appello dura di meno (ad esempio, 13 mesi, pari a 390 giorni, nel distretto di Milano) il numero di procedimenti definiti con la declaratoria di prescrizione del reato è altrettanto inferiore (il 2,91%, in quello stesso distretto).

## 7. Considerazioni conclusive

Unitariamente considerati, i dati sulla prescrizione del reato, da una parte, e quelli sulla durata del processo, dall'altra parte, rendono evidente la compresenza di *due problemi di sistema diversi e correlati*. Nella prospettiva dei diritti fondamentali, entrambi i problemi richiedono una soluzione ed è evidente che *un ridimensionamento dell'incidenza della prescrizione del reato dipende, in larga misura, da una riforma del processo penale che, quanto a durata, lo allinei alla media europea*.

Non è certo questa la sede per tentare anche solo di abbozzare le linee di una simile riforma, che – attraverso una strada che la Commissione Fiorella non ha ritenuto opportuno percorrere, in ossequio alla tradizione italiana – potrebbe prevedere meccanismi di termini di fase entro i quali i diversi gradi di giudizio dovrebbero essere celebrati, pena la c.d. *prescrizione del processo*<sup>49</sup>; si intende qui solo richiamare l'attenzione su *una questione di metodo e di obiettivi* che, ragionevolmente, dovrebbero essere perseguiti. Occorre infatti avere consapevolezza di come la prescrizione del reato rappresenti un rimedio all'irragionevole durata del processo solo nel contesto di una situazione di

<sup>47</sup> European Judicial Systems Efficiency and Quality of Justice, CEPJ Studies No. 26, 2018, p. 328.

<sup>48</sup> Cfr. la Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Primo Presidente della Corte di cassazione, Giovanni Mammona.

<sup>49</sup> Cfr. GATTA, GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, cit.

patologia del sistema dalla quale si deve uscire quanto prima. Non si ignora che la Corte europea dei diritti dell'uomo, in un caso concernente il nostro paese, ha escluso che l'imputato proscioltosi per prescrizione possa dolersi di aver subito un «pregiudizio importante» in conseguenza dell'irragionevole durata del processo penale, esplicitamente argomentando dalla natura compensatoria dell'effetto integralmente liberatorio della dichiarazione di prescrizione<sup>50</sup>. Si tratta però di un *rimedio di fatto* – nel contesto di una situazione patologica – che non può assurgere a rimedio di sistema, se non al prezzo – inaccettabile nella stessa dimensione del diritto dei diritti umani – di sacrificare la tutela che l'ordinamento deve assicurare, attraverso il diritto e il processo penale, ai beni giuridici e ai diritti che di volta in volta vengono in considerazione, compresi i diritti umani.

Per questo il programma di una riforma del sistema, che intenda andare oltre alla patologia, deve considerare misure per ridurre i tempi del processo, da un lato, e prevedere rimedi per l'irragionevole durata, diversi dalla prescrizione del reato, dall'altra parte. Ancora una volta, come è stato mostrato da autorevole dottrina, l'esperienza di ordinamenti stranieri può essere in tal senso illuminante. Sono i casi, ad esempio, della Germania e della Spagna, che prevedono, per chi sia condannato all'esito di un processo di irragionevole durata, meccanismi di scomputo della pena fondati sull'idea che quel processo produce una sofferenza della quale l'ordinamento deve tener conto, non limitandosi a una riparazione patrimoniale<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. CoEDU, sent. 6 marzo 2012, ric. n. 23563/07, *Gagliano Giorgi c. Italia*, in «DPC», 27 aprile 2012, con nota di P. GAETA, *La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del 'pregiudizio importante' nella giurisprudenza di Strasburgo*.

<sup>51</sup> Fondamentale, a riguardo, VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, cit., pp. 34 ss.

Fausto Giunta\*

*La forma dell'imputazione e la sostanza del processo*

SOMMARIO: 1. Fatto e diritto nella formulazione dell'accusa – 2. I vantaggi del capo di imputazione legalistico – 3. La precisione dell'addebito come garanzia compensativa – 4. I vizi del capo di imputazione – 5. L'imputazione a titolo di colpa – 6. Chiusa.

1. *Fatto e diritto nella formulazione dell'accusa*

Con la formulazione del capo di imputazione il procedimento penale evolve nel processo. Prima di allora le indagini hanno riguardato fatti. Nel capo di imputazione la loro sintetica descrizione confluisce nella cornice della corrispondente fattispecie incriminatrice. Il risultato è quello di un vero e proprio progetto di condanna costruito dalla pubblica accusa; ben di più che una prima inquadratura del processo. Seppure in termini di ipotesi, l'addebito è narrato mettendo in collegamento tra loro la prospettiva processuale, che guarda al reato come accadimento storico da provare, e il piano del diritto penale sostanziale, che si occupa di qualificazioni (produttive, se fondate, di conseguenze punitive).

Per l'impostazione tradizionale, ispirata al primato del principio di legalità, il raggio di azione del processo non può eccedere quello del diritto sostanziale. In altre parole: la qualificazione del fatto di reato deve essere plausibile. Ciò significa che, se la fattispecie incriminatrice è di nuovo conio legislativo (o, come pure accade, esiste da tempo ma è poco o punto applicata), essa non può applicarsi oltre il perimetro del suo tenore testuale. Quando la figura di reato contestata ha un vissuto interpretativo, il formante dottrinale e giurisprudenziale, specie se univoco, funge da ulteriore parametro restrittivo.

Questa chiave di lettura presenta indubbi vantaggi sul piano del complessivo rafforzamento garantistico, perché estende al giusto processo il linguaggio del diritto sostanziale, riaffermando ad un tempo il ruolo servente

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Firenze.

del primo e quello fondativo del secondo. Ne esce fortemente ridimensionata la creatività del pubblico ministero, che non potrà sconfinare in imputazioni inedite o stravaganti. Al contempo, ne guadagna l'attività cognitiva del giudice per l'udienza preliminare, che disporrà di parametri più sicuri per valutare la sostenibilità (anche giuridica) dell'accusa. Un capo di imputazione per così dire legalistico dà attuazione alla pretesa punitiva nel pieno rispetto della funzione contenitiva propria della tipicità penale, ancorando saldamente l'attività accusatoria del pubblico ministero alla cultura della giurisdizione.

Ma vi è anche un altro modo di vedere le cose. Da questa diversa angolazione, la funzione regolativa del diritto penale sostanziale non preesiste al processo, ma assume consistenza all'esito della sua celebrazione. Il capo di imputazione diventa allora un progetto di sentenza "aperto", sottratto a un preliminare e rigoroso vaglio di legalità. In esso non abitano solo tipicità nitide, ma possono agitarsi interpretazioni del tutto "innovative" e scarsamente prevedibili. Per l'instaurazione del rapporto processuale sarebbero sufficienti, dunque, anche ipotesi di reato sperimentali; l'importante è che l'addebito soddisfi quei requisiti funzionali alla difesa in fatto, ossia la sufficiente compiutezza narrativa, secondo le indicazioni dell'415-*bis* c.p.p. (che parla di sommaria enunciazione del fatto per cui si procede) o, meglio, l'esposizione dell'addebito in modo chiaro e preciso, in base al tenore dell'art. 417 c.p.p. Le eventuali carenze della qualificazione giuridica non integrerebbero di per sé un vizio del capo di imputazione, essendo il giudizio in punto di diritto compito precipuo della sentenza. In breve: la legalità costituirebbe un vincolo progressivo: minimo all'inizio del processo e massimo solo alla fine del suo percorso, ossia nel giudizio di legittimità.

## *2. I vantaggi del capo di imputazione legalistico*

Quest'ultima impostazione risulta assai meno soddisfacente per l'imputato. La prima, per converso, presenta indubbi vantaggi anche dal punto di vista magistratuale. Essa, infatti, consente una più essenziale descrizione dell'addebito. A volte i capi di imputazione sono lunghi e farraginosi perché l'esposizione in fatto non riesce a giovare della funzione ordinatoria propria di una corretta visione dalla fattispecie incriminatrice. Da qui la ricerca e l'esaltazione di un disvalore che non è quello del fatto tipico. I conti non tornano, ma le righe si sommano. La qual cosa non meraviglia perché il disvalore dell'addebito penale non sta solo nel fatto

o solo nella sua qualificazione, ma nella loro perfetta sovrapposizione. Il primo, comprensivo della personalità dell'imputato, non deve prendere il sopravvento sulla seconda, che guida nella selezione dei tratti salienti della narrazione. Questo spiega perché la determinatezza del capo di imputazione sia indispensabile, ma non sufficiente a compensare i vizi strutturali di natura sostanziale, tra cui l'indeterminatezza del tipo contestato.

A ciò si aggiunga che un buon capo di imputazione consente la semplificazione delle liste testimoniali. Il giudice avrà un criterio non arbitrario in base al quale potare, se del caso, gli eccessi delle difese, del tutto comprensibili quando non si capisce bene da cosa ci si deve difendere.

Non solo: un capo di imputazione chiaro e preciso agevola il governo dell'istruttoria dibattimentale. Come noto, il giudice non conosce anticipatamente gli atti di accusa. Lo si vuole giustamente vergine, ma gli si affida il compito di dirigere un'istruttoria volta a ricostruire i fatti che non conosce. I suoi strumenti di orientamento sono per l'appunto il capo di imputazione e il capitolato delle prove richieste dalle parti. Più è geometrico l'impianto accusatorio, meglio il giudice potrà valutare i mezzi di prova che è necessario ammettere, a fronte di quelli che risultano *ictu oculi* superflui o addirittura eccentrici.

In ogni caso una corretta formulazione dell'accusa ne consente il controllo. I processi immeritevoli di essere celebrati non devono nemmeno avere inizio, con conseguente risparmio di energie, meritevoli di miglior causa.

### 3. *La precisione dell'addebito come garanzia compensativa*

Difendere è più difficile che accusare, non fosse altro perché l'accusa ha campo libero nell'impostare la contesa. Negli sport e nei giochi in genere il diritto alla prima mossa è considerato vantaggioso in sé. La difesa agisce, invece, di rimessa. Da qui regole compensative a favore di chi subisce l'altrui iniziativa antagonista.

Nel processo penale, all'esercizio dell'azione corrisponde, come equivalente garantistico, la leale e adeguata formulazione dell'addebito. Si tratta di un diritto dell'accusato. Per converso, le degenerazioni del capo di imputazione possono integrare forme di abuso del processo, finanche deontologicamente rilevanti, se funzionali al gratuito discredito dell'imputato<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sia consentito il rinvio a F. GIUNTA, *La deontologia del penalista: spunti (personali) per*

Quando il capo di imputazione rimane labile all'esito dell'udienza preliminare, ciò non dipende però solo dall'intraprendenza del pubblico ministero. Decisiva è l'arrendevolezza del giudice per l'udienza preliminare, che abdica alla funzione che gli è stata affidata (quando non si tratta ovviamente di processi a citazione diretta). Se il filtro non filtra, ci si deve interrogare sulla sua utilità.

#### *4. I vizi del capo di imputazione*

Una riflessione sullo stato dell'arte di imputare richiederebbe, per non risultare astratta, un confronto con la casistica. Quest'ultima, tuttavia, è difficile da rilevare, perché le storture del capo di imputazione, quando superano indenni l'udienza preliminare, non danno luogo a motivazione e conseguentemente a giurisprudenza. È nota invece la larghezza di giudizio con cui la Cassazione, finché è stata competente, annullava le sentenze di non luogo a procedere, imputando al giudice per l'udienza preliminare di avere ecceduto nella sua funzione di controllo, sconfinando nella valutazione del merito. Vedremo, adesso, se l'orientamento delle Corti di appello, divenute competenti, sarà meno censorio.

Più che dalla giurisprudenza, dunque, la casistica può desumersi da conoscenze prasseologiche inevitabilmente disomogenee e approssimative.

Ciò chiarito, non ci si diffonderà sui capi di imputazione affetti da vizi di qualificazione sostanziale. Sarebbe come proporre un ripasso del diritto penale speciale. Non che manchi la materia. Talvolta la fantasia accusatoria attacca briga con le basi grammaticali del diritto penale. Si tratta di storture del sistema che discendono dalla crisi della legalità. Il capo di imputazione non è la causa, ma il riflesso di un più generale atteggiamento culturale di ispirazione antiformalistica, che spiega la scarsa propensione della giurisdizione a svolgere, sin dalla fase genetica del processo, un controllo sulla congruenza giuridica dell'accusa.

Non meno rilevanti sono alcune carenze solo apparentemente estrinseche, che possono affliggere il capo di imputazione, come la laconicità narrativa che sfocia nella genericità o, all'opposto, nella contraddittorietà che genera indeterminatezza. Certamente la descrizione accusatoria del fatto deve essere essenziale, ma ciò non deve avvenire a discapito della sua corretta individuazione. Il volto dell'addebito deve essere ritratto nei

---

*una riflessione (di gruppo)*, in *disCrimen*, 1.3.2019, pp. 4 ss.

suoi fondamentali tratti somatici, ragion per cui il rinvio alle ulteriori informazioni contenute negli atti di indagine non vale a compensare deficit narrativi, ma può ammettersi solo in funzione integrativa e complementare. L'imputato ha diritto di conoscere direttamente dal pubblico ministero l'accusa che gli viene mossa; egli non ha l'onere di ricercarla nel fascicolo del pubblico ministero.

E ancora: in alcuni settori, tra i quali spicca il diritto penale dell'economia, la formulazione dell'accusa è debitrice di concetti tecnici espressi con un linguaggio gergale ricco di termini inglesi. C'è il rischio che la scelta di esprimere il significante in lingua straniera, lontano dall'esaurirsi in un'innocente conformazione a usi terminologici consolidati, finisca per trasformare il significato del concetto. Imputare per esempio il furto del *know how* di una impresa (inteso come sinonimo di progetti, idee e via discorrendo) equivale a spiritualizzare l'oggetto materiale della fattispecie di cui all'art. 624 c.p. Approdo, questo, che, seppure avallato da una recentissima e solitaria pronuncia, contrasta con storia interpretativa della fattispecie incriminatrice<sup>2</sup>.

Per non dire del capo di imputazione alternativo, quando la divaricazione narrativa non si esaurisce in una semplice variabile di tempo o di luogo, ma investe le modalità della condotta fino a risolversi nella contestazione di fatti in realtà diversi.

E si potrebbe continuare con il ricorso a espedienti linguistici mirati all'eccessiva "semplificazione probatoria" dell'addebito: è il caso, a quest'ultimo proposito, della figura del concorso morale con un soggetto ignoto, quale unico autore materiale del reato, quando rimane sconosciuta non solo l'identità di detto concorrente, ma anche la sua condotta sotto il profilo sia delle modalità, sia delle coordinate spazio-temporali<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> V. di recente Cass. Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959, che, dissentendo da dottrina e giurisprudenza, afferma il carattere di cosa mobile del *file* (sebbene unicamente qualora esso sia acquisito e contestualmente distrutto nel supporto del legittimo possessore). Per un commento critico, v. N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in «DPP», 2020, pp. 651 ss.

<sup>3</sup> Per attingere all'esperienza professionale dello scrivente, cfr. avviso *ex art. 415-bis* c.p.p., Procura della Repubblica di Trento, proc. pen., 564/2010 R.G.N.R. All'unico imputato veniva addebitato l'utilizzo di una scrittura privata falsa, con la quale avrebbe realizzato un tentativo di truffa richiedendo il pagamento di una prestazione di servizi mai concordata; scrittura privata falsificata dal concorrente materiale rimasto ignoto e della cui condotta illecita non è dato sapere null'altro.



### 5. *L'imputazione a titolo di colpa*

Se c'è un settore dove il diritto penale sostanziale non aiuta nella redazione del capo di imputazione, esso è costituito dal delitto colposo. L'opacità strutturale della colpa non può produrre certo trasparenza processuale.

In questi casi il minimo etico, al di sotto del quale l'accusa non può scendere, è l'indicazione della cautela che si assume violata. Requisito, questo, riconosciuto dalla prassi, ma la cui portata garantistica è nullificata dal contestuale addebito della colpa generica c.d. residuale, come tale per definizione indeterminata (*nomina sunt consequentia rerum*) e indicata tautologicamente come negligenza, imprudenza o imperizia, nel pieno rispetto dell'art. 43 c.p. ma in dispregio di talune categorie garantistiche, quali la tipicità e la colpevolezza.

Partendo da queste premesse non meraviglia certo che, in materia di colpa, molto raramente c'è corrispondenza tra la negligenza contestata e quella riconosciuta in sentenza. L'accusa è perennemente fluida e fluttuante. Difendere non diventa difficile, è semplicemente impossibile.

### 6. *Chiusa*

Il capo di imputazione segna un punto di equilibrio cruciale tra funzioni penalistiche sostanziali e processuali, la cui corretta individuazione non dipende solamente da parametri formali.

Certamente la fattispecie contestata deve specchiarsi fedelmente nel capo di imputazione, in modo da eguagliarne l'auspicato standard di determinatezza in punto di diritto e di precisione nella narrazione del fatto storico.

Ne consegue che il capo di imputazione risente del livello di garanzia offerto dal diritto sostanziale.

Ma la garanzia formale della legalità non basta. Ad essa deve aggiungersi l'etica del buon accusatore, che rifiuta la logica di risultato scissa dal rispetto delle regole. L'accusa deve garantire la difendibilità. Solo a questa condizione il processo può dirsi "giusto" sin dai blocchi di partenza.

Walter Gropp\*

*Offensività* statt Gesinnungsstrafrecht  
Überlegungen zum subjektiven Rechtfertigungselement  
im deutschen Strafrecht

SOMMARIO: 0. Art. 59 Abs. 1 Codice Rocco, L. 26 aprile 2019, n. 36 und das Prinzip der „Offensività“ – I. Das subjektive Rechtfertigungselement als Bestandteil von Rechtfertigungsgründen 1. Rechtfertigungsgründe mit und ohne subjektives Rechtfertigungselement im Gesetzeswortlaut. a. Rechtfertigender Notstand, § 34 dStGB: ein Rechtfertigungsgrund mit einem subjektiven Rechtfertigungselement im Gesetzeswortlaut – b. Rechtfertigungsgründe ohne ein subjektives Rechtfertigungselement im Gesetzeswortlaut. aa. Rechtfertigender Notstand, § 904 BGB – bb. Eingriffsrechte von Amtsträgern, insbesondere im Rahmen der Strafverfolgung – c. Umstritten: Norwehr, § 32 dStGB – 2. Gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe – II. Begründungen für das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselementes – 1. Der Vorsatz als Element der Tatbestandsmäßigkeit (personale Unrechtslehre) – 2. Das Wortlautargument. a. Geschriebene Rechtfertigungsgründe. aa. Die Teilhabe der Rechtfertigungsgründe an der Garantiefunktion des Strafrechts – bb. Der Wortlaut der Rechtfertigungsgründe als Legitimation für ein subjektives Rechtfertigungselement – cc. Rechtfertigungsgründe ohne subjektives Rechtfertigungselement – b. Ungeschriebene, aber gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe – III. Folgen des Fehlens subjektiver Rechtfertigungselemente – 1. Strafbarkeit wegen der vollendeten Straftat – 2. Strafbarkeit wegen Versuchs? – 3. Straffreiheit mangels einer Vergleichbarkeit mit der Unwertstruktur des Versuchs – 4. Art. 59 Abs. 1 Codice Rocco und das Prinzip der „Offensività“

*0. Art. 59 Abs. 1 Codice Rocco, L. 26 aprile 2019, n. 36 und das Prinzip der „Offensività“*

Nach Art. 59 Abs. 1 Codice Rocco sind „Umstände, die die Strafe mildern oder ausschließen, [...] dem Täter zu seinen Gunsten anzurechnen, auch wenn er sie nicht gekannt hat oder wenn sie von ihm irrtümlich als

\* Emerito di Diritto penale, Università „Justus-Liebig“ di Gießen.

nicht vorliegend angenommen werden.“<sup>1</sup>Dies gilt selbst für Rechtfertigungsgründe, die in ihrem Wortlaut psychologische Elemente enthalten<sup>2</sup>. Der Grund dürfte in dem im italienischen Strafrecht gültigen Prinzip der „Offensività“ zu sehen sein, nach dem eine Straftat auch in der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts bestehen muss<sup>3</sup>.

Art. 52 CPI, Difesa legittima/Notwehr<sup>4</sup>, gehörte bisher zu den Rechtfertigungsgründen ohne geschriebenes psychologisches Element. Nun fordert jedoch das Gesetz L. 26 aprile 2019, n. 36 bei Notwehr gegen Hausfriedensbruch, dass der Täter eine rechtmäßig besessene Waffe oder ein anderes geeignetes Mittel „zum Zweck der Verteidigung“ („al fine di difendere“) verwendet, damit die in Art. 52 geforderte Proportionalität zwischen Angriff und Verteidigung gegeben ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass damit ein subjektives Rechtfertigungselement als Bestandteil der Proportionalität zwingend vorgeschrieben wird, gilt dies nur für eine Notwehr mit Waffen oder anderen geeigneten Mitteln gegen einen Hausfriedensbruch. Außerhalb dieses Bereichs gilt weiterhin Art. 59 Abs. 1 CPI.

In Deutschland weisen manche Rechtfertigungsgründe in ihrer Formulierung ein subjektives Rechtfertigungselement auf, andere nicht (I). Dennoch fordert hier die hM – ganz im Unterschied zur Situation in Italien – ausnahmslos bei allen Rechtfertigungsgründen ein subjektives Rechtfertigungselement, das im Minimum aus der Kenntnis des Täters von der rechtfertigenden Situation bestehen muss (II). Dabei ist lebhaft umstritten, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn der Täter die objektiv gegebene Rechtfertigungslage nicht kennt, aber dennoch genau das Richtige tut (III).

---

<sup>1</sup> Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti. [<https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato-2020-10-07>]; Übersetzung bei MAIWALD, *Einführung in das italienische Recht und Strafprozessrecht*, 2009, S. 96.

<sup>2</sup> MAIWALD, (Fn. 1), S. 96.

<sup>3</sup> Näher MAIWALD, (Fn. 1), cit., S. 42 ff.

<sup>4</sup> Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

## I. Das subjektive Rechtfertigungselement als Bestandteil von Rechtfertigungsgründen.

### 1. Rechtfertigungsgründe mit und ohne subjektives Rechtfertigungselement im Gesetzeswortlaut.

#### a. Rechtfertigender Notstand, § 34 dStGB: ein Rechtfertigungsgrund mit einem subjektiven Rechtfertigungselement im Gesetzeswortlaut

Einer der wenigen Rechtfertigungsgründe im dStGB mit einem geschriebenen subjektiven Rechtfertigungselement ist § 34, der rechtfertigende Notstand:

Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, *um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden*, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

Trotz der Formulierung „um [...] abzuwenden“ genügt es nach hM, dass der Täter jedenfalls in dem Bewusstsein der Gefahrabwendung handelt.<sup>5</sup>

#### b. Rechtfertigungsgründe ohne ein subjektives Rechtfertigungselement im Gesetzeswortlaut.

##### aa. Rechtfertigender Notstand, § 904 BGB

Der Wortlaut des zivilrechtlichen Notstandes nach § 904 BGB, der als *lex specialis* im Verhältnis zu § 34 dStGB beim Einwirken auf fremde Sachen zur Anwendung kommt, enthält eindeutig kein subjektives Rechtfertigungselement:

Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem

<sup>5</sup> Vgl. PERRON, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 48 mwN.

Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

bb. *Eingriffsrechte von Amtsträgern, insbesondere im Rahmen der Strafverfolgung*

Im Rahmen der Strafverfolgung erfüllen hoheitliche Eingriffe nicht selten Straftatbestände wie etwa die Untersuchungshaft als Freiheitsberaubung (§ 239 dStGB). Gerechtfertigt werden diese Eingriffe durch Vorschriften in der dStPO (Haftgründe, §§ 112 ff.). Ein subjektives Rechtfertigungselement enthält der Wortlaut dieser Vorschriften nicht.

c. *Umstritten: Notwehr, § 32 dStGB*

Umstritten ist, ob § 32 dStGB, Notwehr, ein subjektives Rechtfertigungselement voraussetzt:

- (1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.
- (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, *um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff* von sich oder einem anderen *abzuwenden*.

Aus dem Gesetzeswortlaut, dass die Verteidigung erforderlich sein muss, „um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden“, schließt die h.M., dass eine Rechtfertigung einen Verteidigungswillen als subjektives Rechtfertigungselement erfordere<sup>6</sup>. Indessen lässt sich der Gesetzeswortlaut auch in einem objektiven Sinne verstehen: es genügt, dass der Täter ein Verhalten aufweist, das *objektiv* erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abzuwehren. Dass er die Rechtfertigungslage kennt, ist hingegen nicht Voraussetzung der Notwehr.

---

<sup>6</sup> Vgl. statt aller KÜHL, *Jura* 1993, 233 sowie KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 8. Aufl. 2017, § 6/11a ff.

## 2. Gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe

Als Regelungen zu Gunsten des Täters müssen Rechtfertigungsgründe nicht gesetzlich fixiert sein. Ihre gewohnheitsrechtliche Anerkennung verstößt nicht gegen den Grundsatz *nullum crimen sine lege*<sup>7</sup>.

Der wichtigste gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund im deutschen Strafrecht ist die Einwilligung.<sup>8</sup> Sie wird im dStGB im Zusammenhang mit der Körperverletzung erwähnt (§ 228 dStGB), ohne dass dort auch ihre Voraussetzungen genannt würden. Zu den Voraussetzungen der Einwilligung zählen neben der Disponibilität des Rechtsguts, der Einsichtsfähigkeit und der Freiheit der Willensbildung und Entschließung des Einwilligenden sowie der Einwilligungserklärung auch die Kenntnis des Täters vom Vorliegen der Einwilligung als subjektives Rechtfertigungselement.

Neben der Einwilligung sei hier auch die *rechtfertigende Pflichtenkollision* genannt<sup>9</sup>. Über das Bestehen zweier gleichrangiger formaler Handlungspflichten hinaus und der Unmöglichkeit beide zu erfüllen, ist Voraussetzung, dass der Täter einer der beiden Pflichten nachkommt und in Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage handelt.

## II. Begründungen für das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselementes

Als Begründung für das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselementes auch bei Rechtfertigungsgründen, deren Formulierung ein solches Element nicht erfordert, werden im Wesentlichen drei Argumente (1.-3.) genannt, die nur zum Teil überzeugen.

---

<sup>7</sup> GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 4. Aufl. 2015, § 5/27.

<sup>8</sup> Vgl. GROPP, AT (Fn. 7), § 5/71 ff.

<sup>9</sup> GROPP, AT (Fn. 7), § 5/327 ff.

### 1. Der Vorsatz als Element der Tatbestandsmäßigkeit (personale Unrechtslehre)

Die Bezugnahme auf die personale Unrechtslehre wird dann besonders deutlich, wenn das subjektive Rechtfertigungselement als eine Art „Spiegelbild“ des Vorsatzes verstanden wird<sup>10</sup>. Es bilde das subjektive Rechtfertigungselement das Gegenstück der intellektuellen Komponente innerhalb der Tatbestandsmäßigkeit<sup>11</sup>.

Ähnlich ist die Argumentation mit der *Parallelität* der Strukturen<sup>12</sup>: Wenn man davon ausgehe, dass die Elemente der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit parallele Strukturen aufweisen<sup>13</sup>, dann sei die Schlussfolgerung von der personalen Unrechtslehre auf die Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselementes nur folgerichtig<sup>14</sup>. Der „Siegeszug“ der personalen Unrechtslehre „nötige“ zur Anerkennung subjektiver Rechtfertigungsvoraussetzungen<sup>15</sup>.

Die Argumentation mit der personalen Unrechtslehre beruht auf einer spezifischen Vorstellung von der Struktur der Straftat. Wenn man der Meinung ist, dass die Tatbestandsmäßigkeit aus objektiven und subjektiven Elementen besteht, dann liegt der Gedanke nicht fern, dass auch die Rechtswidrigkeit aus objektiven und subjektiven Elementen bestehen müsse.

Jedoch bedürfen diese Schlussfolgerungen ihrerseits der Überprüfung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit. Auf der Grundlage des Spiegelbild-Ansatzes könnte man z.B. nicht erklären, dass ausgerechnet die Rechtsprechung und Anhänger einer kausalen Handlungslehre ein subjektives Rechtfertigungselement fordern, obwohl nach ihren Vorstellungen die Tatbestandsmäßigkeit den Vorsatz als subjektives Element

---

<sup>10</sup> Vgl. PRITTWITZ, *Jura* 1984, 74 (76); STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, 1987, S. 201.

<sup>11</sup> STEINBACH, (Fn. 10), S. 145; STERNBERG-LIEBEN, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER, (Fn. 5), vor § 32 Rn. 13; vgl. auch HILLENKAMP/CORNELIUS, *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2017, S. 35 „Umkehr zu § 16“.

<sup>12</sup> STEINBACH, (Fn. 10), S. 309; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 47. Aufl. 2017, Rn. 401.

<sup>13</sup> HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn. 15; vgl. auch STEINBACH, *Zur Problematik cit.*, S. 145.

<sup>14</sup> Vgl. KÜHL, AT (Fn. 6), § 6 Rn. 12; STEINBACH (Fn. 10), S. 118; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT (Fn. 12), Rn. 150, 401; SALIMI, *Das subjektive Rechtfertigungselement im Strafrecht*, 2010, S. 15.

<sup>15</sup> SCHÜNEMANN, *GA* 1985, 341 (371).

überhaupt nicht kennt. Wenn also auch ohne personale Unrechtslehre ein subjektives Rechtfertigungselement gefordert wird, dann kann die personale Unrechtslehre nicht allein und zwingend das sein, was ein subjektives Rechtfertigungselement als „selbstverständlich“ erscheinen lässt<sup>16</sup>.

Die Forderung nach einem subjektiven Rechtfertigungselement beruht somit nicht (primär und ausschließlich) auf der personalen Unrechtslehre, obwohl sie mit ihr durchaus strukturell korrespondieren mag. Die Forderung eines subjektiven Rechtfertigungselementes ist vielmehr eine rechtsphilosophische Frage, wie man sich den Menschen als einen Adressaten von strafrechtlichen Verbots- und gesamtrechtlichen Erlaubnissätzen vorstellt. Wer verlangt, dass nur derjenige gerechtfertigt ist, der die rechtfertigende Situation als solche erkannt und aus der entsprechenden Motivation heraus gehandelt hat, der stellt sich einen mündigen, rechtswahrenden Adressaten der Erlaubnissätze vor. Die Rechtfertigung ist dann nur auf Grund einer geistigen Leistung des Handelnden möglich. Für die Befugnis, eine solche Leistung zu verlangen, genügt eine rechtsphilosophische Begründung im Bereich des Strafrechts aber nicht. Hier bedarf es zusätzlich einer speziell strafrechtlichen Legitimation.

Diese Fragen bleiben in der gegenwärtigen Diskussion ganz im Hintergrund, weil man glaubt, sie wegen des Hinweises auf die personale Unrechtslehre gar nicht stellen zu müssen – zu Unrecht.

Denn während die personale Unrechtslehre den Bereich der Strafbarkeit nicht ausdehnt – die Verschiebung personaler Elemente in die Tatbestandsmäßigkeit ändert an der Gesamtheit der Voraussetzungen der Strafbarkeit nichts – wirkt der Einbau zusätzlicher Hürden in Rechtfertigungsgründe strafbarkeitsbegründend.

Dies ist jedoch nur in den Grenzen des Grundsatzes *nullum crimen sine lege scripta* zulässig:

## 2. Das Wortlautargument.

### a. Geschriebene Rechtfertigungsgründe.

#### aa. Die Teilhabe der Rechtfertigungsgründe an der Garantiefunktion des Strafrechts

Der Grundsatz *nullum crimen/nulla poena sine lege scripta* bedeutet, dass der Gesetzgeber möglichst genau beschreiben muss, was strafbar ist. Was nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, darf nicht zur Grundlage

<sup>16</sup> Vgl. aber STEINBACH, (Fn. 10), cit., S. 145.



für eine Strafbarkeit gemacht werden<sup>17</sup>. Auch bei den Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe handelt es sich um Elemente, welche über die Strafbarkeit des Handelnden entscheiden. Je mehr Hürden für eine Rechtfertigung aufgestellt werden, d.h. je mehr Merkmale ein Rechtfertigungsgrund aufweist, desto größer wird der Bereich dessen, was nicht gerechtfertigt wird, desto eher läuft der Handelnde Gefahr, rechtswidrig zu handeln, sich um sogar strafbar zu machen. Zum Garantieprinzip des Strafrechts gehört es folglich, dass der Handelnde auch im Bereich der Rechtfertigungsgründe *vor* seinem Handeln erkennen können muss, unter welchen Voraussetzungen er rechtmäßig handelt und damit straflos bleibt<sup>18</sup>. Zu diesen Voraussetzungen gehören auch subjektive Rechtfertigungselemente. Somit haben auch sie am *nullum crimen/nulla poena sine lege*-Grundsatz teil<sup>19</sup>. Dann aber ist es unzulässig, sie über einen eindeutigen Gesetzeswortlaut hinaus als weitere Voraussetzungen bzw. Hürden für eine Rechtfertigung in den rechtfertigenden Rechtssatz hineinzulesen. Denn dies wäre nicht mehr eine den Wortlaut respektierende systematische Auslegung, sondern eine unzulässige *analogia in malam partem*.

Mit erfreulicher Deutlichkeit findet man hierzu in jüngerer Zeit Ausführungen insbesondere bei Wessels/Beulke/Satzger: „Ein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip liegt [...] vor, wenn sich der Rechtsanwender durch die Restriktion des Erlaubnissatzes über den im Gesetzestext objektiv manifestierten Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt“<sup>20</sup>.

Das Ergebnis lautet somit, dass auch auf der Ebene der

<sup>17</sup> Vgl. B. HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 6. Aufl. 2019, Rn. 24; SATZGER, *Jura* 2016, 154 (154 f.); RÖNNAU, in: LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK)*, 12. Aufl. 2006, vor § 32 Rn. 62 jew. mwN.

<sup>18</sup> RÖNNAU, LK (Fn. 17) vor § 32 Rn. 64; SCHMITZ, in: JOECKS/MIEBACH (Hrsg.), *Münchener Kommentar (MK)*, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 13 ff. – jew. mwN; vgl. auch ENGELS, *GA* 1982, 109 (119); das ist freilich eher eine neuere Entwicklung, and. z.B. noch GÜNTHER, in: SAMSON/DENCKER/P. FRISCH/FRISTER/REISS (Hrsg.), *Grünwald-FS*, 1999, S. 213 (219): der Grundsatz *nullum crimen/nulla poena sine lege* gelte nur für genuin strafrechtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen, für Erlaubnissätze mithin nicht; KREY, *JZ* 1979, 702 (711); weit. Nachw. zur älteren ablehnenden Auffassung bei RÖNNAU, LK (Fn. 17), vor § 32 Rn. 63.

<sup>19</sup> SATZGER, *Jura* 2016, 154 (156).

<sup>20</sup> WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT* (Fn. 12), Rn. 394 ff. (395 mwN); vgl. auch FRISTER, *GA* 1988, 291 (315); HECKER, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER (Fn. 5), § 1 Rn. 13; PAEFFGEN, in: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Hrsg.), *Strafgesetzbuch (NK)*, 3. Aufl. 2010, vor § 32 Rn. 66; RÖNNAU, LK (Fn. 17), vor § 32 Rn. 66; SATZGER, in: SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch (SSW)*, 4. Aufl. 2019, § 1 Rn. 36; SATZGER, *Jura* 2016, 154 (160 f.).

Rechtfertigungsgründe die *Wortlautgrenze* das Maximum dessen beschreibt, was von dem Handelnden verlangt werden darf, damit er gerechtfertigt werden kann.

*bb. Der Wortlaut der Rechtfertigungsgründe als Legitimation für ein subjektives Rechtfertigungselement*

Wie es das Vorrecht des Gesetzgebers ist, im Rahmen der Verfassung die Voraussetzungen für die Strafbarkeit eines Verhaltens zu definieren, so steht es ihm auch zu, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen ein tatbestandsmäßiges Verhalten gerechtfertigt wird. Geschriebene Rechtfertigungsgründe sind danach das Ergebnis von Wertentscheidungen des Gesetzgebers, wann und unter welchen Bedingungen eine Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens möglich ist<sup>21</sup>. Der Hinweis auf den Wortlaut bildet im Bereich der geschriebenen Rechtfertigungsgründe das einzige tragfähige und zulässige Argument für die Legitimation subjektiver Rechtfertigungselemente<sup>22</sup>. Den eindeutigen (§ 34 dStGB) oder zumindest im Sinne eines subjektiven Rechtfertigungselementes auslegbaren (§ 32 dStGB) Gesetzeswortlaut eines Rechtfertigungsgrundes gilt es folglich zu respektieren<sup>23</sup>.

*cc. Rechtfertigungsgründe ohne subjektives Rechtfertigungselement*

Enthält ein geschriebener Rechtfertigungsgrund kein subjektives Rechtfertigungselement, dann handelt entsprechend dem Grundsatz *nullum crimen sine lege scripta* auch derjenige rechtmäßig, der keine Kenntnis von der rechtfertigenden Situation hat und dennoch im Sinne des Rechtfertigungsgrundes richtig handelt.

*b. Ungeschriebene, aber gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe*

Gewohnheitsrechtlich anerkannte (*opinio necessitatis + consuetudo*)<sup>24</sup> Rechtfertigungsgründe – wie etwa die o.g.<sup>25</sup> Einwilligung – verstoßen

<sup>21</sup> Vgl. KREY/ESSER, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2016, Rn. 459.

<sup>22</sup> Vgl. SALIMI, (Fn. 14), S. 28.

<sup>23</sup> So z.B. beim rechtfertigenden Notstand, vgl. GROPP, AT (Fn. 7), § 5 Rn. 273 f.

<sup>24</sup> Vgl. GROPP, AT (Fn. 7), § 1 Rn. 87 ff. mwN.

<sup>25</sup> I.2.

schon begrifflich<sup>26</sup> und auch als Regelungen zu Gunsten des Handelnden nicht gegen den Grundsatz *nullum crimen/nulla poena sine lege scripta*, auch wenn sie subjektive Rechtfertigungselemente voraussetzen. Und selbst wenn *opinio necessitatis* und *consuetudo* sich erst nach und nach in Richtung eines subjektiven Rechtfertigungselementes entwickelten, würde sich jene scheinbare Restriktion gerade nicht auf einen strafrechtlich garantierten Zustand beziehen. Der Handelnde kann sich im Bereich strafrechtlichen Gewohnheitsrechts zu Gunsten des Täters eben nicht darauf verlassen, dass sich dieses Gewohnheitsrecht im Laufe der Zeit nicht zu seinen Ungunsten verändert.

Ungeschriebene anerkannte Rechtfertigungsgründe führen somit dann zur Rechtfertigung, wenn der Handelnde das gewohnheitsrechtlich Verlangte – einschließlich eines subjektiven Rechtfertigungselementes – vollumfänglich erfüllt.

### III. Folgen des Fehlens subjektiver Rechtfertigungselemente

Verlangen geschriebene oder gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe die Erfüllung subjektiver Rechtfertigungselemente, so ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen, wenn der Handelnde diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Sein Handeln bleibt rechtswidrig. Dafür spricht auch der Gehorsam gegenüber dem Gesetz: Wäre das objektiv richtige Handeln in Unkenntnis des betreffenden Rechtfertigungsgrundes ausnahmslos, d.h. auch trotz eines geschriebenen oder gewohnheitsrechtlich anerkannten subjektiven Rechtfertigungselementes, rechtmäßig, dann wäre es völlig unerheblich, ob ein Rechtfertigungsgrund ein subjektives Rechtfertigungselement erfordert oder nicht. Das wäre mit der *lex lata* nicht vereinbar<sup>27</sup>.

Jedoch stellt sich die Frage, ob dieses rechtswidrige Handeln strafbar ist. Hierzu werden im Wesentlichen drei Ansichten vertreten: Strafbarkeit wegen der vollendeten Straftat (1.), wegen Versuchs (2.) sowie Straffreiheit (3.):

---

<sup>26</sup> Vgl. RÖNNAU, LK cit., vor § 32 Rn. 65.

<sup>27</sup> Vgl. FREUND, in: MK-StGB (Fn 18), vor § 13 Rn. 221; für Rechtmäßigkeit, wenn auf Grund isolierten Vorliegens der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes die objektiven Unrechtsmerkmale wegfallen, RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, 2002, S. 613 ff. sowie DERS., in: HETTINGER/ZOPFS/HILLENKAMP/KÖHLER/RATH/STRENG/WOLTER (Hrsg.), *Küper-FS*, 2007, S. 455 (461 Fn. 21).

## 1. Strafbarkeit wegen der vollendeten Straftat

Nach der älteren Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums soll sich der Täter trotz Vorliegens der rechtfertigenden Sachlage wegen einer vollendeten Straftat strafbar machen, wenn er ohne das erforderliche subjektive Rechtfertigungselement handelt<sup>28</sup>. Weil der Rechtfertigungsgrund nicht gegeben sei bzw. ein „wesentlicher Teil“ des Rechtfertigungsgrundes nicht vorliege, komme dem Täter der Rechtfertigungsgrund „insgesamt“ nicht zugute<sup>29</sup>. Diese Auffassung verkennt jedoch, dass trotz Rechtswidrigkeit der verwirklichte Unwert („Erfolg“) rechtskonform und damit *kein strafatbestandsmäßiges Unrecht* gegeben ist.

Eine Bestrafung wegen einer vollendeten Straftat würde folglich bedeuten, dass man den Täter für ein *Unrecht* verantwortlich macht, das er (im Unterschied zum tatbestandlichen *Unwert*) gar nicht verwirklicht hat, das nicht einmal existiert! Die hM lehnt die Vollendungslösung deshalb zu Recht ab<sup>30</sup>.

## 2. Strafbarkeit wegen Versuchs?

Die gegenwärtig wohl hM bevorzugt eine Strafbarkeit beim Nichterfüllen subjektiver Rechtfertigungsvoraussetzungen aus dem Versuch der betreffenden Straftat. Es liege ein Handlungsunrecht vor, jedoch kein Erfolgsunrecht. Dabei geht der eine Teil der Meinungen vom Vorliegen eines untauglichen Versuchs aus<sup>31</sup>. Andere<sup>32</sup> wollen die

<sup>28</sup> Vgl. die Nachweise bei KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 8. Aufl. 2017, § 29 Rn. 10 sowie B. HEINRICH, AT (Fn. 17), Rn. 392; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 9. Aufl. 2017, § 17 Rn. 16 f.

<sup>29</sup> EISELE/HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2017, Rn. 214.

<sup>30</sup> Vgl. HERZBERG, *JA* 1986, 190 (193); WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT (Fn. 12), Rn. 406 mwN.

<sup>31</sup> Vgl. STRENG, in: DANNECKER/LANGER/RANFT/SCHMITZ/BRAMMSEN (Hrsg.), *Otto-FS*, 2007, S. 469 (474); HARDTUNG, PUTZKE, *Examinatorium Strafrecht* AT, 2016, Rn. 700, 1202; HOFFMANN/HOLLAND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2015, Rn. 274; PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2016, Rn. 31; SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld*, 2008, S. 209; SCHÜNEMANN, *GA* 1985, 341 (373); STEINBACH (Fn. 10), S. 317, 319, 353.

<sup>32</sup> SALIMI, (Fn. 14), S. 101; vgl. auch KINDHÄUSER, *Strafrecht* cit., (Fn.28), § 29 Rn. 8, 9; KUDLICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2016, Fall 71; KÜHL, AT (Fn. 6), § 6 Rn. 16; MITSCH, in: BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 12. Aufl. 2016, § 14 Rn. 55; RENGIER, *Strafrecht* (Fn. 28), § 17 Rn. 18; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht* cit., (Fn. 12), Rn. 406; STERNBERG/LIEBEN, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER

Versuchsregeln analog anwenden. Entscheidend für die Analogie seien der auf die Unrechtsverwirklichung gerichtete Wille des Täters und das fehlende Erfolgsunrecht. Diese Analogie sei auch im Strafrecht zulässig, weil die Strafbarkeit wegen Versuchs gegenüber einer Strafbarkeit wegen Vollendung eine Besserstellung des Täters bedeute und somit eine *analogia in bonam partem* vorliege<sup>33</sup>.

Die Versuchsstrafbarkeit bedeutet aber keine Besserstellung des Täters im Vergleich mit der Vollendungsstrafbarkeit, wenn man wie die hM die Vollendungsstrafbarkeit mangels einer entsprechenden Unrechtsverwirklichung als mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar ablehnen muss. Die Frage muss aber nicht entschieden werden. Denn eine Versuchsstrafbarkeit kommt schon aus grundsätzlichen Erwägungen zur Axiologie des Versuchs nicht in Frage:

### *3. Straffreiheit mangels einer Vergleichbarkeit mit der Unwertstruktur des Versuchs*

Die Behauptung der Anhänger einer Versuchslösung, dass das eine Versuchsstrafbarkeit konstituierende Handlungsunrecht gegeben sei, verkennt, dass ein Versuch nicht nur aus dem bösen Willen einer Straftat als Handlungsunrecht besteht. Vielmehr muss auch der Versuch nach § 22 dStGB neben dem Handlungsunrecht des Entschlusses das „Erfolgsunrecht“ bzw. das *objektive Sachverhaltsunrecht* des *unmittelbaren Ansetzens* aufweisen. Dieses unmittelbare Ansetzen muss sich – als wesensgleiches Minus zur Verwirklichung des gesamten tatbestandlichen Unwertes – auf die gesetzlich beschriebene Straftat erkennbar beziehen. Das Unrecht des unmittelbaren Ansetzens kann in einer wirklichen oder – wie beim untauglichen Versuch – einer nur dem Anschein nach gegebenen Gefährdung bestehen, Es kann nach der vom Gesetzgeber vorgegebenen Strafbarkeit des Versuchs aus grobem Unverstand (§ 23 Abs. 3 dStGB) auch aus einer offensichtlich ungefährlichen Handlung (Versuch des Abschusses einer Passagiermaschine mit einer Schrotflinte) bestehen. Alle diese Spielarten des Sachverhaltsunrechts bzw. –unwertes beim Versuch haben eines gemeinsam: sie entsprechen in ihrer Struktur dem rechtlich beschriebenen Unwert und Unrecht der vorgestellten Straftat. Mitsch<sup>34</sup>

---

*Strafgesetzbuch* cit., (Fn. 5), vor § 32 Rn. 15.

<sup>33</sup> Vgl. SALIMI, (Fn. 14), S. 101.

<sup>34</sup> MITSCH, AT (Fn. 32), § 22 Rn. 24; gemeint wohl Rechtsgut im Sinne von „Angriffsobjekt“.

spricht in diesem Zusammenhang vom „rechtsgutsbedrohenden Handeln des Täters“, mit dem er unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt, wobei es nur noch von Zufälligkeiten abhängt, ob das bedrohte Rechtsgut verletzt wird.

Nach der herrschenden Eindruckstheorie als Strafgrund des Versuchs muss der Willensmanifestation des unmittelbaren Ansetzens „die Eignung [...] zur Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung“ innewohnen<sup>35</sup>. Das objektiv rechtskonforme Handeln dessen, der die rechtfertigende Situation nicht erkennt und von dem deshalb ein subjektives Rechtfertigungselement nicht erfüllt wird, stellt indessen nur ein „vorgestelltes Unrecht“ dar. Es kann weder das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung erschüttern noch zu einem rechtswidrigen objektiven Sachverhaltsunwert führen. Im Unterschied zum untauglichen Versuch und zur Vollendung ist diese Sachverhaltsverwirklichung nicht ein Minus, sondern ein dem Recht gemäßes Aliud, ist das unmittelbare Ansetzen in der Rechtfertigungslage im Sinne des Rechts, nicht rechts-widrig, sondern recht-mäßig<sup>36</sup>. Das unmittelbare Ansetzen stellt somit kein Unrecht dar, für dessen Verwirklichung man den Täter bestrafen könnte. Der ohne subjektives Rechtfertigungselement rechtswidrig Handelnde bleibt damit straflos.

Diese strukturelle und axiologische Unvereinbarkeit der Willensäußerung des Irrenden mit der Situation beim untauglichen Versuch wird von *Rath* überzeugend begründet<sup>37</sup>. Den Vertretern der herrschenden „Versuchslösung“ fehlt bisher freilich der Mut, ihren eigenen richtigen Ansatz konsequent zu Ende zu führen. Ein Handeln in Unkenntnis eines Rechtfertigungsgrundes, der ein subjektives Rechtfertigungselement voraussetzt, bleibt somit straflos, obwohl es rechtswidrig ist.

Eine Notwehr (§ 32 dStGB) gegen dieses Handeln ist jedoch nicht möglich, weil dieses Handeln objektiv keinen Angriff darstellt. Es stellt aber auch keine Gefahr im Sinne von § 34 dStGB dar. Denn gefährlich ist nur, was eine Veränderung in der Außenwelt zu verursachen geeignet ist, die nicht mit der Rechtsordnung vereinbar ist. Eine objektiv die Anforderungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllende Handlung und ihre Veränderungen in der Außenwelt weisen diese Eigenschaft aber nicht auf.

4. Art. 59 Abs. 1 Codice Rocco und das Prinzip der „Offensivität“

<sup>35</sup> RATH, *JuS* 1998, 1006 (1008).

<sup>36</sup> Vgl. auch GROPP, in: HEGER/KELKER/SCHRAMM (Hrsg.), *Kühl-FS*, 2014, S. 257 mwN.

<sup>37</sup> RATH, 2002, (Fn. 27), S. 263.

Man sieht, dass im deutschen Strafrecht rechtfertigende Umstände dem Täter nach hM nicht zu seinen Gunsten angerechnet werden, wenn er sie nicht gekannt hat oder wenn sie von ihm irrtümlich als nicht vorliegend angenommen werden, sondern dass diese Situation in Verkennung des Sachverhaltsunwerts des unmittelbaren Ansatzens in § 22 dStGB zu einer Bestrafung wegen Versuchs führt.

Das italienische Strafrecht kommt über Art. 59 Abs. 1 Codice Rocco und das Prinzip der „Offensività“ hingegen elegant zu einer Straffreiheit durch Rechtfertigung. Anders als das deutsche Strafrecht vermeidet es damit eine Strafbarkeit, die letztlich nur auf der rechtskonformen Manifestation einer rechtsfeindlichen Gesinnung beruht.

Antonio Gullo\*

*La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.:  
Una figura sotto assedio*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La genesi dell'art. 131 *bis* c.p. tra fiducia nella discrezionalità giudiziale e ripensamenti del legislatore – 3. La valorizzazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto nella lettura delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte Costituzionale – 4. Un nuovo giro di vite del legislatore: il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 – 5. La particolare tenuità del fatto a un bivio: alcune osservazioni *de iure condendo*.

1. *Premessa*

L'inflazione penalistica è oramai da decenni un male che affligge il sistema dei delitti e delle pene. Da tempo si sono formulate diagnosi approfondite sulle ragioni che hanno condotto alla proliferazione di fattispecie criminose e si sono proposti rimedi<sup>1</sup>.

Si insegna nelle aule universitarie la natura di *ultima ratio* del diritto penale, si ammoniscono gli studenti sui costi umani, ma anche economici, che il solo agitare l'arma affilata della pena comporta; al contempo, però, ci si confronta con l'endemica lentezza della macchina giudiziaria e con il crescente numero di reati presenti nel nostro ordinamento.

Poco importa se tale numero è davvero di 35.000 – dato che era stato diffuso qualche anno fa in occasione della visita in Italia del Commissario del Consiglio d'Europa per i diritti umani –, oppure se, come invece si è in seguito rilevato, esso si attesti su cifre minori<sup>2</sup>. E d'altronde, interessanti,

\* Ordinario di Diritto penale, Università Luiss Guido Carli.

<sup>1</sup> V. C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, pp. 3 ss.; nonché F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 197 ss. Più di recente, v. l'analisi svolta da G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in «RIDPP», 2013, pp. 1656 ss.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione della vicenda si permetta il rinvio al nostro *Deflazione e obblighi*



seppur più risalenti, studi hanno condotto a risultati non certo rassicuranti circa la mole delle ipotesi criminose esistenti<sup>3</sup>.

Non è infrequente il sentimento di smarrimento in chi si proponga di verificare, anche solo rispetto a un settore di disciplina, quali siano le figure criminose pertinenti.

Innumerevoli sono del resto gli esempi di bulimia normativa del legislatore. Non vi è testo di legge in cui, a un certo punto dell'*iter* parlamentare, non compaia una fattispecie di reato, magari contravvenzionale; così pure non si perde occasione per complicare, piuttosto che semplificare, il quadro di disciplina: la recente prova offerta rispetto alla criminalizzazione della diffusione *on line* di contenuti 'personali' senza il consenso dell'interessato (o di uno degli interessati) rappresenta un chiaro esempio di quanto detto<sup>4</sup>.

Diversi sono stati gli antidoti elaborati dal legislatore: tra questi, un ruolo di primo piano è stato tradizionalmente rivestito dalla depenalizzazione in astratto.

Dagli anni '60 in poi si è, come noto, assistito a robuste campagne di depenalizzazione<sup>5</sup> che hanno probabilmente visto le punte più avanzate nella l. n. 689 del 1981, in quella della legge delega del 1999, n. 205, e, infine, nella legge, ancora delega, n. 67 del 2014, con i collegati decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016.

---

di penalizzazione di fonte UE, in «DPC», 10 febbraio 2016, p. 2.

<sup>3</sup> V. M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in «DPP», 2000, 12, p. 1653, che riporta gli esiti di un'indagine, al tempo in corso di svolgimento, secondo cui la stima si aggirerebbe tra le seimila e le diecimila fattispecie. In un successivo contributo di M. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare: prime elaborazioni e riflessioni*, pubblicato in un volume a cura di Donini, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 32, si riporta il dato di «5431 norme-precetto in vigore, di cui quasi 84% di natura contravvenzionale» esistenti nel diritto penale complementare.

<sup>4</sup> Il riferimento è alla successiva introduzione degli artt. 617 *septies* e 612 *ter* c.p., rubricati, rispettivamente, *Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente* e *Diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti*, che pongono problemi di interferenza tra di loro, nonché con ulteriori fattispecie criminose (la prima figura, ad esempio, in relazione al delitto di diffamazione). Volendo, per un'analisi della prima ipotesi richiamata, v. A. GULLO, *Il delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente ex art. 617-septies c.p.*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 179 ss.; con riguardo specifico invece alla seconda disposizione, v. T. VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in «DPC», 2020, 3, pp. 465 ss.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione dettagliata si rinvia a M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Il Mulino, Bologna, 1983, 55 ss.; A. BERNARDI, *L'evoluzione della depenalizzazione in Italia*, in A. BERNARDI, I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Cedam, Padova, 2008, pp. 33 ss.

Gli interventi in questione – il riferimento è, in particolare, al primo e al terzo – hanno altresì condotto alla creazione di innovativi binari sanzionatori che si sono affiancati a quello penale/criminale – l’illecito amministrativo depenalizzato e gli illeciti punitivi civili.

Il carattere ciclico degli interventi, la decisione del legislatore – a dire il vero talora simbolica e a basso costo ‘inflazionistico’ – di tornare qualche volta sui suoi passi (si veda la risurrezione dell’oltraggio<sup>6</sup>, ma anche la materia<sup>7</sup>), nonché la difficoltà di recente mostrata nel portare a compimento il disegno legislativo – si pensi alle vicende del reato di immigrazione clandestina<sup>8</sup> – dimostrano la difficoltà della depenalizzazione in astratto di conseguire consistenti e duraturi effetti deflattivi.

L’ultimo intervento si segnala per contro per la scelta di attivare anche la leva della depenalizzazione in concreto.

L’introduzione nel codice dell’istituto della particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.* risponde a questa logica e sembrava proporsi, pur con voci dissonanti<sup>9</sup>, come una interessante alternativa alle strade sin lì battute, nella prospettiva di realizzare in concreto quell’*ultima ratio* che il legislatore dei tempi nostri ha mostrato di non riuscire neppure più a promettere.

Le osservazioni che si svolgeranno di seguito si indirizzeranno all’analisi dell’art. 131 *bis c.p.* per vedere quale sia lo stato di salute dell’istituto. Il titolo prescelto segnala già come le sue condizioni siano malferme per effetto, come vedremo, di scelte compiute dal legislatore anche qui in controtendenza rispetto all’obiettivo che sia era prefissato e animate dal timore di lasciare spazi eccessivi alla discrezionalità giudiziale, il che probabilmente testimonia la non inutilità della disposizione di cui si tratta.

In un saggio di alcuni anni addietro, di poco precedente all’ultimo

<sup>6</sup> L’espressione è ripresa da G.L. Gatta, *La risurrezione dell’oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Il “pacchetto sicurezza” 2009: (commento al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in Legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla Legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 153 ss.

<sup>7</sup> V. art. 1, comma 4, d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 attuativo della Direttiva PIF, che ha reintrodotta la rilevanza penale delle ipotesi di contrabbando di cui al d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43 «quando l’ammontare dei diritti di confine dovuti è superiore a euro diecimila». In argomento, seppur dal diverso angolo visuale della responsabilità dell’ente, v. M. BELLACOSA, *I reati tributari e i reati di contrabbando*, in *Responsabilità da reato degli enti*, a cura di G. Lattanzi, P. Severino, vol. I, *Diritto sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>8</sup> Per ulteriori dettagli sia consentito rinviare a GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un’analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in «LP», 29 luglio 2016, pp. 22 ss.

<sup>9</sup> V. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in «GD», 2015, n. 15, p. 22.

intervento di depenalizzazione avviato dalla menzionata legge delega n. 67 del 2014, il Prof. Fiorella aveva affrontato il tema generale, tratteggiando lo stato dell'arte del sistema sanzionatorio e segnalando alcuni itinerari di riforma<sup>10</sup>.

L'approccio era mosso al tempo da una sottile speranza riguardo all'inaugurazione di un nuovo percorso riformatore e lo scritto dava, tra l'altro, conto dell'esito dei lavori di una Commissione ministeriale presieduta proprio dal Prof. Fiorella<sup>11</sup>. Quella Commissione, nata dalla pressione esercitata sull'Italia dalla sentenza *Torreggiani*, ha rappresentato il motore delle iniziative che in quegli anni hanno cominciato a prendere corpo, e alle quali ci si richiama pure nel contributo citato.

Torneremo qui su taluni aspetti della fisionomia dell'istituto della particolare tenuità del fatto emersi in quella sede, in omaggio anche al lavoro svolto dal Prof. Fiorella nel corso dei decenni in seno alle commissioni di riforma, e in ricordo anche della personale, stimolante opportunità di collaborazione avuta in tale circostanza.

## *2. La genesi dell'art. 131 bis c.p. tra fiducia nella discrezionalità giudiziale e ripensamenti del legislatore*

L'inserimento di una figura generale di particolare tenuità del fatto all'interno del codice penale non costituiva certo una novità all'alba della legge delega del 2014.

Essa si inseriva in un dibattito maturo, tanto sul piano scientifico, quanto su quello dei progetti di riforma e delle iniziative parlamentari.

La particolare tenuità del fatto rappresenta il portato della raffinata riflessione sviluppatasi nel panorama dottrinale italiano, a partire dalla fondamentale esperienza di matrice tedesca, sulla 'graduabilità' del reato. La logica sottostante è che il reato non è un monolite, bensì un'entità misurabile, con il risultato di poter formulare un giudizio di esiguità quantitativa, a fronte di un fatto che non risulti affetto da radicale inoffensività<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> V. A. FIORELLA, *Ripartire dai progetti ministeriali di un nuovo codice penale? Prospettive non avveniristiche di trasformazione del sistema delle sanzioni penali*, in «AP», 2014, 2, pp. 389 ss.

<sup>11</sup> I lavori della Commissione sono pubblicati in «RIDPP», 2013, pp. 1587 ss., e sono altresì reperibili sul sito del Ministero della Giustizia ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)).

<sup>12</sup> Rimane un centrale punto di riferimento la monografia di PALIERO, *Minima non curat*, cit., pp. 47 ss. Sottolinea con la consueta chiarezza la diversità di piani tra offensività

L'ambito di insediamento dell'istituto, quindi, è quello dei reati bagatellari impropri; di ipotesi espressive dunque di un disvalore astratto che sconsiglia una loro espunzione dal sistema penale, secondo la logica della depenalizzazione in astratto, ma le cui concrete manifestazioni possono anche rivelarsi, per l'appunto, di modesto impatto lesivo.

La dinamica operativa della figura non può che esaltare il ruolo di mediazione del giudice, al quale è in definitiva affidato il compito di valutare il carattere bagatellare dell'episodio criminoso di cui si tratta, facendo così economia della pena e del processo, in ossequio all'idea di proporzione e, come si ricordava prima, di *ultima ratio* in concreto<sup>13</sup>.

Esaltazione dunque della funzione giurisdizionale, temperata tuttavia dalla delineazione legislativa dei paletti entro cui essa deve essere svolta – aspetto su cui torneremo a breve.

La previsione della particolare tenuità del fatto era a sua volta divenuta familiare ai disegni di riforma succedutisi negli anni, a partire da quello elaborato dalla Commissione Grosso, affiancandosi a una netta affermazione del principio di offensività.

In quest'ultimo progetto, nella versione risultante dalla consultazione pubblica avviata dalla Commissione, si prevedeva all'art. 74 la non punibilità per particolare tenuità del fatto, legando il giudizio alla minima entità del danno o del pericolo e alla minima colpevolezza dell'agente, e richiedendo altresì l'occasionalità del comportamento, l'assenza di pretese risarcitorie, nonché di esigenze di «prevenzione generale o speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato».

La figura è presente inoltre nell'articolato predisposto dalla Commissione Pisapia, che si segnala – come noto, per una particolare attenzione al sistema sanzionatorio – ove, nella definizione dei principi di delega, essa poggia sui requisiti della tenuità dell'offesa e dell'occasionalità del comportamento. Si riferisce peraltro nella Relazione di un intenso dibattito all'interno della Commissione in punto di più precisa definizione dei caratteri dell'istituto, dando conto di un orientamento volto a valorizzare le diverse componenti quali criteri di valutazione dell'irrelevanza del fatto<sup>14</sup>.

---

ed esiguità del fatto, in sede di commento dell'art. 131 bis c.p., C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in «DPP», 2015, p. 522.

<sup>13</sup> V. DEMURO, *Ultima ratio*, cit., p. 1685. In argomento v. anche G. AMARELLI, *voce Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in «ED», *Agg.*, XI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 559.

<sup>14</sup> In un passaggio della Relazione è riportata la seguente formulazione: «il fatto non è punibile qualora sia ritenuto irrilevante; la valutazione della sua irrilevanza deve essere motivata in base alla sua tenuità, o alla minima entità del danno, o alla natura, alla specie, all'oggetto, al tempo, al luogo o ad altre modalità dell'azione» (v. § VI della Relazione).

Infine, essa trova riscontro nei più recenti progetti di riforma – il richiamo è qui alla Commissione Fiorella sopra evocata e a quella presieduta dal Prof. Palazzo<sup>15</sup> – ove si prospettava una tenuità basata sui criteri della esiguità del danno o del pericolo, del grado di colpevolezza (parlando la Commissione Palazzo di minima colpevolezza), nonché sull'occasionalità del comportamento.

Allo stesso modo, la particolare tenuità del fatto aveva finito con il formare una scia di disegni di legge<sup>16</sup> in cui, nell'ottica di una rivisitazione dell'impianto delle sanzioni, si contemplava altresì l'inserimento nel tessuto del codice dell'istituto in parola. L'ultimo, in ordine di tempo, è stato quello a firma del Sen. Tenaglia, che si segnala per la definizione di non occasionalità del comportamento<sup>17</sup>.

I nodi da sciogliere riguardavano il campo di applicazione – in tutti i progetti e disegni di legge, invero, limitato ai reati puniti, a seconda dei casi, con la pena massimo di due o tre anni<sup>18</sup> –, le note distintive – se dare rilievo anche al grado di colpevolezza e se definire la occasionalità del comportamento –, e, infine, la natura giuridica da assegnare alla figura, ciclicamente oscillante tra non punibilità e improcedibilità, con esempi di variazione dell'etichetta prescelta anche nel corso dell'esame del medesimo disegno di legge<sup>19</sup>.

Il punto di approdo del legislatore della delega del 2014 è nel senso della non punibilità e dell'estrema semplificazione quanto a requisiti costitutivi – identificati nella particolare tenuità dell'offesa e nella non abitualità del comportamento. Per il resto, l'opzione è nella direzione di un'apertura della figura, atteso che il *range* applicativo viene sensibilmente esteso rispetto ai precedenti menzionati, riguardando i reati puniti nel massimo con la pena

<sup>15</sup> I lavori della Commissione sono pubblicati su «DPC», 10 febbraio 2014.

<sup>16</sup> V. già il disegno di legge Carotti (Atto C. n. 4625, XIII Legislatura).

<sup>17</sup> V. Disegno di legge n. 2094 (XVI Legislatura), in cui si proponeva una definizione tassativa di non occasionalità del comportamento: «[...] solo quando il suo autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso, in precedenza o successivamente, altri reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, per le modalità della condotta e l'esiguità delle sue conseguenze dannose o pericolose, sia di particolare tenuità».

<sup>18</sup> Il progetto della Commissione Grosso faceva riferimento alla pena nel massimo di due anni, mentre il disegno di legge Carotti (Atto C. n. 4625, XIII Legislatura) spostava l'asticella a tre anni.

<sup>19</sup> Il riferimento è ancora al disegno di legge Carotti. Sia permesso rinviare, anche per il percorso parlamentare degli schemi di decreto, a GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 6 ss.

detentiva di cinque anni.

La successiva fase è segnata dai lavori della Commissione Palazzo, incaricata di redigere gli schemi di decreti legislativi<sup>20</sup> che, in aderenza all'approccio oggettivistico desumibile dalla sintetica dicitura della delega, ha meglio precisato i criteri di calcolo del limite di pena, ha esplicitato gli indici di tenuità dell'offesa – individuati nelle modalità della condotta e nell'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi del primo comma dell'art. 133 c.p. – scegliendo invece di non offrire una definizione di comportamento non abituale, nell'ottica di valorizzare gli ambiti di valutazione del giudice.

I primi ripensamenti del legislatore si sono registrati già durante l'*iter* di esame parlamentare dello schema di decreto legislativo. L'attività svolta dalle Commissioni Giustizia delle Camere è stata nel senso di circoscrivere ove possibile il raggio di azione della disposizione, limitando i margini di valutazione del giudice.

Un primo fronte ha riguardo alla definizione di comportamento abituale, dove sono state riesumate, a dire il vero più su un piano simbolico, le vetuste figure del delinquente abituale, professionale o per tendenza e, per il resto, si è attribuito rilievo alla commissione di più reati della stessa indole – negandosi in tal caso l'esclusione della punibilità anche qualora il singolo fatto sia di particolare tenuità –, nonché si è tirata fuori dal cilindro l'equivoca formulazione posta in chiusura del comma di cui si tratta. Si è infatti espressamente stabilito che debbano farsi rientrare nella nozione di abitualità anche «i reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate», dando così vita a un vero rompicapo giuridico: al di fuori della nozione di reato necessariamente abituale (alla quale ci sembra sia preferibile limitare la previsione<sup>21</sup>), la formulazione adoperata apre la strada a letture anche molto diverse e dai confini incerti – facendosi rientrare all'interno del dettato normativo, a seconda dei casi, reati eventualmente abituali, reati connotati da differenti modalità di realizzazione<sup>22</sup>, nonché secondo talune prospettazioni (anche giurisprudenziali) il reato continuato<sup>23</sup>, sino a ipotesi

<sup>20</sup> V. Commissione di studio per elaborare proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega 28 aprile 2014 n. 67 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione, istituita con d.m. 27 maggio 2014. I lavori della Commissione sono consultabili all'indirizzo [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>21</sup> V. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, cit., pp. 31 ss.

<sup>22</sup> V. R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in «DPP», 2015, p. 669; v. altresì PADOVANI, *Un intento deflattivo*, cit., p. 22, secondo cui il riferimento a "condotte plurime" potrebbe riguardare l'ipotesi di realizzazione concorsuale.

<sup>23</sup> Per una riepilogazione delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali v. F. NIGRO

concrete di non frequente verifica nella prassi<sup>24</sup>.

Il legislatore non ha peraltro precisato, a differenza di alcuni dei disegni di legge in materia sopra richiamati<sup>25</sup>, se si fosse in presenza di una elencazione tassativa, risultando altresì equivoca la Relazione al decreto legislativo tra le cui righe sembrerebbe anzi intravedersi un'apertura in senso contrario<sup>26</sup>.

Il secondo versante su cui è intervenuto il legislatore, sempre sulla spinta dei pareri resi dal Parlamento, è stato quello della negazione della tenuità dell'offesa in un'ampia gamma di casi, che riflettono chiaramente la preoccupazione di sottrarre all'art. 131 *bis* c.p. specifiche situazioni ritenute 'politicamente sensibili' (si pensi al richiamo alla crudeltà anche nei confronti di animali o alle condizioni di minorata difesa) e che sono ispirati dalla chiara volontà di limitare il libero apprezzamento del giudice. Il risultato è tuttavia quello di contraddire la logica operatività dell'istituto che, una volta agganciato al massimo edittale (cinque anni), dovrebbe essere affidato alle mani sapienti del giudice, al quale spetta di verificare se il singolo episodio rivesta o meno carattere in concreto bagatellare.

Insomma, le prime mosse del legislatore testimoniano una cattiva coscienza: da un lato, ci si è determinati nel senso di delineare appena il volto della figura, ampliandone anche rispetto a diverse precedenti iniziative il raggio di azione, e con ciò dimostrando fiducia nel giudice; dall'altro lato, si è da subito ridimensionata l'apertura di credito fatta, inserendo eccezioni e irreggimentando la discrezionalità giudiziale.

Vediamo adesso qual è stato l'atteggiamento della giurisprudenza verso il nuovo istituto e come lo strumento della particolare tenuità del fatto è stato maneggiato nella prassi.

### *3. La valorizzazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto nella lettura delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte Costituzionale*

L'art. 131 *bis* c.p. ha subito destato l'attenzione della magistratura, come testimoniato dal fiorire, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, di Linee Guida delle diverse Procure della Repubblica che hanno contribuito a

---

IMPERIALE, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato: verso una possibile compatibilità?*, in «SP», 2020, 9, pp. 93 ss.

<sup>24</sup> V. Cass. SU, 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj, in Mass. Uff., n. 266590.

<sup>25</sup> V. in particolare il passaggio del disegno di legge Tenaglia, riportato *supra* nota 17, dove si prevede chiaramente a quali condizioni il comportamento è "non occasionale".

<sup>26</sup> V. Relazione al d.lgs. n. 28/2018, § 4.

gettare luce su diversi dei nodi interpretativi sopra enunciati<sup>27</sup>.

L'economia del presente lavoro non consente di analizzare a tutto campo la giurisprudenza in materia: un esame dei repertori mostra tuttavia una certa vitalità dell'istituto – anche se bisogna dire come l'approdo finale sia non di rado nel senso della esclusione della particolare tenuità del fatto.

Si segnalano diverse questioni tuttora aperte, con anche ricadute applicative non indifferenti: così, ad esempio, in punto di riconduzione del reato continuato all'interno del comma terzo, ove si parla di più reati della stessa indole, oppure nella parte in cui si fa riferimento a reati a condotte plurime. Si tratta di diversità di orientamento giustificata, come si ricordava, dall'ambiguità del dato normativo ma che, al fondo, è animata dalla prospettiva di estendere la portata dell'art. 131 *bis* – nelle interpretazioni volte ad assimilare il reato continuato al concorso formale di reati nei casi in cui, pur a fronte di una pluralità di azioni od omissioni, sia ravvisabile una unicità di contesto spazio-temporale<sup>28</sup> e in quelle in cui si valorizza l'assenza, in relazione ai reati a condotte plurime, di una clausola analoga a quella riguardante i reati della stessa indole, applicando dunque l'istituto ai singoli fatti qualora essi si rivelino di particolare tenuità<sup>29</sup>.

Un altro punto di tensione, questa volta a ben vedere tra giurisprudenza e (la maggior parte della) dottrina, è rappresentato da un profilo non interno all'art. 131 *bis* c.p., ma inerente alle dinamiche tra responsabilità della persona fisica e della persona giuridica (alla luce dell'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2001), ovvero sia quello relativo alla comunicabilità all'ente della non punibilità per particolare tenuità del fatto accertata nei confronti dell'autore del reato presupposto<sup>30</sup>.

Le pronunce su cui ci sembra utile compiere qualche considerazione più distesa sono però quelle delle Sezioni Unite della Cassazione del 2016 (nn. 13681 e 13682), in cui i giudici di legittimità sono stati chiamati, a poca

<sup>27</sup> V., tra le numerose, le *Linee Guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano*, in «DPC», 3 aprile 2015, con commento di GATTA, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto: le Linee-Guida della Procura di Lanciano*.

<sup>28</sup> V. Cass. Sez. V, 31 maggio 2017, n. 35590, P.G. in proc. Battizzocco, in Mass. Uff., n. 270998.

<sup>29</sup> V. Cass. Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 45947, Barzoi e altro, in Mass. Uff., n. 277277. Per un'analitica trattazione del tema v. ancora NIGRO IMPERIALE, *Non punibilità*, cit., pp. 98 ss., nonché V. BOVE, *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2019, pp. 206 ss.

<sup>30</sup> V., per tutti, anche per un'aggiornata ricostruzione del panorama dottrinale e giurisprudenziale, E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in «DPC», 2020, 2, pp. 197 ss.



distanza dall'inserimento nel codice dell'art. 131 *bis*, a prendere posizione su aspetti centrali della disciplina; e la recente sentenza della Consulta che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131 *bis* c.p. nella parte in cui esso non trovava applicazione avuto riguardo all'ipotesi di ricettazione di particolare tenuità *ex art. 648 c.p.*, comma secondo, con ciò come diremo ampliando lo spettro generale della disposizione.

La coppia di decisioni della Corte di Cassazione appena richiamata costituisce un esempio di fruttuoso dialogo tra teoria e prassi. Le pronunce in questione si segnalano infatti per precisione nell'inquadramento degli istituti e saggezza nel valutare le ricadute pratiche.

I giudici di legittimità muovono anzitutto da una puntuale distinzione tra il piano della radicale inoffensività del fatto e quello della esiguità, in termini di concreto disvalore, del singolo episodio.

La Cassazione valorizza poi giustamente la *ratio* dell'istituto che ci occupa e la scelta di fondo del legislatore di ancorare, pur con i distinguo che abbiamo visto, il campo di applicazione della previsione al massimo edittale fissato per le ipotesi criminose di volta in volta in gioco.

Il risultato è quello di sottolineare la compatibilità in linea di principio con l'art. 131 *bis* c.p. di tutti i reati ricadenti all'interno della disposizione. Da qui l'affermazione secondo cui tanto i reati di pericolo astratto, quanto le fattispecie caratterizzate dalla presenza di soglie di punibilità e gli illeciti penali c.d. di mera inosservanza possono presentare manifestazioni concrete tali da legittimare l'applicazione della norma in questione<sup>31</sup>. Viene così opportunamente ripristinata la centralità del giudice, quale necessario interprete dello spirito dell'art. 131 *bis* rispetto alla specifica vicenda all'esame, e viene in potenza assicurata la massima espansione possibile della previsione in oggetto.

L'altro profilo su cui vale la pena indugiare è quello dell'enunciazione del carattere tassativo dell'elencazione dei casi di 'non abitudine' del comportamento: anche su questo versante la Corte si mostra consapevole del dibattito sul punto e attenta a non ridurre, oltre quanto già fatto dal

---

<sup>31</sup> V. Cass. SU, 25 febbraio 2016, n. 13682, Coccimiglio, in Mass. Uff., n. 266595, ove si fa l'esempio della guida in stato di ebbrezza «per pochi metri in un solitario parcheggio», contrapposto al caso in cui questa avvenga «ad elevata velocità in una strada affollata, magari generando un incidente». In senso analogo depone Cass. SU, 25 febbraio 2016, n. 13681, cit., secondo cui «non è certo indifferente, nella ponderazione del disvalore del fatto e del bisogno di pena, se un comportamento che si estrinseca in un mero rifiuto sia accompagnato da manifestazioni di irrispettosa e violenta opposizione o sia invece dovuto ad una non completa comprensione del contesto, ovvero a concomitanti esigenze personali socialmente apprezzabili».

legislatore, lo spazio operativo dell'istituto<sup>32</sup>.

L'ulteriore intervento evocato sopra è quello della Corte Costituzionale, che si è svolto in due fasi e ha condotto, come si diceva, all'estensione della portata della fattispecie anche a tutte le figure che non presentino un minimo edittale diverso da quello legale (quindici giorni) di cui all'art. 23 del codice penale.

La questione sottoposta al vaglio del giudice delle leggi riguardava l'impossibilità, in ragione del massimo edittale previsto (sei anni), di applicare l'art. 131 *bis* c.p. alla ipotesi di ricettazione di particolare tenuità di cui all'art. 648, comma secondo, c.p., pacificamente ritenuta una circostanza attenuante a efficacia speciale.

La censura mossa dai giudici *a quibus* investiva in sostanza l'irragionevolezza derivante dal negare la causa di non punibilità in questione in ragione del massimo edittale, benché la previsione del minimo nella misura legale testimoni la configurabilità in concreto di casi di ricettazione di modesto disvalore. L'art. 131 *bis* c.p. finirebbe così con l'operare rispetto a fattispecie criminose, espressive di minor disvalore astratto avuto riguardo al massimo edittale (minore o pari a cinque anni secondo i criteri di calcolo previsti), ma non al minimo (superiore, anche di molto, a quello della ricettazione di particolare tenuità – si fa, tra gli altri, l'esempio del furto semplice dove la pena nel minimo è di sei mesi)<sup>33</sup>.

Nella prima occasione in cui la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione l'esito è stato quello dell'infondatezza. Dalla decisione traspare la cautela della Consulta ad avventurarsi in territori propri del legislatore, in cui è spiccata la componente di discrezionalità politica. Ciò emerge in modo chiaro da taluni passaggi della motivazione ove la Corte insiste nel ricordare come sia stretto il passaggio che consente di sindacare le opzioni legislative in un campo quale quello dell'estensione di cause di non punibilità – che, ricordano i giudici, «costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali» e comportano un giudizio di ponderazione, che appartiene primariamente al legislatore<sup>34</sup> –, essendo detto sindacato limitato ai soli casi di manifesta irragionevolezza.

Se è vero che il cardine della decisione è in definitiva costituito dall'assenza di validi *tertia comparationis* offerti dal giudice *a quo*, questo itinerario sembra piuttosto costituire un utile scudo alla Corte per

<sup>32</sup> V. Cass. SU, 25 febbraio 2016, n. 13681, cit.

<sup>33</sup> Sono questi in sintesi gli argomenti alla base delle ordinanze di rimessione, rispettivamente, del Tribunale di Nola, nel primo caso (ord. 14 gennaio 2016), e di quello di Taranto (ord. 12 luglio 2019), nel secondo caso.

<sup>34</sup> V., pressoché testualmente, il § 6 del considerato in diritto della sentenza n. 207 del 2017, in «GC».

non procedere oltre, tenuto conto che, come anche ricordato da taluni commentatori<sup>35</sup>, già all'epoca la Consulta aveva inaugurato, con la sentenza in materia di alterazione di stato, la nuova stagione in punto di valutazione della proporzionalità della pena.

Deve peraltro dirsi come, in tale circostanza, i giudici non avessero mancato di indirizzare – con cadenze oramai non inconsuete – un monito al legislatore. La Corte Costituzionale con linguaggio franco e diretto parla di «anomalia» dell'ampiezza della forbice edittale della previsione di cui all'art. 648, comma secondo c.p., rimarcando come ciò riguardi essenzialmente il minimo (che passa da due anni della fattispecie base a quindici giorni della ipotesi attenuata) e sottolinea come, avuto riguardo a quest'ultima misura di pena, non sia «difficile immaginare casi concreti in cui rispetto a tale fattispecie potrebbe operare utilmente la causa di non punibilità (impedita dalla comminatoria di sei anni), specie se si considera che, invece, per reati (come, ad esempio, il furto o la truffa) che di tale causa consentono l'applicazione, è prevista la pena minima, non particolarmente lieve, di sei mesi di reclusione»<sup>36</sup>.

La Consulta cambia registro nella seconda occasione in cui è chiamata a pronunciarsi<sup>37</sup> – è bene ricordarlo a fronte, anche qui, di un fatto in concreto bagatellare (nella prima vicenda si trattava di vendita di un numero non rilevante di astucci recanti marchi contraffatti; nella seconda, di alcune confezioni di rasoi e lamette da barba di provenienza furtiva).

Va indubbiamente riconosciuto come la Corte abbia visto evolvere significativamente la sua giurisprudenza in punto di sindacato sulla proporzionalità della pena, abbandonando le sponde delle rime obbligate a favore della ricerca di una soluzione costituzionalmente compatibile. Come è stato efficacemente osservato – a dire il vero già dopo la richiamata sentenza n. 236 del 2017 – la Corte ha superato lo schema triadico su cui ha per lungo tempo poggiato il giudizio di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio – con un *tertium comparationis* che alimentava e fondava detto giudizio –, abbracciando un modello in cui a risaltare è l'irragionevolezza intrinseca della previsione, giocata tutta sulla limitazione sproporzionata della libertà personale del soggetto realizzata dalla fattispecie criminosa

<sup>35</sup> V. SANTILLI, *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità costituzionale*, in «DPC», 18 settembre 2017, p. 2.

<sup>36</sup> V. C. cost. n. 207 del 2017, cit., § 7 considerato in diritto.

<sup>37</sup> Per un'analisi della sentenza, v. I. GIUGNI, *Da un monito (inascoltato) ad un intervento manipolativo: la Consulta rimedia all'inerzia del legislatore ed amplia l'ambito applicativo dell'art. 131-bis c.p.* (C. cost., sent. 25 giugno 2020, n. 156), in «SP», 24 novembre 2020.

sottoposta a sindacato, letta attraverso il prisma della funzione rieducativa della pena *ex art. 27 Cost.* In un quadro in cui non vi è più dunque un'unica soluzione obbligata ma diverse possibili soluzioni al cui interno il giudice delle leggi seleziona quella adeguata al caso di specie<sup>38</sup>.

Così pure deve dirsi che il legislatore si era chiaramente dimostrato insensibile al monito lanciato dalla Corte – non si manca del resto di sottolinearlo nel corpo della sentenza n. 156 del 2020<sup>39</sup> –: pur infatti avendo inserito, come diremo a breve, l'ennesima eccezione alla regola<sup>40</sup> il legislatore non si era curato di sanare l'anomalia segnalata dalla Consulta.

Tutto ciò è vero: va però notato come la Corte si spinga oltre, lambendo davvero i confini tradizionalmente riservati alla discrezionalità legislativa e inaugurando una stagione ancora nuova.

Qui si fatica a enucleare *tertia comparationis*: anche i richiami evocati, pur pertinenti e tali da evidenziare la possibilità di esiti poco persuasivi, non sembrano sovvertire la logica che aveva condotto la Consulta nella precedente circostanza al rigetto. La scelta di politica criminale del legislatore è stata infatti quella di incardinare l'istituto sul massimo edittale delle singole fattispecie e non invece sul minimo. A ben vedere, a essere sottoposta a censura della Corte è più in radice la razionalità di definire il perimetro della particolare tenuità del fatto sul massimo edittale e non invece sul minimo che, come sembra dire la Corte, è quello che identifica, nella scala delle possibili sottofattispecie, la soglia dei fatti in concreto bagatellari – tutti quelli cioè che si collocano idealmente al di sotto di quel minimo prescelto dal legislatore.

In poche parole, il risultato cui addiuvine la Consulta convince, ma il percorso argomentativo si fonda su una valutazione di mera irragionevolezza intrinseca della disposizione laddove fa riferimento, quale limite di operatività dell'istituto della particolare tenuità del fatto, al solo massimo edittale.

<sup>38</sup> V. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena* (Nota a C. cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236), in «DPC», 2017, 2, pp. 64 ss.; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in «RIDPP», 2019, 2, pp. 785 ss.

<sup>39</sup> V. C. cost. n. 156 del 2020, § 3.5.4 considerato in diritto, ove la Corte afferma senza mezzi termini: «Ed è proprio la circostanza che il legislatore non abbia sanato l'evidente scostamento della disposizione censurata dai parametri costituzionali che impone oggi a questa Corte di intervenire con il diverso strumento della declaratoria di illegittimità costituzionale».

<sup>40</sup> V. *infra* § 4.

#### 4. *Un nuovo giro di vite del legislatore: il d.l. 14 giugno 2019, n. 53*

E veniamo adesso alle ultime vicende riguardanti l'art. 131 *bis* c.p. che, come abbiamo anticipato, sono richiamate nella pronuncia della Corte Costituzionale del 2020 sopra esaminata.

La recente vita dell'istituto della particolare tenuità coincide con l'avvio della presente legislatura e non nasce certo sotto i migliori auspici.

In un disegno di legge – di iniziativa del Deputato Cirielli, noto per le vicende della rinnegata legge sulla prescrizione (ma che conteneva altresì la riforma della recidiva smontata nel tempo dagli interventi della Corte Costituzionale)<sup>41</sup> – la proposta è quella di abrogare l'art. 131 *bis* c.p.

Gli argomenti sono in piena linea con il tono muscolare che ha contraddistinto la prima fase della legislazione, anche penale<sup>42</sup>: lassismo, indebolimento della tenuta del sistema penale, «vera e propria concessione a delinquere 'tenuamente'» sono solo alcune delle accuse espressamente formulate nella Relazione al disegno di legge, o comunque chiaramente desumibili dalla sua lettura, nei confronti dell'art. 131 *bis* c.p.

L'addebito secondo cui la previsione renderebbe «molto difficile comprendere, nella concretezza, quando l'applicazione dell'istituto sia adeguata ed equilibrata» – facendo così trasparire un'evidente sfiducia nei confronti del ruolo del giudice –, il paventato pericolo di un uso improprio dello strumento «per cercare di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari» (i quali certo non sono favoriti nel loro lavoro dalla pendenza di migliaia di procedimenti destinati a 'estinguersi' per effetto del decorso del termine di prescrizione), l'evocare una funzione della pena – «intimidazione/retribuzione/punitiva» – che poco dovrebbe avere a che spartire con il quadro costituzionale, anche alla luce della recente giurisprudenza della Consulta<sup>43</sup>, accompagnata dalla affermazione – davvero di difficile lettura – secondo cui la particolare tenuità del fatto farebbe venir meno «perfino [la finalità] di rieducazione», sono alcuni dei capisaldi su cui si regge la proposta di secca

<sup>41</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2020, pp. 673 ss.

<sup>42</sup> V. M. PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in «AP», 2019, 1, pp. 11 ss.; DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in «DPC», 19 novembre 2018, p. 4 ss.

<sup>43</sup> Sia consentito, per un riepilogo e per i necessari riferimenti, rinviare a GULLO, *Umanità della pena: chimera o traguardo possibile?*, in *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni dissenzianti e concorrenti (2016-2020) di Paulo Pinto de Albuquerque*, a cura di A. Saccucci, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 665 ss.

eliminazione della disposizione che ci occupa<sup>44</sup>.

Non sorprende dunque se a ciò ha fatto seguito una serie di interventi del legislatore volti a ridurre ancora lo spazio operativo della figura.

All'insegna della rispolverata politica di *law and order*, e con l'idea di riaffermare una poco convincente tutela di facciata del prestigio degli agenti pubblici o comunque di dare risposta ad asseriti fenomeni allarmanti sul piano sociale, il legislatore ha attuato restrizioni già sul piano astratto alla particolare tenuità del fatto.

Si è così ulteriormente esteso il catalogo delle esclusioni di cui al comma secondo dell'art. 131 *bis* c.p.: la tenuità dell'offesa è oggi da negare allorché si tratti di reati puniti con la pena nel massimo superiore a due anni e sei mesi di reclusione, che siano commesse in occasione o a causa di manifestazioni sportive, nonché qualora siano integrate le ipotesi di violenza, resistenza od oltraggio a pubblico ufficiale, se commessi nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni, ovvero ancora di un magistrato in udienza.

Il risultato ultimo è frutto di diversi interventi normativi e di aggiustamenti dettati dai rilievi formulati dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione del primo provvedimento, che faceva riferimento genericamente alla nozione di pubblico ufficiale<sup>45</sup>.

Il campionario di manifestazioni in concreto bagatellari delle ipotesi di reato in questione, riportato nella sua missiva dal Presidente della Repubblica, è la più evidente dimostrazione dell'irrazionalità della modifica operata, successiva peraltro alla prima pronuncia della Corte Costituzionale e pressoché coeva alla seconda sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 131 *bis* c.p. nei termini che sappiamo.

Altrettanto emblematica è la rassegna di casi contenuta nelle ordinanze con cui alcuni giudici *a quo* hanno prontamente chiamato in causa la Corte Costituzionale: tali ordinanze mettono a nudo ancora una volta la fragilità della logica del legislatore; un legislatore timoroso del fatto che

<sup>44</sup> Per alcune osservazioni sul progetto e una convincente critica v. GATTA, *Proposta di legge A.C. n. 2024 (Cirielli)*, in «SP», 19 dicembre 2019, p. 2.

<sup>45</sup> V. d.l. 14 giugno 2019, n. 53 nonché la lettera del Presidente della Repubblica Mattarella dell'8 agosto 2019 ai Presidenti di Camera e Senato e al Presidente del Consiglio dei Ministri, reperibile su <https://www.quirinale.it/elementi/32099>, che segnalava il rischio di un eccessivo ampliamento delle ipotesi sottratte all'operatività dell'istituto in esame, in ragione del generico riferimento, in tale provvedimento, alla nozione di pubblico ufficiale. A ciò è dunque seguita l'adozione del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 cui si deve l'attuale, e ridimensionata, formulazione dell'art. 131 *bis* c.p. Per maggiori dettagli, v. la Relazione 100/20 del 22 dicembre 2020 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione.

possa essere qualificata come particolarmente tenue la condotta di un soggetto che per pochi minuti si sia opposto all'attività di due operatori di pubblica sicurezza<sup>46</sup>.

Se un sistema è davvero così debole – per riprendere le parole della Relazione al Disegno di legge Cirielli – da preoccuparsi che l'espulsione dal circuito penale di fatti così connotati sia in grado di minarne la credibilità, dovremmo allora sì riflettere seriamente sul complessivo funzionamento della giustizia penale e sullo stato del rapporto cittadino/istituzioni.

L'impressione è che prevalga per l'ennesima volta la tendenza a imboccare la comoda strada dell'innalzamento delle cornici edittali e del simbolismo repressivo a costo zero, piuttosto che assumersi l'impegno di un recupero di efficienza della macchina giudiziaria e di una ricomposizione del conflitto, nella prospettiva che diremo di qui a breve, tra autore del reato e vittima.

In questa occasione peraltro la Consulta non ha proseguito nella meritoria opera di rivitalizzazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto, rigettando le censure sollevate dai giudici *a quibus*<sup>47</sup> sul presupposto della peculiare rilevanza del bene giuridico in gioco; bene giuridico che, riprendendo le parole della Corte, si caratterizza per la sua complessità,

<sup>46</sup> Le vicende alla base dei giudizi instaurati dinanzi ai giudici rimettenti avevano entrambe ad oggetto il delitto di resistenza a pubblico ufficiale. Nel primo caso (Tribunale di Torino), a venire in rilievo era la condotta di un cittadino cinese che, in stato di ebbrezza, aveva usato violenza – con calci, ginocchiate e una testata – nei confronti di due carabinieri al fine di opporsi alle operazioni di identificazione. Il giudice rilevava la particolare tenuità del fatto in considerazione, *inter alia*, delle modalità della condotta – i colpi, oltre ad essere stati sferrati senza l'uso di armi e in alternanza a stati di quiete e di comportamenti collaborativi, venivano posti in essere in totale assenza di coordinazione, costituendo piuttosto l'effetto dell'alterazione alcolica –; del modesto livello di colpevolezza dell'imputato – avendo questi agito “in un grave e occasionale stato d'animo, per aver appreso dell'imminente morte del padre, lontano in Cina” –, nonché dell'assenza di conseguenze pregiudizievoli per gli operatori di polizia (che «hanno sempre avuto ragione dei suoi comportamenti nel breve volgere di “pochi secondi”»). Il Tribunale di Torre Annunziata si trovava invece a decidere circa la responsabilità di un soggetto che aveva minacciato e stratonato gli agenti di polizia giudiziaria intervenuti a seguito di una lite in cui era stato coinvolto; comportamento che a ben vedere presentava, a detta del Tribunale, una “carica intimidatoria particolarmente esigua”, poiché dovuto allo stato di agitazione ingenerato dal precedente alterco.

<sup>47</sup> Queste concernevano principalmente profili di ragionevolezza e di proporzionalità: v. Trib. Torino, ord. 5 febbraio 2020 – ove in particolare si sottolinea come, nel caso in esame, «l'applicazione [sia] preclusa non per una qualche connotazione del fatto» bensì «solo per il titolo di reato che viene in discorso» –, nonché Trib. Torre Annunziata, ord. 16 giugno 2020. In quest'ultimo provvedimento si rileva altresì il contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost. per la non omogeneità della disposizione di modifica dell'art. 131-*bis* c.p. (art. 16, comma 1, lett. b) d.l. n. 53/2019) rispetto al contenuto dell'atto normativo in cui essa è stata inserita in sede di conversione.

facendo altresì emergere profili inerenti alla protezione della sicurezza fisica e della libertà morale del soggetto passivo-pubblico ufficiale<sup>48</sup>.

Non ci pare a dire il vero che la struttura del bene di cui si tratta non permetta, in ossequio alla logica sottostante l'art. 131 *bis* c.p., di ipotizzare casi di esiguità dell'offesa tali da giustificare il ricorso alla causa di non punibilità in questione. In ogni caso, l'inserimento tra le figure criminose in rilievo anche dell'oltraggio a pubblico ufficiale ci pare davvero irragionevole e finisce per disseppellire le tendenze a evocare beni giuridici, quali la serenità del pubblico agente, su cui per troppi anni ci si è basati per legittimare la permanenza di siffatte figure criminose<sup>49</sup>.

D'altronde, se davvero si trattasse di un bene di tale spessore e con chiare venature pubblicistiche, si faticerebbe a comprendere, sempre rispetto al reato di cui all'art. 341 *bis* c.p., come il legislatore abbia rimesso nelle mani del privato l'estinzione del reato attraverso il risarcimento del danno che tanto sa di monetizzazione dell'offesa arrecata.

##### 5. *La particolare tenuità del fatto a un bivio: alcune osservazioni de iure condendo*

L'inserimento dell'istituto della particolare tenuità del fatto nel codice penale è un buon esempio di promessa mantenuta dal legislatore.

Nella Relazione al d.lgs. n. 274 del 2000, in sede di introduzione del 'diritto penale' del giudice di pace, si legge che l'inserimento lì dell'improcedibilità per particolare tenuità del fatto avrebbe dovuto altresì offrire l'occasione per sperimentare il funzionamento del meccanismo deflattivo in questione, al fine di valutare poi la sua esportabilità nel 'diritto penale comune'.

Con la l. n. 67 del 2014 e il successivo decreto attuativo, il legislatore ha tenuto fede all'impegno: al tempo, peraltro, la particolare tenuità del fatto era stata evocata quale rimedio per temperare i rischi di *overcriminalization* legati a coeve riforme di settore<sup>50</sup>. E analogo effetto la previsione avrebbe

<sup>48</sup> C. cost., sent. 10 febbraio 2021, n. 30, in «GC», in motivazione § 5.2.3.

<sup>49</sup> Sia consentito rinviare, anche per i necessari richiami bibliografici, a GULLO, *Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?*, in «Criminalia», 2014, pp. 439 ss.

<sup>50</sup> V. le considerazioni svolte da VIGANÒ, DOLCINI, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in «DPC», 17 aprile 2012, p. 7, a proposito del delitto di corruzione per l'esercizio della funzione.



potuto sortire riguardo ad altre fattispecie indiziate sotto taluni profili di carente offensività – il riferimento è al delitto di atti persecutori *ex art. 612 bis c.p.* in relazione all'evento di 'alterazione delle abitudini di vita'<sup>51</sup>. In questi casi l'*art. 131 bis c.p.* avrebbe potuto giocare un ruolo importante, nel senso di non sottoporre a pena condotte che, pur non del tutto prive di lesività, si manifestassero in concreto portatrici di esiguo disvalore.

Già su questo fronte l'*art. 131 bis c.p.* ha visto svanire il suo ruolo in conseguenza dell'aumento – talora vertiginoso – delle cornici edittali e, avuto riguardo alla figura da ultimo menzionata, ancor prima per effetto dell'espressa esclusione – frutto, come detto, dell'esame parlamentare degli schemi di decreto legislativo – di cui al terzo comma della disposizione in esame<sup>52</sup>. Deve peraltro dirsi che una funzione analoga continua a poter svolgere la norma in altri casi problematici nei quali la lettura offerta dalla Cassazione risente della preoccupazione di attrarre nell'area della rilevanza penale condotte espressive di un disvalore più attenuato, in ragione del conflitto di interessi sottostante. Il richiamo è qui alle vicende dell'induzione indebita dove l'interpretazione delle Sezioni Unite *Maldera*, nella parte in cui formula eccezioni alla regola generale enunciata (i famosi casi controversi evocati nella sentenza), origina dalla volontà di offrire una via d'uscita al giudice rispetto alla secca alternativa minaccia/concussione, vantaggio indebito/induzione<sup>53</sup>.

La qualificazione del secondo comma dell'*art. 319 quater* come fattispecie autonoma di reato<sup>54</sup> permette difatti di applicare l'*art. 131 bis c.p.*, consentendo così al giudice di seguire un itinerario logico e trasparente.

A rendere stentata la sopravvivenza dell'istituto della particolare tenuità

<sup>51</sup> Evidenzia un simile *deficit* A. VALSECCHI, *Il delitto di "atti persecutori" (il c.d. stalking)*, in «RIDPP», 2009, pp. 1393 ss.

<sup>52</sup> V. l'*art. 318 c.p.* che, all'indomani della riforma di cui alla l. n. 190/2012, puniva la corruzione per l'esercizio della funzione con la reclusione da uno a cinque anni, mentre ad oggi, per effetto delle modifiche *ex l. n. 69/2015*, si assesta su un minimo di tre e un massimo di otto anni, nonché l'*art. 612 bis c.p.*, oggetto di un progressivo inasprimento sul piano sanzionatorio: in particolare, rispetto alla iniziale previsione della reclusione da sei mesi a quattro anni, dapprima il d.l. n. 78/2013 ha innalzato il massimo edittale a cinque anni e, nel 2019, il c.d. Codice rosso ha rimodulato la cornice edittale che oscilla da un anno a sei anni e sei mesi.

<sup>53</sup> V. Cass. SU, 14 marzo 2014, n. 12228, *Maldera*, in Mass. Uff. n. 258473, in motivazione §§ 16-22 ove la Corte richiama alcune ipotesi "c.d. *border line*" in cui il giudice, ai fini della qualificazione del fatto in termini di concussione ovvero induzione indebita, dovrà calibrare il parametro di giudizio sopra evocato a seconda delle specificità del caso concreto, anche in considerazione dei beni giuridici in rilievo.

<sup>54</sup> Questa la ricostruzione proposta da PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e di corruzione*, in «AP», 2012, p. 789.

del fatto hanno concorso, come si è visto, i continui interventi del legislatore, all'insegna di una proliferazione delle eccezioni e di una limitazione dello spazio valutativo del giudice.

Eppure abbiamo cercato di evidenziare l'importanza di puntare sulla depenalizzazione in concreto: i fatti anzitutto ci dicono che il legislatore non riesce ad autolimitarsi e che sono lontani i tempi delle celebri Circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri di orientamento dell'attività di produzione normativa<sup>55</sup>. E comunque la leva della depenalizzazione in concreto presenta due indubbi vantaggi: può ambire a un raggio di azione decisamente più esteso rispetto a qualunque pensabile campagna di depenalizzazione in astratto oggi realizzabile; 'scarica' il legislatore della responsabilità politica della scelta o, quantomeno, fa sì che ne condivida il peso con il giudice. A condizione però che il legislatore non torni continuamente sui suoi passi, non riveda costantemente le scelte fatte.

Tra l'altro, l'istituto in oggetto consente – e, a dispetto di quanto affermato nel disegno di legge Cirielli, di un grande merito si tratta – di temperare i riflessi dell'obbligatorietà dell'azione penale e permette al giudice in una fase precoce di archiviare, secondo cadenze chiare e trasparenti, procedimenti che spesso sostano negli uffici giudiziari al solo fine di attendere il maturare della prescrizione<sup>56</sup>.

Volendo sintetizzare, l'art. 131 *bis* c.p. nella versione confezionata dalla legge delega n. 67 del 2014 presentava, in ottica deflattiva, alcuni pregi: fissava tutto sommato con più coraggio del passato il suo limite di operatività – cinque anni di pena detentiva –, e presentava tratti anche labili – l'istituto ruotava unicamente sulla particolare tenuità dell'offesa e non si definiva la nozione di comportamento abituale –, che però si rivelano a conti fatti un pregio nella segnalata prospettiva, affidandosi al giudice il compito di manovrare il meccanismo con una certa libertà.

Già in avvio dell'iter parlamentare – i pareri resi in commissione giustizia – si è assistito, come abbiamo avuto modo di sottolineare, ai primi guasti: esclusioni tipizzate dell'ambito di applicazione dell'istituto,

<sup>55</sup> Il riferimento è alla nota Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983. Per un'analisi, v. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in «RIDPP», 1984, pp. 953 ss.

<sup>56</sup> Da una rilevazione svolta dal Ministero della Giustizia circa il numero dei procedimenti penali con autore noto definiti per prescrizione, si registra nel periodo compreso tra il 2008 e il 2019 una notevole riduzione dei decreti di archiviazione emessi a seguito del decorso del termine di prescrizione, con una importante contrazione a partire dal 2016 (anno in cui il dato è di 72.840 decreti): a fronte del picco raggiunto nel 2009 e pari a 110.624, la cifra è progressivamente diminuita fino ad assestarsi nel 2019 a una quota di 43.745.

individuazione dei casi di non abitualità, anche con il ricorso a formule di complicata lettura.

Sappiamo poi come la storia è proseguita tra tentativi di chiusura della norma da parte del legislatore e spiragli aperti dalla giurisprudenza. Ed è dagli insegnamenti della Corte Costituzionale e, per la verità, da quelli derivanti dai lavori delle Commissioni di riforma ministeriali che ci pare dovrebbe partirsi per una riscrittura della particolare tenuità del fatto.

Le Commissioni Fiorella e Palazzo si erano mostrate concordi nell'individuare nel minimo edittale il riferimento utile per disegnare la base dell'istituto. È il minimo edittale, come giustamente sottolineato, che segnala il disvalore astratto che il legislatore associa a quella fattispecie di reato; ed è a partire da esso che può ragionevolmente individuarsi la scala di sottofattispecie concrete che potranno, a determinate condizioni, 'meritare' la loro espulsione dal processo e comportare, in ossequio all'idea di *ultima ratio*, la non applicazione della pena.

Il primo passo dovrebbe dunque essere quello di riprendere le indicazioni contenute nei menzionati progetti e fissare nel minimo edittale di tre anni la soglia di operatività del nuovo art. 131 *bis* c.p.

Una siffatta scelta consentirebbe di 'recuperare' alla particolare tenuità quelle ipotesi sottratte dalle scelte del legislatore, successive all'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., nonché di estendere significativamente l'ambito di operatività della figura in esame – si pensi al dibattito originatosi a proposito dell'attuale esclusione delle ipotesi di furto aggravato *ex* art. 625 c.p.

Il secondo passo dovrebbe riguardare la delimitazione del volto dell'istituto, la individuazione dei suoi elementi costitutivi.

Ci sembra saggia la scelta di mantenere una certa elasticità alla figura, non definendo ad esempio cosa debba intendersi per comportamento abituale. Qui sarebbe la giurisprudenza, come del resto ha dimostrato di saper fare bene anche sotto la vigente formulazione, a riempire di contenuti la nozione di cui si tratta, che potrebbe peraltro virare verso le sponde della 'non occasionalità del comportamento'. Non che si tratti di nozione dai contorni tanto più definiti – basta analizzare il dibattito sviluppatosi in seno al diritto penale minorile –, ma essa avrebbe almeno il pregio di uniformarsi a precedenti già esistenti nel sistema penale – quello per l'appunto minorile e quello del giudice di pace.

Quanto infine agli indici di esiguità del fatto, la soluzione da abbracciare ci sembra quella che affiora tra le pieghe dei lavori della Commissione Pisapia. Nella Relazione, nel proporre poi l'opzione sopra richiamata, si dà atto di un indirizzo maturato all'interno di una parte dei componenti della

Commissione di considerare in via alternativa i criteri di valutazione della tenuità del fatto. Lì tali criteri erano legati alla tenuità dell'offesa e alle modalità della condotta; ci spingeremmo al riguardo oltre e inseriremmo altresì il grado della colpevolezza.

In poche parole, il fatto potrebbe essere di particolare tenuità sia allorché l'offesa sia tenue, sia qualora in tal senso deponesse l'esame delle modalità della condotta, sia infine nel caso in cui il grado della colpevolezza 'minimo' consigliasse di non sottoporre a pena quel soggetto.

La vita reale ci consegna talora ipotesi in cui, pur a fronte di un fatto indubbiamente di consistente portata lesiva (e rispetto al quale dunque risulta difficile qualificare l'offesa tenue), è per contro la misura del rimprovero tale da legittimare l'esclusione della punibilità.

Sottolineare questo profilo, indicando i diversi criteri valutativi come alternativi, permetterebbe al giudice, anche in tal caso con maggiore trasparenza, di argomentare con precisione le ragioni della non punibilità.

Chiudiamo con il ruolo della persona offesa: nella ricostruzione prospettata dell'istituto della particolare tenuità, la vittima dovrebbe giocare un ruolo diverso, a seconda del criterio che nell'ipotesi di specie determina la scelta del giudice.

Laddove l'offesa sia tenue ci sembra che l'assetto attuale vada mantenuto e che l'ordinamento, per il tramite del giudice, debba farsi integralmente carico della scelta di non punire, senza interlocuzione della persona offesa.

In presenza invece di una particolare tenuità del fatto giocata sul terreno del minimo grado di colpevolezza, allora ci pare doveroso e utile che si attivi un canale di comunicazione con la persona offesa; un contatto tuttavia che dovrebbe essere animato dalla logica della riparazione e della mediazione, alla ricerca di una composizione del conflitto che la realizzazione del reato ha comunque generato<sup>57</sup>.

Non sono forse i tempi in cui si possono nutrire «prospettive non avveniristiche di trasformazione»<sup>58</sup> del nostro sistema: come si dice però, la speranza è l'ultima a morire<sup>59-60</sup>.

<sup>57</sup> Sulla mediazione come strumento che possa percorrere trasversalmente il sistema sanzionatorio v. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67 del 2014)*, in «RIDPP», 2014, p. 1708.

<sup>58</sup> Il riferimento è allo scritto del Prof. Fiorella citato in avvio (v. nota 10).

<sup>59</sup> Segnali di una ripresa di attenzione verso il tema del rafforzamento degli istituti deflattivi emergono dalle linee programmatiche illustrate di recente dal Ministro della Giustizia Marta Cartabia in Parlamento.

<sup>60</sup> Quando il lavoro era già in corso di pubblicazione, è stata depositata la Relazione della Commissione Lattanzi per la riforma della giustizia penale, nominata dal Ministro Cartabia.

---

Nella prospettiva di nostro interesse, si segnala la proposta di estensione del perimetro applicativo dell'art. 131 bis c.p. ai reati puniti con la pena detentiva non superiore nel minimo a tre anni. Deve altresì menzionarsi l'innovativo istituto della c.d. archiviazione meritata (art. 3 bis) che, sulla scia delle esperienze maturate in altri ordinamenti, si propone di temperare il principio di obbligatorietà dell'azione penale e di garantire un più efficace effetto deflattivo.

Luca Marafioti\*

*Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica\*\**

SOMMARIO: – 1. Ondate pandemiche e legislative sul processo penale – 2. Protrarsi dell'emergenza e “onda lunga” della contro-riforma – 3. Uscita dal tunnel dell'emergenza sanitaria ed ulteriore sintomatica della crisi del processo penale.

*1. Ondate pandemiche e legislative sul processo penale*

Dedicare alcune notazioni ad un tema di bruciante attualità, quale quello dell'emergenza pandemica, dall'angolo visuale del processualpenalista implica necessariamente una piccola “pausa di riflessione”.

Di fronte al rapido susseguirsi delle iniziative governative imposte dai tempi contingentati dell'emergenza sanitaria, siamo stati costretti ad arrestarci all'improvviso per meditare, quasi scendessimo da una giostra in corsa. Si accusa, invero, un fastidioso capogiro qualora ci si accinga a riflettere sulle implicazioni legate alla gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, giacché l'impressione che si avverte è quella di essere in presenza di una matassa di cui è difficile tenere il filo mentre la si prova a dipanare e di fronte alla quale risulta assai faticoso mostrare anche il più cauto ottimismo.

Abbiamo vissuto di recente e continuato a vivere nei tempi presenti una situazione che ci ha portato a modificare il nostro lessico: tanto che ormai abbiamo imparato a parlare e a ragionare in termini di “ondate”, non più solo con riferimento all'emergenza sanitaria, nel cui ambito è stata coniata e viene correntemente utilizzata, ma anche e soprattutto nell'ambito della normativa e dell'esperienza del processo penale, a cui pure tale terminologia ben si attaglia.

Abbiamo subito il tremendo impatto della primissima – e più inquietante

\* Ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Roma Tre.

\*\* Versione rielaborata e corredata da note degli interventi tenuti agli Incontri “*Il processo di fronte all'emergenza pandemica*”, 5 febbraio 2021, indetto dalla Scuola di Specializzazione dell'Università di Pisa, con la collaborazione dell'Ordine degli Avvocati di Pisa, e “*Il processo penale apparente*”, 25 marzo 2021, organizzato dalla Camera Penale di Milano - Gian Domenico Pisapia, in memoria dell'Avv. Carlo Gilli.

– “ondata”; e, così come siamo stati terribilmente spaventati dalla prima ondata pandemica, allo stesso modo anche la legislazione processuale ha mostrato un atteggiamento – forse troppo ed inutilmente – intimorito.

Ne è scaturita una inquietante sensazione: uno dei tre poteri fondamentali dello Stato si è sostanzialmente “chiuso in casa”, interrompendo pressoché ogni aspetto dell’attività giurisdizionale<sup>1</sup>.

La scelta politica di fronte all’emergenza pandemica è stata quella, infatti, di sospendere l’esercizio di uno dei poteri dello Stato, secondo una logica del “tutti a casa”, distante anni luce da quella che ricorda il titolo del romanzo di Sciascia, vale a dire “Porte aperte”.

E così, nell’immediatezza della diffusione del *virus*, il legislatore, mediante il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, ha adottato, per le prime settimane, una serie di misure straordinarie ed urgenti, quali il rinvio in tutti gli uffici giudiziari – salvo alcune eccezioni – delle udienze nei procedimenti civili, penali, tributari e militari; la sospensione dei termini processuali relativi ai suddetti procedimenti<sup>2</sup>; l’adozione di misure organizzative da parte dei capi degli uffici giudiziari per limitare gli accessi agli uffici stessi<sup>3</sup> e la limitazione dei colloqui in carcere e della concessione dei permessi premio e della semilibertà.

Senonché, durante l’attuazione di questo provvedimento è sopraggiunta, a distanza di pochi giorni, l’emanazione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (decreto Cura Italia), convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27.

Ad integrazione e parziale sostituzione di quanto contenuto nel d.l. 8 marzo 2020, n. 11, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha contemplato una serie di interventi che interessano il settore giustizia, concentrati in alcune disposizioni. Si tratta, anzitutto, dell’art. 83 rubricato «*Nuove misure urgenti*

---

<sup>1</sup> Sulla paralisi dell’attività giudiziaria nella normativa dell’emergenza sanitaria, efficacemente, E. AMODIO, E.M. CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, in «*SP*», 5/2020, p. 269.

<sup>2</sup> In particolare, l’art. 1, d.l. n. 11/2020 aveva previsto, tra le altre misure, il rinvio d’ufficio - a data successiva al 22 marzo 2020 - per le udienze dei procedimenti penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari e la sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti, ad eccezione dei procedimenti penali considerati dall’art. 2, comma 2, lett. g), dello stesso decreto.

<sup>3</sup> Sempre secondo la disposizione di cui l’art. 1, d.l. n. 11/2020, i dirigenti degli uffici giudiziari, con riferimento al periodo dal 23 marzo 2020 al 31 maggio 2020, possono adottare misure di limitazione all’accesso agli uffici giudiziari e agli sportelli di cancelleria; prevedere lo svolgimento dei giudizi penali a porte chiuse, in deroga alle previsioni dell’art. 472 c.p.p.; adottare linee guida vincolanti per i magistrati per la fissazione e trattazione delle udienze e, infine, prevedere il rinvio di ufficio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020, con alcune eccezioni, il cui catalogo è elencato all’art. 2, comma 2, lett. g), dello stesso decreto.

*per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare», dell'art. 123 recante «Disposizioni in materia di detenzione domiciliare» e, infine, dell'art. 124 recante «Licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà».*

Il decreto ha ribadito, anzitutto, ai commi 1 e 2 dell'art. 83, il differimento urgente delle udienze, nonché la sospensione della generalità dei termini procedurali, dilatandola – rispetto alla previsione originaria contenuta nel d.l. 8 marzo 2020, n. 11 – oltre i confini della “pendenza” del procedimento. Infatti, come si ricava dalla Relazione illustrativa a corredo del decreto-legge, «il fiorire di dubbi interpretativi e prassi applicative sostanzialmente elusive del contenuto della previsione o comunque non adeguatamente sensibili rispetto all'evidente dato teleologico della norma»<sup>4</sup> ha spinto il legislatore dell'emergenza a rendere «amplissima» la portata della sospensione.

In tale prospettiva, l'art. 83 del decreto richiamato ha previsto la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto, tra cui vengono richiamati «i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali»<sup>5</sup>.

In particolare, poi, il quarto comma dell'art. 83 ha affiancato alla generalizzata sospensione dei termini procedurali – e per lo stesso periodo – la sospensione del corso della prescrizione e dei termini di durata massima delle misure cautelari, di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p., per tutti i procedimenti rimasti “congelati” nella prima fase dell'emergenza sanitaria.

Si tratta di una soluzione tecnica che lascia stupefatto chiunque osservi, con un certo disincanto, le scelte di politica legislativa, tanto più ove si

<sup>4</sup> Con riferimento al concetto di “pendenza” dei giudizi, la Relazione illustrativa del decreto-legge chiarisce il dubbio circa la possibilità o meno di ricomprendere nella sospensione anche il termine per la proposizione dell'impugnazione delle sentenze, estendendo gli effetti della sospensione anche gli atti introduttivi del giudizio, ove per il loro compimento sia previsto un termine.

<sup>5</sup> A norma dell'art. 83, comma 2, d.l. 18/2020, «si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto».



considerino le iniziative di poco precedenti in materia di prescrizione<sup>6</sup>, ammantate di populismo e finalizzate a paralizzare l'operatività dell'istituto a partire dalla sentenza di primo grado, onde disinnescare gli effetti di ogni *escamotage* utile ad allungare i processi da parte della difesa<sup>7</sup>.

Siamo passati, così, dal mantra, ripetuto all'infinito, della prescrittibilità del crimine, quale viatico verso una immeritata impunità di presunti colpevoli, ad una repentina relativizzazione delle problematiche riguardanti la prescrizione, ritenuta ora complice del rallentamento dei tempi della giustizia, con correlativa possibilità di rinviare, in modo generalizzato, i processi per periodi anche molto lunghi, avvalendosi dell'istituto della "sospensione"<sup>8</sup>. Siamo passati, in altri termini, dal voler fare i processi ad

<sup>6</sup> Si rinvia, tra i tanti commenti alla riforma della disciplina in tema di prescrizione, a R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in «DPP», 2019, pp. 900 ss.; A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in «AP», 7 dicembre 2020; G. INSOLERA, *La riforma gialloverde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in «DPC», 9 novembre 2018; V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in «RDPP», 2019, pp. 557 ss.; A. MANNA, *La c.d. sospensione del termine prescrizionale dopo il giudizio di primo grado tra politica e diritto*, in <<https://discrimen.it/>>, 10 febbraio 2020; O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale*, in «SP», 21 gennaio 2020. Sia consentito, altresì, il rinvio a L. MARAFIOTI, *Per sempre imputato: il processo senza prescrizione*, in <<https://www.centoundici.it/>>, gennaio 2020, pp. 10-11.

<sup>7</sup> In posizione fortemente critica rispetto alle scelte legislative populistiche dell'ultimo periodo, v., per tutti, AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli Editore, Roma, 2019.

<sup>8</sup> Sul punto, C. cost., 18 novembre 2020, n. 278, in «CP», 2021, p. 44, con nota di G. M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, ha respinto le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, d.l. 18/2020, come conv., con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, e dell'art. 36, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, come conv., con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2020, n. 40. La sospensione della prescrizione disposta dai d.l. n. 18 e n. 23 del 2020, emanati per contrastare l'emergenza COVID-19, non è costituzionalmente illegittima in quanto è ancorata alla sospensione dei processi dal 9 marzo all'11 maggio 2020, prevista per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Ad avviso della Consulta, la cosiddetta "sospensione COVID" rientra, infatti, nella causa generale di sospensione della prescrizione stabilita dall'art. 159 c.p. - che prevede, appunto, la sospensione del corso della prescrizione ogni qualvolta la sospensione del procedimento o del processo penale sia imposta da una particolare disposizione di legge - e in quanto tale non contrasta con il principio costituzionale di irretroattività della legge penale più sfavorevole. A commento della predetta decisione, altresì, R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in «SP», 8 febbraio 2021; M. BONTEPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in «SP», 13 gennaio 2021, pp. 1 ss.

ogni costo ad una vera e propria “fuga” dal meccanismo processuale in sé.

E colpisce, ancora di più, l'atteggiamento del diritto costituzionale di fronte all'opzione espressa dal legislatore che, nella ritenuta impossibilità di proseguire il processo nella fase emergenziale, ha preferito allungare i termini di esecuzione della misura della custodia cautelare, mediante il ricorso ad una norma sostanzialmente “di eccezione”<sup>9</sup>.

Vi sono pochi dubbi, allora, che l'emergenza sanitaria sia andata completamente a scapito della libertà individuale, nei confronti non solo dei cittadini “liberi”, ristretti in uno stato di pseudo-arresti domiciliari, ma anche dei soggetti sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere, rispetto ai quali il legislatore sembra aver considerato il diritto alla salute in modo completamente differente da quanto ha previsto per i detenuti in esecuzione della pena<sup>10</sup>.

Di qui il paradosso che sono proprio i soggetti detenuti in attesa di giudizio, sebbene riconosciuti presunti innocenti dalla Costituzione, ad essere costretti, di fatto, a subire gli effetti provocati dalla paralisi giudiziaria, non ultimo escluso l'amplificazione del rischio di contrarre il *virus* a causa della permanenza nell'istituto penitenziario.

A questa primissima ondata è conseguita, poi, la diffusione di tutto un corredo di prassi autodefinitesi “virtuose”: una serie di disposizioni di tipo organizzativo, emanate sulla base di accordi tra capi degli uffici giudiziari,

<sup>9</sup> In argomento, E. MARZADURI, *Le sorti dei detenuti sottoposti a custodia carceraria ai tempi del coronavirus*, in «LP», 24 marzo 2020; MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in «AP», 16 aprile 2020; A. SCALFATI, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria; leggi confuse e illiberali*, in «AP», 7 maggio 2020.

<sup>10</sup> Parla, a tal proposito, di «un regime a due velocità l'uno per gli imputati e l'altro per i detenuti definitivi», F. VERGINE, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, efficienza e processo penale*, in «Il Processo», fasc. 3, 2020, p. 843. Per un ampio quadro delle iniziative prese nel sistema penitenziario, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a S. CARNEVALE, *Carcere e coronavirus: intorno a ciò che emerge dall'emergenza*, in <<https://discrimen.it/>>, 9 febbraio 2021; A. CIAVOLA, *Il tempo immobile del carcere e il diritto ad anticipare l'applicazione delle misure alternative*, in «RDPP», 2020, p. 1149; C. CONGESTRI, *L'emergenza covid-19 negli istituti penitenziari*, in *Connessioni di Diritto penale*, a cura di A. Massaro, Roma Tre Press, 2020, p. 53; E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto “cura Italia”: a mali estremi, timidi rimedi*, in «SP», 20 marzo 2020; A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in «SP», 29 aprile 2020; F. FIORENTIN, *Decreto legge “Cura Italia”: le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, in «Il Penalista», 20 marzo 2020, p. 4; D. PULITANÒ, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in «Diritto di Difesa», 1 giugno 2020, p. 420; M. RUARO, *Le disposizioni relative all'esecuzione penale del d.l. “cura Italia” (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in «CP», 2020, p. 2185.

hanno finito per provocare una distribuzione o, meglio, una parcellizzazione di atti di normazione secondaria, diversi da ufficio ad ufficio, in forza di circolari, direttive, provvedimenti e note varie<sup>11</sup>.

È venuto a difettare, così, nella prima fase dell'emergenza, un elementare criterio di prevedibilità tra gli utenti del sistema giustizia e, segnatamente, tra gli imputati ed i loro difensori.

Si è assistito, infatti, alla moltiplicazione di protocolli operativi di conio giudiziario interni ai singoli Uffici territoriali, che, a fronte di una maggiore elasticità delle regole organizzative e di condotta processuale, ha accentuato il rischio di forti disequaglianze in punto di continuità della funzione giurisdizionale.

Inutile nascondere che una simile segmentazione di prassi abbia inciso, in modo significativo, sul diritto di difesa giudiziaria, che si è visto costretto a subire forme di erosione, al limite della vera e propria elisione.

Particolarmente avvertito è stato un *deficit* di effettività delle garanzie difensive da assicurare nella fase investigativa del procedimento. Con riferimento specifico a quest'ultimo profilo, la gestione dell'emergenza, in funzione del diverso grado di pericolo esistente nelle singole sedi e in ragione della differente disponibilità di locali e di attrezzature rinvenibili nei vari uffici giudiziari, ha finito per provocare una pericolosa rimodulazione delle garanzie processuali "a macchia di leopardo".

Segnatamente, nella "gestione" della fase investigativa, l'ampia circolazione della normativa di livello secondario, emanata direttamente dai Procuratori della Repubblica, ha arrecato una vera e propria metamorfosi del rapporto intercorrente tra l'Autorità inquirente ed i soggetti a vario titolo coinvolti nelle indagini preliminari, sotto differenti angoli di visuale.

Ne sono la riprova le regole contenute nelle circolari dei diversi Uffici di Procura che, per un verso, hanno limitato l'ingresso del difensore dell'indagato e della persona offesa presso le segreterie dei pubblici ministeri e delle cancellerie delle Procure (come l'Ufficio per la visione degli atti di indagine, meglio noto come Ufficio 415-*bis*), subordinando l'accesso ad una espressa ed eventuale autorizzazione del personale amministrativo. Nonché, per altro verso, tali regole hanno sovente circoscritto temporalmente le attività difensive, talvolta predeterminandone persino la durata, come riportato dalla circolare interna alla Procura di Milano, nella quale si è stabilito un ingresso contingentato presso l'Ufficio 415-*bis* per un massimo di 30 minuti per ciascun difensore.

---

<sup>11</sup> Sul punto, si veda F. RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in «LP», 18 maggio 2020, p. 5.

Senza considerare un ulteriore profilo.

Il funzionamento dei meccanismi processuali, affidato alle “prassi virtuose” dei singoli magistrati, ha finito per mettere in seria crisi l’Avvocatura, in quanto ha creato forti disparità di trattamento, imponendo una capacità, non comune, di gestione degli strumenti telematici<sup>12</sup>. È un dato, infatti, che il deposito telematico degli atti, come anche l’accesso ai meccanismi di informatizzazione del processo, abbia penalizzato gli avvocati meno giovani e poco abituati ad avvalersi degli strumenti tecnologici o coloro che, al diffondersi della pandemia, avevano a disposizione meno mezzi.

A complicare ulteriormente il quadro sopraggiungono, poi, i numerosi guasti ed inconvenienti tecnici, spesso macroscopici, dovuti al malfunzionamento del cosiddetto Portale del Processo Penale Telematico<sup>13</sup>, che hanno suscitato comprensibili reazioni di protesta da parte dell’Avvocatura, giunta di recente ad invocare la sospensione quale strumento da utilizzare in via esclusiva. E ciò nella consapevolezza che «ogni disfunzione, ogni criticità, malfunzionamento si traduce inevitabilmente in un pregiudizio per il compiuto e sereno esercizio del diritto di difesa»<sup>14</sup>. Il che ha indotto, altresì, gli avvocati penalisti a proclamare un’astensione dalle udienze appositamente rivolta a lamentare le evidenti disfunzioni del “Portale del Penale”<sup>15</sup>.

## 2. *Protrarsi dell'emergenza e “onda lunga” della contro-riforma*

A questo primo periodo, durante il quale la celebrazione dei processi

<sup>12</sup> Più in generale sul tema, B. GALGANI, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in *Dimensione tecnologica e prova penale*, a cura di L. Luparia, L. Marafioti, G. Paolozzi, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 245 ss.

<sup>13</sup> Sulla disciplina degli atti per via telematica, cfr. A. MARANDOLA, *Confermata la trasmissione telematica delle notizie di reato, degli atti difensivi ex art. 415-bis c.p.p. e regolato l'invio dell'impugnazione tramite P.E.C.*, in «DPP», 2021, pp. 149 ss.; S. TOGNAZZI, *Il deposito telematico degli atti del procedimento telematico: disciplina d'emergenza e prove tecniche di riforma*, in «GI», 2021, n. 1, p. 709; S. M. CORSO, *Le auspicabili ricadute della normativa emergenziale sulla comunicazione telematica prevista nel d.d.l. 2020 per la riforma della procedura penale*, in «AP», 2020, n. 2, pp. 1 ss., spec. 16 ss.

<sup>14</sup> Così, la lettera inviata dal Presidente dell’Unione Camere Penali Italiane, G. Caiazza, al Ministero della Giustizia, Capo Dipartimento dell’Amministrazione Giudiziaria, del personale e dei servizi, 25 gennaio 2021.

<sup>15</sup> Si fa riferimento all’astensione proclamata dall’Unione Camere Penali Italiane, per i giorni 29, 30 e 31 marzo 2021, con apposita Delibera del 12 marzo 2021.

è avvenuta solo in casi eccezionali, ha fatto seguito una fase successiva, inaugurata sulla spinta di una seconda “ondata” e caratterizzata dalla proliferazione di norme che hanno costruito un ponte ideale tra l'emergenza pandemica, le prassi organizzative ed i “malcostumi” degli uffici, espressione della difficoltà, ormai congenita al nostro sistema giudiziario, di smaltire il carico di lavoro.

Abbiamo assistito, insomma, al delinearsi di una “terza via” nella gestione dei meccanismi processuali che, sebbene non abbia comportato la totale sospensione delle attività giudiziarie, ha accolto, tuttavia, un'idea di processo penale ancora assai lontana da come lo conoscevamo prima della pandemia.

Di questa nuova fase, va constatato con rammarico, la tendenza è quella di pensare che i principi, i valori, le forme e le garanzie processuali - per la difesa dei quali docenti di procedura penale ed avvocati erano pronti ad innalzare le barricate - infondo non sono poi così importanti, perché il processo può proseguire ugualmente ed a prescindere.

Del resto, la considerazione che le garanzie e le forme processuali siano inutili orpelli, facilmente sacrificabili in nome dell'efficientismo “ad ogni costo”, non costituisce certo una novità<sup>16</sup>.

Ci si dimostra, così, pronti a rinunciare ad una consolidata idea di “udienza”, intesa come unità di tempo, spazio e luogo<sup>17</sup>, nella quale i principi dell'oralità e della pubblicità sbiadiscono - sino a scomparire del tutto<sup>18</sup> - sullo sfondo del rinnovato quadro normativo emergenziale, che privilegia il nuovo paradigma della “giustizia a distanza”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> A tal proposito, C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 66-67, ricorda che «le forme della procedura, cioè le modalità di tutela dei diritti, non sono sterili formalismi, orpelli che intralciano la giustizia o la ragionevole durata del processo, [...] dimenticando che la durata ragionevole è anche un diritto dell'imputato previsto dalla Costituzione e, per questa ragione, sottratto ad un'operazione di bilanciamento affidata al giudice»

<sup>17</sup> Cfr. A. GARAPON, *La despaializzazione della giustizia*, trad. it., Mimesis, Milano-Udine, 2021.

<sup>18</sup> Sullo svilimento del contraddittorio nelle udienze in videoconferenza, si rinvia, tra i tanti, a AMODIO, CATALANO, *La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio*, cit., p. 277; C. BONZANO, *La parabola del contraddittorio dal giusto processo all'efficientismo emergenziale*, in «DPP», 2020, pp. 1417 ss.; E. M. MANCUSO, *La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19*, in «GP», 2020, p. 5; MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in «AP», 2020, n. 1, pp. 1 ss.; VERGINE, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, efficienza e processo penale*, cit., pp. 843 ss. In ottica anche comparata, v. J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in «Processo penale e giustizia», 2021, pp. 226 ss.

<sup>19</sup> Sull'impiego corretto del termine per indicare le udienze celebrate a distanza, si veda

Occorre ricordare, infatti, che il comma 12-*bis* dell'art. 83 prevedeva la celebrazione a distanza, per il periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, di qualsiasi udienza penale, ad eccezione solo delle ipotesi in cui fosse prevista la deposizione di un testimone, diverso dagli appartenenti alla polizia giudiziaria<sup>20</sup>.

Senonché, a seguito dei numerosi dubbi di compatibilità di questo strumento con le garanzie del giusto processo, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28 ha rivisitato l'impostazione originaria della norma, escludendo dal suo ambito operativo anche tutte quelle sequenze dibattimentali in cui è più avvertita l'esigenza di evitare la compressione di diritti di partecipazione delle parti. Viene esclusa, così, la celebrazione in modalità "telematica" delle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e di quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, «salvo che le parti vi acconsentano»<sup>21</sup>.

Nonostante, però, l'intenzione dichiarata del legislatore fosse quella di restringere l'ambito di applicazione di un contraddittorio delocalizzato e smaterializzato, la novella finisce, a ben vedere, per generare un paradosso: il consenso previsto sembra autorizzare, infatti, le forme telematiche anche in ipotesi per le quali la disciplina precedente – ovvero l'art. 12-*bis*, l. 24 aprile 2020, n. 27 – escludeva il ricorso alle modalità virtuali.

Nella stessa direzione si è spinto, altresì, il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, recante "*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*", limitandosi a riproporre quanto stabilivano i commi 12 ss. dell'art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ossia le norme in tema

---

AMODIO, *Smettiamo di storpiare l'italiano con il lugubre "da remoto"*, in «SP», 28 aprile 2020.

<sup>20</sup> L'art. 83, comma 12-*bis*, l. 24 aprile 2020, n. 27 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), prevedeva che, fermo quanto previsto dal comma 12, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti possono essere tenute mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

<sup>21</sup> Il nuovo periodo al comma 12-*bis* dell'art. 83, come modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, prevede che, fermo quanto previsto dal comma 12, le disposizioni di cui al presente comma non si applicano, salvo che le parti vi acconsentano, alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti (art. 3, comma 1, lett. d).

di processo a distanza, vigenti nel periodo di maggiore gravità dell'epidemia.

Non sembra azzardato, allora, sostenere che, ancora una volta, il simulacro del principio di oralità diventi facilmente rinunciabile e finisca per configurarsi unicamente “*on demand*” ovvero solo su richiesta e solo se “ci tieni”, muovendosi lungo un solco già tracciato da una logica emergenziale diffusasi quasi trent'anni fa<sup>22</sup>.

È quanto, del resto, si avverte con riferimento alla tematica delle impugnazioni: nel procedimento in appello e in cassazione, viene tracciato un rito inedito, non partecipato e fondato su un contraddittorio meramente cartolare, a meno che non venga presentata apposita richiesta<sup>23</sup>.

Con particolare riferimento alla fase dell'appello, l'art. 23, d.l. 9 novembre 2020, n. 149, recante “*Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese e giustizia, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*” – confluito nell'art. 23-bis, comma 1, l. 18 dicembre 2020, n. 176 - ha previsto che, al di fuori dei casi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, ai fini della decisione sugli appelli proposti contro le sentenze di primo grado, la Corte di appello procede in camera di consiglio senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori, salvo che una delle parti private o il pubblico ministero faccia richiesta di discussione orale o che l'imputato manifesti la volontà di comparire.

La sensazione, allora, è che il legislatore abbia colto un'occasione preziosa per codificare quella prassi che vede spesso, nelle aule in cui si dovrebbero discutere gli appelli, i difensori riportarsi ai motivi di impugnazione già depositati<sup>24</sup>, rovesciando, per tale via, il rapporto regola-eccezione in materia di partecipazione all'udienza<sup>25</sup>. Il tutto secondo una prassi che, affermatasi dapprima in alcuni distretti, si è diffusa progressivamente su tutto il territorio nazionale, per poi consolidarsi a livello di Cassazione.

Sul punto, tuttavia, un'osservazione s'impone.

<sup>22</sup> MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., p. 3 scorge «una evidente progressione nelle scelte politiche che, a partire dal 1992, hanno portato fuori dalle aule di udienza i collaboratori e i testimoni di giustizia, gli agenti sotto copertura, gli imputati connessi, gli atti di ricognizione, gli imputati detenuti e, ora, addirittura il processo nel suo complesso».

<sup>23</sup> Cfr., prontamente, A. MANGIARACINA, *Impugnazioni e pandemia: l'esilio dell'oralità e la “smaterializzazione” della camera di consiglio*, in «DPP», 2021, pp. 177 ss.; G. FIDELBO, *Processo “scritto” e limiti all'oralità in Cassazione*, in «SP», 25 marzo 2021, pp. 1 ss.

<sup>24</sup> Sul punto, MANGIARACINA, *Impugnazioni e pandemia*, cit., p. 182

<sup>25</sup> In questo senso, MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, cit., p. 8, «la richiesta del difensore integra la fisiologia del procedimento camerale partecipato, mentre l'eccezione è quella pervista in via temporanea dalla legge. Non si comprende per quale ragione scaricare sull'imputato, [magari anche detenuto] il costo, in termini di tempo, richiesto per assicurare la garanzia minimale della partecipazione in forma orale».

È lecito, infatti, interrogarsi se sia più qualificante fare finta di pretendere una discussione partecipata in forma generalizzata, per poi assistere ad una poco dignitosa sfilata dei difensori che “si riportano” al testo dell’impugnazione, nella speranza di ottenere la benevolenza della Corte; ovvero esigere che sia rispettata la facoltà di poter presenziare all’udienza al fine di concludere oralmente, pur tuttavia nell’ottica di una sorta di diritto potestativo all’ascolto del difensore.

Analogo discorso vale, altresì, per il procedimento davanti alla Corte di cassazione, ove le udienze sembrano rimodulate in modo che nessuno possa entrare nella *turris eburnea* della sede dell’organo della nomofilachia.

Anche con riferimento al controllo di legittimità, l’art. 83, comma 12-ter, l. 24 aprile 2020, n. 27 – e sulla stessa scia l’art. 23, comma 8, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge con la l. 18 dicembre 2020, n. 176 - ha previsto che, ai fini della decisione sui ricorsi proposti per la trattazione a norma degli articoli 127 e 614 c.p.p., la Corte di cassazione procede in camera di consiglio senza l’intervento del procuratore generale e dei difensori delle altre parti, salvo che una delle parti private o il procuratore generale faccia richiesta di discussione orale.

La richiesta di discussione orale è formulata per iscritto dal procuratore generale o dal difensore abilitato a norma dell’art. 613 c.p.p. entro il termine perentorio di venticinque giorni liberi prima dell’udienza e presentata, a mezzo di posta elettronica certificata, alla cancelleria. In assenza di richiesta di discussione orale, si procede con le forme dell’udienza non partecipata e il contraddittorio tra le parti è affidato allo scambio delle rispettive richieste formulate per iscritto.

Ebbene, dalla lettura di questa previsione è sorto il dubbio che il legislatore sia mai effettivamente entrato in un’aula di giustizia. E ciò è apparso ancora più evidente a seguito dell’entrata in vigore del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, che, estendendo l’ambito applicativo della normativa processuale emergenziale fino al 30 aprile 2021, senza tuttavia recare una disciplina intertemporale, ha provocato inevitabili difetti di coordinamento con il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137.

Quest’ultimo provvedimento, infatti, come sopra ricordato, ha previsto che la richiesta di discussione orale debba essere presentata per iscritto, entro il termine libero di venticinque giorni prima dell’udienza. Tuttavia, essendo il d.l. n. 2/2021, entrato in vigore il 14 gennaio 2021, a tale data risultavano già scaduti i termini per richiedere la trattazione orale per i ricorsi fissati alle udienze comprese nel periodo intercorrente tra il 1° febbraio 2021 (primo giorno successivo alla fine del regime emergenziale previsto dal d.l.



28 ottobre 2020, n. 137) e l'8 febbraio 2021 (giorno coincidente con la scadenza del termine di 25 giorni a decorrere dall'entrata in vigore del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2).

Insomma, il legislatore non si era reso conto che, nel momento in cui questo decreto veniva prorogato, i termini per la formulazione dell'istanza di discussione orale erano già scaduti.

Il che ha reso doveroso l'intervento del Primo Presidente della Corte di cassazione, chiamato a fornire una disciplina di coordinamento per le udienze penali in Cassazione fissate tra il 1° e l'8 febbraio 2021<sup>26</sup>. In particolare, con riferimento alle udienze penali fissate nel periodo anzidetto, le richieste di discussione orale possono essere presentate dalle parti entro il termine di cinque giorni liberi prima dell'udienza; termine coincidente con quello assegnato alla parte, dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, per il deposito di memorie, una volta ricevuta la comunicazione delle conclusioni del Procuratore generale. Si tratta di un termine ritenuto «idoneo a bilanciare la tutela dell'incolpevole affidamento delle parti, ingenerato dalla mancanza di un coordinamento, sotto il profilo temporale, dei diversi provvedimenti normativi che si sono succeduti, il rispetto della sequenza procedimentale delineata dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, il principio del contraddittorio, il diritto di difesa, la ragionevole durata delle procedure, esigenze di economia processuale».

### *3. Uscita dal tunnel dell'emergenza sanitaria ed ulteriore sintomatica della crisi del processo penale*

Appare chiaro, allora, che il legame intercorrente tra processo penale ed emergenza pandemica impone un ripensamento complessivo dell'idea stessa di processo penale e delle forme in grado di assicurare la giustizia della decisione. E per farlo può essere utile muovere da una riflessione più approfondita sulla nostra condizione esistenziale, purché alleggerita da quella temibile pressione psicologica che, al di là degli eventi drammatici provocati dall'emergenza sanitaria, ha rappresentato senza dubbio il più grave problema della collettività.

Questa riflessione andrebbe condotta inforcando gli occhiali dello storico e beneficiando della vecchia distinzione crociana tra “cronaca” e

---

<sup>26</sup> Linee guida sulla organizzazione nella emergenza Covid-19 delle udienze penali fissate nel periodo 1 febbraio - 8 febbraio 2021 a seguito del d.l. n. 2 del 2021.

“storia”, per rivalutare con maggiore serenità ciò che accade nel rapporto tra pandemia e processo penale.

A tal fine, avremmo avuto bisogno, senza dubbio, che la vicenda si fosse consolidata per consentire il distacco necessario per poter formulare un giudizio il più possibile neutrale rispetto all'emergenza ancora in corso.

Ecco, allora, il singolare paradosso dello “stato di emergenza” in cui viviamo: osservare, attraverso gli occhiali dello storico, una vicenda dalla quale non siamo nemmeno lontanamente usciti e – nonostante gli slogan della ripartenza – non sappiamo se e quando ne usciremo, per riuscire ad immaginare cosa resterà e cosa avremo perso alla fine di questa esperienza.

Per un verso, siamo spinti ad affrontare la situazione con ottimismo, perché ciascuno di noi, per definizione, è portato naturalmente a fuggire il *thanatos* e andare verso la vita, preferendo, nella nostra vitalità, sopravvivere alle difficoltà esistenziali.

Basti pensare agli avvocati, costretti ad affrontare le numerose difficoltà derivanti dall'esigenza di partecipare ad udienze in trasferta, nonostante l'assenza di alberghi aperti o la carenza di mezzi di trasporto, e spesso in condizioni di inaccettabile insicurezza. Queste e altre difficoltà manifestano, ancora una volta, la spiccata tendenza del sistema giudiziario a mantenere a distanza l'avvocatura. Resta la sensazione, infatti, che, in ogni momento in cui emerge una fortissima frizione all'interno delle istituzioni democratiche di un paese, uno dei primi ostacoli di cui ci si vuole liberare, ai fini del funzionamento della macchina giudiziaria, è proprio la “parola dell'avvocato”.

E questo rischio, già manifesto nel giudizio di appello e di cassazione, si avverte anche con riferimento al dibattimento, mediante la scelta del legislatore di privilegiare il collegamento a distanza.

Vi è chi ha sostenuto che, grazie al meccanismo della conversazione attraverso lo schermo, il clima è più disteso, i toni meno accesi e le testimonianze possono essere ricavate con minore imbarazzo<sup>27</sup>. Si tratta di capire, però, se siamo in presenza di un ripiegamento necessitato che non rappresenta la negazione di consolidati principi, oppure di nuovi itinerari possibili per l'accertamento penale.

Occorre, allora, confrontarsi con la ritenuta capacità epistemica dei verbali videoregistrati e del processo a distanza. Nei confronti di tale seduzione non può aversi un semplicistico atteggiamento di pregiudiziale rifiuto, ancorché pesi accettare a cuor leggero l'avvento di simili sviluppi. In

<sup>27</sup> Per questa opinione, v. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in «SP», 2021, n. 2, p. 137, la quale non esclude che un singolo testimone necessiti di un filtro per raggiungere una tranquillità emotiva che lo metta nella condizione psicologica di condividere a pieno le sue conoscenze sui fatti.

effetti, a date condizioni, la visione di verbali redatti mediante videoriprese può rappresentare un metodo di conoscenza processuale e di valutazione della prova meno deteriore di quello incentrato su una defatigante lettura di inerti trascrizioni. E potrebbe rappresentare una valida alternativa sia in caso di mutata composizione dell'organo giudicante<sup>28</sup>, sia nell'ipotesi in cui la prova sia stata assunta anticipatamente rispetto alla fase dibattimentale, mediante incidente probatorio<sup>29</sup>.

Meno agevole, invece, patrocinarne un più ampio ricorso a forme di assunzione a distanza della prova dichiarativa, nella convinzione che, confinato nell'ambiente meno formale creato dal videocollegamento, il testimone «possa essere più sereno, lasciarsi andare, rendendo una dichiarazione più autentica, rispetto al contesto formalizzato del tribunale»<sup>30</sup>, sul presupposto che «l'interrogatorio di un testimone su internet, via Skype, sia meno stressante di uno condotto durante un'udienza»<sup>31</sup>.

Tuttavia, come è stato correttamente evidenziato, «il problema va al di là dei rispettivi meriti della videoconferenza o dell'udienza *in vivo*. Nel *trial* come nel processo, la performatività proviene dall'incontro fisico»<sup>32</sup>. In altri termini, «è la voce della parola che fa la performatività»; cosicché ogni digitalizzazione o tecnica digitale fondata sulla registrazione o sulla ripetizione minaccia «la sua potenza di verità»<sup>33</sup>.

A ciò va aggiunto che simile *modus procedendi*, come dimostrato dall'esperienza dell'audizione dei testimoni vulnerabili, non rappresenta necessariamente il *non plus ultra* nella effettività del contraddittorio in sede formazione della prova e nell'esercizio delle prerogative difensive nel corso dell'esame.

Una sua potenziale ed indiscriminata espansione, pertanto, convince assai poco. Occorre, in altri termini, maggiore cautela nell'apertura a canali

<sup>28</sup> In questo senso, APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., p. 139.

<sup>29</sup> Ancora, APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., p. 139 nt. 39.

<sup>30</sup> Così, APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., 138.

<sup>31</sup> In questi termini, A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, a cura di M.R. Ferrarese, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2021, p. 142.

<sup>32</sup> Così, ancora, GARAPON, LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, loc. cit.

<sup>33</sup> GARAPON, LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, loc. cit. Evidenziano, tra gli altri, la differenza tra la presenza digitale, “in imagine”, e quella “in corpore”, E. FRAGASSO JR., *Il processo penale a distanza, la costituzione ed i provvedimenti emergenziali contro la covid19*, in <<https://discrimen.it/>>, 22 giugno 2020, pp. 13 ss.; M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose e anticorpi accusatori*, in «SP», 2/2021, p. 65, per cui l'impiego dell'oralità digitale «denota un'esperienza percettiva contaminata da un'alterazione dei naturali canali di comunicazione intersoggettiva, purtroppo non priva di conseguenze sulla forza euristica dell'esame incrociato».

di acquisizione della prova sempre meno incentrati sul tradizionale binomio oralità/immediatezza, quale alternativa alla scrittura, e, viceversa, affidati alquanto ottimisticamente a nuovi ed inesplorati trinomi<sup>34</sup>, pronti ad inglobare al proprio interno le funzioni di videopartecipazione al processo e le modalità di verbalizzazione attraverso videoregistrati.

E, allora, viene spontaneo interrogarsi sulle sorti del processo penale e sull'eredità che questa emergenza potrà lasciarci, una volta conclusa la terza ondata pandemica<sup>35</sup>.

Diversi i rischi a cui viene esposto il processo penale.

Anzitutto, il pericolo che più dovremmo temere è quello di assuefarci ad una progressiva esaltazione della prassi a fonte del diritto, della quale abbiamo avuto un evidente riscontro già in numerose sentenze della Corte costituzionale o delle Sezioni Unite.

Basti pensare, del resto, a quanto è avvenuto con riferimento alla questione inerente alle forme di assunzione della prova nelle ipotesi di rinnovazione del dibattimento, conseguente al mutamento della composizione dell'organo giudicante o della persona fisica del giudice monocratico; questione oggetto di recenti pronunce sia della Corte costituzionale<sup>36</sup>, sia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>37</sup>, nonché al centro della proposta di modifica recante «*Deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*», approvata dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> A tale proposito, APRATI, *Il distanziamento sociale*, cit., 142 suggerisce l'avvento di un duplice trinomio: per un verso, “oralità-scrittura-videopartecipazione”; per altro verso, “immediatezza-mediazione tramite verbale scritto-mediazione tramite verbale videoregistrato”.

<sup>35</sup> Per alcune riflessioni, cfr. RUGGIERI, *Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, cit., p. 7.

<sup>36</sup> C. cost., 29 maggio 2019, n. 132, in «GC», 2019, pp. 1543 ss., con nota di DANIELE, *Le “ragionevoli deroghe” all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*; P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in «AP», 2019, fasc. 2, p. 2; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in «AP», 2019, fasc. 2, p. 6.

<sup>37</sup> Cass. SU, 10 ottobre 2019 (ud. 30 maggio 2019), Bajrami, n. 41736, rv. 276754, a commento della quale, tra i molti, v. G. DE LIBERIS, *Il principio di immediatezza nella rilettura delle sezioni unite: cronaca di una morte annunciata?*, in «ANPP», 2020, pp.125 ss.,

<sup>38</sup> Cfr. Atto Camera, n. 2435, Disegno di legge recante la “*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*”, il cui art. 5 lett. e) prevede che, in caso di mutamento di uno dei componenti del collegio, la rinnovazione dell'audizione dei testimoni e delle persone indicate all'art. 210 c.p.p., le quali abbiano già reso dichiarazioni in dibattimento nel

Quello che sta accadendo in questi mesi, allora, è la riprova che la fonte del diritto principale diventa altro: prassi, circolari, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, meglio conosciuti con l'uso dell'acronimo dpcm.

Bisogna sommare, intrecciare ed intersecare decreti, prassi e logiche di gestione degli uffici giudiziari per capire quali siano le norme processuali da applicare.

Al tempo stesso, occorre tenere presente che, nella ricerca delle cause del fallimento delle riforme, specialmente di quelle concernenti il processo penale, la ragione principale deve essere rinvenuta nella constatazione che le norme, purtroppo, non possono essere "calate" dall'alto; non basta, infatti, la loro introduzione affinché tutto funzioni, in una semplicistica ottica volontaristica.

La realtà, infatti, è ben diversa.

E il dato esperienziale dimostra che occorre, inevitabilmente, mettere in conto il comportamento dei *players* della vicenda processuale.

Va detto, tuttavia, che non si può nemmeno cadere nell'eccesso opposto e commettere l'errore di elevare alcuni di questi *players* ad influenti suggeritori delle norme, così da trasformarli in coloro i quali propongono ciò che si dovrebbe fare sotto il profilo della gestione del processo.

Potrebbe essere sufficiente comparare il testo della relazione redatta dal Primo Presidente della Corte di cassazione pochi giorni prima che l'emergenza pandemica colpisse il nostro Paese ed il testo della relazione scritta dal Primo Presidente della Corte di cassazione un anno dopo.

In quel documento si rinviene una duplice fotografia circa lo stato della giustizia italiana e contiene un dato allarmante: nell'elencare le statistiche giudiziarie viene annoverato un semestre in cui i dati provenienti dagli uffici sono assenti.

La portata di simile lacuna potrebbe forse essere agevolmente minimizzata e giustificata con lo stato di necessità di natura pandemica in cui gli uffici si sono trovati e con l'impossibilità di reperire elementi necessari per un'informazione completa. Eppure, questo vuoto spiazza l'osservatore; e dimostra quanto il settore della giustizia penale sia e debba essere al centro della scena politica.

Un altro rischio, poi, si affaccia all'orizzonte quando tutto l'incubo dei contagi sarà acqua passata. Ci si riferisce, in buona sostanza, del rischio che la presunta "terza via" del processo penale - giustificata quale strategia

---

contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, può avvenire, ex art. 190-bis, solo se riguarda fatti o circostanze diverse dalle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o una delle parti lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze.

di gestione della difficile emergenza provocata dalla pandemia – finisce per offrire una ghiotta occasione per regolare i conti con la tradizionale configurazione di una serie di istituti quali l'appello ed il ricorso in cassazione come tradizionalmente delineati, oppure per ridurre fino all'osso principi quali il contraddittorio, l'oralità, la pubblicità del dibattimento e, in definitiva, il diritto di difesa stesso, per garantire i quali non basterà, di certo, l'illusione ottica della presenza digitale, “*in imagine*”<sup>39</sup>.

Le norme tendenti ad introdurre massicce eccezioni possono, infatti, essere più maliziosamente lette come altrettanti tentativi di approfittare dell'emergenza pandemica per un giro di vite in proposito.

In quest'ottica, vanno ripensati gli standard di tutela apprestati che rischiano di rappresentare ben poca cosa nel gioco incrociato di deroghe, bilanciamenti ed equilibri affidati esclusivamente alla pretesa delle parti.

I nuovi meccanismi consentono di instaurare forme alquanto rachitiche di contraddittorio, aprendo la strada a modalità di partecipazione al procedimento solo “a gentile richiesta”. Facoltà del genere dischiudono nuovi scenari problematici circa l'incidenza che il consenso e la volontà delle parti può avere in ordine alla concreta estensione di canoni processuali, da sempre caratterizzati da un marcata impronta pubblicitica.

È un tema la cui dimensione è emersa già prepotentemente in epoche in cui dilagavano i contagi, con riguardo sia all'attivazione del processo a distanza in caso di imputato libero (art. 23 commi 2, 5 e 8 d.l. n. 137/2020), sia alla mancata opzione in favore della richiesta di procedere in caso di procedimenti con misure cautelari (art. 83 comma 3, lett. b), n. 2, d.l. n. 18/2020).

Segnatamente: il fatto che esse siano dipese “essenzialmente da una scelta difensiva” ha comportato «l'assegnazione al difensore del delicato compito di effettuare il bilanciamento fra le garanzie difensive e i diritti fondamentali contrapposti a partire dal diritto alla salute»; il che ha aperto la strada ad un vero e proprio «dilemma del difensore alla luce del possibile conflitto con gli interessi della persona assistita»<sup>40</sup>.

Pur senza scivolare in visioni troppo pessimistiche, una volta che ci si trasferisca sul terreno delle impugnazioni, poi, potrebbero divenire regola le previsioni emergenziali sulla partecipazione della difesa all'udienza solo attraverso apposita istanza, addirittura con il rischio di una sottoposizione a sindacato ed autorizzazione circa la meritevolezza di quanto richiesto.

<sup>39</sup> Per questa immagine, si rinvia ancora a DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose e anticorpi accusatori*, cit., p. 65.

<sup>40</sup> Con preoccupati e condivisibili accenti, v. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, cit., pp. 3 ss.

Si tratta di equilibri ben più arretrati di quelli attuali e meno futuribili di quanto si pensi, a voler dare ascolto esclusivamente al grido di dolore sulla ingestibilità dei controlli ed al “ricatto dei numeri”, che documentano l’arretrato nella definizione degli appelli e la sproporzione tra la valanga dei ricorsi e l’organico della Cassazione. Oltre che attraverso la mannaia di un’inammissibilità elevata a strumento preferito di cestinazione delle impugnazioni, l’ossessione verso l’abuso delle impugnazioni potrebbe trovare sfogo nel tentativo di tendere l’avvocato lontano dal processo dopo il primo grado.

Dinanzi a tale scenario va ribadito con fermezza che, a prescindere dalla articolazione tecnica dei riti in chiave di funzionalità, quello alla presenza dell’avvocato in udienza nelle fasi in discorso deve rimanere espressione di un insindacabile diritto potestativo, il quale funga da *pendant* a tutti i casi in cui la sua presenza venga ritenuta indispensabile ed imposta come obbligatoria nelle fasi precedenti.

Ma la principale lezione ricavabile dall’esperienza della legislazione dell’emergenza pandemica riguarda il pericolo di un inesorabile declino della dimensione rituale del processo che non può ridursi alla constatazione dell’abisso che separa i comportamenti di quanti indossano una toga da coloro che possono partecipare all’udienza a distanza in “ciabatte”. Iconografia della giustizia penale a parte, qui è in gioco qualcosa di ben diverso dall’introduzione di migliorie tecniche o meri correttivi alla difficoltà nella celebrazione di udienze secondo il metodo tradizionale.

Basti pensare al tenore della disposizione contenuta nell’art. 83 comma 12-*bis* del cosiddetto “Cura Italia”, come derivante dalla legge di conversione laddove si predica una celebrazione dell’udienza a distanza “con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti”.

Si tratta di disposizione suscettibile di lettura da angoli visuali ben diversi.

Potrebbe affermarsi che il legislatore si sia «limitato a trasferire il nostro attuale procedimento su Zoom», senza cogliere una formidabile occasione «per rimodulare nel nuovo contesto le garanzie fondamentali del giusto processo»<sup>41</sup>.

In diversificata prospettiva, la disposizione può considerarsi emblematica del forte rischio che le garanzie processuali corrono e dell’esigenza che esse vadano “salvaguardate”.

Si è osservato, infatti, che «la salvaguardia si impone, ma non già

---

<sup>41</sup> In questo senso, M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza*, in «SP», 28 gennaio 2021, p. 17,

la garanzia, perché con il processo da remoto assistiamo ad una vera amputazione del flusso comunicativo, che consente solo di percepirne una minima parte. L'interrezza, appunto, non è garantita»<sup>42</sup>.

Occorre rendersi conto che non si tratta soltanto di un problema di "estetica", in senso più ampio, del processo penale, dimensione che, peraltro, non va in alcun modo sottovalutata<sup>43</sup>; né può dirsi ormai maturato il momento per «affrancarci dalla dimensione della fisicità del processo»<sup>44</sup>.

Deve, infatti, ricordarsi sempre che «la giustizia non si accorda bene con il determinismo, non accetta gli automatismi, ha bisogno di passare attraverso un iter 'espressivo' non 'performativo': le arringhe, la presenza fisica di imputati, parenti e pubblico, i necessari rituali. Non gradisce una disintermediazione, che cancelli i contorni semantici delle vicende umane, emozioni, errori, richieste e proteste. Non c'è niente di più 'analogico' e 'offline' della giustizia per come viene esercitata realmente»<sup>45</sup>.

In definitiva, non sembra azzardato, allora, sostenere che quello "penale" va considerato un processo che merita di restare il più possibile fedelmente ancorato ai propri rituali, rappresentando un meccanismo assai delicato.

Una progressiva deformazione o, addirittura, una de-ritualizzazione *tout court* in nessun modo potrebbe leggersi quale segno di progresso o di modernità, rischiando, piuttosto, di imprimere un'accelerazione negativa tale da determinarne un'assoluta perdita di senso compiuto e di direzione, e di far sopravvivere la mera dimensione di strumentalità e, in questo senso, di sopruso, anziché di garanzia.

<sup>42</sup> I. BENEVIERI, *Processo penale da remoto: la questione linguistica*, in <<https://discrimen.it/>>, 12 maggio 2020, p. 12.

<sup>43</sup> Cfr. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2016, passim.

<sup>44</sup> M. GIALUZ, DELLA TORRE, *D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale*, cit., p. 17.

<sup>45</sup> G. BOSETTI, *Algoritmi e tribunali*, in *Robinson Libri, la Repubblica*, 6 marzo 2021, p. 15.





Massimiliano Masucci\*

*Colpa per assunzione e malpractice medica*

SOMMARIO: 1. La concezione teleologica del reato nel pensiero di Antonio Fiorella. La “dominabilità” e la “riprovevolezza” quali categorie dell’analisi funzionale e valutativa. L’elemento psicologico ed il suo accertamento – 2. La colpa per assunzione ed il suo ruolo vicario rispetto all’ordinaria imputazione per colpa – 3. Colpa per assunzione o assunzione di colpa? Il contenuto della regola cautelare e la sua distinzione dal comportamento “conforme alla norma” – 4. Le conseguenze sul piano dell’accertamento della regola cautelare e della sua violazione – 5. La rappresentabilità dell’evento.

*1. La concezione teleologica del reato nel pensiero di Antonio Fiorella. La “dominabilità” e la “riprovevolezza” quali categorie dell’analisi funzionale e valutativa. L’elemento psicologico ed il suo accertamento*

Una compiuta concezione teleologica del reato – filo conduttore dell’opera di Antonio Fiorella, al quale questa raccolta di scritti è dedicata – conduce ad applicazioni tangibili nella definizione delle sue componenti.

Per quelle di natura oggettiva, non è forzato dire che l’odierna penalistica italiana abbia acquisito un naturale *habitus* a indagare le “ragioni” della fattispecie, denunciando eventuali lacune od eccessi, che sotto questo profilo abbiano a ravvisarsi, come vizi idonei a determinare l’illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, alla stregua dei parametri di offensività e proporzione: il che rappresenta una conquista definitiva dell’indagine giuridica orientata al superamento del formalismo ed alla ricognizione tecnica dei disvalori nei quali si sostanzia il contenuto dell’illecito penale.

Meno consolidate sono le ricadute del metodo teleologico sul piano – ove pure esso reclama spazio – dell’elemento “soggettivo” del reato.

È bene dir subito che in una visione funzionalmente orientata ai valori sono già i “nomi” delle categorie a subire un rinnovamento: oltre l’ossequio alla tradizione ed alla lettera codicistica, un coerente sviluppo delle premesse induce a rivedere le classiche partizioni dell’illecito in “oggettivo” e

---

\* Associato di Diritto penale, Università degli studi di “Roma Tre”.

“soggettivo”, “materiale” e “psicologico”; così come appare superabile la distinzione tra “fattispecie del torto” e della “colpevolezza”, nelle pur raffinate varianti che ne sono state via via proposte.

L'orientamento al valore suggerisce una sistematica fondata da un lato sulla “dominabilità” del fatto offensivo, dall'altro sulla sua riprovevolezza: sino ad impiantare, nel perimetro logico che ne risulta, criteri diagnostici riferibili ai disvalori radicati nella sfera “personale” dell'illecito, in sé e per sé presi; beninteso senza reciderne, anzi rinsaldandone il legame con i classici disvalori “oggettivi” del reato<sup>1</sup>.

Risalta perciò, ideale architrave della teoria del dolo, il requisito della “concreta” e “individuale” rappresentazione del fatto offensivo, in tutte le sue componenti costitutive; mentre la colpa rinviene il proprio criterio strutturale nella “rappresentabilità” del fatto medesimo, anch'essa da accertare secondo una misura “quanto più possibile” individualizzata e concreta<sup>2</sup>.

La preferenza accordata, nella colpa, al presupposto della “rappresentabilità”, in luogo della “prevedibilità”, dà luogo alla precisazione, non solo terminologica né affatto secondaria, che postula la possibilità di riferire al destinatario del rimprovero la conoscibilità di tutti gli elementi che concorrano a definire il fatto offensivo, nella proiezione di quanto, di quest'ultimo, venga ad essergli effettivamente “imputato”: non solo l'evento, che possa prevedersi quale conseguenza del comportamento umano, ma l'insieme dei dati, ancorché precedenti o contestuali alla condotta, che nella valutazione legislativa concorrano a perfezionare il contenuto complessivo dell'illecito e che il soggetto debba, quindi, potersi “rappresentare”.

In questo quadro, l'accertamento della colpa viene a riflettere e per certi versi ricalcare l'accertamento del dolo<sup>3</sup>, almeno nella misura in cui pretenda, con indubbio rigore, il massimo accostamento possibile all'agente concreto. La violazione della “regola obiettiva di comportamento” deputata a contenere o escludere il rischio di eventi offensivi, vuoi che si tratti di regola partorita

<sup>1</sup> Per questi e per i successivi passaggi sintetizzati nel testo, si vedano, in particolare, oltre alle due voci *Reato in generale* e *Responsabilità penale*, edite nell'Enciclopedia del diritto, A. FIORELLA, *Lo sviluppo in Italia, nel '900, delle fondamentali categorie del diritto penale alla luce delle influenze della dottrina tedesca*, in «RISG», 2015, vol VI, pagg. 163 ss. (179 ss.).

<sup>2</sup> Cfr. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in «ED», XXXIX, Milano, 1988, 1307, n. 68, 1308, n. 72.

<sup>3</sup> Quanto ai profili dogmatici degli indirizzi inclini a riconoscere la “identità strutturale” tra dolo e colpa, una efficace sintesi si trova, nella recente letteratura, in K. SCHMOLLER, *Farlässigkeit als “subjektive Erkennbarkeit” der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz*, in M. BÖSE, H. SCHUMANN, F. TOEPEL (cur.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden, 2019, 441 ss.

dall'esperienza o contenuta in prescrizioni positive, non è dunque che un primo passo nella verifica della "rappresentabilità", nella quale dovrebbero trovare debita considerazione anche le particolarità dell'avvenimento e del soggetto "concretamente" giudicati: si da garantire, al di là di ricorrenti *slogan*, che il quoziente minimo di disvalore appartenente alla figura del reato colposo si puntualizzi nel "singolo" fatto storico, con conseguente, non nominale "personalizzazione" del giudizio di responsabilità.

Non che tale carattere individualizzante si esaurisca – si badi bene – nel detto criterio della rappresentabilità: ben potendo conciliarsi con sviluppi teorici ed applicativi che assicurino una personalizzazione più progredita, verificando altresì, senza rigide preclusioni, l'"esigibilità" dell'osservanza delle norme cautelari nella situazione data<sup>4</sup>, così come le ulteriori condizioni della colpevolezza, che pure la dottrina ha nel tempo saputo affinare in rapporto alla struttura dell'illecito colposo: non sempre incontrando, occorre riconoscere, il favore degli indirizzi applicativi, soprattutto nell'esperienza della giurisprudenza<sup>5</sup>.

La pratica mostra nondimeno incertezze, evidenziate da un andamento discontinuo. Più sedimentata, anche per effetto di talune significative pronunce della Cassazione<sup>6</sup>, la riflessione sui criteri di accertamento del dolo – settore nel quale non sono neppure del tutto sopite tendenze all'utilizzo di presunzioni –, meno penetrabile a un'applicazione non formalistica di criteri davvero "individualizzanti" si è rivelato l'accertamento della "rappresentabilità" del fatto nella colpa.

Al significativo passo avanti compiuto con la nota sentenza Ronci delle Sezioni Unite e con altre decisioni ispirate da conformi premesse hanno fatto da contraltare sentenze decisamente meno inclini ad ammettere un perfezionato accertamento della personale capacità di rappresentarsi il fatto e delle contingenti condizioni che possano menomarla o escluderla, ispirandosi per contro ad una misura più o meno elevata di astrazione nella

<sup>4</sup> In questa prospettiva meritano menzione, tra altri, alcuni riconoscimenti della sentenza conclusiva del giudizio celebrato nei confronti dei membri della Commissione "grandi rischi" per le informazioni comunicate in occasione del sisma che nel 2009 ha colpito, tra altre regioni, l'Abruzzo (Cass., Sez. IV, 19.11.2015, dep. 24.3.2016, n. 12478).

<sup>5</sup> Al di là del rilievo (scontato) dell'imputabilità nel reato colposo, viene alla mente l'esplorazione delle potenzialità pratiche collegate alla disciplina positiva dell'errore sul divieto ed in particolare gli sviluppi concernenti la "conoscibilità" della norma cautelare che si ritenga violata.

<sup>6</sup> A parte la doverosa, non solo rituale citazione della sentenza Espenhahn delle Sezioni Unite (n. 38343 del 24.4.2014), non sono mancati sviluppi originali: fra le decisioni recenti, appare significativa la pronuncia di annullamento con rinvio resa dalla Cassazione nel "caso Vannini" (Cass., Sez. I, 7.2.2020, dep. 6.3.2020, n. 9049).

verifica della rappresentabilità del fatto medesimo (o quanto meno della prevedibilità dell'evento)<sup>7</sup>. Astrazione non di rado indicata come inevitabile o addirittura imposta, che rischia però non poche volte di superare quella (pur minima) accettabile, introducendo una cesura così profonda tra il fattore 'concretamente' produttivo dell'evento e la sua effettiva conoscibilità da disperdere il senso stesso del criterio della rappresentabilità quale fondamento della colpa: soprattutto quando il criterio venga riferito, anziché all'evento particolare ed alla dinamica che lo abbia determinato, ad una semplice tipologia di eventi (e rischi connessi). I quali finiscono perciò con l'equivalere ad altrettante ipostasi, capaci di comprendere ogni "reale" e concreta espressione storica corrispondente, non assolvendo più alcuna attendibile funzione selettiva, nella misura in cui qualsiasi evento e qualsiasi rischio di un certo "tipo" non possano, per definizione, non rientrarvi.

Le distorsioni introdotte con il percorso logico così seguito risaltano con nettezza via via maggiore quanto più articolata (e processualmente complessa) sia la ricostruzione dei fattori che hanno causato l'evento; amplificandosi, poi, quando la contestazione della colpa tocchi una pluralità di soggetti, specie nell'ambito di organizzazioni strutturate con ripartizione dei ruoli. Legittimamente si pone l'interrogativo se, come ed in quali limiti chi operi ai livelli organizzativi più lontani dalla sfera esecutiva possa rappresentarsi lacune, errori o anomalie che abbiano a verificarsi nell'attuazione corrente di mansioni pratiche. La rappresentabilità, se concepita in astratto, non potrebbe mai negarsi, risolvendosi nella consapevolezza dei rischi tipici di una certa attività. Se fosse invece (correttamente) concepita ed accertata con riguardo alle "cause" specifiche di un accadimento – dunque agli errori, anomalie o lacune che vengano appurati come cause dell'evento "reale" – non c'è dubbio che la corrispondente verifica garantirebbe una virtuosa, robusta "selezione" della responsabilità.

D'altra parte non sembra discutibile che l'ascrizione della colpa, se motivata dalla possibilità di rappresentarsi un "tipo" di eventi (e di rischi) non aderenti a quelli "storicamente" rilevanti, faccia rispondere l'agente non per il fatto accaduto ma per uno di tipo "analogo": sì che il principale vizio nel quale mostra di incorrere l'argomentazione che su tali basi intenda svilupparsi risiede nel legittimare un rimprovero che smarrisce il suo referente storico, agganciandosi in ultima analisi ad un tipo di evento "che non si è verificato", purché assimilabile, per tipologia, a quello accaduto.

---

<sup>7</sup> Dà saggio delle resistenze l'indirizzo che nega *ex professo* i portati della sentenza Ronci e l'esigenza di accertare i presupposti della colpa rispetto all'evento morte nell'omicidio preterintenzionale: cfr., fra altre, Cass., Sez. V, 23.10.2018, dep. 12.12.2018, n. 55858; Cass., Sez. V, 22.10.2018, dep. 29.11.2018, n. 53729; Cass., Sez. V, 8.5.2018, dep. 13.6.2018, n. 27164.

## 2. La colpa per assunzione ed il suo ruolo vicario rispetto all'ordinaria imputazione per colpa

Specialmente esposta al rischio di disperdere il carattere “personalizzante” della responsabilità penale è la colpa comunemente detta “per assunzione” (*Übernahmefahrlässigkeit* o, anche, *Übernahmeverschulden*, quest'ultima letteralmente traducibile in “colpevolezza per assunzione”): sulla quale il presente contributo si sofferma, guardando alla sua emersione nello specifico campo dell'attività medica.

La definizione generalmente accettata di questa forma di colpa sottolinea come essa stigmatizzi la responsabilità per eventi derivati dalla difettosa esecuzione di mansioni che taluno abbia intrapreso senza poterle adeguatamente governare a causa del difetto delle indispensabili capacità o conoscenze<sup>8</sup>. È proprio una simile definizione si rinviene nella giurisprudenza che, dopo la precorritrice decisione sul disastro della Val di Stava<sup>9</sup>, l'ha impiegata non solo nell'area degli infortuni sul lavoro – ove, per la verità, il profilo della “assunzione” di compiti subisce non di rado una commistione poco felice, se non altro per la contrazione concettuale che ne deriva, con l'individuazione della fonte di obblighi di garanzia<sup>10</sup> – ma anche e più generosamente nel sugellare il carattere colposo dell'operato di medici, *in primis* “specializzandi”, per eventi causati con pratiche terapeutiche non eseguite a “regola d'arte”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Nella dottrina in tema di responsabilità dell'esercente professioni sanitarie, M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 90 ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, 292 ss.

<sup>9</sup> Cass., Sez. IV, 6.12.1990, in «FI», 1992, II, c. 36.

<sup>10</sup> Vale a dire che l'assunzione dell'attività finisce con l'operare al contempo quale (ritenuta) fonte di un obbligo di impedimento dell'evento e del suo manchevole (colposo) inadempimento: cfr., ad esempio, Cass., Sez. IV, 23.11.2017, dep. 12.1.2018, n. 1247; Cass., Sez. IV, 12.1.2017, dep. 10.4.2017, n. 18090. Nel quadro dell'indirizzo non mancano, comunque, precisazioni sui criteri di riconoscimento dell'autentica “assunzione”, nel senso del suo significato quale “ingerenza” produttrice di obblighi di garanzia: cfr. Cass., Sez. III, 27.9.2017, dep. 20.2.2018, n. 8028; Cass., Sez. IV, 11.7.2014, dep. 21.10.2014, n. 43836; Cass., Sez. IV, 13.11.2007, dep. 20.12.2007, n. 47176.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., 6.10.1999 n. 2453 (nella quale è stata ritenuta corretta l'iscrizione di responsabilità ad un medico specializzando intervenuto a proseguire un intervento avviato dal capo *équipe*); Cass., 20.1.2004, n. 32901 (concernente la cattiva esecuzione di un'iniezione epidurale, da cui era derivato un calo di pressione non adeguatamente contrastato, con danni irreversibili per il feto); Cass., 2.4.2007, n. 21594 (un chirurgo aveva lasciato la sala operatoria senza curare la corretta sutura della ferita chirurgica); Cass., 10.7.2008 n. 32424 (insufficienti istruzioni al personale infermieristico circa le corrette

Alla luce del suo corrente utilizzo è per altro verso meritevole di nota che la colpa per assunzione venga non di rado a svolgere una funzione che non può dirsi pedissequamente applicativa, bensì propriamente estensiva dell'area della responsabilità per colpa, altrimenti delimitata.

Più esattamente, un'estensione si registra allorché la categoria serve a qualificare come colposi fatti che non sarebbero verosimilmente passibili di censura, qualora il giudizio venisse sviluppato sulla base dei consueti canoni di accertamento della colpa. Effetto, questo, che è venuto in parte sovrapponendosi a quello propiziato da un'iniziale e più cauta formulazione, rintracciabile nella ricordata sentenza sull'inondazione nella Val di Stava, attenta a preservare il nesso tra l'iniziale assunzione e la successiva difettosa esecuzione di mansioni tecniche<sup>12</sup>; ma che appare nondimeno cruciale nell'illustrare la ragione che ha via via condotto a teorizzare ed applicare la colpa per assunzione come un'autonoma forma di negligenza, idonea a fondare la punibilità di fatti da ritenersi altrimenti non biasimevoli.

Sembra banale evidenziare, al riguardo, che se i consueti parametri della colpa, in sé e per sé presi, legittimassero una convincente ascrizione di responsabilità, neppure sorgerebbe l'esigenza di focalizzare, quale vero punto di emersione della colpa, il momento in cui il soggetto si sobbarchi una

---

modalità di somministrazione di un farmaco); Cass., Sez. IV, 7.1.2012, dep. 22.1.2012, n. 6981, in «GI», 2013, fasc. 1, 162, con nota di C. LIMONE, *Sulla colpa del medico specializzando* (sulla quale si rimanda alle osservazioni svolte nel prosieguo del presente contributo).

<sup>12</sup> Da questa angolazione mi sembra possa leggersi il pertinente passo della motivazione, nel quale la sentenza (Cass., Sez. IV, 6.12.1990, cit.), dopo aver rimarcato la familiarità "genetica" della colpa per assunzione con le regole di prudenza, non tralascia di ribadire il necessario rilievo causale dei *deficit* conoscitivi dell'agente ed osserva, avallando il giudizio reso nel merito: «La corte, nel ritenere che gli imputati debbano rispondere per negligenza e imprudenza, per non aver seguito le regole dell'arte che, sul piano ingegneristico, erano pressoché consolidate e, ancora, di imprudenza, per non aver cercato il conforto specialistico per risolvere determinati decisivi problemi, si è indubbiamente ispirata a esatti criteri logico-giuridici. È, invero, principio noto che il dovere obiettivo di diligenza, che contrassegna il delitto colposo, può avere a contenuto anche un obbligo di preventiva informazione, l'obbligo di informarsi, di ricorrere, appunto, alle altrui speciali competenze, sicché versa nella cosiddetta "colpa per assunzione" colui che, non essendo del tutto all'altezza del compito "assunto", esegua un'opera senza farsi carico di munirsi di tutti i dati tecnici necessari per dominarla, nel caso, ovviamente, che quell'opera diventi fonte di danno anche a causa della mancata acquisizione di quei dati o conoscenze specialistiche. È, infatti, principio altrettanto pacifico in tema di colpa – principio che è la premessa teorico/logica del precedente – che l'agire come membro di un determinato gruppo, o come portatore di un determinato ruolo sociale, comporta l'assunzione di responsabilità di saper riconoscere ed affrontare le situazioni e i problemi inerenti a quel ruolo, secondo lo *standard* di diligenza, di capacità, di conoscenze richieste per il corretto svolgimento di quel ruolo stesso».

determinata attività, piuttosto che quello del suo successivo svolgimento. Mentre una tale esigenza si fa largo per il timore che il giudizio, ove si appuntasse su una fase più avanzata della condotta tenuta, non consentirebbe con altrettanta sicurezza l'addebito dell'evento causato.

Tanto meno appare poi sufficiente, per riportare a regola l'eccezione, limitarsi a richiamare l'insegnamento, acquisito a una tradizione non solo italiana, che nel reato colposo aggancia il momento consumativo – se si preferisce la terminologia più utilizzata dagli autori tedeschi, la “tipicità” – ad ogni comportamento negligente, ancorché prodromico o finanche remoto, che abbia causato un evento rappresentabile.

Che nel reato colposo, non diversamente da quello doloso, debba darsi un punto oltre il quale non sia permesso “regredire” nell'accertamento è non solo implicitamente riconosciuto dalle concezioni che assimilano la colpa per assunzione alla *actio libera in causa*, con ciò stesso ammettendo che semmai la negligenza rimonderebbe ad una fase ancora pre-tipica dell'azione; ma è altresì conclamato dagli indirizzi che non a torto ammoniscono sull'esigenza di non sconfinare entro addebiti per “la condotta di vita”, come avverrebbe, secondo esempi ricorrenti ma non privi del gusto del paradossale, chiamando a rispondere il medico per non avere preparato gli esami universitari con sufficiente attenzione.

Di certo, ovunque di volta in volta la si collochi, è sicura la demarcazione tra un'attività medica verso il paziente – anamnestica, diagnostica, terapeutica, chirurgica – ed un'attività pregressa, di per sé evidentemente neutrale.

Ciò che, avvertitamente o meno, sembra potersi proporre quale ostacolo all'ordinaria imputazione della colpa, cioè ad un'imputazione che guardi non all'assunzione ma all'esecuzione di una specifica attività, sta, a ben vedere, nel difetto in capo all'esecutore delle cognizioni o delle capacità che gli avrebbero consentito di prevedere l'evento e/o di rispettare le regole tecniche intese a tenere l'azione indenne da sviluppi offensivi. Simile difetto precluderebbe il potere “personale” di conformarsi all'obbligo di “agire correttamente”, secondo le cautele confacenti al contenuto concreto e specifico di una particolare attività; prospettandosi perciò il venir meno di un requisito della responsabilità, ossia appunto il potere di adeguarsi al precetto (prescindo, in questa sede, dal problema dogmatico, risalente almeno ai primordi della concezione finalistica ma tutt'ora aperto, concernente il miglior allocarsi di tale presupposto del “*subjektives Können*” nella struttura del reato colposo, sul piano della fattispecie dell'illecito o della “colpevolezza”).

Per evitare un simile esito viene valorizzato il potere, sicuramente alla portata del soggetto, di astenersi del tutto dall'intraprendere l'azione che non sia in grado di governare adeguatamente. La colpa per assunzione



viene dunque in rilievo per colmare quella che si avverte come una lacuna altrimenti aperta nell'area della punibilità per colpa. Il rimprovero tornerebbe a rendersi possibile nella misura in cui la capacità individuale di conformarsi alla regola di cautela sia verificata riportandosi al momento in cui taluno "intraprenda" – assuma, per l'appunto – l'attività che non sia in grado di condurre nel limite del rischio permesso: dovendo tale capacità ammettersi almeno rispetto all'astensione da condotte rischiose<sup>13</sup>.

### 3. *Colpa per assunzione o assunzione di colpa? Il contenuto della regola cautelare e la sua distinzione dal comportamento "conforme alla norma"*

Si chiarisce così anche perché la ragione per distinguere la cosiddetta colpa per assunzione dal comune atteggiarsi della colpa venga spesso rinvenuta nel contenuto della regola cautelare che si imponga a chi non possenga le capacità indispensabili a governare un certo rischio.

Ordinariamente, cioè, la regola di cautela si identificherebbe nella norma o complesso di norme inerenti al corretto svolgimento di una determinata attività: per quella medica, dunque, la sua esecuzione "a regola d'arte". Nella colpa per assunzione, per contro, la cautela dovuta si risolverebbe nel divieto di intraprendere un'azione, indirizzato a chi manchi della capacità di arginarne il rischio. In sintesi, e non senza introdurre un principio di contraddizione, sola condotta "cauta" sarebbe l'assenza di condotta.

La distinzione, talora vista con spirito critico e con proposte di soluzioni diverse, sembra tuttavia viziata da un errore di prospettiva. Essa sovrappone

<sup>13</sup> Si può ricordare l'articolata, classica definizione proposta da W. MÜNzBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, F.a.M., 1966, 193 ss., secondo il quale il *subjektives Können* postulerebbe in ogni caso: 1) la prevedibilità del decorso causale (*Vorhersehbarkeit des Kausalablaufs*), comprensiva della capacità di riconoscere le circostanze oggettivamente sussistenti al momento del fatto e le alternative comportamentali disponibili, nonché di intraprendere il comportamento conforme a diritto, secondo le circostanze che ricadono nel campo di percezione (*Wahrnehmungsbereich*) dell'agente al momento del fatto; 2) la riconoscibilità della valutazione giuridica (*Erkennbarkeit der rechtlichen Wertung*), ossia la capacità di riconoscere immediatamente la condotta presa in esame come vietata o comandata, o quanto meno di «cogliere i punti di vista valutativi da cui dipende la presa di posizione dell'ordinamento sulla questione dell'antigiuridicità o della liceità»; 3) la capacità di formazione del volere (*Fähigkeit zur Willensbildung*), consistente nel superare ostacoli che si frappongano a risolversi all'attuazione del comportamento dovuto; 4) l'attuabilità (*Durchführbarkeit*), cioè la capacità di tradurre in atto la condotta riconosciuta come corretta.

due piani che – a me sembra – sarebbe opportuno tenere distinti: da un lato, quale sia la regola cautelare prescritta, la cui violazione consenta di qualificare come colposo il comportamento tenuto; dall'altro, cosa il soggetto avrebbe dovuto fare per osservarla: vale a dire il “comportamento lecito” atteso dall'ordinamento in una specifica situazione.

Utilizzando l'esempio dell'attività medica, oggetto del presente contributo, e rimanendo alla casistica richiamata in precedenza<sup>14</sup>, tanto lo specialista come lo specializzando sono tenuti a conformarsi alla regola tecnica indicata nell'esecuzione della propria prestazione, potendo loro addebitarsi, ove non vi riescano, l'inosservanza del precetto cautelare.

Per il primo, tuttavia, la condotta lecita – quella cioè permessa dall'ordinamento nella situazione data – consiste nell'applicare la regola tecnica, disponendo delle necessarie e sufficienti capacità; per il secondo, invece, alternativamente: o nella predetta applicazione della regola tecnica calzante alla situazione data *ovvero*, qualora non possieda le indispensabili abilità, nell'astenersi *tout court* da pratiche che non sia sufficientemente attrezzato a condurre<sup>15</sup>.

La distinzione, in qualche modo riecheggianti la figura civilistica delle obbligazioni alternative, non deve far dimenticare che la regola cautelare resta la medesima: a cambiare è solo ciò che si esige per garantirne il rispetto. Non sembra perciò corretto ritenere che chi versi in colpa per assunzione

<sup>14</sup> *Supra*, nota 11.

<sup>15</sup> L'esatta posizione del “comportamento lecito” in rapporto alla norma penale non è stata, per lo più, oggetto di indagini peculiari, benché non sia mancato il tentativo di ricostruzioni *ad hoc*. Merita menzione il contributo di J. HRUSCHKA, *Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit*, in A. KAUFMANN, G. BEMMANN, D. KRAUSS, K. VOLK (cur.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, München, 1979, 421 ss., che, nel quadro di una critica al “dovere di diligenza” (*Sorgfaltspflicht*) quale elemento costituente il reato colposo, coglie nella mancata astensione da attività non ben dominate la violazione di obblighi («*Obliegenheit*») implicitamente collegati al precetto principale, divieto o comando, e parimenti suscettibili di dar luogo all'imputazione di responsabilità, ancorché in via «straordinaria» («*außerordentliche Zurechnung*»). Gli obblighi predetti costituirebbero «implicazioni di qualsiasi prescrizione comportamentale», in quanto «ogni divieto mira a impedire con la massima ampiezza ed intensità i fatti indesiderati» e ogni «comando mira ad ottenere con la massima ampiezza ed intensità il fatto auspicato». Pertanto, da qualsiasi divieto sarebbero ricavabili, quali “obblighi” da esso implicitamente dipendenti: 1) il divieto di condotte attive che sottraggano alternative a un'azione vietata; 2) il comando di conservare le alternative esistenti ad un'azione vietata, qualora rischino di venire meno; 3) il comando di procurarsi alternative comportamentali praticabili rispetto ad un fatto vietato. Da ogni comando, poi, si ricaverebbero: 4) il divieto di provocare l'impossibilità dell'adempimento; 5) il comando di preservare la possibilità di adempiere, in caso di pericolo che essa venga meno; 6) il comando di propiziarsi la possibilità dell'adempimento, qualora essa manchi.

sia rimproverato per non essersi “astenuato” dall’agire: il rimprovero viene sempre mosso dall’ordinamento per aver causato l’evento, non osservando la regola cautelare che lo avrebbe scongiurato. È solo nel chiedersi se e come si sarebbe potuto adempiere detta regola cautelare che è legittimo introdurre il distinguo ricavabile dalle “personali” capacità, esperienze, cognizioni delle quali uno specifico soggetto sia munito, per trarne la conseguenza dell’esigibilità (quanto meno) dell’astensione dalla condotta, in luogo della sua provetta esecuzione, preclusa dalla carenza delle necessarie capacità.

Sul piano logico, del resto, sembra finora mancata un’illustrazione convincente del fenomeno per il quale la regola cautelare, generalmente postulata quale norma “tecnica” deputata a indirizzare una particolare attività, scongiurandone conseguenze indesiderate, dia luogo, allorché si diriga ad un soggetto privo della capacità di rispettarla, ad una variante o sottospecie di cautela, ammesso e non concesso che possa reputarsi tale, consistente nell’astensione pura e semplice dall’attività medesima.

Il problema, evidentemente, non è solo quello, risalente e ampiamente discusso nella teoria del reato colposo, di salvaguardare l’unitarietà del disposto cautelare, evitando di moltiplicarne i contenuti per quanti ne siano i destinatari. Sta anche nella circostanza che l’opinione favorevole a intendere l’astensione pura e semplice da un’attività come oggetto della *Verhaltensnorm*, ossia del precetto di comportamento generato dalla norma incriminatrice, non sembra pervenire a un’efficace spiegazione delle ragioni che, salvo il rispetto delle eventuali regole abilitanti di natura positiva, muovano l’ordinamento a vietare a taluno un’attività altrimenti permessa; né evita che, per un coerente sviluppo, l’ordinamento medesimo giunga allora ad estendere tale divieto ad ogni situazione nella quale il singolo debba dubitare di aver raggiunto o di poter serbare la piena maestria tecnica dell’esercizio. Con la conseguenza, una volta accettato l’assunto che il permesso di intraprendere l’attività si converta nel suo contrario, cioè in un secco divieto, che la violazione cautelare – il punto sarà ripreso anche oltre – importerebbe la responsabilità per ogni evento offensivo occorso nella sua esecuzione, posto che qualsiasi rischio generato da un’attività vietata fin dall’origine ne costituirebbe, immancabilmente, uno sviluppo prevedibile.

Ultimo non ultimo, una volta ammesso che la norma di cautela abbia la capacità di produrre quel divieto di agire che viene ipotizzato come fondamento della colpa per assunzione, potrebbe reclamare teorica legittimità un’operazione che punti a estendere tale divieto, in via residuale o per così dire di riserva, al soggetto attrezzato al rispetto della regola cautelare, ponendo allo stesso modo a carico di quest’ultimo l’obbligo alternativo di conformarsi a cautela o, se possa prevedere di non riuscirvi, di astenersi

dall'agire. Percorso che condurrebbe perciò a fare della colpa per assunzione una sorta di *culpa generale*, idonea a legittimare la responsabilità penale ogni qual volta l'evento sia conseguenza di un rischio che l'agente, al momento in cui dà corso a una qualsiasi condotta, non sia certo di poter neutralizzare.

#### 4. Le conseguenze sul piano dell'accertamento della regola cautelare e della sua violazione

Se, per contro, si convenga che identica sia la regola cautelare imposta nella colpa "comune" ed in quella per "assunzione", non potrà non ritenersi identico anche il precetto ricavabile dalla norma che punisce il fatto colposo: il divieto di cagionare offese prevedibilmente conseguenti ad attività che non si riesca a padroneggiare. Precisazione che, come anticipato, acquista rilievo pratico allorché si debba stabilire il perimetro degli eventi che è lecito addossare a chi versi in colpa "per assunzione".

Il termine stesso e, ancor più, le implicazioni che se ne possano trarre lasciano infatti paventare il non trascurabile pericolo che chi abbia intrapreso un'attività senza esserne all'altezza debba rispondere di qualsiasi evento generato per effetto del suo esercizio.

Si tratterebbe di conclusione da respingere, benché non priva di un'apparente sintonia con l'idea di partenza secondo la quale la violazione della regola cautelare possa dirsi consumata già al momento in cui si prendano in carico, accettandoli, determinati compiti<sup>16</sup>. Premessa che avrebbe per naturale corollario l'ascrizione di ogni evento causato con l'esercizio dei compiti predetti, posto che esso debba considerarsi in sé e per sé incauto. Con il che, qualsiasi rischio attivato dalla condotta verrebbe legittimamente imputato al soggetto a titolo di colpa, quale rischio fin

<sup>16</sup> In questa linea sembra collocarsi la pronuncia resa da Cass., Sez. IV, 31.1.2008, dep. 3.4.2008, n. 13942, nel passo della motivazione in cui sottolinea come l'imputata – un'ostetrica che, in occasione di un parto non fisiologico, aveva proceduto a manovre non comprese nelle istruzioni tecniche sull'esercizio professionale, poi assolta per le condizioni di indifferibile urgenza dell'intervento, in assenza di specialisti disponibili – avesse «agito in contrasto con le *leges artis* del proprio specifico settore, assumendosi un compito che non poteva svolgere (astrattamente configurabile come "colpa per assunzione")». Si veda, in senso non dissimile, l'addebito di colpa – quale si ricava dalla pronuncia di Cass., Sez. IV, 12.6.2019, dep. 19.6.2019, n. 27237 – elevato a carico di un medico per aver accettato di partecipare a un intervento di etmoidectomia, «pur non avendo manualità e competenza adeguata» sulla base del numero di interventi dello stesso tipo, tre all'anno, eseguiti nel biennio precedente

dall'origine non-permesso, prevedibile e certamente evitabile astenendosi dall'attività imprudente.

Senonché, una volta chiarito che nella colpa per assunzione la regola cautelare rimanga invariata, identificandosi in quella che indichi la corretta esecuzione del tipo di attività intrapresa, contenendola nel limite del rischio permesso o comunque accettabile, viene meno, insieme con la premessa, anche l'errata implicazione che da essa possa desumersi, nei termini sopra illustrati.

Il che vuol dire che l'accertamento della colpa, con la congruente motivazione, non potrà esaurirsi, neppure quando la colpa medesima sia vista quale potenziale effetto della iniziale "assunzione" di compiti, nell'appurare la carenza delle attitudini e capacità di cui occorra essere muniti, per esperienza o norma, nel relativo esercizio.

Non diversamente dagli altri casi, un ulteriore ed essenziale passaggio dell'accertamento consisterà piuttosto nel verificare quella che la recente giurisprudenza è solita chiamare "causalità della colpa", cioè il rapporto che corra tra il disposto cautelare violato – abbiamo detto, quello inerente allo svolgimento "a regola d'arte" del particolare compito – e l'evento accaduto, nel quale deve potersi ravvisare la concretizzazione dello specifico rischio che la regola partorita dalla *lex artis* intenda fronteggiare.

Divergono significativamente, abbreviando o addirittura sopprimendo passaggi essenziali del descritto *iter*, non pochi fra i casi riportati alla colpa per assunzione del medico specializzando, dai quali emerge la non condivisibile tendenza a ridurre la motivazione della colpa nella semplice registrazione della possibilità del medico di non accettare il compito a lui affidato.

Bisogna dire, al riguardo, per completezza, che dalla lettura delle decisioni emesse in sede di legittimità si trae l'impressione che tale tendenza possa talora esprimersi più come riflesso dell'opzione a favore di una peculiare tecnica di redazione della sentenza che come vero precipitato di una regola o di un insieme di regole attinenti l'imputazione della colpa: nel senso che, propriamente, a prescindere dall'omesso rifiuto dell'incarico – benché esso, come detto, sia più di una volta evidenziato nelle motivazioni delle sentenze quale dato decisivo dal quale desumere la sussistenza di un fatto colposo – il profilo di colpa contestato attenga alla difettosa esecuzione delle mansioni esercitate e non già alla loro sola (e, in ipotesi, indebita) "assunzione".

Nondimeno il problema rimane.

Così, l'omessa diagnosi di un tumore in fase già avanzata da parte del medico specializzando risulterebbe colposa per il mancato rifiuto dell'incarico: e ciò alla luce della ricorrente massima secondo la quale lo «specializzando non è presente nella struttura per la sola formazione professionale, la sua non

è una mera presenza passiva né lo specializzando può essere considerato un mero esecutore d'ordini del tutore anche se non gode di piena autonomia; si tratta di un'autonomia che non può essere disconosciuta, trattandosi di persone che hanno conseguito la laurea in medicina e chirurgia e, pur tuttavia, essendo in corso la formazione specialistica, l'attività non può che essere caratterizzata da limitati margini di autonomia in un'attività svolta sotto le direttive del tutore. Ma tale autonomia, seppur vincolata, non può che ricondurre allo specializzando le attività da lui compiute; e se lo specializzando non è (o non si ritiene) in grado di compierle deve rifiutarne lo svolgimento perché diversamente se ne assume le responsabilità (c.d. colpa per assunzione ravvisabile in chi cagiona un evento dannoso essendosi assunto un compito che non è in grado di svolgere secondo il livello di diligenza richiesto all'agente modello di riferimento). Pertanto sussiste la responsabilità professionale sia per i medici strutturati che per gli specializzandi»<sup>17</sup>.

Certamente, non è peregrino domandarsi se la massima testé riportata privilegi una formulazione tanto lata per meglio armonizzarsi con la conclusione – difficilmente revocabile in dubbio ed anzi a prima vista pacifica – che nega “zone franche” della responsabilità professionale, le quali adducano a propria giustificazione la circostanza che il medico non abbia ancora conseguito il livello tecnico-professionale corrispondente alla specializzazione. D'altra parte, non sembra che se ne possa discutere la portata generale, che, presa alla lettera, favorirebbe proprio quella “crasi concettuale”, non scevra da ricadute sia sulla prova che sulla motivazione giudiziale della colpa, secondo cui quest'ultima consista oggettivamente o possa perfino risolversi integralmente nell'accettazione dell'incarico.

### *5. La rappresentabilità dell'evento*

Pur se si ammetta la necessità di accertare il nesso tra violazione del precetto cautelare, rischio ed evento “concreto”, non può dirsi d'altronde del tutto respinta l'insidia di un non calibrato regresso verso apparenti momenti di colpa che vengano a coincidere con il semplice avvio di un'attività non correttamente eseguita. Resta dunque la necessità di un'analisi che si

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, n. 6981/2012, cit. La primogenitura della massima è di Cass., Sez. IV, 10.12.2009, n. 6215, che, giudicando il caso di un paziente deceduto per un infarto non diagnosticato, se ne è servita per rigettare l'argomento, esposto nell'impugnazione, secondo cui il medico specializzando era presente in reparto solo per le finalità formative, risultando quindi inesigibile la conoscenza in materia cardiologica utile alla corretta diagnosi.

spinga fino a cogliere le particolarità sottintese allo schema della colpa per assunzione, nel suo pieno dispiegarsi.

Non sono mancate, da questo punto di vista, suggestioni favorevoli a indagare con carattere di autonomia il fondamento della colpa per assunzione: rivelandosi quest'ultimo, in alcune posizioni dottrinali, nella "scelta" di addossarsi mansioni non ben padroneggiate ovvero, secondo altre opinioni, nella "eccessiva stima di sé", che spingerebbe l'autore a non rifiutare l'incarico<sup>18</sup>. Ipotesi, queste, che, se effettivamente rette dal presupposto di una ponderazione che abbia motivato il soggetto ad agire per essersi accreditato conoscenze o attitudini delle quali si riveli successivamente non in possesso, potrebbero verosimilmente condurre a un titolo di imputazione prossimo alle situazioni di colpa con rappresentazione.

Anche chi adottasse approcci meno restrittivi sarebbe d'altra parte condotto, sulla base del sistema, a dover prendere atto che nella colpa per assunzione, non diversamente dalle altre ipotesi di colpa, si ponga la necessità di preservare un coefficiente di personalizzazione da rinvenirsi, anzitutto, nella rappresentabilità del fatto offensivo: trattandosi semmai di precisare se l'oggetto del giudizio di rappresentabilità possa o debba patire aggiustamenti che tengano conto delle caratteristiche specifiche di questa forma di addebito.

Le osservazioni svolte in precedenza sembrano tuttavia confermare come simili variazioni finiscano col dimostrarsi superflue o perfino nocive, nella misura in cui il profilo specifico dell'assunzione di compiti, con il suo verso dell'astensione dalla condotta, non possano essere identificati, rispettivamente, con la violazione della regola cautelare – quest'ultima ponendosi sempre come la regola che governa il corretto svolgimento di una particolare attività – né con la condotta cui l'ordinamento aspira: riducendosi invece l'astensione a descrivere il comportamento che un particolare soggetto, per le sue limitate cognizioni e/o capacità, avrebbe potuto tenere per adeguarsi alla "regola dell'arte", evitando di causare eventi offensivi.

Allo stesso tempo, neppure l'oggetto della rappresentabilità sembra poter designare alcunché di diverso dall'evento e dal decorso causale avviato dallo specifico fattore di rischio in esso culminato: in ciò riflettendosi, al di là dell'opinione sul grado di analiticità consono alla cosiddetta "descrizione" dell'evento, null'altro che il naturale portato della struttura oggettiva del

---

<sup>18</sup> Cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in «RIDPP», 1999, 113. In generale, a favore di una personalizzazione della colpa in campo medico che, in caso di errori di tipo valutativo, valorizzi atteggiamenti di superficialità, indifferenza o avventatezza dell'operatore si pronuncia F. PALAZZO, *Causalità e colpa nella responsabilità medica (categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in «CP», 2010, 1239.

fatto colposo.

Un'attenta, scrupolosa verifica della "rappresentabilità" individuale rimane pertanto non conculcabile. Essa potrebbe semmai atteggiarsi diversamente a seconda che:

a) l'agente abbia riconosciuto il rischio suscettibile di produrre l'evento; oppure

b) tale rischio, benché riconoscibile, non sia stato percepito.

Nel primo caso, quello dell'effettiva percezione del rischio, l'eventuale valutazione compiuta da chi, mancando delle necessarie attitudini ed abilità, si sia erroneamente creduto capace di governarlo potrà dar luogo a una colpa aggravata dalla rappresentazione dell'evento. Tanto più, si deve aggiungere, se si convenisse con le Sezioni Unite della Cassazione<sup>19</sup> – il problema, tutt'altro che di agevole soluzione, è ovviamente estraneo al presente contributo – che la colpa con rappresentazione possa caratterizzarsi, oltre che per la previsione negativa dell'evento "in concreto", in virtù di una sua previsione «vaga o sfumata» (opinione, diciamo *en passant*, aderendo alla quale si dovrebbe anche essere pronti ad ammettere che una rappresentazione "non vaga e non sfumata" dell'evento, non superata da una prognosi negativa del suo verificarsi, spingerebbe nell'area del dolo).

Nel secondo caso, ove il rischio non sia stato percepito, si dovrà per contro stabilire se ciò dipenda dal *deficit* conoscitivo, esperienziale, tecnico dell'operatore, accertando se il *surplus* appartenente al bagaglio di un "agente modello", pienamente iniziato alle pratiche professionali, avrebbe permesso a quest'ultimo di giudicare congruamente le possibili conseguenze dell'attività avviata ed i rischi connessi. Qualora la risposta sia affermativa, un ulteriore accertamento dovrà investire la possibilità del medesimo operatore di rendersi conto della propria personale inadeguatezza in rapporto al rischio la cui insorgenza potesse concretamente prospettarsi<sup>20</sup>.

A me sembra che le peculiarità della colpa per assunzione finiscano con il collocarsi proprio in questa eventuale e delicata fase del giudizio, allorché si imponga di risalire alle ragioni che abbiano ostacolato il riconoscimento, da parte dell'agente, del rischio o della somma di rischi che abbia dato origine all'evento: ragioni che, abbiamo detto, potrebbero stare in un'insufficiente patrimonio di conoscenze e/o di esperienze; ragioni che, allo stesso modo,

<sup>19</sup> Secondo la nota decisione di Cass., SU, n. 38343 del 24.4.2014.

<sup>20</sup> La dottrina tedesca è solita dare per assodata l'esigenza di un tale accertamento: cfr., ad esempio, J. VOGEL e J. BÜLTE, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin, 2020 (13 ed.), *sub* § 15, § 303 (1194 seg.), con ulteriori rinvii alla letteratura e a conformi decisioni del BGH.



ben potrebbero rintracciarsi, nell'attività medico-chirurgica, in una carenza tecnico-professionale del sanitario, magari collegata ad una formazione specialistica ancora incompleta.

La difficoltà starebbe allora nell'accertare se, nonostante appurate carenze, l'operatore potesse nondimeno rappresentarsi la propria inabilità a governare uno specifico rischio – quello “concretamente” e “storicamente” realizzatosi nell'evento – e se l'assenza di una tale rappresentazione segni l'attendibile fondamento di un rimprovero a titolo di colpa.

In una parte di casi non è escluso a priori che l'essersi accreditate talune capacità, in realtà mancanti o non sedimentate, possa nutrire una base non irragionevole, se rapportata ai rischi tipici dell'attività ed alle pregresse esperienze maturate dall'interessato. Soprattutto, non è affatto scontato che la rappresentabilità del rischio concreto, e della inadeguatezza soggettiva che menomi la capacità di contenerlo, sia “sempre” da ammettersi: dovendo comunque essere commisurata (per lo meno) a quella “seria” ragione di prevedere, che anche la giurisprudenza ha più volte accreditato quale requisito della colpa (o, in ogni caso, della sua ricostruzione processuale)<sup>21</sup>.

Di certo, si ribadisce, risulterebbe per lo meno grossolana una valutazione che pretendesse di risolvere la qualifica della colpa nella semplice violazione di una regola di astensione, infranta la quale ogni successivo pericolo possa ricondursi all'agente.

---

<sup>21</sup> Non è superfluo ricordare che anche la sentenza della Cassazione nella vicenda del terremoto aquilano e della commissione grandi rischi (Cass., Sez. IV, 19.11.2015, dep. 24.3.2016, n.12478), nel trattare il delicato rapporto tra cautele e “pre-cautele”, ha opportunamente ribadito il requisito di una “seria” rappresentabilità, collegandone il senso alla “colpevolezza” individuale, quando ha confermato che il relativo principio «deve dunque ritenersi rispettato nella misura in cui il soggetto, al momento della condotta, possa seriamente rappresentarsi la rischiosità del suo agire o del suo omettere rispetto a determinati eventi, corrispondenti a quelli poi verificatisi, anche laddove sulla pericolosità della condotta non vi sia, *ex ante*, pieno consenso della comunità scientifica» (enfasi aggiunta da chi scrive).

Antonella Massaro\*

*L'art. 5 c.p. e l'ignoranza inevitabile della legge penale:  
Da causa di esclusione della colpevolezza  
a limite di validità della norma penale?*

SOMMARIO: 1. L'ignorantia legis tra "oggettivo" e "soggettivo" – 2. La sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale: la difficile convivenza delle due anime della pronuncia – 3. Una possibile lettura oggettiva dell'art. 5 c.p.: prime coordinate – 4. Le conferme di una lettura oggettiva della *ignorantia legis* ricavabili dal diritto interno: l'art. 15 d.lgs. n. 74 del 2000 e l'art. 609-*sexies* c.p. – 5. Le conferme di una lettura oggettiva della *ignorantia legis* ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo – 5.1. Il parametro della prevedibilità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo – 6. La distinzione tra l'oggetto del giudizio di accessibilità e quello del giudizio di prevedibilità – 7. Oggetto e parametro dei giudizi di accessibilità e di prevedibilità.

1. *L'ignorantia legis tra "oggettivo" e "soggettivo"*

La linea di confine tra legalità e colpevolezza, che taglia trasversalmente la teoria generale della norma penale e del reato, evidenzia tutta la sua complessità in riferimento all'art. 5 c.p.. L'inevitabilità della *ignorantia legis*, individuata quale muro portante della colpevolezza, si è vista progressivamente caricata del peso di assicurare piena attuazione al principio di personalità della responsabilità penale. A ben vedere, tuttavia, l'art. 5 c.p. sembrerebbe collocarsi in maniera più evidente nell'area della legalità anziché in quella della colpevolezza. Tanto la formulazione dell'art. 5 c.p. originaria quanto la nuova versione (ri)scritta dalla Corte costituzionale con la "storica" sentenza n. 364 del 1988<sup>1</sup>, in effetti, suggeriscono coordinate che indirizzano più verso il piano "oggettivo" della validità e dell'efficacia della norma penale che sul versante "soggettivo" della scusabilità del singolo destinatario.

Le questioni relative all'ignoranza della legge penale, derivano

\* Associata di Diritto penale, Università degli Studi Roma Tre

<sup>1</sup> C. cost., 23 marzo 1988, n. 364, in «GC», 1988, pp. 686 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

storicamente dalla rigida alternativa tra *error facti* ed *error iuris*, a sua volta scolpita nel tanto noto quanto discusso *principium* del Digesto (22, 6, 9): «*Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*»<sup>2</sup>. Anche quando si è abbandonata la fuorviante classificazione dell'errore basata sulla fonte dello stesso (errore di fatto - errore di diritto) per approdare a quella che valorizza piuttosto il suo oggetto (errore sul fatto - errore sul precetto)<sup>3</sup>, la “fatale attrazione” tra *ignorantia legis* ed *error iuris*<sup>4</sup> è sempre valsa a collocare l'art. 5 c.p. nella più ampia cornice sistemática del dolo o, comunque, del “rimprovero soggettivo”<sup>5</sup>. L'introduzione della distinzione tra errore sul fatto ed errore sul precetto, distinta e non coincidente rispetto a quella tradizionale tra errore di fatto ed errore di diritto, si deve essenzialmente a Welzel, così come al pensiero di Welzel<sup>6</sup> va ricondotto il germe della distinzione tra evitabilità e inevitabilità dell'errore sul precetto<sup>7</sup>, anche se il suo stretto legame con la concezione finalistica ha rappresentato per molto tempo una vera e propria “tara dogmatica” delle ricostruzioni in questione.

Il retroterra dogmatico è rappresentato dalla “guerra di religione” che ha visto protagoniste la *Vorsatztheorie* e la *Schuldtheorie*, con la prima che ai fini della sussistenza del dolo richiedeva la consapevolezza della antiigiuridicità del fatto e la seconda che, “riducendo” il dolo alla rappresentazione degli elementi costitutivi della fattispecie, riteneva sufficiente la mera conoscibilità

<sup>2</sup> Per indicazioni storiche relative all'errore in generale e al principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia legis*, S. PIACENZA, *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, Utet, 1960, pp. 61 ss.; C.F. PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale*, Giuffrè, 1974, 49 ss.; M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Giappichelli, 2018, pp. 11 ss.

<sup>3</sup> L. RISICATO, *L'errore di fatto, di diritto, su legge extrapenale e su legge penale*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Utet, 2012, 584.

<sup>4</sup> Sulla nota disputa relativa alla distinzione tra ignoranza ed errore si rinvia, anche per ampie indicazioni bibliografiche, a LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 6 ss.

<sup>5</sup> Cfr. lo stretto legame tra *ignorantia legis* e “colpa” nel diritto canonico: PIACENZA, *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, cit., pp. 66 ss. e pp. 93 ss.

<sup>6</sup> Tutti i necessari riferimenti in M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, 1993, pp. 18 ss. e in L. CORNACCHIA, *Ein unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in «Criminalia», 8/2013, pp. 594 ss.

<sup>7</sup> V. soprattutto H. WELZEL, *Schuld und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*, in «MDR», 1951, p. 65. Da un punto di vista giurisprudenziale, la “sistematizzazione” della distinzione tra errore sul fatto ed errore sul precetto è avvenuta attraverso la sentenza del *Bundesgerichtshof*, 18 marzo 1952, sulla cui portata “storica” v. H.H. JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, in «IP», 1988, pp. 189 ss. Sul punto anche G.G. TORRE, *Errore sul precetto e Verbotsirrtum: un'uguale disciplina?*, in «IP», 1996, pp. 198 ss.

del carattere antigiusdicario del fatto posto in essere<sup>8</sup>.

Se nella codificazione tedesca la *Schuldtheorie* ha trovato accoglimento con la riforma del 1975 e con la formulazione del § 17 StGB, è opinione sufficientemente consolidata quella per cui la stessa farebbe da sfondo anche alla nuova formulazione dell'art. 5 c.p., così come "riletto" dalla Corte costituzionale<sup>9</sup>. L'efficacia motivante del precetto, più in particolare, individuerrebbe il presupposto della norma in questione e la sua conoscibilità virtuale sarebbe un principio del sistema che imporrebbe di rivedere completamente il concetto di colpevolezza e, correlativamente, quello di illecito<sup>10</sup>: la colpevolezza assumerebbe inequivocabilmente i tratti di un *quid* distinto rispetto alla tipicità soggettiva del fatto<sup>11</sup>.

La collocazione sistematica dell'art. 5 c.p., per la verità, è meno netta di quanto potrebbe apparire.

L'emblema dell'alternativa oggettivo-soggettivo in materia di *ignorantia legis* è efficacemente sintetizzata proprio dalle scelte di diritto positivo compiute prima dal codice Zanardelli e poi dal codice Rocco: tanto nel primo quanto nel secondo, compare la medesima disposizione di legge («Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale»), ma cambia la collocazione "topografica". Nel codice Zanardelli, il principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, contenuto nell'art. 44, si trovava inserito tra le norme in materia di imputabilità, mentre il codice Rocco, pur lasciando inalterata la lettera del precedente art. 44, "anticipa" la disposizione all'art. 5.

Si tratta di una scelta che risente, almeno in parte, dell'impronta

<sup>8</sup> Un'efficace sintesi ricostruttiva è rinvenibile in G. LICCI, *Modelli nel diritto penale: Filogenesi del linguaggio penalistico*, Giappichelli, 2014, pp. 319 ss.

<sup>9</sup> Valga per tutti G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/1988*, in «FI», I, 1988, 1390 e, più di recente, G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli "innovativi" di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, 2018, p. 123.

<sup>10</sup> Fondamentale sul punto DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., pp. 66-67. L'Autore, come noto, "completa" la sua ricostruzione sistematica con *Il delitto contravvenzionale*, cit., spec. pp. 358 ss., in cui si evidenziano i possibili spazi di operatività di una concezione del dolo più ampia, ritenendo che l'errore sul fatto ricomprenda anche l'errore sul significato lesivo del fatto nei soli limiti di quelle incriminazioni la cui tipicità non consente di configurare l'oggetto del dolo con tratti di identità sociale realmente differenziati rispetto a una realizzazione colposa.

<sup>11</sup> DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 68 e p. 505. Sulla distinzione tra la colpevolezza come fatto giuridico e, quindi, come complesso dei requisiti richiesti per riferire un fatto al suo autore, e la colpevolezza come elemento estrinseco alla fattispecie criminosa, chiaramente, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, 1951, pp. 1-2.

autoritaria e statalista del codice Rocco<sup>12</sup>. È circostanza fin troppo nota quella per cui nella *Relazione del Ministro al Progetto definitivo del codice penale* il fondamento giustificativo del principio in questione venisse individuato nell'obbligatorietà della legge penale, salvo poi precisare che l'inescusabilità dell'*ignorantia legis* si rendesse necessaria per salvaguardare le condizioni di esistenza della società e dello Stato<sup>13</sup>.

Il principio di legalità in materia penale e, soprattutto, le esigenze di personalizzazione del rimprovero penale affermate nella Costituzione repubblicana hanno fatto avvertire in maniera nitida l'esigenza di superare l'assolutezza della regola in questione. Se il principio di legalità/tassatività incorpora ed esprime la tendenza della norma penale a funzionare come imperativo<sup>14</sup>, la razionalità del principio di colpevolezza troverebbe la sua base e il suo coronamento nell'appello alla ragione individuale in termini di coazione psicologica e nella potenziale influenza delle norme a orientare le scelte d'azione dei consociati: la personalizzazione del rimprovero richiesta dalla Costituzione troverebbe dunque la sua naturale premessa nella funzione coscientemente determinatrice delle norme penali<sup>15</sup>. La soluzione più adeguata alle esigenze di "personalità" della responsabilità penale è allora sembrata quella che, conformemente a quanto già avvenuto nell'ordinamento tedesco e in quello austriaco e sfruttando la breccia giurisprudenziale aperta dalla teoria della "buona fede scusante" nelle contravvenzioni, trasferisse sul piano della *culpa iuris* (*Rechtsfahrlässigkeit*) le acquisizioni già raggiunte sul versante della *culpa facti* (*Tatfahrlässigkeit*)<sup>16</sup>. Il punto di riferimento della colpa viene ovviamente a mutare: non più un fatto determinato nello spazio e nel tempo, ma l'esistenza e il significato dei

<sup>12</sup> Per una enfattizzazione di quello stampo autoritario dell'art. 5 c.p. che la Corte costituzionale avrebbe superato, archiviando una visione pubblicistico-statalista in favore di una concezione individualistico-liberale, v. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale*, cit., pp. 1385 ss. A sottolineare l'estremo ritardo con cui si sarebbe realizzato l'allineamento a un principio di civiltà giuridica, G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa di esclusione della colpevolezza*, in «GC», 1988, p. 4 osservava: «Viaddio, era tempo! [...] potremmo dire, ancora una volta, ed anche in diritto penale: se non abbiamo un Parlamento, abbiamo una Corte».

<sup>13</sup> *Lavori preparatori del codice penale*, vol. V, parte I, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 30. Sulle letture dell'*ignorantia legis* come espressione della presunzione di conoscenza della legge, della obbligatorietà della legge penale o del dovere sociale e giuridico di informazione v. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 16 ss.

<sup>14</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976, p. 130.

<sup>15</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., p. 462.

<sup>16</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., spec. pp. 447 ss.

criteri di qualificazione normativa di quel fatto<sup>17</sup>.

La colpa per il fatto e la colpa in relazione al precetto divengono dunque le due prospettive, distinte ma complementari, del principio di personalità della responsabilità penale nel suo “nuovo volto” di principio di colpevolezza, disegnando il sentiero che condurrà alla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale.

## 2. La sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale: la difficile convivenza delle due anime della pronuncia

La sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, come ampiamente noto, si compone di due anime, tenute insieme dal comune battito vitale del principio di personalità della responsabilità penale: il “tendenziale” divieto di responsabilità oggettiva e la necessaria (ri)conoscibilità della norma penale. L'impressione, tuttavia, è che si tratti di due anime che faticano a convivere armonicamente in una impalcatura argomentativa unitaria e coerente.

Il divieto di responsabilità oggettiva che, sebbene affrontata nell'ambito di un ampio *obiter dictum*<sup>18</sup>, funzionale poi a motivare la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., individua certamente la parte più “solida” della pronuncia, al netto, ovviamente, di quella distinzione tra elementi “più” o “meno” significativi della fattispecie che priva il principio di buona parte della sua potenziale carica prescrittiva.

Sul versante della *culpa iuris*, viceversa, l'andamento argomentativo della Corte diviene più incerto. Si esordisce ritenendo che il primo e il terzo comma dell'art. 27 Cost. impongano di sottoporre a pena solo quegli episodi che esprimano un atteggiamento di riprovevole contrasto o indifferenza rispetto alla legge penale e che, quindi, siano “rimproverabili”<sup>19</sup>. Subito dopo, tuttavia, si assiste a un brusco cambio di prospettiva, che dall'autore del reato conduce direttamente alla norma penale. I principi costituzionali in materia penale, precisano i giudici, devono garantire a tutti i c.d. destinatari della norma penale la sicurezza giuridica di non essere puniti qualora vengano realizzati comportamenti penalmente irrilevanti, svelando in tal modo «la funzione d'orientamento culturale e

<sup>17</sup> PULITANÒ, *L'errore di diritto*, cit., pp. 469-470 e p. 483.

<sup>18</sup> PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., p. 700.

<sup>19</sup> C. cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., p. 711.

di determinazione psicologica operata dalle leggi penali»<sup>20</sup>. I corollari della legalità penale (riserva di legge, tassatività, irretroattività) «sono espressione della contropartita (d'origine contrattualistica) che lo Stato offre in cambio [...] dell'obbligatorietà della legge penale», assicurando ai cittadini che non li punirà senza averli preventivamente informati su ciò che è penalmente rilevante: in questo, appunto, consisterebbe il principio di riconoscibilità delle norme penali, che troverebbe il suo fondamento nell'art. 25, secondo comma Cost., ma anche nell'art. 73, terzo comma Cost.<sup>21</sup>.

Con particolare riguardo al parametro alla stregua del quale l'accertamento andrebbe condotto, la sentenza n. 364 del 1988, come ampiamente noto, esclude la rilevanza di criteri soggettivi puri, focalizzando la propria attenzione sui criteri oggettivi e su quelli misti<sup>22</sup>. Proprio in riferimento a questo aspetto, si rafforza l'impressione che, nella seconda parte della sua pronuncia, la Corte costituzionale reciti il copione della colpevolezza, ma prenda a prestito le battute della legalità<sup>23</sup>. Come ormai da tempo evidenziato, i casi di inevitabilità dell'*ignorantia legis* portati in via esemplificativa dalla Corte, facendo riferimento a concetti come la "impossibilità di conoscenza per ciascun consociato" e la "oggettiva mancanza di riconoscibilità della norma", sembrerebbero infatti allontanarsi dalla esigenza di una soggettiva personalizzazione del rimprovero, individuando anzi ipotesi "estreme" in cui potrebbe addirittura dubitarsi della illegittimità costituzionale della norma per vizio di determinatezza<sup>24</sup>: la rilevanza dell'*ignorantia legis*, altrimenti detto, sarebbe chiamata a operare in situazioni di oggettiva carenza dell'ordinamento che risultano in contrasto con i principi costituzionali e che dovrebbero rilevare autonomamente e preventivamente rispetto alla colpevolezza<sup>25</sup>.

Alla enfasi posta sulla personalizzazione del rimprovero fa quindi da

<sup>20</sup> C. cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., p. 713.

<sup>21</sup> C. cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., pp. 713-714.

<sup>22</sup> C. cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., pp. 728-729.

<sup>23</sup> C. cost., 23 marzo 1988, n. 364, cit., p. 700, precisa che la colpevolezza debba considerarsi il secondo aspetto del principio di legalità, ma, come chiarito nel testo, sembra piuttosto che il principio sia lo stesso, sebbene etichettato con una denominazione differente. L'impostazione "oggettiva" della Corte costituzionale nella individuazione dei criteri di accertamento della inevitabilità è stata di recente ben sottolineata da LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 62 ss.

<sup>24</sup> Così L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto*, in «RIDPP», 1988, pp. 1324-1325, che riferisce le medesime considerazioni non solo alla carenza originaria di tassatività della norma, ma anche al caos giurisprudenziale, che la sentenza n. 364 del 1988 annovera tra i casi di inevitabilità dell'errore.

<sup>25</sup> STORTONI, *L'introduzione nel sistema dell'errore scusabile di diritto*, cit., p. 1326.

contraltare la *spersonalizzazione del giudizio di inevitabilità*.

Le maggiori conoscenze o abilità dell'agente concreto, ad avviso della Corte, possono e devono essere tenute in considerazione, ma solo "*in malam partem*", visto che la loro valorizzazione conduce ad escludere che l'ignoranza possa considerarsi inevitabile<sup>26</sup>.

La questione relativa all'individuazione dei criteri di accertamento della inevitabilità è chiaramente lo snodo cruciale<sup>27</sup> di una inevitabilità dell'*ignorantia legis* proiettata sullo sfondo della colpevolezza e risulta in effetti troppo fragile la base rinvenuta, portando alle "estreme conseguenze" il parallelismo tra *culpa facti* e *culpa iuris*, nell'*homo eiusdem professionis et conditionis*<sup>28</sup>. «Il giudice che consulta l'agente modello», come evidenziato sul piano del rimprovero per colpa, «ricorda il soliloquio di un ventriloquo che anima un fantoccio, la cui saggezza – nel dubbio – sconsiglia ogni assunzione di rischio»<sup>29</sup>: analoghe considerazioni valgono anche in riferimento alla costruzione proposta dalla sentenza n. 364 del 1988. La pronuncia in questione, del resto, conteneva già la procedura da attivare perché la sua carica, certamente dirompente sul piano ricostruttivo-sistematico, risultasse sostanzialmente disinnescata sul versante più strettamente applicativo<sup>30</sup>. Da una parte, la distinzione tra delitti naturali e delitti artificiali, con l'*ignorantia legis* chiamata a operare, astrattamente, solo in relazione ai secondi, opera una prima limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 5 c.p.<sup>31</sup>. Dall'altra parte, l'enfaticizzazione dei doveri strumentali di conoscenza dei singoli, che rappresenta l'autentica "ossessione argomentativa" della

<sup>26</sup> C. cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., p. 728. Sul punto PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., p. 722.

<sup>27</sup> F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in «RIDPP», 1990, p. 390 osserva che l'evitabilità, chiave di volta di tutto l'edificio della *Schuldtheorie*, può divenire il subdolo veicolo per la regressione della colpevolezza verso la responsabilità oggettiva occulta o, all'opposto, per l'ingresso nel diritto penale della colpa d'autore (con specifico riferimento alla ignoranza da disadattamento sociale).

<sup>28</sup> FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale*, cit., p. 1392; MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, cit., p. 395; PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., p. 716.

<sup>29</sup> F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in «DPP», 10/1999, pp. 1295-1297.

<sup>30</sup> Efficaci, al riguardo, le considerazioni di MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, cit., 387. Ad avviso di LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., p. 68 la principale preoccupazione della Corte costituzionale nel 1988 era quella di "non fare un passo più lungo della gamba", evitando, quindi, di aprire il sistema a sviluppi imprevedibili.

<sup>31</sup> C. cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., pp. 729-730. Per ampie considerazioni "di sistema" A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Giappichelli, 2003, spec. pp. 185 ss.



sentenza n. 364 del 1988<sup>32</sup>, rende l'inevitabilità dell'*ignorantia legis* un'arma fin da subito spuntata: il grado di diligenza richiesto al destinatario tenuto a informarsi, aumenta esponenzialmente a mano a mano che aumenta il tasso di "artificialità" della norma penale, e, proprio come avviene per la sistematica della colpa, niente può/deve sfuggire ai superpoteri/doveri di informazione e di azione del *Superman eiusdem professionis et conditionis*<sup>33</sup>.

### 3. Una possibile lettura oggettiva dell'art. 5 c.p.: prime coordinate

La lettera dell'art. 5 c.p., la sua collocazione nel codice penale e il grado di sviluppo raggiunto dalla sistematica dall'elemento soggettivo del reato, fanno propendere per una lettura eminentemente oggettiva della *ignorantia legis*, che la collochi sul piano della norma penale più che su quello del reo.

La progressione descritta dagli articoli 2, 3, 4, 5 e 6 ss. del codice penale è chiara: la legge individua le *condizioni di validità e di efficacia* della norma penale. La formulazione originaria dell'art. 5 c.p., secondo cui nessuno, senza eccezione alcuna, può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, individuava una condizione di efficacia della norma penale, senza nulla precisare sul piano della validità della norma.

L'intervento additivo della Corte costituzionale, indipendentemente dal fatto che l'intento dichiarato dal legislatore fosse quello di conferire piena attuazione al principio di personalità della responsabilità penale, sembra invece collocarsi tra i *limiti di validità formale* della norma penale<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> C. cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., pp. 715 e 728 ss.

<sup>33</sup> O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 6/ 2017, n. 2152. Sull'innalzamento del metro di diligenza, necessario per ritenere correttamente assolti i doveri strumentali di conoscenza, cui si assiste in giurisprudenza in riferimento a soggetti impegnati in attività qualificate v. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 74 ss., con particolare riguardo a Cass. SU. pen., 28 marzo 2003, n. 37425.

<sup>34</sup> GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 460, sottolinea come l'art. 5 c.p., lungi dal porre una questione relativa alla struttura dell'elemento soggettivo, individui una «pre-condizione all'applicabilità della norma». Sul punto v. di recente anche TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in «AP», 1/2017, p. 56 (nota 118), ad avviso del quale l'inevitabilità dell'errore sulla proibizione individuerebbe un limite «un "limite" alla "vincolatività", in concreto, della norma giudiziale; in una parola, un elemento "negativo" della norma». L'Autore, quindi, ritiene che quello posto dall'art. 5 c.p. sia un problema attinente al piano dell'efficacia, non già della validità, intendendo quest'ultima come esistenza di una norma vincolante.

La validità che l'art. 5 c.p. interverrebbe a (de)limitare può essere definita come una *validità interpretativa* della norma penale, nel senso che la stessa per potersi considerare valida (e quindi efficace) deve risultare *sufficientemente riconoscibile*. Quest'ultima condizione, a sua volta, può ritenersi soddisfatta quando *la norma risulti sufficientemente pre-determinata o pre-determinabile*. L'art. 5 c.p., più esattamente, interverrebbe a fronte di quelle invalidità interpretative non assolute, ma per dir così, relative, nel senso che non possono "sanarsi" attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale.

L'ambito operativo dell'*ignorantia legis* inevitabile si riferisce quindi ai casi in cui la "non conoscibilità" della norma che si assume violata derivi da "difetti sistemici" dell'ordinamento, apprezzabili più in chiave oggettiva che soggettiva. È possibile isolare (almeno) tre differenti ipotesi di oggettiva carenza di riconoscibilità della norma, rispetto ai quali può ipotizzarsi o il giudizio di legittimità costituzionale o l'applicazione dell'art. 5 c.p.

Il primo caso è quello di una *legge assolutamente oscura*, cioè di un difetto non superabile per via interpretativa, rispetto al quale il solo rimedio sarebbe la dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Il secondo caso si verifica quando il difetto di formulazione della legge penale non risulti censurabile, anche solo astrattamente, da parte della Corte costituzionale. L'ipotesi più evidente è quella della norma penale formulata attraverso la tecnica del rinvio a catena, specie quando a venire in considerazione sia una pluralità di fonti, magari secondarie, a loro volta oggetto di modifiche che si succedono vertiginosamente in intervalli temporali relativamente ristretti: la *legge*, detto altrimenti, è talmente *mal formulata* che, pur non superando la soglia del difetto di determinatezza costituzionalmente illegittimo, rende difficoltoso per un interprete modello l'individuazione del comportamento doveroso. In questi casi l'art. 5 c.p. rappresenta il rimedio al quale sembra possa farsi riferimento senza particolari difficoltà.

L'ultimo gruppo di casi è rappresentato da quelli in cui la mancata riconoscibilità della norma sia dovuta a *un mutamento della giurisprudenza*, in cui l'art. 5 c.p. potrebbe trovare degli spazi applicativi ulteriori, sebbene di più difficile perimetrazione.

4. *Le conferme di una lettura oggettiva della ignorantia legis ricavabili dal diritto interno: l'art. 15 d.lgs. n. 74 del 2000 e l'art. 609-sexies c.p.*

A conferma di una lettura oggettiva dell'art. 5 c.p. sul piano del diritto interno potrebbero portarsi tanto la disciplina dell'errore nei reati tributari, come regolata dall'attuale art. 15 d.lgs. n. 274 del 2000, quanto l'errore sull'età della persona offesa di cui all'art. 609-sexies c.p.

L'errore in materia tributaria è al centro di una questione che, dopo una significativa evoluzione sul piano legislativo<sup>35</sup>, ha infine trovato disciplina nell'art. 15 d.lgs. n. 74 del 2000: quest'ultimo, rubricato «violazioni dipendenti da interpretazione delle norme tributarie», dispone che «al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'articolo 47, terzo comma, del codice penale, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione». L'errore di interpretazione viene dunque affrancato dalla logica soggettiva dell'errore di diritto, per trovarsi ricondotto nell'area di operatività delle «obiettive condizioni di incertezza» sulla portata di una «norma» e sul suo ambito di applicazione.

Trattandosi di una disposizione che, tanto per ragioni storiche quanto per la contiguità rispetto all'art. 6 del d.lgs. n. 472 del 1997 (relativo all'illecito amministrativo tributario), si rivela assai prossima all'art. 5 c.p.<sup>36</sup>: è dunque significativo che, proprio in uno dei settori più paradigmatici del diritto penale artificiale, il legislatore abbia optato per una ricostruzione in chiave marcatamente oggettiva<sup>37</sup>.

Sul piano del rimprovero soggettivo, per contro, sembra collocarsi l'art. 609-sexies c.p., il quale dispone che, qualora i principali reati sessuali vengano commessi a danno di un minore, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che, come precisato dalla legge n. 172 del 2012 (a sua volta intervenuta dopo la sentenza n. 322 del 2007 della Corte costituzionale<sup>38</sup>) si tratti di ignoranza inevitabile. La stessa

<sup>35</sup> Per un'attenta ricostruzione LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 320 ss.

<sup>36</sup> Sulle letture che ravvisano nell'art. 15 d.lgs. una deroga o, al contrario, una conferma dell'art. 5 c.p., si rinvia agli ampi riferimenti offerti da LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 331 ss.

<sup>37</sup> Si tralasciano in questa sede tanto le peculiarità sistematiche di questa disciplina quanto le difficoltà incontrate dalla stessa sul piano applicativo: per tutti, MANES, *le violazioni dipendenti da obiettive condizioni di incertezza e l'errore nel sistema dei reati tributari*, in «RTDPE», 3/2001, pp. 491 ss.

<sup>38</sup> C. cost., 11 luglio 2007, n. 322 che aveva dichiarato inammissibile la questione di

legge del 2012 ha introdotto anche l'art. 602-*quater* c.p., che contiene una analoga previsione per i reati posti a tutela della personalità individuale.

Prima della modifica legislativa, l'art. 609-*sexies* c.p. rappresentava un'ipotesi di responsabilità oggettiva particolarmente eclatante e, per la sua formulazione assoluta, difficilmente "giustificabile", anche perché, sebbene motivata da esigenze di una tutela rafforzata dei soggetti minori, si collocava al di fuori della più tradizionale cornice del *versari in re illicita*<sup>39</sup>: «una fattispecie di responsabilità oggettiva pura, scampata in modo inspiegabile all'evoluzione del costume, della cultura giuridica e», almeno fino al 2007, «al vaglio della Corte costituzionale»<sup>40</sup>.

Malgrado la coincidenza terminologica rispetto all'art. 5 c.p. "riformato", gli art. 609-*sexies* e 602-*quater* c.p. si collocano chiaramente su un piano diverso rispetto a quello dell'art. 5 c.p.: le disposizioni in questione, più esattamente, non riguardano l'ignoranza inevitabile dell'intera norma penale, ma di un singolo elemento della fattispecie, coincidente, in particolare, con l'età della persona offesa. Riprendendo le considerazioni svolte a proposito delle due anime della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, in questo caso la questione è quella relativa alla "colpa in riferimento agli elementi più significativi della fattispecie", non già quella che attiene alle condizioni di conoscibilità dell'intera norma incriminatrice. Quando, per contro, a venire in considerazione sia "qualcosa in più" dell'imputazione del singolo elemento di fattispecie, si esula dal piano della responsabilità oggettiva per transitare verso quello dei limiti di validità della norma.

##### 5. *Le conferme di una lettura oggettiva della ignorantia legis ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo*

Anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

legittimità in quanto sollevata in riferimento all'intero art. 609-*sexies* c.p. mentre la norma censurata avrebbe potuto ritenersi lesiva del principio di colpevolezza non certo per il mero fatto che la stessa derogasse agli ordinari criteri in tema di imputazione dolosa, ma, semmai, nella sola parte in cui negasse rilievo all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età. Sul punto v. già L. RISICATO, *Error aetatis e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?*, in «RIDPP», 2/2000, p. 613.

<sup>39</sup> RISICATO, *Error aetatis e principio di colpevolezza*, cit., pp. 588-589 e p. 607. All'Autrice si rinvia anche per una dettagliata e puntuale ricostruzione storica della disposizione e dei tentativi di una sua correzione in via interpretativa.

<sup>40</sup> RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in «DPP», 11/2007, p. 1465.

sembra possano ricavarsi delle conferme a una lettura oggettiva dell'art. 5 c.p.<sup>41</sup>: il riferimento è, in particolare, al baricentro della legalità convenzionale fondato sui giudizi di prevedibilità e di accessibilità<sup>42</sup> che, in definitiva, rinviano alla più generale esigenza di verificabilità del ragionamento interpretativo<sup>43</sup>.

Con particolare riguardo alle questioni che hanno interessato l'ordinamento italiano, risulta pressoché inevitabile confrontarsi con la sentenza *Sud Fondi* e con la sentenza *Contrada*.

La sentenza *Sud Fondi*, capofila dalla “nuova era” della giurisprudenza di Strasburgo in materia di colpevolezza<sup>44</sup>, sembrerebbe confermare che il nucleo duro e irrinunciabile del rimprovero soggettivo è rappresentato dal divieto di responsabilità oggettiva. Se una sanzione formalmente amministrativa è attratta dell'area della materia penale rilevante ai fini delle garanzie convenzionali, la stessa deve seguire all'accertamento di un illecito completo dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, contrariamente a quanto ritenuto dall'orientamento allora maggioritario della giurisprudenza italiana in materia di confisca urbanistica. Il caso *Sud Fondi*, tuttavia, si risolve “a monte”, non già grazie all'operatività della nozione autonoma di materia penale, ma in ragione della nozione autonoma di “legge”. L'oscurità della norma applicabile e le “erronee rassicurazioni” da parte delle autorità competenti avevano determinato uno stato di incertezza tale da condurre i giudici nazionali a un'assoluzione degli imputati *ex art. 5 c.p.*: tanto basta alla Corte Edu per ritenere non rispettati i requisiti di accessibilità e prevedibilità necessari affinché una certa sanzione possa considerarsi “prevista dalla legge”, secondo quanto richiesto dall'art. 7 della Convenzione<sup>45</sup>. La natura sostanzialmente penale della confisca, da cui deriva il necessario accertamento dell'elemento soggettivo del reato che ne

<sup>41</sup> Cfr. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 216 ss. e pp. 226 ss. il quale conduce un articolato confronto volto a far emergere analogie e differenze tra la giurisprudenza costituzionale e quella della Corte Edu in materia di prevedibilità della legge/diritto.

<sup>42</sup> Interessanti spunti ricostruttivi in S. GIORDANO, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, in «GI», 10 settembre 2020.

<sup>43</sup> L'esigenza di “contenere” l'apporto creativo dell'interprete, anche attraverso l'individuazione di un *numerus clausus* di argomenti interpretativi, è chiaramente evidenziata da M. CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Giappichelli, 2019, pp. 63 ss.

<sup>44</sup> Per una lettura “parallela” della sentenza *Sud Fondi* e della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazioni dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, pp. 219 ss.

<sup>45</sup> CoEDU, sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, §§ pp. 112 ss.

rappresenta il presupposto, costituisce, nel percorso argomentativo della Corte, un “ragionamento complementare”, che merita di essere trattato, ma che non risulta decisivo ai fini della decisione<sup>46</sup>. Il problema “centrale” attiene alla legalità, non alla colpevolezza.

Se la sentenza *Sud Fondi* prende in esame l'ipotesi di una legge oscura e mal formulata, il caso *Contrada* accende i riflettori sull'ulteriore causa capace di determinare una carenza di riconoscibilità della norma penale, ovvero l'incertezza ravvisabile a livello giurisprudenziale<sup>47</sup>. La sentenza *Contrada* ha scoperto un autentico vaso di Pandora sul piano del diritto interno proprio perché, al di là delle questioni “più evidenti” relative al ruolo di una pretesa giurisprudenza-fonte, ha toccato le corde di quella terra di confine tra legalità e colpevolezza che la nostra tradizione giuridica fatica a gestire in maniera convinta e convincente.

Così, nell'immediato “post *Contrada*”, se il Tribunale di Catania disponeva il non luogo a procedere nei confronti di un indagato per concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto il fatto ad esso imputato, specie dopo la sentenza *Contrada*, non sarebbe stato previsto dalla legge come reato<sup>48</sup>, la Corte di appello di Caltanissetta, nel rigettare l'istanza di revisione avanzata da Bruno Contrada dopo la sentenza di Strasburgo, non solo precisava che «parlare di “inesistenza del reato” e di “mera creazione giurisprudenziale” del concorso esterno, per sintetizzare i contenuti della decisione della Corte Edu, costituisce se non un vero e proprio errore giuridico quantomeno una disinvolta forzatura tecnica», ma chiariva anche che le funzioni professionali svolte da *Contrada* imponevano di ritenere che lo stesso fosse consapevole dell'applicabilità dell'art. 110 c.p. anche all'art. 416-bis c.p.<sup>49</sup>. Si invocava, quindi, una soggettivizzazione del rimprovero *contra reum*, con un'operazione che, sembrerebbe, passa attraverso la forzosa riconduzione di un problema di legalità nella griglia concettuale della colpevolezza. La Corte di cassazione ha per ora sbarrato la strada ai “fratelli minori di Contrada”, avvalendosi del percorso argomentativo probabilmente più agevole: la sentenza della Corte Edu, hanno precisato

<sup>46</sup> CoEDU, sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, §§ p. 115.

<sup>47</sup> CoEDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015. *Amplius*, Capitolo III, § 7.1.

<sup>48</sup> Trib. Catania, sezione G.I.P., 12 febbraio 2016, n. 1077, Ciancio, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, con nota di G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte Edu*. La pronuncia in questione è stata poi annullata da Cass. Sez. V, 14 settembre 2016, n. 42996.

<sup>49</sup> App. Caltanissetta, 18 novembre 2015, n. 924, in «DPC», 26 aprile 2016, con nota di VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*.

le Sezioni unite, non assume la forma della sentenza pilota né raggiunge la consistenza di un diritto consolidato<sup>50</sup>, secondo le direttive fornite dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015<sup>51</sup>. Se, tuttavia, i giudici di Strasburgo dovessero confermare, per un ricorrente diverso da Contrada ma condannato sulla base di presupposti analoghi, la violazione dell'art. 7 CEDU per fatti commessi anteriormente al 1994, l'incertezza giurisprudenziale censurata dalla Corte europea andrebbe considerata come un difetto sistemico dell'ordinamento e a quel punto i giudicati formati dovrebbero risultare travolti: perché, si ripete, l'ordinamento risulterebbe carente sul piano della legalità, senza che possa/debba porsi un problema di "colpevolezza in funzione incriminatrice".

### 5.1. *Il parametro della prevedibilità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Da un esame della giurisprudenza di Strasburgo, malgrado l'estrema difficoltà di una sua "sistematizzazione", derivano interessanti spunti in riferimento al parametro della prevedibilità. Si osserva comunemente che il metro adottato dalla Corte Edu alla cui stregua misurare la prevedibilità della regola di condotta sarebbe in perenne oscillazione tra parametri oggettivi e parametri soggettivi, senza contare quelle pronunce in cui si attribuirebbe rilevanza a un'evoluzione socio-culturale pressoché totalmente svincolata da riferimenti normativo-formali<sup>52</sup>.

A ben vedere, tuttavia, il concetto di prevedibilità che emerge dalla (sia pur eterogenea) giurisprudenza della Corte Edu *sembra ispirato a un modello prevalentemente oggettivo*.

<sup>50</sup> Cass. SU, 24 ottobre 2019, n. 8544, *Genco*, punti 5 e ss. del *Considerato in diritto*, in «SP», 11 marzo 2020, con nota di BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*.

<sup>51</sup> C. cost., 14 gennaio 2015, n. 49. Per considerazioni critiche sulla pronuncia in questione, in particolare, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in «DPC», 2/2015, p. 339; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di C. cost. n. 49 del 2015*, «DPC», 2/2015, p. 330 e p. 331.

<sup>52</sup> S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in «DPC - Riv. trim.», 4/2017, 29 ss.; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, 2019, pp. 211 ss.

Non può certo attribuirsi un rilievo decisivo, in particolare, alle “storiche” sentenze in tema di *marital rape*, con le quali i giudici di Strasburgo hanno ritenuto prevedibile la condanna per violenza sessuale nei confronti della moglie, malgrado, al momento dei fatti, l’“immunità” che assisteva al marito non fosse stata ancora superata nell’ordinamento anglosassone<sup>53</sup>. L’evoluzione socio-culturale cui i giudici di Strasburgo sembrano attribuire valenza decisiva, non solo rimanda direttamente a un modello di riconoscibilità oggettiva o, comunque, non-soggettiva, ma si riferisce a una casistica rispetto alla quale era difficile ipotizzare una diversa conclusione da parte di una Corte dei diritti: il riferimento determinante, in effetti, sembra quello relativo al rispetto dei diritti fondamentali della persona e a un concetto di rapporto coniugale degno di una “società civile”.

Le pronunce più problematiche restano, allora, quelle in cui sembra che le “maggiori conoscenze dell’agente concreto” siano chiamate a svolgere un ruolo decisivo nell’accertamento della prevedibilità, attribuendo al giudizio in questione una curvatura marcatamente soggettiva. Anche la portata di queste sentenze, a ben vedere, può essere ridimensionata.

Quando la Corte precisa che i soggetti chiamati a svolgere attività rischiose e/o complesse siano destinatari di un obbligo (*rectius*, onere) di informazione particolarmente significativo in relazione alle possibili conseguenze penali delle condotte poste in essere<sup>54</sup>, si (ri)propone la questione di quegli obblighi strumentali di informazione dei consociati, che diverrebbero esponenzialmente più pregnanti a mano a mano che ci si allontani dai delitti naturali per spostarsi sul versante di quelli artificiali<sup>55</sup>, e che nell’impianto della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale finisce per disinnescare molte potenzialità del nuovo art. 5 c.p. Proprio come avviene nell’impianto argomentativo della sentenza n. 364 del 1988, inoltre, le maggiori conoscenze si trovano valorizzate non certo in funzione “scusante”, ma, al contrario, per confermare la responsabilità penale del soggetto “qualificato”. *Nihil novi*, dunque.

Proprio nelle sentenze a più evidente marca soggettiva la “definizione” di prevedibilità offerta dalla Corte Edu richiama la necessità che il soggetto sia posto nella condizione di orientare la propria condotta, precisando però, secondo cadenze non così scontate per la nostra tradizione giuridica, che a

<sup>53</sup> CoEDU, *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, §§ pp. 43 ss.; CoEDU, *C.R. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, § p. 42.

<sup>54</sup> V. per esempio CoEDU, *Groppera Radio c. Svizzera*, 28 marzo 1990, § p. 68; CoEDU *Soros c. Francia*, 6 ottobre 2011, § p. 53; CoEDU, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009, § p. 109; CoEDU, *Pessino c. Francia*, 20 ottobre 2006, § p. 33.

<sup>55</sup> C. cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit., pp. 719 e 729.



tal fine potrebbe rendersi necessario il riferimento all'interpretazione di una certa "regola" offerta dalla giurisprudenza e, soprattutto, al parere qualificato di soggetti esperti<sup>56</sup>.

#### 6. *La distinzione tra l'oggetto del giudizio di accessibilità e quello del giudizio di prevedibilità*

La distinzione tra accessibilità e prevedibilità che emerge dalle pronunce della Corte Edu<sup>57</sup> può essere utilmente impiegata anche dal punto di vista del diritto interno, al fine di meglio articolare quel giudizio complessivo che potrebbe ricondursi alla unitaria etichetta della determinatezza della norma penale.

L'*accessibilità* sembrerebbe individuare il requisito minimo di sussistenza della norma penale, richiedendo che sia riconoscibile una regola di condotta astrattamente riferibile al caso di specie. Ragionando secondo le categorie proprie del giurista continentale, potrebbe ritenersi che il difetto di *accessibilità* riguardi la stessa difficoltà di individuare la *disposizione* da interpretare e da "trasformare" in norma, per difetti di formulazione radicali e non emendabili in via interpretativa.

Il giudizio di *prevedibilità*, invece, avrebbe ad oggetto disposizioni riconoscibili nella loro portata testuale, ma il cui raggio applicativo (*norma*) risulta incerto per significative oscillazioni riscontrabili sul versante applicativo-giurisprudenziale. L'oscillazione giurisprudenziale dovrebbe pur sempre apprezzarsi sulla base di criteri oggettivi o che, in ogni caso, non valorizzino le "maggiori conoscenze" o la "peculiare professionalità" dell'agente concreto. Qualora si raggiungesse la prova che il soggetto conosceva effettivamente la norma violata, ciò varrebbe ad escludere un difetto di accessibilità: la conoscenza effettiva da parte del singolo, infatti, escluderebbe in radice la possibilità di invocare una oggettiva inaccessibilità della stessa disposizione da interpretare. Se si colloca la prevedibilità su un piano distinto e "cronologicamente successivo" rispetto a quello della accessibilità e se, soprattutto, si riempie di contenuto il parametro di accertamento con il metro dell'interprete-tipo, diverrebbe estremamente discutibile un riferimento alle particolari attitudini del soggetto. L'unica

<sup>56</sup> Particolarmente significative al riguardo CoEDU, *Groppera Radio c. Svizzera*, 28 marzo 1990, § p. 68 e CoEDU *Soros c. Francia*, 6 ottobre 2011, § p. 53, su cui v. S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo*, cit., p. 132.

<sup>57</sup> *Amplius*, MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Giappichelli, 2020, pp. 93 ss.

manca che gli si potrebbe rimproverare sarebbe quella di non aver fatto ricorso al parere di esperti, per i quali era prevedibile l'esito in effetti registratosi con la sentenza di condanna: si tratta però di un giudizio che nulla ha a che vedere con la prevedibilità in senso stretto.

### 7. Oggetto e parametro dei giudizi di accessibilità e di prevedibilità

Una (pretesa) lettura oggettiva dell'art. 5 c.p., evidentemente, passa anzitutto attraverso un tentativo di (ri)definizione del parametro di accertamento della inevitabilità dell'*ignorantia legis*<sup>58</sup>, ma anche, a necessario completamento, dell'oggetto del medesimo giudizio.

Il *parametro* preferibile sembrerebbe quello offerto dall'*interprete modello*, inteso come il soggetto in possesso delle conoscenze specialistiche richieste a un operatore giuridico: non solo il giudice, quindi, ma ogni soggetto che disponga dello strumentario tecnico-giuridico necessario alla attribuzione di significato (interpretazione) della legge penale.

Si tratta di un'opzione che si inserisce in una più ampia rilettura tanto dell'ideale di certezza del diritto quanto del concetto dei destinatari della norma penale, "giustificandosi" altresì con delle premesse in materia di interpretazione giuridica che valorizzino non solo la consistenza della norma penale come atto linguistico, ma anche il necessario apporto dell'interprete al processo di attribuzione di significato<sup>59</sup>. Il costante riferimento della giurisprudenza di Strasburgo al ruolo degli interpreti qualificati nella più generale valutazione del rispetto dell'art. 7 CEDU, del resto, sembrerebbe andare proprio in questa direzione.

Quanto all'*oggetto* del giudizio, si rende invece opportuna una *differenziazione tra accessibilità e prevedibilità*.

Il giudizio di accessibilità riguarda la disposizione: la stessa deve risultare accessibile secondo il parametro di un interprete modello, che faccia applicazione degli strumenti messi a disposizione dal linguaggio comune e da quello giuridico. Il canone in questione, dunque, deve ritenersi violato in caso di: a) *errore materiale* nella pubblicazione della legge; b) *legge oscura*, intesa come la legge formulata secondo tecniche legislative che impediscono,

<sup>58</sup> La centralità della questione attinente al parametro dell'inevitabilità dell'errore *ex art.* 5 c.p. è chiaramente evidenziata da FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali della parte generale*, Giappichelli, 2018, p. 387.

<sup>59</sup> Sia consentito sul punto il rinvio ad MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, 2020, spec. pp. 138 ss.

anche agli addetti ai lavori, di individuare la disposizione o le disposizioni applicabili al caso di specie; c) sebbene si tratti di un'ipotesi la cui collocazione risulta indubbiamente più problematica, potrebbe aggiungersi anche il caso della *legge incoerente*, la quale si inserisca in maniera vistosamente contraddittoria nel quadro delineato dal contesto di riferimento.

Il giudizio di prevedibilità riguarda invece la norma. Si è autorevolmente ritenuto che l'oggetto del giudizio di prevedibilità debba intendersi in senso particolarmente ampio e, al tempo stesso, dettagliato. Il consociato dovrebbe poter prevedere se la propria condotta sarà considerata illecita, se, più esattamente, sarà considerata penalmente rilevante e quale pena dovrà scontare, con tutte le necessarie specificazioni di carattere più strettamente esecutivo<sup>60</sup>. Tralasciando per ora le considerazioni più strettamente attinenti alla risposta sanzionatoria e al versante "penitenziario", si tratta pur sempre di chiarire "come" il soggetto possa tracciare la famigerata linea di confine tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è.

L'impressione è che l'oggetto della prevedibilità debba essere individuato nell'*iter argomentativo* attraverso cui si sviluppa la decisione giudiziale. Posto che ciò che rileva "all'esterno" sono le ragioni della decisione, così come esplicitate nella sentenza di condanna, il difetto di prevedibilità potrebbe identificarsi nelle situazioni in cui le motivazioni della sentenza seguano dei percorsi logico-argomentativi in tutto o in larga parte eccentrici rispetto a quelli calcolabili, anche attraverso l'aiuto di un esperto. Solo qualora, altrimenti detto, il giudice faccia riferimento ad "argomenti" che, in riferimento a quella questione, potevano ragionevolmente tenersi in considerazione ed essere pre-detti, allora il principio in questione potrà considerarsi rispettato.

Affinché il requisito della prevedibilità possa ritenersi violato è ovviamente necessario che i percorsi logico-argomentativi precedenti a quello "non calcolabile" fossero in grado di condurre, in maniera esclusiva o prevalente, a un esito assolutorio per condotte analoghe a quelle poste in essere dal soggetto nel caso di specie. Si tratta di considerazioni che dovrebbero trovare applicazione nelle ipotesi di mutamento giurisprudenziale in senso stretto, apprezzabile cioè in una prospettiva diacronica, visto che il contrasto sincronico, sebbene riscontrabile nel contesto giuridico attuale con una frequenza che sconfinava nella patologia, escluderebbe pressoché *in re ipsa* la non calcolabilità di un esito (per definizione) non consolidato.

In questo caso, il rimedio di diritto "interno", per le ragioni che si è cercato di chiarire, passerebbe proprio attraverso l'art. 5 c.p.

---

<sup>60</sup> VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in «DPC», 19 dicembre 2016, pp. 2-3.

Alessandro Melchionda\*

*La “nuova” recidiva:  
tra palingenesi interpretativa e contraddizioni residue*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Lo “stato dell’arte” precedente alla riforma dell’anno 2005 – 3. Le caratteristiche di fondo della “nuova recidiva” introdotta con la legge n. 251/2005 nelle prime interpretazioni della dottrina – 4. La “nuova recidiva” nell’interpretazione della giurisprudenza: i tratti essenziali del progressivo abbandono delle passate posizioni – 5. I residui termini del contrasto circa il rapporto tra “recidiva reiterata” ed il pregresso riconoscimento dello *status* di recidivo – 6. Una nuova risposta fornita dalla Cassazione: la “recidiva reiterata” presuppone la commissione di un illecito successivo ad una precedente condanna definitiva – 7. La ribadita rilevanza del pregresso *status* (sostanziale) di recidivo per l’integrazione della “recidiva reiterata” – 8. Considerazioni conclusive. La “riscoperta” rilevanza della recidiva agli effetti della procedibilità d’ufficio quale nuovo spazio di problematicità interpretativa.

1. *Premessa*

La riforma della disciplina sulla recidiva emanata con legge 5 dicembre 2005 n. 251 ha, come è noto, dato avvio ad un percorso di profonda revisione interpretativa, sia rispetto agli orientamenti consolidatisi nella vigenza della precedente disciplina generale, sia, ovviamente, con riguardo a quanto ha contrassegnato il nuovo testo dell’art. 99 c.p.<sup>1</sup>

A distanza di quindici anni dall’entrata in vigore di quella riforma appaiono maturi i tempi per proporre una sorta di bilancio, che si presta ad essere tracciato grazie anche alla molteplicità degli interventi giurisprudenziali che hanno scandito questo lasso di tempo ed alla stessa recente notizia di nuove pronunce di più marcata importanza.

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Trento.

<sup>1</sup> Lo studio di questa riforma ha formato oggetto di numerosissimi contributi. Ferme le ulteriori indicazioni di seguito riportate, per un aggiornato quadro d’insieme rinviamo in generale al recente ed approfondito studio monografico di F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d’indagine nel sistema penale integrato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2020.

## 2. Lo “*stato dell’arte*” precedente alla riforma dell’anno 2005

Come è certamente noto a chiunque abbia avuto modo di seguire l’articolato sviluppo interpretativo che ha fatto seguito alla riforma introdotta con la legge 5 dicembre 2005 n. 251, le tappe di questo percorso possono essere scandite seguendo uno schema di sintesi, che necessita tuttavia di partire proprio dalle specifiche premesse che avevano contraddistinto l’orientamento giurisprudenziale consolidatosi durante la vigenza della precedente disciplina.

Al momento dell’entrata in vigore della riforma del 2005, infatti, nell’interpretazione giurisprudenziale l’istituto della recidiva era caratterizzato da questi punti di fondo:

*a)* innanzi tutto, era fermo il riconoscimento della recidiva quale “circostanza del reato”, con conseguente assoggettamento dell’istituto a tutte le regole previste per questa specifica categoria di elementi del reato e con la sola esclusione della sua rilevanza ai fini della eventuale modifica del regime di procedibilità del reato;

*b)* in quest’ottica, in particolare, si riconosceva trattarsi di “circostanza inerente alla persona del colpevole” (secondo la classificazione prevista dall’art. 70 c.p.) basata sulla sussistenza di due soli requisiti costitutivi, nella specie consistenti (I) nell’avvenuta pronuncia di una precedente sentenza condanna per un qualunque reato e (II) nella successiva condanna per la commissione di altro reato;

*c)* a seguito e per effetto della modifica normativa introdotta nell’anno 1974 alla originaria disciplina del 1930, si affermava, altresì, trattarsi di circostanza c.d. “facoltativa”, nel senso che, ferma la sussistenza della recidiva in ragione dei due soli requisiti costitutivi sopra indicati, si riteneva rimessa alla libera discrezionalità del giudice la decisione in ordine alla applicabilità, o meno, dei relativi riflessi aggravanti;

*d)* si escludeva la necessità di una motivazione specifica in ordine a quest’ultimo profilo di discrezionalità;

*e)* ed infine si attribuiva una valenza meramente “dichiarativa”, e non già “costitutiva”, a tale riconoscimento giudiziale della recidiva: si riteneva, cioè, che, anche in assenza di qualunque connesso aggravamento della pena, la mera sussistenza dei due citati requisiti comportasse già l’automatico riconoscimento della recidiva (e dello *status* soggettivo di recidivo) anche ai fini di ogni altro effetto da ciò conseguente<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Per indicazioni specifiche su tutti questi punti fermi della giurisprudenza precedente alla riforma del 2005 v. le precise citazioni contenute, in M. ROMANO, G. GRASSO,

Rispetto a questo quadro giurisprudenziale, la posizione della dottrina era in parte diversa e certamente più articolata<sup>3</sup>. Mantenendo un analogo modello illustrativo di stretta schematicità, i principali aspetti di differenziazione erano soprattutto due:

*a)* la qualificazione dell’istituto come “circostanza del reato” era, infatti, tendenzialmente condivisa dall’opinione maggioritaria, ma non mancavano voci anche autorevoli in disaccordo con tale classificazione<sup>4</sup>;

*b)* il più importante motivo di divergenza riguardava, tuttavia, proprio il segnalato riconoscimento del carattere meramente “facoltativo” degli effetti aggravanti, sia perché, così inteso, veniva giudicato espressione di uno spazio di vera e propria “sovranità giurisdizionale”<sup>5</sup> in contrasto con lo stesso principio di legalità<sup>6</sup>, sia perché si riteneva più corretto interpretare quel margine di discrezionalità, non già quale forma di mero arbitrio indulgenziale, bensì quale indice di un ulteriore requisito sostanziale della recidiva: a questo riguardo si sosteneva, infatti, che la sussistenza di quest’ultima non fosse riducibile al mero riscontro di una sequela di condanne, ma fosse subordinata ad una più attenta verifica di quei presupposti di maggior colpevolezza, secondo alcuni<sup>7</sup>, o di maggior pericolosità, secondo altri<sup>8</sup>, che, se accertati in concreto dal giudice, obbligavano al riconoscimento della recidiva ed alla applicazione dei conseguenti riflessi aggravanti<sup>9</sup>; anche per questo, quindi, si tendeva ad attribuire una valenza “costitutiva”, e non già meramente “dichiarativa”, a tale riconoscimento giudiziale della recidiva, con

---

*Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Giuffrè, Milano<sup>3</sup>, 2005, pp. 89 ss.

<sup>3</sup> Per un quadro generale del dibattito precedente alla riforma del 2005, v. per tutti E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 1 ss. e, più di recente, ROCCHI, *La recidiva*, cit., pp. 29 ss.

<sup>4</sup> Per tutti v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova<sup>4</sup>, 2001, p. 678 (con opinione mantenuta anche in seguito: v. 10<sup>a</sup> ed., 2017, p. 641).

<sup>5</sup> Questa la nota definizione di P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, Padova, 1982, p. 336.

<sup>6</sup> Sugli argomenti che, a nostro parere, fondavano questa tesi ci permettiamo rinviare a quanto già precisato in A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in «RIDPP», 1987, p. 72 ss.

<sup>7</sup> V. ad esempio ROMANO, *Commentario*, cit., p. 91.

<sup>8</sup> V. ad esempio MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 4<sup>a</sup> ed., 2001, p. 678 (e ora 10<sup>a</sup> ed., 2017, p. 641).

<sup>9</sup> Fondamentale, in questa linea di pensiero, fu certamente l’iniziale presa di posizione di C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in «RIDPP», 1976, p. 303. Per ulteriori riferimenti v. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., pp. 1 ss.; P. PITTARO, voce *Recidiva*, in «DDP», vol. XI, UTET, Torino, 1996, p. 365; e più di recente ROCCHI, *La recidiva*, cit., pp. 53 ss.

parallela segnalazione dell'obbligo di puntuale motivazione che si riteneva imposto al giudice in ragione di tale specifico spazio di discrezionalità<sup>10</sup>.

### *3. Le caratteristiche di fondo della "nuova recidiva" introdotta con la legge n. 251/2005 nelle prime interpretazioni della dottrina*

A fronte di questo iniziale "stato dell'arte", vista a distanza di tre lustri la riforma introdotta nel dicembre 2005 pare avere sortito un effetto singolare: da un lato, portando ad un esito interpretativo forse molto diverso da quello che aveva animato gli intenti legislativi sottesi a quest'ultima riforma; e, dall'altro, favorendo un progressivo e significativo riavvicinamento giurisprudenziale alle posizioni della dottrina prevalente.

Perno della nuova disciplina è stata, ovviamente, la riformulazione del testo dell'art. 99 c.p., così come introdotto dall'art. 4 della legge n. 251/2005, che ha portato all'immediato riconoscimento di alcune evidenti innovazioni. In massima sintesi, i riflessi più rilevanti furono subito colti:

1) nella previsione di una modifica dello stesso ambito di rilevanza della recidiva, in precedenza esteso alla considerazione di qualunque "reato" ed oggi circoscritto alla sola sfera dei "delitti non colposi";

2) nel parziale ritorno al regime originario del codice del 1930, mediante la reintroduzione di casi di "obbligatorietà" del riconoscimento della recidiva;

3) nella fissazione di un innalzamento e/o di un irrigidimento di alcuni degli effetti correlati alle varie tipologie di recidiva, sia sul piano del *quantum* dei relativi aumenti di pena, sia con riguardo ad altri riflessi collaterali, in concreto riferiti alla applicazione delle circostanze attenuanti generiche, al c.d. bilanciamento delle circostanze, alla disciplina in tema di reato continuato e di prescrizione, nonché ad altri effetti nel settore della esecuzione della pena<sup>11</sup>.

A parte il primo dato di novità, in concreto ravvisabile quale unica variazione più favorevole della nuova disciplina<sup>12</sup>, nella prospettiva

---

<sup>10</sup> V. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 91.

<sup>11</sup> Per un quadro di massima di questi primi riscontri sia qui consentito rinviare al commento della nuova disciplina che pubblichiamo nel gennaio 2006, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma: v. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in «DPP», 2006, pp. 175 ss.

<sup>12</sup> Per le immediate ragioni di critica a questa delimitazione, pur più favorevole rispetto alla disciplina precedente, v. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in «GD», 2006, Dossier mensile n. 1, p. 33; L. PISTORELLI, *Ridotta*

del legislatore dell'epoca la riforma era stata sicuramente pensata nella prospettiva di apportare un forte e drastico irrigidimento delle scelte di politica-criminale avverso il fenomeno del recidivismo. Così, in particolare, nell'illustrazione dell'originaria proposta di legge n. 2055 presentata alla Camera dei Deputati il 29 novembre 2001 ed avente quale primo firmatario e relatore l'On. Edmondo Cirielli, fu espressamente sottolineato l'obiettivo di introdurre «nei casi di recidività del reo un inasprimento del regime della pena e della concessione di misure alternative e di benefici, come richiesto dalla pubblica opinione e in conformità a quanto tutti gli schieramenti politici hanno promesso in campagna elettorale»<sup>13</sup>.

In linea con questa esplicita rappresentazione della “*voluntas legislatoris*” una autorevole parte della dottrina prospettò subito una lettura più drastica e rigida delle nuove disposizioni, riconoscendo effetti obbligatori ed automatici in tutti i casi di recidiva diversi da quella c.d. semplice<sup>14</sup>.

Alla luce del quadro emergente dal pregresso approfondimento dottrinale e di quanto concretamente apprezzabile in relazione ad alcuni aspetti specifici della nuova normativa, apparve tuttavia possibile proporre una soluzione interpretativa profondamente diversa. Secondo questa più specifica linea interpretativa, il punto saliente del nuovo quadro normativo è stato colto proprio in quel profilo di discrezionalità, che connota la disciplina di base della recidiva, laddove, per l'appunto, il legislatore attribuisce al giudice il

---

*la discrezionalità del giudice*, in «GD», 2006, Dossier mensile n. 1, p. 62.

<sup>13</sup> Durante i lavori avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la discussione su questo progetto di legge fu estesa anche all'esame di altro precedente progetto (n. 1400 presentato il 24 luglio 2001 dall'On. Luciano Dussin ed altri, ed in seguito ritirato), nell'ambito del quale pure si proponeva un deciso inasprimento della disciplina della recidiva. All'epoca, sui profili “politico-criminali” delle iniziali scelte in tema di recidiva, v. le osservazioni di S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre volte e sei fuori?”*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”)*, a cura di A. Scalfati, CEDAM, Padova, 2006, pp. 79 ss.; v. E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in «RIDPP», 2007, pp. 515 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, CEDAM, Padova, 2006, pp. 15 ss.

<sup>14</sup> Per questa prima impostazione v. soprattutto PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., 32, secondo il quale, a parte la specifica ipotesi del nuovo quinto comma dell'art. 99 c.p., «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ora soltanto la recidiva semplice e quella monoaggravata». Opinione analoga fu espressa anche da G.M. SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, *ibid.*, 47. Nel senso di una “obbligatorietà” anche della recidiva reiterata v. D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in «D&G», 2005, fasc. n. 46, 105. A favore di una rigidità dei soli aumenti di pena v. invece PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità*, cit., 62. e SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle “circostanze”*, *ibid.*, 40.



“potere di sottoporre” ad un aumento di un terzo della pena «*chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro*»<sup>15</sup>.

Muovendo da una rinnovata valorizzazione di questo primo elemento di fondo è stato, quindi, nuovamente precisato che, anche per ragioni di necessaria conformità ai principi costituzionali (ed in specie, al principio di riserva di legge e di tassatività), il riconoscimento di quel “potere” non può essere inteso quale spazio di mera facoltatività indulgenziale, ma “deve” essere interpretato quale riferimento ad un “dovere” del giudice di procedere ad un vaglio discrezionale direttamente incentrato sull’accertamento, in concreto, di quanto possa dirsi posto a fondamento sostanziale dell’aggravamento di pena che viene previsto nei confronti del recidivo e con parallelo obbligo del giudice di dare contezza del proprio giudizio nella motivazione della sentenza. Ferma, quindi, la ribadita possibilità, a questo riguardo, di fare riferimento concreto ad indici esplicativi di una maggiore pericolosità, o di una maggiore colpevolezza, che il giudice è chiamato a verificare nella commissione del nuovo reato da parte del *reo*, si è ulteriormente confermato il diverso quadro strutturale che, su queste basi, viene così a legittimare il riconoscimento della recidiva: nella specie, in particolare, si è perciò ritenuto trattarsi di circostanza aggravante, che risulta fondata, non già sui due soli requisiti costitutivi, consistenti (I) nell’avvenuta pronuncia di una precedente sentenza condanna per un delitto non colposo e (II) nella successiva condanna per altro delitto non colposo, bensì anche (III) su di un *quis pluris* di maggiore colpevolezza e/o pericolosità, che spetta al giudice verificare nel caso concreto, attraverso quel vaglio discrezionale che viene espressamente stabilito al primo comma dell’art. 99 c.p., laddove, per l’appunto, il legislatore precisa la generica “possibilità” del previsto aumento di pena.

Sulla base di questa premessa di fondo si è così ritenuto di poter fornire risposta coerente e razionale anche a tutti gli ulteriori problemi interpretativi, che sono stati colti nella nuova formulazione dell’art. 99 c.p. In particolare:

*a)* innanzi tutto, è stata confermata la correttezza della classificazione di questa aggravante quale circostanza del reato inerente alla persona del colpevole;

*b)* a fronte della segnalata valenza “costitutiva” del vaglio discrezionale rimesso al giudice, è stato poi rimarcato il triplice requisito strutturale della recidiva, così direttamente ancorato, sul piano formale, all’esistenza di un precedente giudiziale per “delitto non colposo” seguito da un nuovo

<sup>15</sup> Per le ragioni poste a fondamento di questa diversa possibilità di interpretazione, nonché per maggiore dettaglio dei riflessi di seguito indicati, ci permettiamo di rinviare a quanto all’epoca precisato in MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit. 178 ss.

analogo giudizio di responsabilità e, sul piano sostanziale, all'accertamento giudiziale, in concreto, di un *quid pluris* di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del *reo*;

c) in forza del rapporto di genere a specie sussistente tra l'ipotesi base della c.d. "recidiva semplice" e tutte le ulteriori varianti previste dall'art. 99 c.p., è stata poi posta in evidenza la possibilità di riconoscere una identica valenza costitutiva di questo giudizio di accertamento discrezionale anche in relazione a tutte queste ultime figure "speciali" di recidiva, con l'ulteriore peculiarità apprezzabile nell'ipotesi di cui all'originario quinto comma, nella quale, per l'appunto, proprio l'espressa puntualizzazione legislativa di un riflesso aggravante di stretta "obbligatorietà" (e quindi, ad effetto "automatico") rendeva manifesta la portata meramente presuntiva assunta in questo caso dal segnalato requisito di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del *reo*.

Parallelamente, questo quadro d'insieme ha altresì consentito di trovare più razionale e coerente soluzione anche con riguardo ai molteplici riflessi sistematici introdotti in tema di recidiva dalla riforma del 2005. E così, sia nel caso degli effetti previsti in tema di "attenuanti generiche", sia con riguardo alla mutata disciplina del c.d. "bilanciamento" delle circostanze concorrenti eterogenee, sia in relazione agli effetti della recidiva sul calcolo della pena nel "reato continuato", all'incidenza sulla prescrizione ed a tutti gli ulteriori riflessi previsti sul piano di vari istituti riferiti alla fase esecutiva della pena, è stata ulteriormente acclarata la necessità di subordinare e condizionare anche tutti questi effetti e riflessi, non già al semplice riscontro "formale" di una o più precedenti condanne per delitto non colposo, ma alla diretta verifica discrezionale del dato costitutivo sostanziale della recidiva: vale a dire, alla verifica giudiziale del già menzionato requisito di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del *reo* che il giudice "deve" accertare in concreto tenendo conto di una valutazione complessiva di quanto portato a sua conoscenza dal nesso tra il nuovo (o comunque l'ultimo) reato commesso dal *reo* ed il precedente caso (od i precedenti casi) di condanna per delitto non colposo.

Conseguenza logica e coerente di queste premesse interpretative è stato, pertanto, anche il riconoscimento di una valenza sostanzialmente "costitutiva" dell'accertamento giudiziale della recidiva anche con riguardo allo stesso *status* soggettivo di "recidivo", atteso che, come detto, solo a seguito di esito positivo della verifica discrezionale operata dal giudice è apparso corretto qualificare come "recidivo" il soggetto concretamente giudicato.

Il quadro dei problemi interpretativi suscitati dalla nuova disciplina sulla

recidiva introdotta nel 2005 è certamente più ampio ed articolato di quanto non sia stato possibile rappresentare con questo veloce schema di sintesi.

Ulteriori dubbi sono stati, infatti, apprezzati anche nella determinazione quantitativa degli stessi aumenti di pena, sia in relazione ai casi c.d. di “recidiva aggravata” (o “speciale, o “qualificata”) di cui al secondo comma dell’art. 99 c.p. (e, quindi, con riguardo ai c.d. casi di “recidiva specifica”, “infraquinquennale”, “aggravata vera” ed “aggravata finta”), sia con riferimento all’ipotesi della c.d. “recidiva pluriaggravata” e della stessa “recidiva reiterata”. E così, ancora, particolarmente dubbia e controversa è subito apparsa anche la formulazione della nuova disciplina in tema di “reato continuato”, laddove la determinazione di un aumento minimo ed obbligatorio, pari ad un terzo della pena stabilita dal giudice per il reato più grave, risulta prevista per i casi nei quali i reati in concorso siano commessi da «soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall’articolo 99, quarto comma»<sup>16</sup>.

Senza indugiare oltre anche su questi aspetti, su alcuni dei quali, peraltro, sarà comunque necessario ritornare, è sicuramente opportuno ricordare che, nel contempo, questa diversa ricostruzione interpretativa della nuova disciplina ha anche consentito di denunciare subito alcuni evidenti profili di conseguente illegittimità costituzionale, che si ritenne di cogliere alla base dell’ipotesi prevista al quinto comma dell’art. 99 c.p., l’unica così riconosciuta come caratterizzata da un regime di vera e propria “automaticità” (più che di “obbligatorietà”) di effetti aggravanti: apparve subito chiaro, infatti, che, a fronte della rilevata integrazione e sussistenza della recidiva solo in presenza di un connotato soggettivo di maggiore colpevolezza e/o pericolosità del *reo* che spetta al giudice verificare nel caso concreto, l’automatismo di effetti aggravanti legislativamente imposto per tale specifica ipotesi di recidiva si traduceva, di fatto, in una sorta di mera presunzione di questi requisiti concreti<sup>17</sup>. E proprio per questa ragione si ebbe così motivo di formulare la seguente considerazione: «Nel ridare vita a riflessi obbligatori della recidiva il legislatore italiano ripropone, tuttavia, anche una sorta di ritorno a vere e proprie forme di tipologie soggettive di autore valorizzate in chiave presuntiva. E se da un lato è vero che, anche

<sup>16</sup> Per un quadro d’insieme di tutte le questioni emerse nel corso di questo dibattito, oltre a quanto già precisato nel nostro scritto innanzi citato, v. più ampiamente R. BARTOLI, voce *Recidiva*, in «ED», Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 890 ss.; G. CARUSO, voce *Recidiva*, in «DDP», agg. IV, t. II, UTET, Torino, 2008, pp. 1045 ss.; ROCCHI, *La recidiva*, cit., pp. 157 ss.

<sup>17</sup> Il punto fu efficacemente sottolineato anche da PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 34.

di recente, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di attribuire peso ai precedenti penali negativi del recidivo al fine, ad esempio, di stabilire preclusioni da eventuali benefici od istituti di maggior favore<sup>18</sup>, è però anche vero che più volte i Giudici della Consulta hanno ribadito l'assoluta illegittimità di ogni reazione sanzionatoria diretta, che risulti essere fondata solo su presunzioni *juris et de jure* di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità. Ed in questo quadro di contrasti e di opinioni divergenti, ci è ancora di conforto e di guida l'insegnamento di Franco Bricola: ogni reazione sanzionatoria che venga rigidamente ed obbligatoriamente basata su forme di tipologia soggettiva deve ritenersi in pieno contrasto con quell'esigenza di adeguamento della pena alla personalità del *reo*, che è sancita dall'art. 27 comma 3 Cost.»<sup>19</sup>.

In quel momento, si trattava certamente di considerazioni di valore ancora relativo, in quanto sviluppate a pochi giorni dall'entrata in vigore di una disciplina completamente rinnovata e foriera di tante incertezze. Nel corso successivo del dibattito dottrinale gli interventi e le argomentazioni a favore di questa lettura interpretativa hanno tuttavia continuato a registrare sempre più numerosi consensi ed è certo questa l'impostazione che, in seguito, è stata condivisa dall'opinione largamente prevalente<sup>20</sup>.

#### 4. La "nuova recidiva" nell'interpretazione della giurisprudenza: i tratti essenziali del progressivo abbandono delle passate posizioni

Come era inevitabile, i molteplici profili di novità della riforma del 2005 hanno subito posto la giurisprudenza di fronte alla necessità di prendere esplicita posizione su tutte le questioni sopra elencate.

Pur a fronte di una iniziale tendenza a riproporre soluzioni genericamente riaffermative del precedente quadro interpretativo, nel giro

<sup>18</sup> Il riferimento era a C. cost., ordinanza 13 dicembre 2004, n. 421.

<sup>19</sup> MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., p. 188, richiamando così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 359 s.

<sup>20</sup> Oltre a tutti i riferimenti di seguito indicati, per maggiore dettaglio su questa ormai diffusa impostazione, v. in generale BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in «RIDPP», 2013, PP. 1695 ss.; G. LEO, *La recidiva nella prospettiva costituzionale*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2012, pp. 173 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 41 ss.; ROCCHI, *La recidiva*, cit., pp. 182 ss.

di un paio di anni ha preso avvio un percorso di radicale ripensamento ed innovazione, in concreto favorito anche dalle parallele prese di posizione che la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di esplicitare a seguito delle numerose eccezioni di illegittimità che furono sollevate da molti giudici, proprio traendo spunto dalle indicazioni interpretative fornite nei primi commenti dottrinali.

Il lasso di tempo che si è reso necessario per questo mutamento interpretativo è stato certamente collegato all'impossibilità di dare immediata applicazione retroattiva alle nuove norme più sfavorevoli previste dalla riforma del 2005. Non è quindi casuale, che le prime occasioni di applicazione diretta della nuova disciplina si registrarono in sede esecutiva, ambito all'epoca ancora ritenuto aperto al principio del "*tempus regit actum*", con precipuo riferimento alle più rigide limitazioni previste nei confronti di soggetti "recidivi". In questa fase iniziale, tuttavia, la Corte costituzionale riconobbe profili di illegittimità, che si fondarono soprattutto sulla violazione della funzione rieducativa della pena (*ex art. 27, comma 3, Cost.*) e non si pronunciò, pertanto, su aspetti più direttamente incentrati sulla interpretazione della nuova disciplina di base dell'istituto<sup>21</sup>. Ma già nei commenti a queste prime decisioni cominciava a prendere corpo la sensazione di un possibile cambio di prospettiva.

La svolta si registrò poco tempo dopo, ed in particolare a partire dall'anno 2007, allorquando, grazie anche ad alcuni nuovi interventi della Consulta, l'evoluzione giurisprudenziale seguita dalla Corte di Cassazione ha effettivamente portato ad un progressivo e sempre più marcato allineamento all'impostazione dottrinale sopra ricordata.

Le tappe sono note e non necessitano di essere qui ripercorse e richiamate con dettaglio analitico<sup>22</sup>.

Un primo importante segnale fu fornito da alcune iniziali sentenze della Cassazione, che per la prima volta si attestarono su posizioni favorevoli alla segnalata possibilità di rilettura interpretativa della nuova disciplina.

Perno fondamentale di queste decisioni fu certamente l'espresso riconoscimento della centralità "costitutiva", che si ritenne corretto attribuire

<sup>21</sup> V. C. cost., ordinanza 4 luglio 2006, n. 257 (relativa all'art. 30 *quater* l. 26 luglio 1975, n. 354), in «GC», 2006, pp. 2713 ss., con nota di G. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, e C. cost., ordinanza 16 marzo 2007, n. 79 (relativa all'art. 58 *quater* l. 26 luglio 1975 n. 354), in «GC», 2007, pp. 767 ss., con nota di C. CESARI, *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta nel perenne confronto tra rieducazione ed emergenza*.

<sup>22</sup> Per un quadro d'insieme v. ancora BARTOLI, *Lettura funzionale*, cit., pp. 1695 ss.; CARUSO, *Recidiva*, cit., pp. 1045 ss.; ROCCHI, *La recidiva*, cit., pp. 182 ss.

al giudizio discrezionale sulla sussistenza della recidiva: si riconobbe, così, che, in forza di questo requisito essenziale, l'accertamento della recidiva non può più dirsi rimesso ad una verifica meramente formale di precedenti condanne, ma si fonda su di una valutazione concreta di quegli indici di maggiore pericolosità sociale del *reo* in assenza dei quali non trova alcuna giustificazione e legittimazione la previsione legislativa di un effetto di aggravamento della pena<sup>23</sup>.

Vista la maggiore rilevanza sistematica che l'ipotesi della “recidiva reiterata” ha assunto con la riforma del 2005, non è certo casuale il fatto che la condivisione di questi principi abbia trovato diretto e principale riscontro proprio con riguardo a questa specifica ipotesi di recidiva ed ai connessi riflessi in tema di “bilanciamento delle circostanze”: in queste sentenze si è così riconosciuto che, «pur dopo la novella introdotta dalla l. n. 251 del 2005, la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., non determina obbligatoriamente l'aumento di pena, spettando al giudice verificare se essa sia in concreto indice di maggiore pericolosità sociale, con la conseguenza che, ove l'aumento di pena non sia operato, la recidiva reiterata non fa operare, nel giudizio di comparazione, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti»<sup>24</sup>.

Degna di nota, sempre in questa prima fase, fu poi un'ulteriore importante decisione della stessa Corte costituzionale, anch'essa incentrata su di una questione relativa ai riflessi della “recidiva reiterata” sul piano del giudizio di “bilanciamento” delle circostanze, con la quale, pur senza prendere esplicita posizione sul dibattito più generale, fu dato atto della possibilità di seguire la soluzione così già accolta sia dalla dottrina, che da tali prime decisioni della Cassazione, quale interpretazione “costituzionalmente conforme” delle nuove disposizioni in tema di recidiva<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Per la dovizia degli approfondimenti e delle argomentazioni sviluppate, primaria importanza fu colta, soprattutto, in due iniziali pronunce della quarta sezione della Corte di cassazione: Cass. Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750, est. Novarese (a commento della quale v. G. MESSINA, *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell'“autore recidivo” rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, in «RIDPP», 2008, pp. 870 ss.; ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata “comune”: implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in «CP», 2007, pp. 4097 ss.) e Cass. Sez. IV, 19 aprile 2007, n. 26412, est. Brusco, in «CP», 2008, p. 3721.

<sup>24</sup> Cass. Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750.

<sup>25</sup> V. C. cost., sentenza 14 giugno 2007, n. 192, in «FI», 2007, 12, I, p. 3357, con nota di A. TESAURO, e in «GD», 2007, 26, p. 77, con nota di R. BRICCHETTI. A commento di questa decisione della Consulta v. altresì F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in «DPP», 2008, pp. 325 ss.; C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in «GC», 2007, pp. 1861

Sulla base di questo assunto centrale, e con il fondamentale avallo della stessa Corte costituzionale, la giurisprudenza ha progressivamente rivisto e risolto molti altri dubbi interpretativi, dubbi che non hanno comunque mancato di dare luogo anche a forti contrasti, con conseguente intervento di plurime pronunce delle Sezioni unite.

In questo senso notevole rilievo ha avuto nell'anno 2010 una importante pronuncia delle Sezioni Unite, con la quale è stato ulteriormente chiarito, che l'assenza di effetti della recidiva, laddove non concretamente accertata dal giudice, vale anche con riguardo ai limiti di ammissibilità del c.d. "patteggiamento allargato": si è così precisato che, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, la recidiva va obbligatoriamente contestata dalla pubblica accusa, ben potendo pertanto determinare un iniziale effetto preclusivo alla ammissibilità del "patteggiamento", ma perde automaticamente ogni effetto laddove il giudice, in seguito, non ne abbia rilevato la concreta sussistenza. E proprio in occasione di questa importante pronuncia delle Sezioni unite è stato definitivamente affermato che, in presenza di una formale contestazione della circostanza aggravante della recidiva il giudice è tenuto a «verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del *reo* e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali»<sup>26</sup>.

Successivamente, principi analoghi sono quindi stati affermati anche

---

ss.; A.M. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, pp. 68 ss.; R. VINCENTI, *La sentenza della C. cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in «CP», 2008, pp. 532 ss. Il precedente è importante e degno di particolare considerazione, anche perché la questione di legittimità costituzionale, che con grande sensibilità ed intelligenza fu sollevata in quella occasione (v. T. RAVENNA, *ordinanza 12 gennaio 2006*, in «GM», 2006, pp. 1990 ss.), trovò fonte in una eccezione proposta dal medesimo magistrato (Piero Messini D'Agostini), all'epoca giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Ravenna, che, come di seguito considerato, è oggi estensore di una nuova sentenza di particolare rilevanza per la disciplina della "recidiva reiterata": v. *infra* par. 6.

<sup>26</sup> Cass. SU, 27 maggio 2010, n. 35738, in «DPC», 26 novembre 2010, con nota di M. PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*; nonché in «CP», 2011, pp. 2103 ss., con nota di ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*

in relazione ad altri riflessi: in particolare, con riguardo agli effetti sulla applicazione delle circostanze attenuanti generiche<sup>27</sup>, al giudizio di bilanciamento delle circostanze<sup>28</sup>, agli effetti sulla prescrizione<sup>29</sup> e rispetto ad altre ricadute in tema di esecuzione della pena<sup>30</sup>.

Altro importante passaggio è stato poi quello relativo all'interpretazione del quinto comma dell'art. 99 c.p., vale a dire dell'unico caso di recidiva, in relazione al quale il legislatore ha fatto espressa menzione di riflessi “obbligatorî”. Come già visto, in effetti, sin dai primi commenti alla nuova riforma fu subito segnalato che, se considerata alla luce di lontane precisazioni di una autorevole dottrina<sup>31</sup>, la formula è tecnicamente inesatta, atteso che, anche nel caso di accertamento rimesso alla discrezionalità del giudice, laddove questo abbia esito positivo, i conseguenti effetti della recidiva sono comunque vincolanti ed obbligatori, salvo il solo caso di un possibile freno determinato dal giudizio di bilanciamento con eventuali attenuanti concorrenti. La precisazione rese quindi evidente che, dietro a tale inesattezza lessicale, si celava solo la previsione di una vera e propria presunzione *juris et de jure* della sussistenza della recidiva, con conseguente presunzione assoluta proprio di quegli indici di maggior pericolosità sociale

<sup>27</sup> V. C. cost., sentenza 10 giugno 2011, n. 183, in «GC», 2011, pp. 2375 ss., con nota di G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*. Su questa pronuncia v. anche CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità*, in «AP», 2011, pp. 1 ss.

<sup>28</sup> Fondamentali sul punto anche ulteriori interventi della Consulta: in particolare C. cost., sentenza 15 dicembre 2012, n. 251, sulla quale v. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in «GC», 2012, pp. 4057 ss.; CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola fine' della Corte costituzionale?*, in «AP», 2013, pp. 6 ss.; D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in «CP», 2013, pp. 1755 ss. V. anche C. cost., sentenza 17 luglio 2017, n. 205, in «DPC», 2017, 9, pp. 136 ss., con nota di LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*. Nella giurisprudenza di legittimità v. altresì Cass. Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 16628.

<sup>29</sup> V. Cass. Sez. IV, 31 marzo 2016, n. 16628. In argomento v. anche Cass. Sez. V, 13 luglio 2018, n. 45341, con la precisazione che, in caso di recidiva reiterata, il prolungamento del termine di prescrizione è sempre di due terzi, ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.

<sup>30</sup> V. Cass. Sez. I, 1 marzo 2011, n. 36704, in relazione al divieto di sospensione dell'esecuzione della pena previsto dall'art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p. Nonché C. cost., ordinanza 7 aprile 2016, n. 74 (in relazione ai limiti del giudizio di bilanciamento rispetto alla attenuante della collaborazione di cui all'art. 73, comma 7, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), sulla quale v. A. MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora “privilegiato”?*, in «GC», 2016, pp. 680 ss.

<sup>31</sup> PEDRAZZI, *La nuova facoltatività*, cit., p. 303.



che, in tutti gli altri casi, spetta al giudice verificare attraverso il vaglio del caso concretamente giudicato. Ed anche con riguardo a questa particolare ipotesi di recidiva, pur dopo alcune iniziali divergenze d'opinione, la Cassazione è giunta ad un ulteriore allineamento con quanto fu subito segnalato nei primi commenti alla nuova riforma, condividendo quei rilievi critici di conformità costituzionale, che hanno poi portato alla sentenza di illegittimità pronunciata dalla stessa Consulta nell'anno 2015<sup>32</sup>.

Di notevole rilievo appare, infine, anche quanto affermato sull'onere di motivazione del giudizio relativo alla sussistenza della recidiva. Dopo un lungo periodo di resistenze e tentennamenti<sup>33</sup>, la Cassazione ha infatti ulteriormente valorizzato l'importanza dell'accertamento discrezionale della recidiva, giungendo espressamente a riconoscere anche l'obbligo, per il giudice, di fornire puntuale ed adeguata motivazione delle ragioni che lo abbiano portato a dare applicazione del relativo aumento di pena<sup>34</sup>.

Nel corso di questo processo di progressiva evoluzione interpretativa, la Cassazione ha fornito anche soluzioni innovative, che denotano segnali di piena consapevolezza del particolare fondamento così diversamente riconosciuto alla disciplina della recidiva. Questo è stato ben dimostrato in tempi recenti, allorquando, dopo aver condiviso la necessità di tenere conto degli effetti della recidiva (nella specie considerati rispetto alla disciplina sulla continuazione) anche nel caso in cui la stessa sia stata giudicata in rapporto di equivalenza con altre attenuanti<sup>35</sup>, con un'altra importante e ben motivata sentenza pronunciata dalla Sezioni unite nell'anno 2018 si è giunti ad affermare, che l'esclusione di questi riflessi ulteriori della recidiva (in questo caso considerati con riguardo alla disciplina sulla interruzione della prescrizione) debba essere riconosciuta ogni qual volta la relativa applicazione non si traduca in un effettivo aumento di pena; e, quindi,

<sup>32</sup> V. C. cost., sentenza 23 luglio 2015, n. 185, in «CP», 2016, pp. 22 ss., con nota di D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva*; a commento di questa importante pronuncia v. altresì M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in «GC», 2015, pp. 1412 ss.

<sup>33</sup> Per l'assenza di obbligo di motivazione, v. Cass. Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 13923; Cass. Sez. V, 19 novembre 2009, n. 711; Cass. Sez. III, 21 aprile 2010, n. 22038; Cass. Sez. II, 19 giugno 2012, n. 40218; Cass. Sez. II, 17 settembre 2015, n. 39743; Cass. Sez. II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass. Sez. VI, 27 aprile 2016, n. 20271; Cass. Sez. VI, 14 marzo 2018, n. 14937. Singolare la posizione di Cass. Sez. IV, 2 luglio 2009, n. 36915, che invece ha ritenuto doverosa la motivazione, ma solo in caso di esclusione della recidiva.

<sup>34</sup> V. Cass. Sez. II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass. Sez. VI, 28 giugno 2016, n. 34670; Cass. Sez. V, 27 novembre 2017, n. 17914.

<sup>35</sup> In questo senso Cass. SU, 23 giugno 2016, n. 31669.

anche quando la sussistenza della recidiva, pur discrezionalmente apprezzata e così concretamente accertata dal giudice, sia stata poi ritenuta “subvalente” ex art. 69 c.p. rispetto ad altre attenuanti<sup>36</sup>.

##### *5. I residui termini del contrasto circa il rapporto tra recidiva reiterata ed il pregresso riconoscimento dello status di recidivo*

Il punto più esplicito di mantenuta differenza tra la segnalata impostazione dottrinale e la successiva giurisprudenza della Corte di cassazione si è registrato in relazione alla disciplina della c.d. “recidiva reiterata” e, in particolare, con riguardo alla necessità, o meno, che quest’ultima possa trovare riconoscimento solo nei confronti di soggetto che già abbia subito gli effetti conseguenti ad un precedente accertamento positivo della recidiva.

Il passaggio è importante e si incentra sulla disciplina della c.d. “recidiva reiterata”, così come fissata al quarto comma dell’art. 99 c.p., laddove si stabilisce che: «*Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l’aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi*». Nella specie, il problema di fondo attiene, quindi, al significato che appare corretto riconoscere all’espressione “recidivo” che il legislatore ha inserito in questa disposizione: ci si chiede, cioè, se i maggiori aumenti di pena previsti dal quarto comma dell’art. 99 c.p. per il c.d. “recidivo reiterato” possano essere applicati rispetto a chiunque abbia già commesso almeno due reati, oppure solo nei confronti di chi sia già stato riconosciuto quale “recidivo” (ovvero abbia già avuto modo di vedere applicati i relativi effetti aggravanti) in occasione di una precedente sentenza di condanna.

Ancorché apparentemente marginale, la questione è di notevole incidenza pratica nella quotidiana applicazione dell’istituto. Ed è questione rilevante anche perché, come detto, rappresenta ancora il punto di più evidente divergenza interpretativa rispetto al quadro di profonda rivisitazione dell’istituto, che è stato prospettato in dottrina.

A questo riguardo, in effetti, a fronte della espressa formulazione del quarto comma dell’art. 99 c.p., che per l’appunto circoscrive la possibilità di

<sup>36</sup> Cass. SU, 25 ottobre 2018, n. 20808, in «DPP», 2020, pp. 84 ss., con nota di AMBROSETTI, *Le Sezioni Unite chiariscono il rapporto fra l’accertamento della recidiva e i suoi effetti*. A commento di questa sentenza v. anche E. MATTEVI, *Il riconoscimento della recidiva e i suoi effetti: opportune precisazioni delle Sezioni Unite e nuove aperture*, in «GI», 2020, pp. 671 ss.

ravvisare gli estremi della “recidiva reiterata” solo nei confronti del “recidivo”, già nei primi commenti alla riforma del 2005 fu subito ritenuto coerente con il dettato legislativo ancorare la sussistenza della “recidiva reiterata” ad una pregressa affermazione dello *status* di recidivo<sup>37</sup>.

Conclusione radicalmente difforme è stata, invece, affermata dalla giurisprudenza, che per lunga data ha sempre recisamente escluso tale lettura interpretativa, così ribadendo che: «La recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice»<sup>38</sup>.

Alla base di questa impostazione era certamente riconoscibile il richiamo di un passato orientamento, che già prima della riforma dell'anno 2005 riteneva che il termine “recidivo” contenuto nella disposizione in tema di “recidiva reiterata” dovesse considerarsi usato dal legislatore solo «per comodità di esposizione, per non ripetere la definizione contenuta nel comma 1 dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata»<sup>39</sup>. Appoggiandosi a questa passata puntualizzazione, anche la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della legge n. 251/2005 ha così ribadito l'irrelevanza, rispetto al riconoscimento della “recidiva reiterata”, di un pregresso riconoscimento giudiziale della “recidiva semplice”<sup>40</sup>.

Principi del tutto identici sono stati, invero, affermati dalle stesse Sezioni unite della Cassazione anche in occasione di quella importante pronuncia dell'anno 2010, che pure aveva escluso la possibilità di fondare l'accertamento della recidiva sul mero riscontro formale di uno o più precedenti penali e che, al contrario, aveva definitivamente dato atto della necessità di ancorare la sussistenza della recidiva all'esito positivo di quel giudizio discrezionale, mediante il quale il legislatore ha rimesso al giudice l'onere di procedere ad un vaglio del caso concreto alla ricerca di elementi che consentano di apprezzare nella reiterazione dell'illecito un effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità. Ciò non ostante, in questa stessa sentenza fu riaffermato che la presenza della espressione “recidivo” nella disposizione che fissa la disciplina della “recidiva reiterata” «non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa “dichiarazione” giudiziale

---

<sup>37</sup> V. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., p. 182.

<sup>38</sup> V. Cass. Sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701. Nello stesso senso Cass. Sez. II, 6 maggio 2003, n. 24023; Cass. Sez. V, 25 settembre 2008, n. 41288; Cass. Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 31546; Cass. Sez. I, 8 ottobre 2009, n. 40605; Cass. Sez. II, 5 luglio 2012, n. 30445; Cass. Sez. II, 5 marzo 2019, n. 21451.

<sup>39</sup> Cass. Sez. III, 20 maggio 1993, n. 624; Cass. Sez. I, 6 maggio 2003, n. 24023.

<sup>40</sup> Cass. Sez. V, 25 settembre 2008, n. 41288; Cass. Sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701.

della recidiva»; al riguardo si è anzi aggiunto che trattasi di circostanza aggravante che «può solo essere “ritenuta” ed “applicata” per i reati in relazione ai quali è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un’apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»<sup>41</sup>.

*6. Una nuova risposta fornita dalla Cassazione: la recidiva reiterata presuppone la commissione di un illecito successivo ad una precedente condanna definitiva*

A distanza di quindici anni dall’entrata in vigore della riforma la Cassazione prende oggi nuova posizione su questa problematica e, optando per una soluzione in parte diversa da tutte le precedenti, ha affermato che: «È preclusa l’applicazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata (art. 99 c.p., comma 4) nel caso in cui in un precedente processo non sia mai stata applicata la recidiva (semplice, aggravata o pluriaggravata) in quanto mancava il presupposto formale costituito dall’anteriorità della data di irrevocabilità della precedente sentenza rispetto a quella di commissione del nuovo fatto»<sup>42</sup>.

Rispetto alle diverse alternative sopra indicate, il principio in diritto così stabilito si pone, quindi, in posizione intermedia e necessita certamente di essere meglio chiarito. Sul piano pratico rappresenta, infatti, soluzione che, oltre a risultare sicuramente innovativa rispetto agli orientamenti precedenti, trova riscontro nell’ambito di una decisione che, pur lasciando spazio a qualche esplicito segnale di maggiore apertura per la diversa conclusione ritenuta più coerente e fondata in ambito dottrinale, si mantiene ancora su posizione distinta da quest’ultima.

Nel caso di specie, l’esigenza di una rinnovata valutazione della problematica è stata certamente favorita anche dal rilevato riscontro di alcune difformi pronunce, già emerse nel quadro della giurisprudenza di

<sup>41</sup> V. ancora Cass. SU, 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>42</sup> V. Cass. Sez. II, sentenza 26 novembre 2020, n. 37063, Pres. Cammino, Rel. Messini D’Agostini, ric. K.S.

merito, con le quali si è giunti a conclusioni diverse da quelle da sempre affermate in sede di legittimità. Così, in particolare, degna di espressa menzione è apparsa una precipua pronuncia della Corte d'Appello di Ancona, con la quale è stato osservato che, «se nel certificato dell'imputato risultano più condanne senza alcun riferimento alla aggravante della recidiva deve ritenersi che i giudici che si sono pronunciati (dopo la prima condanna), l'hanno esclusa, valutando insussistente il presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del *reo*. Capovolgere tale valutazione in occasione di successive affermazioni di penale responsabilità (e cioè ritenere recidivo, nei sensi di cui sopra, un soggetto che nessun giudice ha ritenuto di qualificare tale) oltre ad apparire arbitrario (in difetto di elementi valutativi idonei a sostituire la valutazione effettuata dal primo giudice causa cognita), appare una violazione *contra reum* del giudicato formatosi sul punto». Si è quindi coerentemente concluso affermando, che «la recidiva non individua una situazione che attiene allo *status* soggettivo dell'imputato; recidivo non è colui che avendo riportato una iniziale condanna per delitto non colposo commetta altro delitto non colposo, ma solo colui rispetto al quale vi sia stato l'accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il reato commesso che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale. Ne consegue che, per contestare la recidiva reiterata, che presuppone la qualità di recidivo, è necessario che in precedenza sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice»<sup>43</sup>.

Pur manifestando positiva sensibilità per le ragioni così poste a fondamento di quest'ultima decisione (ragioni di fatto corrispondenti a quelle prospettate dalla stessa dottrina favorevole a tale identica conclusione), anche in occasione di questa più recente pronuncia i giudici della Cassazione non hanno ritenuto di recepire tale esplicita limitazione del riconoscimento della "recidiva reiterata". Il motivo del dissenso pare essere stato colto nella ritenuta "improprietà" del «persistente riferimento ad uno *status* per indicare quella che, di volta in volta, è invece l'applicazione (facoltativa) di una circostanza aggravante»<sup>44</sup>. Da questo punto di vista, pare, infatti, che anche con questa nuova pronuncia siano state condivise le segnalate riserve con le quali è stata letta l'espressione "recidivo" contenuta nel quarto comma dell'art. 99 c.p., già in precedenti decisioni indicata come imprecisa sotto il profilo tecnico e ritenuta utilizzata dal

---

<sup>43</sup> App. Ancona, 22 ottobre 2013 n. 3381, in «RP», 2014, 1, p. 75.

<sup>44</sup> Cass. Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

legislatore solo «per ragioni di semplificazione semantica» in raccordo con altre situazioni soggettive che, in quanto «attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»<sup>45</sup>.

Nel contempo si è, tuttavia, anche precisato che, «se anche si ritiene irrilevante la precedente applicazione della recidiva semplice, non vi è dubbio che quella della recidiva reiterata richiede pur sempre una verifica pregnante circa la significatività del nuovo fatto-reato»<sup>46</sup>, così come evidenziata dalle Sezioni unite anche in tutte le sentenze in precedenza richiamate.

Traendo spunto proprio da quanto ulteriormente precisato in alcune di queste ultime decisioni, in questa nuova occasione di analisi della problematica in parola la Cassazione ha giustamente dato peso anche ad altri principi che hanno parallelamente trovato più esplicito riconoscimento. Muovendo, quindi, dalla considerazione di quanto affermato dalle Sezioni unite, circa la necessità di una previa “applicazione” della recidiva ai fini della conseguente applicazione anche dell'aumento minimo previsto come obbligatorio in caso di reato continuato<sup>47</sup>, è stato ricordato che, «secondo il diritto vivente, in ragione del tenore letterale della disposizione, detto aumento minimo presuppone non solo l'applicazione della recidiva nel processo del cui trattamento sanzionatorio si discute, ma anche che l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una sentenza definitiva emessa antecedentemente alla data di commissione dei reati per i quali si procede»<sup>48</sup>.

Effettivamente, dall'esame del nuovo caso sottoposto al vaglio della Cassazione risultava l'impossibilità di una pregressa contestazione ed applicazione della recidiva, «in quanto i reati ivi giudicati erano stati commessi in data anteriore al passaggio in giudicato delle precedenti sentenze»<sup>49</sup>.

Si è quindi considerato lecito utilizzare «l'improprio riferimento allo *status*», per affermare «che non può avere lo *status* di recidivo reiterato chi non poteva avere *ab origine*, per la mancanza di un indefettibile presupposto formale (commissione del reato dopo la data di irrevocabilità della sentenza

<sup>45</sup> Cass. SU, 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>46</sup> Cass. Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

<sup>47</sup> Cass. SU, 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>48</sup> Cass. Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063. Lo stesso principio aveva trovato espressa affermazione anche in altri precedenti: v. ad esempio Cass. Sez. II, 27 settembre 2013, n. 41806; Cass. Sez. III, 25 settembre 2018, n. 57983.

<sup>49</sup> Cass. Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

sulla quale si fonderebbe la recidiva), lo *status* di recidivo». Pur senza giungere ad ammettere che la recidiva reiterata presuppone una pregressa applicazione effettiva della recidiva, ci si è pertanto limitati ad enunciare il principio di diritto che già si è ricordato in premessa e si è affermato che: «È preclusa l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva reiterata nel caso in cui in un precedente processo non sia mai stata applicata la recidiva (semplice, aggravata o pluriaggravata) in quanto mancava il presupposto formale costituito dall'antiorità della data di irrevocabilità della precedente sentenza rispetto a quella di commissione del nuovo fatto»<sup>50</sup>.

### *7. La ribadita rilevanza del progresso status (sostanziale) di recidivo per l'integrazione della "recidiva reiterata"*

Il principio così affermato è certamente corretto e coerente con il quadro della più recente giurisprudenza di legittimità in tema di recidiva.

Ed è anche principio pienamente condivisibile, in quanto riconosce necessaria rilevanza ad un requisito, che appare senz'altro idoneo a fornire adeguata giustificazione di quanto posto a fondamento della disciplina sulla recidiva reiterata. I riflessi di più marcata gravità sanzionatoria, che il legislatore ricollega all'eventualità che il riconoscimento discrezionale della recidiva possa essere apprezzato in un caso di pregressa già accertata responsabilità, ben si prestano, infatti, ad essere ancorati alla commissione di un nuovo reato che a sua volta faccia seguito ad un giudizio già definitivo di condanna.

Ma le ragioni della diversa impostazione accolta dalla dottrina prevalente appaiono ancora più convincenti. Se il riconoscimento della recidiva presuppone una concreta ed individualizzata verifica di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza del *reo*, il maggiore aggravamento della pena previsto per il c.d. recidivo reiterato appare più logicamente giustificabile solo nei confronti di soggetto, che già in un precedente giudizio sia stato oggetto di analogo accertamento positivo di maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza.

Come visto, in effetti, secondo l'interpretazione oggi condivisa, sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza, l'attuale disciplina sulla recidiva dettata dall'art. 99 c.p. non è fondata sulla mera verifica formale di una generica reiterazione criminosa, ma, al contrario, valorizza un vaglio discrezionale di

---

<sup>50</sup> Cass. Sez. II, 26 novembre 2020, n. 37063.

maggiore pericolosità e/o di maggiore colpevolezza, che il giudice è tenuto ad effettuare ogni qual volta colui che viene accertato come responsabile di un delitto non colposo sia già stato condannato per un precedente delitto non colposo. E solo in caso di esito positivo di questo giudizio (oltre alla concreta integrazione della circostanza aggravante della “recidiva”) quel soggetto potrà essere qualificato come “recidivo”<sup>51</sup>.

Volendo allora ulteriormente sottolineare l’attuale significato dei concetti, oggi l’espressione “recidiva reiterata” non significa, perciò, “reiterazione nel crimine”, ma “reiterazione nella recidiva”: in questo senso, cioè, il “recidivo reiterato” è soggetto che non si identifica con chi è altrimenti definibile quale “pregiudicato plurimo”, ma è colui che, dopo essere già stato giudicato come “recidivo”, viene nuovamente qualificato come “recidivo”.

Da questo punto di vista l’espressione contenuta nel quarto comma dell’art. 99 c.p. esprime allora un concetto preciso e tecnicamente corretto. Né appare convincente il diverso assunto giurisprudenziale, secondo il quale, come visto, tale espressione sarebbe «imprecisa sotto il profilo tecnico», in quanto si ritiene che la stessa sia «stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un’apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.»<sup>52</sup>.

In questo caso è proprio il raffronto tra istituti diversi che non pare corretto. In effetti, a differenza di queste ultime situazioni soggettive, che trovano disciplina in disposizioni, che richiedono sicuramente una espressa “dichiarazione giudiziale” delle corrispondenti qualifiche normative, la recidiva è circostanza aggravante che non deve essere formalmente “dichiarata”, ma, per l’appunto, come afferma la stessa Corte di cassazione,

<sup>51</sup> Come è stato molto puntualmente segnalato da ROCCHI, *Il patteggiamento*, cit., p. 2103, questa valenza “sostanziale” dello *status* di recidivo trova oggi un diretto avallo nella stessa impostazione emergente da plurime decisioni della Corte costituzionale, tra le quali, in particolare, oltre alla già citata sentenza 14 giugno 2007, n. 192, si segnala anche C. cost., sentenza 8 luglio 2010, n. 249, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 61, n. 11-*bis*, c.p., e nell’ambito della quale la Consulta ha ancor più esplicitamente ribadito che la previsione della circostanza aggravante della recidiva, «ovvero di una norma “costitutiva” di uno *status* soggettivo, quello di soggetto più colpevole e più pericoloso per definizione, per avere dei precedenti giudiziari e perciò meritevole di un aggravamento sanzionatorio e di tutte le limitazioni previste nel suo percorso rieducativo, è costituzionalmente compatibile fintanto che il suo accertamento sia lasciato al potere discrezionale del giudice, senza costituire dunque una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità».

<sup>52</sup> Cass. SU, 27 maggio 2010, n. 35738.



«può solo essere “ritenuta” ed “applicata” per i reati in relazione ai quali è contestata»<sup>53</sup>; deve cioè essere “sostanzialmente” accertata. Nello stesso tempo, però, è anche solo nel caso in cui la recidiva sia stata così “ritenuta” ed “applicata”, che il soggetto destinatario dei conseguenti effetti aggravanti potrà essere qualificato (senza necessità di apposita “dichiarazione” formale) come “recidivo”. Non appare pertanto corretta la lettura giurisprudenziale, che nega la possibilità di riconoscere uno *status* di recidivo: a ben vedere, anzi, l’errore di fondo consiste proprio nella inesatta considerazione di questa qualifica che, in contrasto con la valenza sostanziale che la stessa giurisprudenza riconosce oggi nella disciplina dettata dall’art. 99 c.p., viene ancora ricollegata al mero requisito formale della “reiterazione criminosa”<sup>54</sup>.

È quindi sicuramente corretto affermare, che «non è conforme ai principi generali di un moderno diritto penale espressivo dei valori enunciati dalla Carta fondamentale una concezione della recidiva quale *status* soggettivo correlato al solo dato formale della ricaduta nel reato dopo una previa condanna passata in giudicato che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione»<sup>55</sup>; ed è altrettanto corretto precisare, che «la recidiva è, piuttosto, una circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all’epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale». Come, tuttavia, è bene messo in rilievo da queste stesse considerazioni, secondo l’attuale disciplina dell’istituto, lo *status* di recidivo non è più una qualifica di tipo meramente formale, ma è qualifica di valore sostanziale che esprime proprio questo raggiunto accertamento positivo di maggiore colpevolezza e/o pericolosità, ed il suo riconoscimento (non già la sua “dichiarazione”) viene espresso dal giudice dando applicazione

<sup>53</sup> Cass. SU, 27 maggio 2010, n. 35738.

<sup>54</sup> Cass. SU, 24 febbraio 2011, n. 20798. Da questo punto di vista, la nozione di *status* di recidivo che viene ancora utilizzata dalla giurisprudenza risente forse del retaggio derivante da concetti consolidatisi durante la vigenza della disciplina originaria del Codice penale, allorché la mera reiterazione criminosa era certamente idonea e sufficiente ad integrare la sussistenza della “recidiva”. Su questa originaria valenza del concetto v. per tutti AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., pp. 26 ss. Talvolta, questa incertezza lessicale si coglie anche nella dottrina successiva alla riforma del 2005: v. ad esempio BARTOLI, *Lettura funzionale*, cit., pp. 1703 ss. Distinzione più chiara emerge invece in NOTARO, *La fine ingloriosa*, cit., p. 1755, che bene evidenzia la stretta connessione che unisce il concetto attuale di *status* di recidivo con la valenza “sostanziale” dei requisiti di integrazione della recidiva fissati dalla disciplina di base dell’art. 99 c.p.

<sup>55</sup> Cass. SU, 24 febbraio 2011, n. 20798.

al conseguente aumento della pena; quello stesso aumento di pena che, essendo così rappresentativo dell'avvenuto riconoscimento della recidiva, funge a sua volta da presupposto, dal quale possono poi conseguire tutti gli altri riflessi ulteriormente previsti per legge.

Parallelamente, posto che, a norma di quanto stabilito dal quarto comma dell'art. 99 c.p., solo “il recidivo” potrà essere destinatario dei più gravi aumenti di pena previsti per la “recidiva reiterata”, quest'ultima ipotesi sottintende e presuppone a sua volta che quel soggetto venga nuovamente accertato quale “recidivo”, così pienamente acquisendo il diverso e più grave *status* di “recidivo reiterato”. Perché solo la commissione di un nuovo reato da parte di chi è già stato giudicato in via definitiva quale “recidivo” potrà esprimere quel maggiore grado di colpevolezza o di pericolosità che legittima e giustifica il massimo rigore che la legge riconosce a questa forma particolarmente qualificata di “recidiva”.

#### 8. *Considerazioni conclusive. La “riscoperta” rilevanza della recidiva agli effetti della procedibilità d'ufficio quale nuovo spazio di problematicità interpretativa*

Rivista a distanza di tre lustri dall'avvento della contestata e controversa riforma del 2005, la “nuova” disciplina della recidiva appare sempre più vicina a registrare un notevole allineamento interpretativo nel vitale processo di reciproca integrazione tra il c.d. “formante dottrinale” ed il parallelo “formante giurisprudenziale”.

Come visto, sullo sfondo residuano ancora punti di parziale divergenza. Ma questo è anche dovuto alle molte peculiarità di una disciplina, che il legislatore ha sempre più caricato di rilevanza intrasistemica e che ancora risente di incrostazioni interpretative che certamente nuocciono alla definitiva coerenza del quadro d'insieme.

Recentissima è, ad esempio, anche un'ulteriore presa di posizione delle Sezioni unite con la quale, ribaltando una passata soluzione, sempre a Sezioni unite, del 1987<sup>56</sup>, rimasta in seguito ferma ed immutata<sup>57</sup>, si è

<sup>56</sup> Cass. SU, 31 gennaio 1987, n. 3152, in «FI», 1987, II, pp. 633 ss., con nostra nota di commento: *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*.

<sup>57</sup> Per un quadro aggiornato del successivo orientamento giurisprudenziale v. la nota di F. VITARELLI, *Rimessa alle Sezioni unite la questione relativa all'inclusione della recidiva qualificata tra le aggravanti che ex art. 649-bis c.p. rendono procedibili d'ufficio taluni reati contro il patrimonio dopo il d.lgs. 36/2018*, in «SP», 1° aprile 2020, a commento di Cass.

ora ammessa la possibilità di ancorare alla sussistenza della recidiva anche eventuali riflessi sul regime di procedibilità del reato (nella specie considerati in relazione alla disciplina prevista all'art. 649-*bis* c.p.). Le ragioni di questa diversa conclusione vengono motivate proprio in ragione della nuova natura attribuita alla recidiva, non più suscettibile di essere intesa quale *status* meramente soggettivo inidoneo ad incidere sul “fatto-reato”, ma quale «circostanza pertinente al reato, che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto, che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale»<sup>58</sup>. Nella sostanza, il principio di diritto affermato si limita così ad osservare che, essendo ormai pacifico ed assodato che la recidiva integra una vera e propria circostanza aggravante, non vi è motivo per escludere identici effetti sulla procedibilità parimenti ammessi per tutte le altre circostanze.

Con tutto il rispetto per quest'ultima decisione del più alto organo di legittimità, l'assunto non pare condivisibile. Come già da tempo evidenziato proprio a commento di quella passata decisione, a fronte della accettata natura “discrezionale” del giudizio sul quale il legislatore ha fondato il concreto accertamento della sussistenza della recidiva, questo connotato di discrezionalità è del tutto incompatibile con il principio di obbligatorietà dell'azione penale dettato all'art. 112 Cost. e con la rigida tassatività che la Costituzione così impone nella considerazione di tutto ciò che può assumere rilevanza per la determinazione del regime di procedibilità di un determinato reato<sup>59</sup>. Ed è proprio in questo profilo di incompatibilità strutturale, che si coglie la ragione profonda della precedente esclusione della recidiva dall'insieme delle circostanze aggravanti suscettibili di poter assumere rilevanza ai fini del mutamento del regime di procedibilità<sup>60</sup>.

Ma tant'è. Il dibattito evidentemente continuerà. Non ostante i tanti momenti di condivisione ed allineamento interpretativo, che è stato possibile cogliere nel corso del confronto successivo alla riforma del 2005,

---

Sez. II, ord. 12 febbraio, n. 5555, ordinanza che ha portato alla recente nuova decisione delle Sezioni unite.

<sup>58</sup> Cass. SU, 24 settembre 2020, n. 3585.

<sup>59</sup> Anche su questo aspetto è d'obbligo il richiamo al fondamentale insegnamento di BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 279.

<sup>60</sup> Per ogni più precisa argomentazione sia qui consentito rinviare a quanto a suo tempo sostenuto in MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., pp. 72 ss. Ad ulteriore sostegno di questa conclusione v. anche l'autorevole voce di ROMANO, *Commentario*, cit., p. 95.

la profonda incertezza che da sempre caratterizza l'applicazione della disciplina sulla recidiva pare davvero incapace di favorire una pur auspicata ed opportuna 'chiusura del cerchio'.

Di certo, sullo sfondo, tutto questo non fa che rilanciare le aspettative di una rinnovata riflessione legislativa anche sulle ragioni di effettiva plausibilità politico-criminale della disciplina ancora oggi vigente. Argomenti a sostegno di questa esigenza non mancano<sup>61</sup>. Ma si tratta, forse, di aspettative ispirate solo dalla “ragione”, che appaiono però destinate a rimanere ancora a lungo disattese a fronte della oggettiva conoscenza della “realtà”.

---

<sup>61</sup> Per una argomentata ed aggiornata illustrazione dell'attuale stato del dibattito politico-criminale rinviamo ancora al recente studio di ROCCHI, *La recidiva*, cit., pp. 259 ss.



Sergio Moccia\*

## *La mancata riforma della responsabilità oggettiva*

SOMMARIO: 1. Il superamento della responsabilità oggettiva nella giurisprudenza costituzionale – 2. Dal principio di colpevolezza ad una più ampia responsabilità penale – 3. Le esigenze *de lege ferenda* – 4. I progetti di riforma.

### *1. Il superamento della responsabilità oggettiva nella giurisprudenza costituzionale*

Questo scritto è dedicato ad Antonio Fiorella, amico da lunghissima data, oltre che illustre collega. Il tema è quello della responsabilità oggettiva, un fossile resistente, da cui, tanti anni fa, tentammo di liberare definitivamente il codice penale, durante i lavori della Commissione Pisapia.

Io fui incaricato di redigere la relazione sulla materia e di predisporre in proposito lo schema di delega. Data la, consueta, radicalità della mia posizione, si tenne in Commissione una ‘vivace’ discussione, ma ebbi accanto a me Antonio, che difese strenuamente la proposta e, anche con l’aiuto di Giorgio Lattanzi, altro autorevolissimo componente della Commissione, la mia proposta passò, per rimanere, tuttavia, lettera morta come tutte le altre.

Nel corso del tempo non sono, certamente, mancati tentativi, lodevoli, di ricondurre tante ipotesi di responsabilità oggettiva ai principi di garanzia che reggono, o dovrebbero, il nostro sistema penale. Tuttavia, resto sempre dell’idea che sia preferibile la strada maestra della *lex scripta* a fugare ogni dubbio; magari agevolata dalla Consulta, che dovrebbe riprendere il suo orientamento in proposito, ma non per *obiter dicta* (364/1988 e 1085/1988). Ad oltre settant’anni dalla nascita della Costituzione repubblicana, è scandaloso che il nostro ordinamento debba conservare al suo interno delle ipotesi di responsabilità oggettiva indegne sul piano della stessa civiltà. Tuttavia, nutro qualche perplessità in ordine all’attuale eventualità di una presa di posizione da parte della Consulta nel senso auspicato, dato che, recentemente, pare cincischiare anche sui fondamentali, ad esempio in tema di irretroattività in *malam partem* (278/2020).

---

\* Emerito di Diritto penale, Università degli Studi Federico II di Napoli.

L'acquisizione fondamentale della concezione personale dell'illecito, ormai accreditata anche in Italia, si sostanzia nel riconoscimento di una fattispecie soggettiva accanto ad una fattispecie oggettiva; il solo disvalore di evento, la mera offesa in termini causali al bene giuridico, pur rivestendo un ruolo di essenzialità, non può essere da sola oggetto del divieto penale; essa deve essere accompagnata anche dal disvalore di azione che deriva dalla struttura dolosa, o colposa, della condotta.

Quanto precede trova un riscontro normativo nell'art.27 co. 1 Cost., ove, com'è noto, si sancisce che la «responsabilità penale è personale».

Alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso la Corte Costituzionale, sia pure in via incidentale, ribadì con estrema chiarezza la necessità dell'attribuibilità psicologica ai fini dell'attuazione del disposto costituzionale: «Perché l'art. 27, primo comma, Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano oggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo e dalla colpa)» (1085/1988). Nella precedente, 'storica' sentenza, la n. 364/1988, relativa al problema della scusabilità dell'*ignorantia legis*, la Corte, sempre nella forma dell'*obiter dictum*, aveva affermato che «gli elementi più significativi della fattispecie [...] non possono non essere coperti almeno dalla colpa dell'agente», adoperando, come si vede, una formula non proprio limpida, con la quale, tuttavia, si pose indubbiamente in risalto la necessità della presenza di un titolo d'imputazione soggettiva per quegli elementi del reato esplicitanti la funzione di definire il disvalore ai fini della legge penale.

Parliamo di responsabilità personale per indicare l'appartenenza di un fatto ad un soggetto, sia sotto il profilo materiale che sotto il profilo psicologico, e la connessa attribuzione delle conseguenze giuridiche. In altri termini, perché un individuo possa essere chiamato a responsabilità penale per un determinato fatto, questo deve poter essergli imputato dal punto di vista della causazione materiale – imputazione oggettiva – e dal punto di vista della attribuibilità psicologica – imputazione soggettiva.

Questo duplice titolo d'imputazione costituisce la condizione affinché venga rispettato il principio sancito al 1° comma dell'art. 27 Cost. e una conferma decisiva di questo assunto si ottiene argomentando in termini di teoria della pena.

In particolare, la realizzazione della funzione della pena in termini di integrazione sociale – come concetto di genere comprensivo degli aspetti positivi di prevenzione speciale e prevenzione generale –, reca con

sé notevolissime implicazioni in rapporto all'affermazione del principio di personalità della responsabilità, nei termini sopra delineati. Infatti, soltanto in rapporto ad un fatto che sia 'proprio' di un soggetto, tale da poter essere avvertito come integrale espressione della persona, può legittimamente e, eventualmente, con proficuità, essere intrapresa un'azione di (ri)socializzazione o confidarsi in una non (ulteriore) desocializzazione. D'altro canto, in un'ottica di prevenzione generale positiva – al di là di prospettive di mera deterrenza coltivate attraverso la totale strumentalizzazione dell'individuo – l'adesione reale ai principi dell'ordinamento può determinarsi soltanto se questo chiama i consociati a rispondere penalmente per fatti inequivocabilmente ad essi imputabili, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

È possibile affermare che attraverso il contributo fondamentale dell'argomento di teoria della pena, con particolare riferimento al disposto di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost., è stato possibile il definitivo abbandono dell'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale di sostanziale supporto alla tesi della legittimità delle ipotesi di responsabilità oggettiva.

In un primo tempo la Corte dichiarò espressamente la legittimità costituzionale della responsabilità oggettiva, operando una lettura della norma di cui al primo comma dell'art. 27 Cost. in chiave di mero divieto di responsabilità per fatto altrui.

Esemplare, in proposito, appare la sentenza n. 107/1957, ove si afferma: «L'art. 27 della Costituzione contiene [...] un tassativo divieto della responsabilità per fatto altrui, senza alcun riferimento al divieto della cosiddetta responsabilità oggettiva [...]. Il limpido significato della norma stessa è confermato [...] dai lavori preparatori, nei quali espressamente ed univocamente fu manifestato, come unico scopo della disposizione, quello di vietare tutte le forme di repressione che avevano avuto recenti esempi di triste esperienza, relativi a responsabilità estesa a persone o a gruppi di persone estranee al reato e diverse dal colpevole, ma che costituivano soltanto rappresaglia e vendetta contro gruppi familiari o etnici ai quali l'imputato apparteneva. La solenne riaffermazione della limitazione della responsabilità penale alle sole conseguenze del fatto proprio, assumeva perciò il significato della riaffermazione di un alto principio di civiltà giuridica. Così inteso, il contenuto della prima parte dell'art. 27, già citato, richiede come requisito della responsabilità penale personale quel rapporto di causalità materiale tra azione ed evento che è enunciato nell'art. 40 c.p. e che è sufficiente a stabilire tra il soggetto ed il fatto preveduto come reato, quel carattere di suità in cui consiste il requisito della personalità della responsabilità penale».



In realtà, non erano estranee all'esperienza del Costituente ipotesi di responsabilità per fatto altrui; tra esse vanno annoverate, oltre alle pene collettive o alle decimazioni avvenute durante l'ultimo conflitto, talune disposizioni emanate tra il 1944 ed il 1946, che prevedevano la confisca dei beni, sanzione che colpiva anche la famiglia del reo. D'altronde, se è vero che al legislatore costituzionale non sfuggì l'importanza dell'elaborazione di un concetto di responsabilità penale comprensivo anche dell'elemento soggettivo, è anche vero che il dibattito nell'Assemblea costituente s'incentrò soprattutto sulle motivazioni etiche e politiche del principio di personalità per fatto materiale proprio e sulle ragioni e le conseguenze della sua violazione. Pertanto, la gran parte degli interventi si soffermò sulla necessità di bandire la responsabilità per fatto altrui, e al problema della responsabilità oggettiva si accennò appena.

Ma, tutto sommato, già allora si trattava di una forma anacronistica di responsabilità, per cui con il ridurre il principio di personalità al divieto di responsabilità per fatto altrui, si sarebbe conferito ad esso un significato ed una portata molto limitati. Ed infatti, a parte i casi, a cui si è accennato, di confisca dei beni, poteva ipotizzarsi una rilevanza del principio costituzionale in rapporto a forme di responsabilità 'di posizione', quale era la responsabilità del direttore o del redattore responsabile di stampa periodica per i reati commessi da altri a mezzo stampa, secondo l'originaria formulazione dell'art. 57 n. 1 c.p., per il solo fatto della loro qualifica.

È appena il caso di notare che la Corte, chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale della norma in parola, con la sentenza n. 3/1956 dichiarò infondata la questione, rinvenendo tra l'omissione della vigilanza e l'evento prodotto dall'altrui condotta «un nesso di causalità materiale, al quale si accompagna un certo nesso psichico sufficiente a conferire alla responsabilità il connotato della personalità»; soltanto in rapporto alle conseguenze sanzionatorie – l'infrazione della pena prevista per il fatto doloso in seguito alla commissione di un fatto colposo – la Corte invitava il legislatore a provvedere. Ulteriori profili di responsabilità di posizione erano, e lo sono tuttora, connessi alla definizione di forme di responsabilità, *in vigilando* o per omesso impedimento dell'evento, legate al ruolo di preminenza rivestito da taluni soggetti in organizzazioni complesse.

Successivamente, la Corte Costituzionale, pur ribadendo che la responsabilità oggettiva era qualcosa di diverso dalla responsabilità per fatto altrui, quando è stata chiamata a decidere su singole ipotesi di imputazione di responsabilità su base meramente oggettiva, ha segnalato la necessità della presenza di un rapporto di 'causalità psichica', da aggiungere a quello

di causalità materiale, che individuava nel requisito, non scritto, della prevedibilità. Quest'ultima configurava, a giudizio della Corte, quel nesso psichico che, collegando il fatto al soggetto, soddisfaceva le esigenze di personalità della responsabilità.

La Corte, in effetti, si è sforzata di offrire una lettura diversa delle disposizioni ordinarie vigenti, tentando di adeguare i vari istituti al dettato costituzionale; si è operata, però, un'arbitraria forzatura della lettera della legge – sia pur in nome di un'apprezzabile interpretazione, sicuramente evolutiva – con il risultato di non offrire, a formulazione legislativa immutata, soluzioni che garantissero un'applicazione conforme al rispetto di esigenze di certezza.

È stato, dunque, solo il collegamento teleologico tra primo e terzo comma dell'art. 27 Cost. che ha portato la Corte ad una rilettura – pur sempre per *obiter dicta* – del principio di personalità nel senso della responsabilità soggettiva. Infatti, nella motivazione della già citata sentenza n. 364/1988 si legge: «L'art. 27 Cost. non può essere adeguatamente compreso ove lo si legga in maniera per così dire spezzettata, senza collegamenti 'interni'. I commi primo e terzo vanno letti in stretto collegamento; essi, infatti, pur enunciando distinti principi, costituiscono un'unitaria presa di posizione in relazione ai requisiti subiettivi minimi che il reato deve possedere perché abbiano significato gli scopi di politica criminale enunciati particolarmente nel terzo comma. Delle due l'una: o il primo è in palese contraddizione con il terzo comma dell'art. 27 Cost., oppure è, appunto quest'ultimo comma che svela, ove ve ne fosse bisogno, l'esatto significato e la precisa portata che il principio della responsabilità personale assume nella Costituzione».

L'interpretazione del primo comma dell'art. 27 Cost. nel senso della necessità della presenza di dolo e colpa ai fini della realizzazione del fatto di reato è da tempo consueta in dottrina; essa viene intesa come espressione della costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, o anche del fatto proprio colpevole. Se, infatti, per fondare il rimprovero di colpevolezza è necessaria la realizzazione di un fatto connotato almeno da colpa, non potrà parlarsi di colpevolezza nell'ipotesi in cui il fatto sia imputato sulla base del solo nesso di causalità.

È questa, sicuramente, una lettura della norma costituzionale che, sostanzialmente, soddisfa in pieno le esigenze di garanzia formale e materiale che caratterizzano un ordinamento ispirato ai principi dello stato sociale di diritto, ma che, tuttavia, a mio avviso, prova troppo; nutro, infatti, delle riserve, di tipo dommatico e politico-criminale, in rapporto alla definizione del principio di cui all'art. 27, co.1 Cost., in termini di mera colpevolezza.

## 2. Dal principio di colpevolezza ad una più ampia responsabilità personale

La qualificazione di fatto proprio colpevole, sulla base del disposto di cui all'art. 27, comma 1 Cost. – a parte tutte le riserve sull'opportunità del mantenimento della categoria della colpevolezza – mi pare quanto meno impropria e, comunque, riduttiva. E lo è, a mio avviso, nella misura in cui dovrebbe comprendere anche il fatto, doloso o colposo, del non imputabile, che, per definizione, non può essere inteso in termini di colpevolezza. A meno che non si intenda escludere i non imputabili dalla garanzia della 'proprietà' anche soggettiva del fatto – in contrasto, però, con la stessa normativa del codice Rocco, che agli artt. 202, 203, 219, 222 e 224 fa inequivocabile riferimento al fatto del non imputabile in termini di coefficiente psicologico –, finendo, così, per avallare, inconsapevolmente, una inaccoglibile legittimazione nei confronti di costoro della sola responsabilità fondata sul mero nesso di causalità.

È possibile, allora, affermare che, ai fini di un riconoscimento del principio di colpevolezza, alla luce di quanto si è già espresso, la necessità della presenza nel fatto del dolo o della colpa non costituisca l'argomento decisivo: infatti, è evidente che per il giudizio di colpevolezza debbono essere presenti dolo o colpa – *rectius*, un fatto doloso o colposo –, in quanto senza di essi mancherebbe l'oggetto del giudizio di colpevolezza, ma questo dato non è sufficiente.

Ai fini della valorizzazione del principio appare, invece, decisivo il dato fornito dalla centralità della coscienza dell'illiceità – attraverso la rilevanza dell'errore scusabile su di essa –, negata dalla presunzione assoluta di conoscenza della norma sancita nella versione originaria dell'art. 5 c.p.

La Corte Costituzionale pose, dunque, in primo piano il principio di colpevolezza non perché, o non tanto perché, ritenne necessaria la presenza di dolo o colpa ai fini dell'attribuzione della responsabilità – tutto ciò appartiene innanzitutto alla problematica del *Tatbestand*, come dimostrano le esigenze di 'personalità' che debbono caratterizzare anche il fatto del non imputabile –, ma perché, con la parziale scusabilità dell'*error juris*, la Corte introdusse, argomentando chiaramente in termini di possibilità della conoscenza della norma, il requisito della coscienza dell'illiceità ai fini della responsabilità penale.

Ma, a questo punto, visto che anche il non imputabile, che compie un errore 'non condizionato' sul precetto, va scusato, appare preferibile – anche sotto questo profilo – il superamento di un principio di colpevolezza, indissolubilmente legato al presupposto dell'imputabilità, per un principio

di responsabilità che comprenda il fatto, doloso o colposo, antiggiuridico di qualunque agente, a prescindere dalla sua imputabilità.

A me sembra, infatti, che questo fondamentale principio debba intendersi nel significato della responsabilità per fatto proprio, senz'altra qualificazione, intendendo la 'proprietà' del fatto nel senso della duplice attribuibilità, fisica e psicologica, che costituisce una caratteristica qualificante del fatto tipico, comprensiva del disvalore di evento e del disvalore di azione. Pertanto, l'attribuzione di un fatto a titolo di responsabilità oggettiva è certamente violatrice del principio di colpevolezza, ma è, sul piano logico, ancor prima violatrice del principio di tipicità, di portata più ampia del principio di colpevolezza, in quanto abbraccia il fatto sia dell'imputabile che del non imputabile. Ragion per cui l'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva si risolve, a mio avviso, nell'imputazione della responsabilità per un fatto non tipico.

Se, invece, il disvalore d'azione deve caratterizzare *tout court* il fatto tipico, allora la funzione del principio normativo fondamentale della personalità della responsabilità penale è quella, basilare, di assicurare al fatto di reato una configurazione adeguata alle esigenze personalistiche caratterizzanti il nostro assetto costituzionale che, contestualmente, esalti il principio di legalità nel senso della determinatezza della fattispecie – in quanto comprensiva dell'elemento soggettivo – senza pretendere di leggersi scelte che finiscono per implicare opzioni di derivazione irrazionalistico-fideistica, come libero arbitrio e riprovevolezza, che connotano la colpevolezza. Tali scelte potrebbero risultare estremamente problematiche rispetto all'assetto, laico, secolarizzato, da stato sociale di diritto che caratterizza il nostro impianto costituzionale.

### 3. *Le esigenze de lege ferenda*

Sulla base di queste argomentazioni è possibile, dunque, riaffermare non solo l'incompatibilità, rispetto all'attuale contesto ordinamentale, della responsabilità per fatto altrui, ma anche della responsabilità meramente oggettiva che, in quanto fondata sulla sola causazione fisica dell'evento – con esclusione, quindi, dell'accertamento della partecipazione psicologica –, non considera indispensabile la piena riconducibilità di questa alla personalità del soggetto, con ciò ponendosi in contrasto non solo con la norma di cui all'art. 27, co. 1 Cost., ma anche con i principi normativi che, in positivo o

in negativo, regolano la funzione della pena nel nostro ordinamento.

Come già si è accennato, queste forme di responsabilità rispondono ad una logica rozzamente repressivo-deterrente, in diametrale antitesi con una scelta di integrazione sociale, che scaturisce da un delicato e complesso equilibrio tra principi normativi di origine liberale e solidaristica. In ogni caso, nella sentenza già richiamata, la Corte Costituzionale ebbe a ribadire l'estraneità rispetto al nostro sistema dell'abbinamento responsabilità oggettiva/prevenzione generale negativa: «Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità per fatti non riconducibili [...] alla [...] colpa dell'agente».

Le ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel vigente ordinamento penale sono rapportabili a modelli abbastanza diversificati, riferibili, per una prima *summa divisio*, sia a scelte di parte generale che a scelte di parte speciale.

Sul piano strutturale possiamo, invece, cominciare a distinguere ipotesi di responsabilità fondate sulla mera imputazione oggettiva di un evento o di un reato diverso, secondo i modelli generali di cui agli artt. 82, co. 2, 83 c.p. - i casi di *aberratio* - e 586 c.p., in rapporto ad un'esecuzione monosoggettiva, e di cui agli artt. 116 e 117 c.p., in rapporto ad un'esecuzione plurisoggettiva; ovvero ipotesi di responsabilità costruite sullo schema del singolo delitto aggravato dall'evento o del delitto preterintenzionale. Si tratta di fenomeni, anche diversificati, che trovano la caratteristica unificante nell'imputazione anche del fortuito, secondo lo schema dell'*in re illicita versari*.

In rapporto a questo complesso nucleo essenziale di figure di responsabilità oggettiva continua ad emergere fondamentalmente una duplice esigenza di riforma: da un lato, la valorizzazione dell'elemento prevedibilità/prevenibilità, per una convincente riconduzione delle varie ipotesi ad una chiara scelta di imputazione colposa; dall'altro, la razionalizzazione della risposta sanzionatoria, da orientare ai parametri dell'effettiva responsabilità per colpa, con applicazione, all'occorrenza, delle regole del concorso formale, al fine di evitare veri e propri, irragionevoli paradossi, come quello offerto dalla vigente disciplina in tema di reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, art. 116 c.p., per la quale il soggetto che non voleva il reato diverso risponderà di quest'ultimo a titolo di dolo, secondo le implicazioni della vetusta dottrina del *dolus generalis*.

Analoghe considerazioni vanno svolte in rapporto alle condizioni obiettive di punibilità, art. 44 c.p., c.d. intrinseche, che attengono, com'è

noto, all'offesa e rientrano, quindi, tra gli 'elementi significativi della fattispecie', secondo la terminologia adoperata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 364/1988, e, pertanto, vanno imputate almeno a titolo di colpa. Viceversa, le condizioni c.d. estrinseche non pongono alcun problema in ordine alla loro prevedibilità da parte del soggetto, per la loro exteriorità rispetto all'offesa e, pertanto, similmente a quanto avviene per le condizioni di procedibilità, la loro imputazione può effettuarsi, prescindendo dall'utilizzazione di criteri di tipo subiettivo.

Va qui segnalato il tentativo di recupero, in senso fondamentalmente garantistico, delle ipotesi 'classiche' di responsabilità oggettiva, rapportabili allo schema del *versari in re illicita*. In tale contesto – in contrasto, tuttavia, con la stessa definizione codicistica, che nella rubrica dell'art. 42 parla di responsabilità obiettiva – si ricollegano quelle ipotesi alla possibilità di un dominio personale da parte dell'agente attraverso la valorizzazione dei requisiti soggettivi della prevedibilità ed evitabilità. Questa caratteristica assimila, nei fatti, la responsabilità oggettiva a quella colposa, con la sola differenza che quest'ultima viene riferita ad un'area comportamentale di rischio consentito, mentre la responsabilità oggettiva è connessa ad un rischio non consentito; per quel che concerne, infatti, lesività del fatto, prevedibilità concreta dell'evento, la sua evitabilità le due forme sono eguali.

Al di là delle riserve di tipo dommatico che possono esprimersi in rapporto alla praticabilità per queste ipotesi del criterio derivante dal rischio, consentito o illecito, a me sembra che, in particolare, sotto il profilo politico-criminale, questa soluzione risulti poco compatibile con i principi di un sistema penale derivante dallo stato sociale di diritto. Sul piano sanzionatorio, infatti, la caratteristica del collegamento della condotta ad un'area di rischio non consentito – o, più semplicemente, al *versari in re illicita* – giustificherebbe, per le ipotesi di responsabilità oggettiva 'personalizzata', un trattamento più severo di quello derivante dal concorso tra fatto doloso base e fatto colposo ulteriore.

Questa differenza nella risposta sanzionatoria non appare corretta in un diritto penale del fatto, orientato alla tutela dei beni giuridici, ed ha notevoli implicazioni sul piano della ragionevolezza e, quindi, della realizzazione della funzione normativa della pena. A fronte della stessa dannosità sociale degli effetti della condotta, il trattamento di maggior rigore, rispetto a quello derivante dal concorso di reati, che si vorrebbe continuare a mantenere per le ipotesi di responsabilità oggettiva 'personalizzata', si giustificherebbe, a ben vedere, solo in una prospettiva eticizzante di mera riprovevolezza del *versari in re illicita*, con tutto quel che consegue, sul piano della legittimità

e della funzionalità, all'adozione di schemi irrazionalisticamente fondati.

Un ordine d'idee, in parte, analogo vale anche in rapporto all'omicidio preterintenzionale che si caratterizza non solo per l'imputazione oggettiva dell'evento non voluto – e, secondo l'attuale formulazione della norma di cui all'art. 584 c.p., non necessariamente prevedibile –, ma anche per il rilievo conferito ad una strutturalmente antitetica – alla responsabilità oggettiva – valorizzazione della *Gesinnung*, che risulta, tuttavia, omogenea alla responsabilità oggettiva sul piano della funzione politico-criminale, nel senso del perseguimento di istanze di tipo repressivo-deterrente.

Infatti, la norma sull'omicidio preterintenzionale ritiene sufficiente, per l'imputazione dell'evento 'preterintenzionale' morte, la mera commissione di 'atti diretti' a realizzare i delitti di percosse o di lesioni personali, senz'altra qualificazione, né in termini di idoneità, né di univocità; possono essere, quindi, sufficienti anche un tentativo inidoneo o atti meramente preparatori e, di conseguenza, inoffensivi.

Pertanto, in ossequio ad una logica autenticamente terroristica, in questa norma viene realizzata la possibile combinazione di una condotta inoffensiva e di un evento casuale, con il formidabile risultato di riuscire, così, a coniugare, nel senso della repressione, forme di imputazione a prima vista inconciliabili.

Sulla base di queste considerazioni, la norma di cui all'art. 584 c.p. appare intollerabile anche sotto il profilo della ragionevolezza. Infatti, se si considera che, ai fini della realizzazione della fattispecie, da una parte, si ritengono sufficienti meri 'atti diretti a', e, quindi, delle condotte ancora lecite e, dall'altra, non è disposta la prevedibilità dell'evento morte, appare del tutto irragionevole – e perciò in contrasto con l'art. 3 Cost., ma anche con l'art. 27, co.1 e 3 Cost. – il trattamento sanzionatorio disposto dall'art. 584 c.p. – da dieci a diciotto anni di reclusione – rispetto a quello previsto per l'omicidio colposo dall'art. 589 c.p. – da sei mesi a cinque anni – per il quale, in quanto fatto colposo, è richiesta, senza dubbio alcuno, almeno la prevedibilità dell'evento.

Ma, quand'anche si volesse ritenere che pure l'evento preterintenzionale debba essere caratterizzato dalla prevedibilità – e questo, ribadiamo, non lo si deduce espressamente da alcuna norma – la censura d'irragionevolezza rispetto alla disciplina dell'omicidio colposo resta in piedi. Basta, infatti, considerare che per l'omicidio commesso con colpa cosciente – che si connota per la vera e propria previsione dell'evento ed esprime, quindi, un disvalore sicuramente maggiore della mera prevedibilità –, combinando la norma di cui all'art. 589 c.p. con quella di cui all'art. 61 n. 3 c.p. – che

contempla l'aggravante della previsione dell'evento nei delitti colposi –, la pena resterebbe di gran lunga inferiore a quella minima prevista per l'omicidio preterintenzionale.

#### 4. I Progetti di riforma

Tutti i Progetti di riforma conversero, almeno sul piano generale, sul ripudio della responsabilità oggettiva. In particolare, nel prevedere quali unici titoli di imputazione soggettiva dolo e colpa, vennero escluse ipotesi di delitto preterintenzionale: esse avrebbero dovuto essere, quindi, ricondotte al concorso di reati tra il fatto-base doloso – consumato o tentato – e l'ulteriore fatto più grave che sia imputabile a colpa dell'agente.

In effetti, il Progetto Pagliaro, all'art. 12, «Elemento soggettivo del reato», prevede di «escludere qualsiasi forma di responsabilità incolpevole, ipotizzando due sole forme di imputazione: il dolo e la colpa». Il Progetto Grosso, all'art. 25, sanciva: «1. La colpevolezza dell'agente per il reato commesso è presupposto indefettibile della responsabilità penale. 2. Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come delitto se non lo ha realizzato con dolo, salvi i casi di delitto colposo espressamente previsti dalla legge. 3. Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come contravvenzione se non lo ha realizzato con dolo o con colpa.». L'art. 19 del Progetto Nordio, «Elemento soggettivo del reato», disponeva: «1. Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di reato colposo espressamente previsti dalla legge».

Peraltro, in rapporto alle singole ipotesi tradizionalmente problematiche, in quanto forme più o meno evidenti di responsabilità oggettiva, le soluzioni proposte dai Progetti furono diverse e, talora, in contrasto con le citate statuizioni generali.

Per quel che concerne l'*aberratio delicti*, il solo Progetto Nordio la menzionava all'art. 27, stabilendo, al co. 1, che «quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato o per un'altra causa, l'agente realizza un fatto di reato diverso da quello voluto, ne risponde, per colpa, se il fatto è previsto dalla legge come reato colposo». La mancanza di un'espressa disposizione negli altri Progetti va intesa nel senso della riconduzione dell'*aberratio delicti* ai principi generali dell'imputazione soggettiva: ciò è chiaramente affermato nella Relazione al Progetto Grosso.



Quanto all'*aberratio ictus*, mentre nel Progetto Pagliaro non vi era alcuna previsione al riguardo – il che pare doversi intendere come condivisibile riconduzione ai principi generali dell'imputazione soggettiva –, l'art.32 del Progetto Grosso, «Reato contro persona diversa da quella cui esso era diretto. Errore sulla persona dell'offeso», stabiliva: «1. Quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella cui essa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere. 2. Nel caso di cui al comma 1, ed in caso di errore sulla persona dell'offeso, sono valutate a favore del colpevole le circostanze attenuanti, erroneamente supposte, che riguardano le condizioni o le qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole, tranne che si tratti di circostanze che riguardino l'età o altre condizioni o qualità fisiche o psichiche della persona offesa. 3. Qualora, oltre che l'offesa voluta, il colpevole realizza l'offesa a danno di persona diversa, si applicano le norme sul concorso di reati».

D'altro canto, il Progetto Nordio, all'art. 26, «Offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta», disponeva: «1. Quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato o per un'altra causa, ovvero per errore di persona, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere. 2. Sono valutate a favore dell'agente le scriminanti che sarebbero state applicabili se il fatto fosse stato commesso in danno della persona che voleva offendere. 3. Qualora oltre alla persona diversa sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, si applicano le regole sul concorso di reati. Le stesse regole si applicano quando siano offese più persone, sia o meno compresa anche quella alla quale l'offesa era diretta».

A parte ogni altra considerazione, l'art. 32 co. 1 del Progetto Grosso e l'art. 26 co. 1 del Progetto Nordio riproponevano una finzione di dolo in ipotesi in cui è cagionata offesa a persona diversa da quella che si voleva offendere, laddove, in realtà, l'offesa a persona diversa potrebbe dipendere da colpa o, addirittura, risultare imprevedibile o inevitabile dall'agente: il che vuol dire ascrivere una responsabilità sulla base del solo nesso di causalità. Il dolo, in quanto volontà del fatto realmente verificatosi, manca laddove l'agente voleva attingere un oggetto materiale diverso da quello concretamente attinto: manca, in tali ipotesi, la necessaria congruenza tra la volontà ed il fatto. Si ipotizzi che, per cause accidentali o anche dovute all'agire di terzi, un colpo, sparato a distanza ravvicinata per uccidere la vittima designata mentre si trova per strada, venga deviato rimbalzando fino

a colpire un'altra persona che si trovi al secondo o al terzo piano di un vicino edificio: in ipotesi del genere, l'evento concreto sarà al più imputabile, ove concretamente prevedibile, a titolo di colpa. Diversa è l'ipotesi dell'*error in persona*, laddove l'oggetto materiale è proprio quello che si voleva colpire, ma si erra sulla sua identità: nell'esempio appena illustrato, si colpisce proprio la vittima designata, in strada, ma scambiandola per un'altra. In tal caso, non vi è alcuna deviazione causale in rapporto alla quale possa mancare la volizione o, addirittura, la prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

Il ripudio di ogni forma di responsabilità oggettiva avrebbe dovuto, quindi, condurre all'eliminazione della finzione di dolo nelle ipotesi di *aberratio ictus*.

Relativamente alle condizioni oggettive di punibilità, il Progetto Pagliaro stabiliva, all'art. 13: «Prevedere come condizioni di punibilità operanti oggettivamente solo accadimenti estranei all'offesa tipica del reato». L'art. 33 del Progetto Grosso sancisce: «1. Condizioni oggettive di punibilità possono essere previste con disposizione espressa di legge, che utilizzi tale definizione. 2. Al verificarsi di una condizione oggettiva di punibilità non possono essere collegati aumenti di pena». L'art. 99 del Progetto Nordio dispone: «1. La legge determina i casi nei quali la punibilità per il reato commesso è subordinata al verificarsi di una condizione. 2. Le condizioni di punibilità sono denominate tali dalla legge. 3. Le condizioni di punibilità operano oggettivamente.».

Quanto ai delitti aggravati dall'evento, il Progetto Grosso, all'art. 31, disponeva che «se la legge ricollega una pena più grave ad una conseguenza non voluta di un delitto doloso, di tale conseguenza si risponde solo se essa è ascrivibile a colpa». L'art. 22 Progetto Nordio, «Reati dolosi aggravati da una conseguenza non voluta», sanciva invece: «1. Quando da un fatto previsto come reato doloso deriva un'ulteriore conseguenza non voluta dall'agente cagionata per colpa, si applicano le regole del concorso di reati sempre che la conseguenza ulteriore non voluta sia prevista dalla legge come reato colposo».

Per quel che concerne la disciplina del concorso di persone, il Progetto Pagliaro è l'unico a prevedere espressamente una disciplina del concorso dell'estraneo nel reato proprio. Infatti, l'art. 28, co. 2 disponeva: «Ammettere il concorso dell'estraneo nel reato proprio, con la previsione di un regime penale differenziato e facendo salvo il principio di colpevolezza».

L'art. 29 del Progetto Pagliaro, «Agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto», stabiliva: «1. Se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, prevedere che questi risponda di

agevolazione colposa di quel reato, qualora con il suo contributo ne abbia per colpa agevolato la commissione. Comminare la pena stabilita per il reato commesso, diminuita da un terzo alla metà. 2. Se il reato commesso ricomprende in sé il reato voluto dal concorrente, prevedere la responsabilità di questi per il reato voluto, con congruo aumento di pena ove la realizzazione del reato più grave sia stata da lui concretamente prevedibile. La pena non può essere inferiore a quella prevista nel comma precedente. 3. Qualora sia commesso, oltre al reato voluto o a quello indicato nel numero precedente, anche un reato diverso, applicare la regola di cui al primo comma.»

Inoltre, l'art. 31 Progetto Pagliaro, «Mancato impedimento di reati a mezzo della stampa o di trasmissioni radiotelevisive», disponeva, al co. 1: «Prevedere la punibilità del responsabile della pubblicazione o della trasmissione che, fuori dei casi di concorso, omettendo di controllare il contenuto della pubblicazione o della trasmissione, non impedisce per colpa che col loro mezzo sia commesso un fatto di reato. Comminare la pena preveduta per il reato commesso, diminuita da un terzo a due terzi».

Il Progetto Grosso, all'art. 44, «Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti», stabiliva: «1. Se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, questi ne risponde quando il reato sia a lui imputabile a titolo di colpa, sempre che il fatto sia preveduto dalla legge come reato colposo. 2. Se oltre al reato diverso risulta commesso anche il reato voluto, si applicano le norme sul concorso di reati». L'art. 24 del Progetto Grosso, «Omesso impedimento di reati commessi col mezzo della stampa e della radio-televisione», dispone: «1. Per i reati commessi con il mezzo della stampa e della radio-televisione l'autore risponde secondo i principi generali. 2. Fuori dei casi di concorso doloso nel reato, quando l'autore non è indicato o non è punibile per qualsiasi causa, per i reati commessi col mezzo della stampa o della radio-televisione risponde a titolo di colpa il soggetto che, in base alla legge o alle disposizioni organizzative dell'impresa editoriale o radio-televisiva, sia tenuto al controllo della pubblicazione o della trasmissione, e che non abbia, per colpa, impedito la realizzazione del delitto. La pena è quella prevista per il delitto doloso diminuita della metà. 3. [...]».

L'art. 55 del Progetto Nordio prevedeva, al co. 4: «Al concorrente che non ha voluto il reato complesso realizzato da altro concorrente, si applica la pena prevista per il reato voluto che sia elemento costitutivo del reato complesso». Inoltre, l'art. 17 dello stesso Progetto, «Omesso impedimento di reati commessi col mezzo della stampa o di altri mezzi di comunicazione», stabiliva: «1. Fuori dei casi di concorso nel reato, chi è tenuto al controllo della pubblicazione o della trasmissione in base alla legge

o alle disposizioni organizzative dell'impresa risponde, per colpa, del reato commesso dall'autore. In tal caso, la pena applicabile è la metà di quella prevista per il reato commesso dall'autore».

Le soluzioni normative relative al reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti ed ai reati di stampa presentavano talora tratti problematici. In particolare, il Progetto Pagliaro conservava un trattamento sanzionatorio ricavato dalla diminuzione della pena prevista per la realizzazione dolosa, perpetuando così una forma di concorso anomalo, nella quale la responsabilità del concorrente, oltretutto, non è condizionata alla previsione del fatto come delitto colposo. Appariva, perciò, preferibile, al riguardo, la soluzione di cui al citato art. 44 del Progetto Grosso. Tuttavia, anche il Progetto Grosso, come i Progetti Pagliaro e Nordio, rispolverava una forma di concorso anomalo in rapporto ai reati di stampa. A ben vedere, pure la disciplina di questi ultimi avrebbe dovuto ricondursi ai principi generali; laddove si fosse ravvisata la necessità della previsione eccezionale di una forma di agevolazione colposa di delitto doloso, ciò avrebbe potuto essere oggetto di una, meditata, opzione politico-criminale di parte speciale, ovviamente con una cornice edittale che tenesse conto fin dall'inizio del carattere colposo dell'agevolazione.

In conclusione, una riforma delle ipotesi residue di responsabilità oggettiva avrebbe dovuto prevedere, a mio avviso, la loro eliminazione e la riconduzione ai principi generali dell'imputazione soggettiva. E qui ritorno alla mia proposta di delega legislativa per il Progetto Pisapia:

«Realizzare integralmente il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.).

Prevedere l'eliminazione della responsabilità oggettiva, art. 42 co. 3 c.p., e della preterintenzione, art. 43 co. 2 c.p., con una riconduzione dei delitti aggravati dall'evento, dell'omicidio e dell'aborto preterintenzionale e dei casi di *aberratio* alle ipotesi di concorso formale di reati, qualora sia presente anche la colpa per l'ulteriore evento o per l'evento diverso.

Prevedere una disciplina differenziata per le condizioni di punibilità intrinseche, con una imputazione a titolo almeno di colpa.

Prevedere, in tema di concorso anomalo, l'attribuibilità, come per i casi di *aberratio*, dell'evento diverso a titolo di colpa.

Affidare alla disciplina dei principi generali dell'imputazione soggettiva l'ipotesi attualmente regolata dall'art.117 c.p.

Prevedere, ove si ritenesse necessario, singole ipotesi, di parte speciale, di agevolazione colposa di delitto doloso, ad esempio per i reati di stampa».

*Ancora grazie, caro Antonio!*



Vincenzo Mongillo\*

*Essere e dover essere della prescrizione penale  
tra diritti fondamentali e neopunitivismo*

SOMMARIO: 1. La prescrizione penale: un istituto proteiforme e perennemente discusso – 2. Natura della prescrizione penale – 3. *Ratio* della prescrizione del reato – 4. Idealismo e realismo nei discorsi sulla prescrizione – 5. La legge “*ex Cirielli*” (l. n. 251/2005) – 6. La riforma “Orlando” (l. n. 103/2017) – 7. La nuova prescrizione nella l. n. 3/2019 (c.d. “spazzacorrotti”) – 8. Accertamento del reato prescritto e tecniche di “riduzione sanzionatoria”. Il nodo della confisca – 9. Bilanciamento tra valori e interessi. Il rapporto con la ragionevole durata del processo – 10. *Facit*.

1. *La prescrizione penale: un istituto proteiforme e perennemente discusso*

I tratti permanenti della prescrizione del reato (o, nella variante processuale, dell’azione penale) si riassumono nella natura “proteiforme”, segnalata già dal Carrara<sup>1</sup>, e nella ineludibile quanto controversa funzione giuridica.

Inequivoco è solo l’effetto che con l’istituto si ottiene: l’estinzione della punibilità mediante il decorso di un lasso prefissato di tempo dalla commissione del reato, in assenza di intervenuta irrevocabilità di una sentenza o di un decreto penale di condanna (nell’ordinamento italiano: artt. 157-161 c.p.)<sup>2</sup>.

Ogni altro aspetto della prescrizione genera vibranti dispute, a volte giuridiche, altre volte politico-ideologiche e persino filosofiche. Ad alimentare la discussione non è solo la capacità della prescrizione di infrangere

\* Ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Roma “Unitelma Sapienza”.

<sup>1</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, V ed., Lucca, 1887, II, p. 267, che – in linea con la coeva conformazione normativa dell’istituto – riferiva la prescrizione all’azione penale. Di recente, ha ripreso e approfondito il tema della natura ibrida della prescrizione e delle sue ricadute, A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato. Un istituto dall’incorreggibile polimorfismo*, Torino, 2019, *passim*.

<sup>2</sup> Non ci occuperemo nel testo della prescrizione della pena, disciplinata agli artt. 172-173 c.p.

l'ordinaria sequenza reato-pena e quindi il messaggio insito nel precetto punitivo. Vari istituti deflativi odierni producono lo stesso risultato erosivo della punibilità e tendono a proliferare, con l'auspicio di frenare l'espansione del sistema penale. L'aspetto qui più dirompente è che ad assumere il ruolo di limite alla potestà punitiva sia il mero fluire postumo del tempo, dunque un coefficiente del tutto estrinseco al reato.

Che il tempo – quel tempo che esercita un'influenza irresistibile sopra ogni fatto della vita – possa incidere anche sui rapporti giuridici, e segnatamente sull'istituzione sociale che denominiamo pena, sembra oggi pressoché ovunque scontato. Non sono affatto assodate, però, la misura e le modalità del *tempori cedere*.

L'esperienza giuridica italiana è paradigmatica, giacché attorno alla questione-prescrizione è infuriata negli ultimi vent'anni una contesa dai toni sempre più aspri e perentori, tanto da accrescere a dismisura il margine dei malintesi. Alcuni intravedono in tale causa estintiva uno dei mali endemici del "sistema giustizia", lamentando l'eccessiva frequenza con cui vengono vanificate onerose energie processuali e frustrate le aspettative delle vittime. Altri ne decantano, invece, il nesso con il modello dello stato costituzionale di diritto (*vs* stato autoritario o di polizia), la funzione garantistica di sottrarre l'imputato ai viluppi di un processo non di rado lento e tormentoso, nonché la capacità di assicurare la sostenibilità di una macchina giudiziaria altrimenti destinata all'implosione.

Tutti questi temi sono tornati alla ribalta per effetto dell'ultima revisione della disciplina codicistica della prescrizione operata dalla l. n. 3/2019 (battezzata dai promotori "Spazzacorrotti"), entrata in vigore *in parte qua* lo scorso primo gennaio. Tale intervento ha fatto seguito a un'altra novella di soli due anni precedente, nota come riforma "Orlando" (l. n. 103/2017), e alla più lontana l. n. 251/2005 (c.d. "ex Cirelli"): segno di una febbrile – e oscillante – attività legislativa in questa materia.

Del "dilemma prescrizione", in vista di una riforma complessiva dell'istituto, si è occupata, quasi un decennio fa, anche la Commissione istituita con D.M. del 29 novembre 2012 presso il Ministero della Giustizia. Tale Commissione fu, com'è noto, presieduta dal Prof. Fiorella, a cui questo contributo è dedicato in segno di profonda gratitudine per le opportunità di crescita scientifica e arricchimento personale negli anni di collaborazione alla Sua cattedra di diritto penale presso l'Università Sapienza di Roma. Considerato lo stato inappagante dell'attuale quadro normativo in materia, le proposte della Commissione Fiorella<sup>3</sup>, solo parzialmente

---

<sup>3</sup> Le linee essenziali della riforma del regime della prescrizione delineata dalla Commissione

riprese dalla legge Orlando del 2017 e del tutto abbandonate dalla l. n. 3/2019, appaiono tuttora un utile punto di riferimento per ripristinare un più razionale equilibrio tra diritti individuali e ragioni della potestà punitiva nelle questioni concernenti la dimensione temporale della punibilità.

Pertanto, con le riflessioni che seguono cercheremo di ripercorrere le coordinate di fondo della prescrizione del reato e l'*iter* riformistico che ha preceduto l'ultimo prodotto legislativo; nel tentativo di comprendere la portata dell'ennesima riforma, le opportunità e soprattutto i pericoli per il giure penale che essa solleva. In questo modo, potremmo anche riflettere *cognita causa* sui riflessi e i possibili profili d'incostituzionalità del nuovo assetto normativo.

## 2. Natura della prescrizione penale

Cominciamo con un cenno alla *vexata quaestio* della natura giuridica dell'istituto. Inquadrare dogmaticamente la prescrizione<sup>4</sup> è operazione complicata proprio da quella natura "proteiforme" colta dal Carrara, secondo cui essa «sotto un aspetto sembra legge di *forma*, e sotto un altro legge di *sostanza*»<sup>5</sup>.

Di fronte ad un'incoercibile ambiguità, la collocazione di questo meccanismo estintivo è frutto di una scelta legislativa in larga misura convenzionale, che risente delle tradizioni culturali e dei contesti normativi,

---

presieduta dal Prof. Fiorella contemplavano tre correttivi essenziali: 1) la previsione di due successive cause di sospensione della prescrizione legate, rispettivamente, al deposito della sentenza di condanna di primo e di secondo grado; 2) la rimodulazione del rapporto tra il termine prescrizionale di base, disciplinato dall'art. 157 c.p., e l'aumento della prescrizione in caso di eventi interruttivi; 3) l'individuazione di un termine massimo, a partire dall'iscrizione della notizia di reato, entro il quale il pubblico ministero è tenuto ad assumere le proprie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale o alla richiesta di archiviazione, ai sensi dell'art. 405, comma 1, c.p.p. La stessa Commissione esaminò anche due proposte alternative, tenendo conto del pluralismo di vedute emerso al suo interno: la prima differenziava il termine di prescrizione a seconda dell'acquisizione tempestiva ovvero tardiva della *notitia criminis*; la seconda puntava alla soppressione di tutte le cause interruttrive della prescrizione, con aumento compensativo dei termini di cui all'art. 157. Cfr. Commissione Fiorella per lo studio di possibile riforma della prescrizione, *Relazione*, agg. 23 aprile 2013, reperibile sul [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>4</sup> Sul dibattito in materia, F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 63 ss.

<sup>5</sup> CARRARA [nota 1].



storicamente mutevoli<sup>6</sup>.

In Germania, ad esempio, la prescrizione – anche perché riferita *ex lege* all'azione penale anziché al reato (§ 78, 1° comma, StGB) – è reputata dalla costante giurisprudenza istituto di diritto processuale avulso dai presupposti della punibilità, sicché la corrispondente disciplina è ritenuta applicabile in via retroattiva anche quando mutata in senso peggiorativo<sup>7</sup>.

Al contrario, in Italia la prescrizione è collocata tra le cause di estinzione del reato (o della pena), onde è ritenuta dalla giurisprudenza costituzionale, col conforto della prevalente dottrina<sup>8</sup>, un «istituto di natura sostanziale», quantunque «possa proiettarsi anche sul piano processuale<sup>9</sup>, concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.)»<sup>10</sup>. Una lettura ribadita, anche di recente, dalle pronunce che hanno scandito la nota “saga Taricco”<sup>11</sup>.

La conseguenza più pregnante è la piena operatività del principio di legalità penale, incluso il corollario della irretroattività *in malam partem* ex artt. 25, 2° comma, Cost. e 2 c.p., in luogo del canone *tempus regit actum* che governa l'efficacia temporale delle norme di diritto processuale<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Com'è accaduto in Italia nel passaggio dal codice Zanardelli (che all'art. 91 parlava di prescrizione dell'azione penale) al codice Rocco.

<sup>7</sup> Al fondo di tale visione v'è anche una ragione contingente, vale a dire la paventata prescrizione dei gravi crimini commessi dal regime nazionalsocialista, che indusse – nel 1969 e nel 1979 – al prolungamento legislativo dei termini di prescrizione. Cfr., tra i tanti, W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied-Kriftel, 2002<sup>10</sup>, p. 72.

<sup>8</sup> Per tutti, L. STORTONI, voce “Estinzione del reato e della pena”, in «DDP», IV, 1990, p. 641; nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Assago-Padova, 2017, p. 803; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019<sup>8</sup>, pp. 838 ss.; nella dottrina processual-penalistica, O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 189.

<sup>9</sup> Basti considerare l'impedimento dell'azione penale o l'interruzione del processo in caso di superamento del tetto prescrizionale, nonché la stretta connessione tra vicende sospensive o interruttrive e il compimento di specifici atti processuali.

<sup>10</sup> C. cost., sent. n. 143/2014; già sent. n. 275/1990; 393/ 2006; 324/2008.

<sup>11</sup> C. cost., ord. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018. Sulle tensioni che tale inquadramento produce nel panorama europeo e internazionale, v. S. MANACORDA, *Prescrizione e controlimiti: prove di un dialogo “construens” negli sviluppi del caso “Taricco”*, in «Criminalia», 2017, pp. 383 ss.

<sup>12</sup> La problematica si è riproposta di nuovo, recentemente, con riferimento alla sospensione del corso della prescrizione del reato (dal 9 marzo all'11 maggio 2020) disposta dall'art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27, a cagione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, rispetto alla quale la sentenza della Corte costituzionale n. 278/2020, depositata il 23 dicembre scorso, ha escluso qualsiasi violazione del principio di irretroattività *in peius* con riferimento all'applicazione a fatti pregressi: pur riaffermando la natura “interamente” sostanziale della prescrizione del reato, la Consulta

### 3. Ratio della prescrizione del reato

Più articolata è la risposta al quesito concernente la *ratio essendi* della prescrizione penale<sup>13</sup>.

In linea generale, l'intero fascio di opzioni politico-criminali e giustificazioni funzionali ruota attorno all'impatto del *pouvoir guérisseur du temps* sulla reazione sociale al reato e sulla personalità del *reo*. Costituisce un patrimonio argomentativo insostituibile, al riguardo, il pensiero dei principali esponenti dell'Illuminismo penale.

Già Beccaria declinò le due principali giustificazioni sostanziali, osservando che la prescrizione serve a togliere «l'incertezza della sorte di un cittadino, perché l'oscurità in cui sono stati involti per lungo tempo i delitti toglie l'esempio della impunità», mentre «rimane intanto il potere al *reo* di divenir migliore». Per altro verso, giudicò opportuno limitare l'effetto estintivo del tempo, anche nella sua proiezione garantistica, ai soli delitti «minori ed oscuri», escludendo quelli «atroci» (commessi dal *reo* «che si è sottratto colla fuga»). Venivano così gettate le basi della differenziazione del regime prescrizionale a seconda della gravità dei reati: diverse soglie temporali, più una cerchia ristretta di reati imprescrittibili per l'estremo

---

ha ricondotto la disciplina emergenziale alla regola generale espressa nell'art. 159, co. 1 c.p., che fa discendere, in modo automatico, la sospensione del termine prescrizionale alla sospensione del procedimento penale “imposta da una particolare disposizione di legge”, assumendo che «al momento della commissione del fatto il suo autore sa *ex ante* che, se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione». In senso adesivo, G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in «SP», 26 dicembre 2020; in senso critico STORTONI, *La legge penale è “ragionevolmente” retroattiva*, in «Penale Diritto e Procedura», 4 gennaio 2021; N. MADIA, *La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2020, salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in «GP», 2020, 12; MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in «AP», 2020, n. 3 (vers. web), secondo cui la disciplina delle cause di sospensione della prescrizione non potrebbe che essere sottoposta al principio di irretroattività sfavorevole; G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in «CP», 2021, 44; nonché, prima della pronuncia del giudice delle leggi, V. MANES, *Diritto dell'emergenza, sospensione della prescrizione e garanzie fondamentali: davvero bilanciabile il principio di irretroattività?*, in «GluP», 2020, n. 2, p. 1 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il torpore del “buon senso” genera incubi. A proposito della prescrizione del reato*, 21 agosto 2020, «LP».

<sup>13</sup> Cfr. P. PISA, voce “Prescrizione (diritto penale)”, in «ED», 1996, p. 79; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 16.

allarme sociale<sup>14</sup>.

Filangieri, invece, pose l'accento sul fondamento processuale della prescrizione e in particolare sui diritti di difesa dell'accusato, giacché «il tempo, che ha scancellata la memoria delle circostanze che lo accompagnarono, toglie all'accusato i mezzi da giustificarsi, ed offre al calunniatore avveduto un velo col quale coprire le sue meditate menzogne»<sup>15</sup>.

Sempre da un'angolazione processuale, il liberalismo penale di Carmignani privilegiò la necessità di evitare «che per un lungo lasso di tempo si disperdano i mezzi di prova, o della reità dell'accusato a danno del di lui accusatore, o della sua innocenza a suo danno»<sup>16</sup>.

Queste descrizioni del senso della prescrizione non sono meri antecedenti storici. Tuttora il «tempo dell'oblio»<sup>17</sup> rinviene, ovunque, il suo fondamento in ragioni di ordine tanto sostanziale quanto processuale. A vivificarle, però, è sopravvenuto il rinnovato ancoraggio costituzionale<sup>18</sup> al garantismo dei principi e al teleologismo delle pene.

Proviamo a riassumere le chiavi del ragionamento.

a) Il diritto al libero sviluppo esistenziale è incompatibile con l'esposizione indefinita di un cittadino al peso e alle gravose conseguenze individuali

<sup>14</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. XXX. Pure G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, t. III, Pisa, 1832, p. 245, approvò l'idea di termini più lunghi per i reati più gravi, negando però l'esistenza di delitti imprescrittibili.

<sup>15</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione penale*, Venezia, 1796, p. 28; rist. Napoli, 2003, p. 121.

<sup>16</sup> CARMIGNANI [nota 14], p. 243. Anche F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, Milano, 1803, rist. anast., Milano, 1998, capo XVII, ricostruì limpidamente le fondamenta dell'istituto, combinando gli argomenti sostanziali e processuali: a) la sicurezza del cittadino, affinché «col timore della perpetua accusa, non fosse in perpetua incertezza»; b) la perdita di utilità, vale a dire «l'inutile esempio» che deriva da «una troppo tarda pena»; c) le difficoltà probatorie, giacché «il lungo tempo ricovre in un'oscura notte colla memoria del fatto la chiarezza delle pruove».

<sup>17</sup> Prendiamo questa espressione da F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in «DPC», 2013, n. 3, pp. 18 ss. Similmente già la Relazione ministeriale sul progetto del codice Zanardelli («oblio dei fatti e delle persone, che fa venire meno lo stesso interesse sociale di reprimere»).

<sup>18</sup> Parte della dottrina, soprattutto in passato, negava la copertura costituzionale dell'istituto: ad es., V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 201. Prevale la tesi del fondamento costituzionale, sia pure con varie argomentazioni: *ex multis*, STORTONI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in «FI», 1998, V, c. 321; G. UBERTIS, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, in «RIDPP», 2010, n. 3, p. 5; richiamando criteri di ragionevolezza, D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in «RIDPP», 2005, n. 2, p. 523.

d'una imputazione penale. Pertanto, il «diritto all'oblio»<sup>19</sup> iscritto nello spirare della prescrizione, consentendo al *reo* di progettare serenamente le sue scelte esistenziali dopo un certo lasso di tempo, assume rilievo tanto per l'attuazione del principio personalistico (art. 2 Cost.)<sup>20</sup>, quanto per la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana (art. 3, 2° comma, Cost.).

b) Quanto alle finalità della pena, muovendo da concezioni utilitaristico-preventive<sup>21</sup>, col trascorrere del tempo svanisce l'allarme sociale cagionato dal reato e tramonta la necessità di una pena per ristabilire la pace giuridica. Anzi, sul piano dell'aggregazione di consensi attorno ai valori penalmente tutelati (c.d. prevenzione generale positiva), una condanna intempestiva, dopo che si sia già dissolto il ricordo del fatto nella mente dei consociati, potrebbe turbare anziché ristabilire la tranquillità dei rapporti giuridico-sociali (*quieta non movere et mota quietare*)<sup>22</sup>.

c) Sul piano specialpreventivo, il decorso del tempo può trasformare positivamente la personalità e la condizione esistenziale del colpevole, rendendo inutile a fini rieducativi e finanche controproducente l'irrogazione di una pena (art. 27, 3° comma, Cost.).

d) Persino dall'angolo visuale della giustizia retributiva, la prescrizione può divenire significativa sul piano della proporzione tra reato e pena. In effetti, è un vecchio – e forse meno convincente – argomento quello secondo cui una risposta punitiva troppo distante dal fatto potrebbe configurare una sorta di *bis in idem*, ma non tra due pene giuridiche, quanto tra la pena criminale e un'altra “naturale”: lo stato di privazione, affanno ed angoscia sofferto dal *reo* per tutto il tempo in cui riesca a sfuggire alla giustizia.

Motivo di sofferenza anticipata e addizionale, di certo, è la stessa soggezione al procedimento penale, sicché la sua eccessiva lunghezza, fomentata da termini prescrizionali troppo laschi, potrebbe alterare, nei fatti, la giusta proporzione punitiva o comunque la parità di trattamento tra i condannati.

<sup>19</sup> Così C. cost., sent. n. 23/2013, 24/2017, n. 115/2018.

<sup>20</sup> Ancora GIUNTA, MICHELETTI [nota 4], p. 47; nonché, M. ROMANO, *Art. 157*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, pp. 62 ss., e da ultimo R. BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in «SP», n. 4, 2020, p. 75, sulla variante personalistico-garantistica della prescrizione.

<sup>21</sup> Tuttavia, un pioniere dell'utilitarismo come J. BENTHAM, *Theory of Legislation*, London, 1900, pp. 327 ss., fu un fiero avversario della prescrizione penale (che ammetteva solo per i reati colposi e tentati), giacché «sarebbe odioso e funesto permettere alla malvagità, dopo un certo tempo, di trionfare sull'innocenza»; «un insulto pubblico alla giustizia e alla morale».

<sup>22</sup> C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 2020<sup>5</sup>, pp. 1177 ss.

e) Infine, in ottica processuale, quanto più un accadimento è risalente nel tempo, tanto più insicura e impervia ne diviene la dimostrazione, considerata la possibile dispersione di prove dichiarative e documentali. Di conseguenza, una condanna a distanza intollerabilmente lontana dal reato può stridere con la presunzione di non colpevolezza (art. 27, 2° comma, Cost.), non solo come regola di giudizio (*in dubio pro reo*), ma anche quale regola di trattamento. Come notò già un insigne giurista napoletano degli anni trenta dell'Ottocento, «il consenso pubblico a non tenere un uomo molto tempo per *reo* dee convertire in *dritto* il lungo possesso ch'egli ha della sua sicurezza e della sua buona fama, o sia convertire in 'dritto il fatto', e in *verità*, se non reale, almeno d'ordine pubblico', le sue costanti apparenze d'innocenza»<sup>23</sup>.

#### 4. Idealismo e realismo nei discorsi sulla prescrizione

Non può negarsi, al contempo, un tratto di “idealismo normativista” nelle giustificazioni discorsive della prescrizione del reato, speculari ai tentativi di razionalizzazione della pena attraverso le sue (dichiarate) finalità.

Al ricorrere delle condizioni legali, la rinuncia alla pretesa punitiva opera in modo automatico. Di conseguenza, le ragioni fondanti della prescrizione finiscono per assumere i contorni di una presunzione *iuris et de iure*.

Ciò, per certi aspetti, non deve sorprendere. Qualsivoglia regime prescrizionale è il punto di caduta normativo del bilanciamento tra molteplici esigenze ed interessi, nessuno dei quali, da solo, potrebbe dirsi conclusivo (*infra* par. 9).

Ad ogni modo, è ben possibile che le giustificazioni ideali – teoriche e politico-criminali – della prescrizione non trovino conferma nella vicenda concreta.

Non è scontato, anzitutto, che la personalità del *reo* evolva positivamente dopo la commissione del fatto. Un finalismo rieducativo non ridotto a proclama retorico implicherebbe che fosse il giudice a scandagliare, volta per volta, il cambiamento individuale<sup>24</sup>, anche evitando il grottesco copione

<sup>23</sup> N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie esposta con le formole corrispondenti*, parte I, III, Napoli, 1828, par. 852.

<sup>24</sup> Proprio questo fu il motivo dell'insofferenza della c.d. Scuola positiva italiana per l'istituto che, in quanto basato su meccanismi presuntivi, strideva con l'obiettivo della difesa sociale mediante la neutralizzazione della pericolosità del *reo*: cfr., ad es., R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, 1891,

– a cui talvolta si è assistito – di prescrizioni “seriali” elargite a soggetti responsabili *ex post* di ulteriori reati, tali persino da ridestare l’attenzione della pubblica autorità sui precedenti misfatti.

Il decorso di un notevole spazio di tempo dal fatto può far scemare l’interesse all’inflizione di una pena, ma non è detto che a essere travolta debba essere qualsiasi altra conseguenza giuridica (cfr. *infra* par. 8).

Il tempo dell’oblio, peraltro, non ripete le stesse inflessioni per tutti gli attori dell’esperienza punitiva. Il *reo* ha interesse a che, dopo un certo lasso di tempo, il reato commesso divenga per il diritto *tamquam non esset* e il “rito della memoria”<sup>25</sup> sia definitivamente precluso. Di contro, la cerchia delle *vittime* aspira a un rapido accertamento delle responsabilità e al ristoro dei danni subiti. La c.d. memoria della *collettività*, a sua volta, è condizionata, oltre che dallo scorrere del tempo, dal clamore o all’inverso dall’indifferenza massmediatica attorno a un certo avvenimento<sup>26</sup>; ma quando il giudizio penale approdi a una sentenza di condanna, sia pure non definitiva, è più probabile che il ricordo dell’illecito si radichi nella mente dei consociati. Che ciò avvenga in modo naturale, o piuttosto artificialmente indotto dallo Stato (di cui fa parte il potere giudiziario) o da gruppi di pressione, è altra questione. Diverso ancora, infine, è l’interesse dell’*autorità statale* deputata alla repressione del reato, e a palesare tale interesse può essere qualsiasi atto teso a far proseguire il procedimento penale sino al suo esito fisiologico.

Circa il *telos* della prevenzione generale, ove intesa in chiave negativa, una condanna a grande distanza dalla trasgressione potrebbe accrescere – anziché diminuire – la capacità dissuasiva del diritto penale; ma, come si è visto, è sul versante della prevenzione generale positiva che possiamo cogliere un più nitido nesso funzionale con l’istituto della prescrizione<sup>27</sup>.

L’idea secondo cui la tensione psicologica provata dal *reo* sottrattosi alla giustizia costituisca una forma alternativa di espiazione è smentita dalla mentalità dei delinquenti professionali o ideologizzati e appare obsoleta in

pp. 448-450; E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, 1892, p. 365; ID., *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 151, p. 749; A. ZERBOGLIO, *Della prescrizione penale: studio giuridico*, Torino, 1893, p. 7.

<sup>25</sup> L’espressione è di G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in «GI», 2005, p. 2221.

<sup>26</sup> Che il sentire sociale contemporaneo tenda a reclamare la punizione a prescindere dal *tempus commissi delicti* è notato, ad es., da MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione tra miti populistici e realtà costituzionale*, in «SP», 21 gennaio 2020. In tempi di punitivismo dilagante ne esce ridimensionata anche la tesi secondo cui il nostro senso di *appropriateness* delle emozioni reattive varia col passare del tempo: cfr. i filosofi J. COLEMAN, A. SARCH, *Blameworthiness and Time*, in «Legal Theory», Vol. 18, n. 2, 2012, p. 101.

<sup>27</sup> Lo notano anche F. GIUNTA, D. MICHELETTI [nota 4], p. 43.

un mondo che offre pressoché ovunque l'opportunità di rifarsi una vita.

Le giustificazioni della prescrizione di segno probatorio suonano meno stringenti allorché la stessa maturi durante l'*iter* processuale a seguito di impugnazione e comunque quando l'istruttoria dibattimentale sia completata<sup>28</sup>. Peraltro, quando la prova "oltre ogni ragionevole dubbio" non sia stata raggiunta, l'epilogo dovrebbe essere l'assoluzione nel merito.

Ma v'è di più. Gli alti ideali che innervano l'istituto della prescrizione, calati in una macchina giudiziaria mal funzionante, rischiano di scontrarsi con l'essere del potere punitivo.

La prescrizione è un farmaco che agisce sui sintomi della malattia, senza eliminarne le cause. Non assottiglia il cumulo ipertrofico delle fattispecie penali, non migliora l'organizzazione della giustizia e – nel complesso – non ha mai diminuito i tempi della stessa, neppure negli anni in cui i tassi estintivi hanno raggiunto il picco statistico.

D'altro canto, rispetto all'insostenibile lentezza dei giudizi, la prescrizione rappresenta un palliativo improprio, aggiungendo all'inefficienza del sistema giudiziario l'inefficacia/ineffettività del sistema penale<sup>29</sup>.

La prescrizione, quando interviene, certifica *hic et nunc* il fallimento del sistema. E non può disconoscersi che il disservizio sia ancora più eclatante quando si produca dopo un intero grado di giudizio. Non è ultroneo ricordare che anche un illustre (e pragmatico) sostenitore dell'importanza giuridica dell'istituto in esame, come il Carrara, poteva citare, nella sua vasta esperienza professionale, un solo caso di prescrizione consumata in materia di delitti in corso di procedimento<sup>30</sup>.

La prescrizione è una valvola derogatoria che non determina soverchi problemi quando la sua operatività resta circoscritta e occasionale; mette a rischio la funzione del diritto penale quando degenera in prosaica *routine*.

Purtroppo, la deriva inflazionistica della prescrizione nel corso degli ultimi decenni denota una patologia diffusa, solo parzialmente alleviata nell'ultima decade e mezza. Per vero, dopo il 2005 i tassi di prescrizione si sono ridotti del 40%, passando dagli oltre 213.000 procedimenti estinti

---

<sup>28</sup> Ancora GIOSTRA [nota 25].

<sup>29</sup> Ci paiono condivisibili, al riguardo, alcune osservazioni formulate, in occasione della riforma appena entrata in vigore, da G.L. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in «DPC», 21 gennaio 2019.

<sup>30</sup> «E questo avvenne per errore dell'accusa più che per malizia della difesa»: CARRARA, *Prescrizione penale (Interruzione)*, in «Opuscoli di diritto criminale», II, Lucca, 1870, p. 101.

nel 2004 ai circa 132.000 del 2014<sup>31</sup> e 120.907 del 2018<sup>32</sup>. Tale calo però è stato ottenuto a prezzo di ulteriori distorsioni, di cui daremo conto più precisamente in seguito.

Qual è, allora, al di là delle finalità dichiarate, la *funzione latente* – “concreta” – della prescrizione nella realtà italiana<sup>33</sup>?

Possiamo rintracciare tre funzioni – se vogliamo improprie, ma tutte – vitali nella realtà contingente della giustizia italiana.

Innanzitutto, la causa estintiva serve a “sanzionare” gli inceppamenti della macchina giudiziaria, decretando la perenzione dei processi protrattisi troppo a lungo, in violazione degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU. Per converso può svolgere una funzione “acceleratoria”<sup>34</sup>, in particolare quando la sorte del procedimento non appaia ancora segnata.

In secondo luogo, la prescrizione ha esaltato la funzione – altrettanto latente e impropria – di anticipazione della punizione assunta dalla carcerazione preventiva, che in non poche vicende concrete diviene l’unica pena subita e la sola realmente celere<sup>35</sup>.

*Last but not least*, in un sistema processuale costituzionalmente refrattario all’inazione/abbandono discrezionale dell’azione penale<sup>36</sup>, segnato dall’insuccesso dei riti alternativi e segnatamente dei patteggiamenti<sup>37</sup>,

<sup>31</sup> Sempre nel 2014, la percentuale di processi abortiti per la prescrizione del reato è stata pari al 9,48% di quelli definiti. Cfr. Ministero della Giustizia, *Analisi statistica dell’istituto della prescrizione in Italia*, 7 maggio 2016.

<sup>32</sup> *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2019* del Primo Presidente della Corte di cassazione, Giovanni Mammone, 31 gennaio 2020, p. 29.

<sup>33</sup> Parte della dottrina, proprio per le difficoltà di interpretare in chiave teleologica l’istituto, ne ravvisa il fondamento in mere ragioni di opportunità: P. PISA, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 642.

<sup>34</sup> In termini, la *Relazione* alla proposta di riforma dell’istituto della prescrizione formulata dalla Commissione Fiorella.

<sup>35</sup> In generale, sulla difficile legittimazione della carcerazione preventiva, per il carattere latente di punizione senza condanna, v. E.R. ZAFFARONI, *Espansione del diritto penale e diritti umani*, in «DPC», 2019, n. 4, p. 117.

<sup>36</sup> Cfr. C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 111.

<sup>37</sup> Come segnalato da R. BRICCHETTI, *Poche parole (ma schiette) sul falso mito della prescrizione “ammazza processo” (e altro ancora)*, in «disCrimen», 17 febbraio 2020, p. 4, anche il rito abbreviato (che di “abbreviato” ha poco) nella prassi «ha eroso parte dell’area del patteggiamento». Secondo la *Relazione sull’amministrazione della giustizia 2019*, cit., 24, «gli uffici GIP/GUP definiscono con riti alternativi soltanto l’11% del contenzioso (7% per patteggiamenti e giudizi abbreviati, 4% per decreti penali irrevocabili)».



privato con la riforma costituzionale del 1992<sup>38</sup> della valvola di sfogo delle amnistie, la prescrizione ha rappresentato il principale lenitivo dell'elefantica espansione della criminalizzazione. Detto altrimenti, ha rappresentato la via italiana alla deflazione processuale<sup>39</sup>: una depenalizzazione effettiva – in luogo di quella esplicita ma poco incisiva delle leggi votate a tale obiettivo – che ha consentito a un apparato giudiziale allo stremo di sopravvivere.

Lo conferma anche la preponderante incidenza nella fase delle indagini preliminari (circa il 60% dei casi)<sup>40</sup>, che sottende un correttivo empirico<sup>41</sup> all'astratta obbligatorietà dell'azione penale e al conseguente rischio di paralisi delle attività d'indagine e dei successivi giudizi.

Ma tutto ciò ha un costo salato. L'ampiezza del fenomeno prescrizionale si traduce in una clemenza giudiziaria *day-by-day*, ineluttabilmente casuale e disomogenea: una sorta di "lotteria processuale", ai limiti dell'arbitrio punitivo, giacché diversamente erogata su base territoriale e per segmenti sociali.

Sulla "demografia giudiziaria" della prescrizione disponiamo ormai di statistiche sufficientemente istruttive, che attestano come l'impatto sia assai eterogeneo nei diversi tribunali e corti d'appello<sup>42</sup>.

Sorprende, invece, come il tema della distribuzione sociale della prescrizione sia stato finora ignorato non solo dalla dottrina giuridica, ma anche nelle indagini statistiche e negli studi socio-criminologici ed etnografici<sup>43</sup>. V'è, infatti, il sospetto che a beneficiare della causa estintiva siano in misura minore i soggetti più vulnerabili dagli apparati di *criminal*

<sup>38</sup> Revisione dell'art. 79 Cost., con cui è stato elevato a due terzi il *quorum* richiesto per le leggi d'amnistia e indulto, sì da renderle *de facto* eccezionali.

<sup>39</sup> Sulla prescrizione penale come "valvola deflativa", già N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretrattività fra diritto e procedura penale*, in «FI», V, 1998, c. 334. Più di recente, v. le acute osservazioni di G. SPANGHER riportate in «IQG», 22 ottobre 2019.

<sup>40</sup> Nel decennio 2004-2014 l'incidenza più elevata delle prescrizioni si è avuta nella fase antecedente all'apertura del dibattimento. Questi i dati relativi al 2014: 58% dei casi durante le indagini preliminari; 4% in fase di udienza preliminare; 18% in primo grado; 18% nelle corti d'appello; 1% in Cassazione e un altro 1% dinanzi al giudice di pace. Cfr. Ministero della Giustizia, *Analisi statistica dell'istituto della prescrizione*, cit.

<sup>41</sup> Come fatto notare, però, da G. PIGNATONE, su *Corriere della sera* del 21 novembre 2018, l'elevata percentuale di prescrizioni che maturano prima del processo è dovuta anche alla difficoltà dei tribunali – oberati da troppi procedimenti – di fissare una data d'udienza dopo la chiusura delle indagini, con un protrarsi dell'attesa che dura talvolta anni.

<sup>42</sup> Ancora Ministero della Giustizia, *Analisi statistica dell'istituto della prescrizione*, cit. v. anche *infra* par. 7.

<sup>43</sup> Anche le correnti di pensiero del *legal realism*, della criminologia critica o radicale hanno mostrato, sinora, un sostanziale disinteresse nei confronti della distribuzione della prescrizione per categorie sociali o tipi di reato.

*enforcement*, appartenenti alle classi più svantaggiate, così da alimentare anche su questo terreno la nota selettività delle pene e in particolare del carcere<sup>44</sup>: il “diritto penale d’autore” *in the facts*.

### 5. La legge “ex Cirielli” (l. n. 251/2005)

La prima profonda riforma della disciplina prescrizionale avutasi nel nuovo millennio è quella contenuta nella l. n. 251/2005, nota come legge “ex Cirielli”. Essa fu vivacemente osteggiata da ampi settori dottrinali durante la sua gestazione<sup>45</sup> e alla prova dei fatti ha aggravato le disfunzioni dell’istituto e del sistema penale italiano nel suo insieme.

Tra i tanti profili degni di menzione, ci limitiamo a rammentare in questa sede due innovazioni di sistema.

Innanzitutto, l’abbandono della diversificazione per classi di reato del *tempus praescriptionis*. Il termine di operatività della prescrizione è stato ancorato – quale livello base – al massimo della pena edittale (art. 157, 1° comma, c.p.)<sup>46</sup>, aumentabile per effetto di atti interruttivi fino ad un quarto ai sensi del 2° comma dell’art. 161 c.p.<sup>47</sup> (nel codice Rocco era la metà)<sup>48</sup>.

Autorevole dottrina lamentò la carica “criminogena” della novella da cui discendeva una riduzione considerevole dei termini di prescrizione per numerosi illeciti, con «un invito autentico a commettere gravissimi reati, con la garanzia dell’impunità»<sup>49</sup>. Se dal 2005 in poi i tassi di prescrizione – come si è detto – si sono all’inverso ridotti, nel complesso, del 40%, ciò è per lo più dipeso da un’altra inquietante tendenza innescata dalla “ex Cirielli”: un forte impulso ad innalzare i massimi edittali per molte fattispecie, proprio al fine di ottenere un allungamento del termine

<sup>44</sup> Cfr., da ultimo, D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, pp. 111 ss.

<sup>45</sup> Cfr., per tutti, il commento critico di GIUNTA, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla Legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di F. Giunta, Milano, 2006, pp. 1 ss.

<sup>46</sup> Con un minimo di 6 anni per i delitti e 4 per le contravvenzioni. Per taluni reati (ad es. associazione di tipo mafioso, omicidio stradale, violenza sessuale, delitti ambientali) i termini sono raddoppiati (art. 157, 6° comma, c.p.).

<sup>47</sup> Nessun limite all’aumento è sancito per i reati di cui all’art. 51, commi 3° *bis* e 3° *quater*, c.p.p. Nelle ipotesi di recidiva aggravata l’aumento massimo è pari alla metà, nella recidiva reiterata a due terzi, per i delinquenti abituali o professionali al doppio.

<sup>48</sup> Di contro, si è voluto depurare il calcolo del tempo necessario a prescrivere dalla discrezionalità insita nel giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee.

<sup>49</sup> G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell’abolizione del diritto penale*, in «RIDPP», 2004, n. 4, p. 980.

prescrizionale<sup>50</sup>. L'esito distorto sul piano della proporzione punitiva è sotto gli occhi di tutti. È stato scardinato in molte fattispecie criminose (proporzione "intrinseca"), e più in generale tra diverse categorie di illeciti in seno al sistema penale (proporzione "estrinseca"), l'equilibrio tra entità della pena e gravità del reato.

Un secondo tratto deformante della riforma del 2005 è stata la differenziazione degli effetti degli atti interruttivi per categorie soggettive. Tale soluzione rigoristica ha riesumato postulati positivistici<sup>51</sup> e solleva forti dubbi sul piano della ragionevolezza<sup>52</sup>, non sussistendo un chiaro nesso tra l'orologio della prescrizione e lo *status* dell'autore legato ai precedenti penali o all'abitudine/professionalità nel delitto.

#### 6. La riforma "Orlando" (l. n. 103/2017)

A distanza di dodici anni della legge *ex Cirielli*, altre innovazioni di portata generale sono state apportate dalla l. n. 103/2017. La maggior parte, però, è stata depennata e rimpiazzata dalla subentrante l. n. 3/2019.

Circa le novità elise dall'ultimo provvedimento legislativo, che continueranno a operare per i soli fatti concomitanti, la c.d. legge Orlando era intervenuta anzitutto sul regime sospensivo della prescrizione; ciò attraverso varie modifiche dell'art. 159 c.p., ispirate anche ad alcune proposte della Commissione Fiorella. In particolare, si era pensato di introdurre due nuovi (eventuali) periodi di sospensione, per un tempo non superiore a un anno e sei mesi, decorrenti dal termine per il deposito della motivazione della (sola) sentenza di condanna – rispettivamente – in primo e secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, fino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo o della sentenza definitiva (cfr. art. 159, 2° comma, c.p.).

<sup>50</sup> Un'altra tendenza che ha pesato nella riduzione delle prescrizioni è stata la proliferazione di fattispecie per le quali è previsto un regime derogatorio in materia di atti interruttivi *ex* art. 161, comma 2, c.p.

<sup>51</sup> Sul legame della prescrizione con le condizioni soggettive e i precedenti del *reo* cfr., ad es., FERRI [nota 24], p. 152, p. 749; E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, I, parte II, II ed., Milano, p. 342.

<sup>52</sup> PULITANÒ, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in «disCrimen», 17 luglio 2018, n. 14. Di contro, pur criticando la scelta legislativa, non ha ravvisato una "intrinseca contraddittorietà" con il principio di uguaglianza, MICHELETTI, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla Legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta, cit., p. 286.

Pertanto, siccome la sospensione non avrebbe potuto operare a seguito di impugnazione di una sentenza non di condanna, parte della dottrina aveva paventato «un'attività processuale più affrettata nel caso di appello di sentenza assolutoria»<sup>53</sup>.

Inoltre, il meccanismo congegnato era piuttosto farraginoso, poiché l'aumento del termine prescrizionale dovuto a tali cause sospensive era comunque confinato alle condanne confermate nel grado successivo. Infatti, ai sensi del novellato 3° comma dell'art. 159 c.p. (del pari soppresso dalla novella del 2019), nel caso in cui nel grado successivo fosse intervenuta sentenza di proscioglimento o di annullamento della sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità, o se ne fosse dichiarata la nullità ai sensi dell'art. 604, commi 1°, 4° e 5° *bis* c.p.p., i periodi sospensivi intercorsi – per il giudizio d'appello o di cassazione – avrebbero dovuto essere computati ai fini della determinazione del termine di prescrizione finale<sup>54</sup>.

Circa la parte non travolta dalla legge spazzacorrotti, la riforma Orlando ha, anzitutto, ampliato il novero delle ipotesi sospensive contemplate dall'art. 159, 1° comma, con l'innesto delle rogatorie all'estero.

Altre due novità sopravvissute hanno riguardato i reati contro la pubblica amministrazione: a) la modifica dell'art. 161 c.p. con cui è stato elevato alla metà (in luogo di un quarto) l'aumento massimo del tempo necessario a prescrivere derivante da cause interruttrive; b) l'interpolazione all'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. (cfr. nuova lett. *f bis*), con cui si è sancita la trattazione prioritaria dei procedimenti per i delitti di concussione, induzione e corruzione.

L'ultima variazione, che è anche l'unica *in bonam partem*, ha investito l'art. 161, 1° comma, c.p., il quale tuttora sancisce un'efficacia della sospensione limitata agli imputati nei cui confronti si stia procedendo.

Dinanzi a modifiche non marginali, sarebbe stato sicuramente più accorto attendere un periodo di decantazione, per soppesarne con piena coscienza gli esiti. Invece, un legislatore infrenabile ha deciso di intervenire *ex novo*, disponendo l'abrogazione di un'ampia porzione della disciplina

<sup>53</sup> F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in «DPC», 2016, n. 1, p. 57. Per un approfondito vaglio critico della riforma "Orlando", v. A. CAVALIERE, *Le nuove disposizioni "emergenziali" in tema di prescrizione del reato*, in *Speciale commento l. 103/2017*, in «LP».

<sup>54</sup> Autorevole dottrina aveva sostenuto la cumulabilità della perdita retroattiva di efficacia delle sospensioni conseguenti alle sentenze di condanna in primo e secondo grado, allorché la Cassazione avesse annullato la decisione nella parte relativa all'affermazione di responsabilità: VIGANÒ, *La nuova disciplina della prescrizione del reato: la montagna partorì un topolino?*, in «DPP», 2017, n. 10, p. 1293.

appena emanata, a decorrere dal 1° gennaio 2020, quando è finalmente entrata in vigore la porzione della l. n. 3/2019 concernente la prescrizione del reato.

### 7. La nuova prescrizione nella L. n. 3/2019 (c.d. “spazzacorrotti”)

Veniamo allora alle novità in tema di prescrizione del reato introdotte dalla legge – etichettata dai promotori – “spazzacorrotti”, che rappresentano quelle più aspramente discusse dell’ennesimo provvedimento anticorruzione.

Si è proceduto, a tal proposito, con modifiche mirate agli artt. 158, 159 e 160 c.p.

La variazione più saliente riguarda l’introduzione di un’ulteriore ipotesi di “sospensione” della prescrizione (art. 159, 2° comma, c.p.), decorrente «dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell’irrevocabilità del decreto di condanna» (*dies ad quem* dell’effetto sospensivo)<sup>55</sup>. In breve, una volta che sia intervenuta sentenza definitiva del primo grado di giudizio, a prescindere dal fatto che si tratti di provvedimento di condanna o di assoluzione, il reato non potrà più estinguersi per intervenuta prescrizione.

Non si tratta allora di vera “sospensione”, concetto che sul piano tecnico esprime una stasi temporanea, dettata – nelle ipotesi originariamente previste dal codice Rocco – dall’impossibilità momentanea di proseguire il procedimento. Si tratta, invece, del venir meno *tout court* della prescrizione nei giudizi successivi al primo<sup>56</sup>; una soluzione che riprende alcune proposte rigoristiche di poco anteriori (cfr., ad esempio, il c.d. Progetto Gratteri).

La seconda novità di rilievo concerne il regime della prescrizione in caso di *reato continuato*. Sostituendo il 1° comma dell’art. 158 c.p., e reintroducendo la disciplina antecedente alla legge *ex* Cirielli del 2005, il *dies a quo* è stato fissato nel giorno di cessazione della continuazione, anziché nel momento di commissione di ciascun reato avvinto dall’unitario disegno criminoso. È stata così rimessa in onore la concezione unitaria del reato continuato, originariamente sancita dal

---

<sup>55</sup> Per esigenze di coordinamento sono stati abrogati il 3° e il 4° comma dello stesso art. 159 c.p., nonché il 1° comma dell’art. 160 c.p., che individuava, quali cause di interruzione del corso della prescrizione, la pronuncia della sentenza o del decreto penale di condanna.

<sup>56</sup> Osserva giustamente GATTA [nota 29] che la regola «avrebbe potuto trovare sede più adeguata nell’art. 158 c.p. (“Decorrenza del termine della prescrizione”)».

codice Rocco in materia di prescrizione<sup>57</sup>.

Il blocco della prescrizione dopo il primo grado di giudizio, esteso a qualsiasi reato (anche le contravvenzioni più bagatellari!), ha catalizzato le vibranti critiche della comunità dei penalisti, nella sua duplice componente accademica<sup>58</sup> e forense<sup>59</sup>, e di taluni settori della stessa magistratura.

Come sempre, la diatriba sulle sorti dell'istituto ha tratto alimento da diverse visioni circa la funzione della giustizia criminale e dei rapporti tra cittadino-imputato, Stato e vittime dei reati. Il divario, però, è sfociato, nelle istituzioni e negli organi d'informazione, in una *querelle* ideologica e polarizzata, con posizioni inconciliabili. Se taluni osservatori hanno vaticinato una salutare riduzione dei tempi processuali, per il ridotto interesse dei condannati ad impugnare e a ricorrere a (presunte) tattiche dilatorie, altri hanno paventato la definitiva paralisi del sistema giudiziario penale e un sacrificio intollerabile dei diritti della persona accusata, persino quando assolta.

Occorre sforzarsi di soppesare questa revisione del regime prescrizionale con sguardo oggettivo e scevro da preconcetti.

Cominciando dai punti a favore, la riforma ci accomuna a vari ordinamenti stranieri a costituzione rigida e non meno civili del nostro<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Disapprova tale scelta, per la distonia con l'attuale assetto del reato continuato, CAVALIERE, *Le norme in materia di prescrizione*, in *La cd. legge 'spazzacorrotti'. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di G. Iasevoli, Cacucci, Bari, 2019, p. 162.

<sup>58</sup> Tra i tanti, un reciso dissenso hanno espresso, con diversità di sfumature argomentative, BARTOLI [nota 20], pp. 65 ss.; CAVALIERE [nota 57]; FLICK, *Spazzacorrotti e spazzaprescrizione o spazzadritti?*, 2018, in <http://www.camerepenali.it>; GIUNTA, *La prescrizione. Ultimo atto?*, in «disCrimen», 31 gennaio 2020; MICHELETTI, *La prescrizione a cinque stelle*, *ivi*, 8 ottobre 2018; INSOLERA, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in «DPC», 8 novembre 2018; G. LOSAPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in «SP», 23 dicembre 2019; MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in «RIDPP», 2019, pp. 557 ss.; S. MOCCIA, *Prescrizione, Bonafede gioca con i diritti*, in «Il Manifesto», 24 novembre 2019; F. MORELLI, *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo*, in «RIDPP», 2019, p. 1599; PULITANÒ, *La giustizia penale e il tempo*, in «SP», n. 12, 2019, pp. 16 ss. Per diverse considerazioni, pur non sottacendo alcune criticità della riforma, GATTA, *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in «DPC», 5 novembre 2018; GATTA, GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in «SP», 11 febbraio 2020; R. CANTONE, *Riformare la prescrizione del reato garantendo la ragionevole durata del processo: un'occasione da non perdere*, in «SP», 18 dicembre 2019; P. BRONZO, *La prescrizione del reato sotto l'incubo della ragionevole durata*, in «SP», 29 luglio 2020.

<sup>59</sup> Basti pensare ai comunicati e prese di posizione dell'Unione delle Camere penali.

<sup>60</sup> Soprattutto, Germania (par. 78b, 3° comma, StGB) e Svizzera (art. 97, 3° comma, c.p.); ma anche Spagna (dove a far cessare il decorso della prescrizione, dopo una novella

Essa è stata indotta anche dalle statistiche che rivelano una maggiore incidenza della prescrizione per i reati economici e contro la p.a. rispetto ad altri illeciti<sup>61</sup>. Una spinta decisiva è venuta, infine, dai continui richiami degli organismi europei e internazionali, che non a caso si sono affrettati a plaudire alla novella<sup>62</sup>. Milita a favore della novella, infine, la constatazione che sarebbe improprio considerare la prescrizione come una panacea dell'irragionevole durata dei procedimenti penali.

Ammesso quanto precede, è arduo disconoscere però i gravi limiti del recente intervento che, nelle condizioni reali della giustizia penale italiana, risolverà pochi problemi e altri verosimilmente ne provocherà.

In assenza di correttivi in grado di ridurre la durata media dei processi, specie dei giudizi d'appello (pari a ben 840 giorni nell'anno giudiziario 2018-2019<sup>63</sup>), e il numero insostenibile di cause pendenti, la recente revisione della prescrizione, coerentemente alla filosofia emergenziale dell'intero impianto novellistico<sup>64</sup>, finisce per anteporre le ragioni della potestà punitiva dello Stato e – almeno negli intendimenti governativi – delle vittime<sup>65</sup> all'interesse degli imputati ad essere giudicati in tempi certi. Su questi ultimi verrà interamente scaricato il peso delle inefficienze della giustizia penale<sup>66</sup>.

---

del 2010, è già l'avvio del processo penale: art. 132, 2° comma, c.p.), Austria (par. 58, 3° comma, n. 2, StGB: blocco dal momento del primo interrogatorio dell'indagato), ecc. Cfr. E. ADDANTE, M. LOMBARDO, *La prescrizione del reato*, IUS Pisa University Press, Pisa, 2018. Sulle discipline tedesca e austriaca, v. M. HELFER, *La prescrizione del reato: quali rapporti tra diritto e tempo in Germania, in Austria e, di recente, in Italia*, in «DPC», n. 11, 2017, pp. 97 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Ministero della Giustizia, *Analisi statistica dell'istituto della prescrizione in Italia*, cit.

<sup>62</sup> V., dopo reiterati rilievi, Council of Europe, Greco, *Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Compliance Report Italy*, Strasbourg, 7 dicembre 2018, par. 44. In un documento del 26 febbraio 2020, si è espressa positivamente sulla riforma della prescrizione (ritenuta «in linea con una raccomandazione specifica formulata da tempo») anche la Commissione UE, pur continuando a biasimare la lunghezza dei tempi processuali in Italia.

<sup>63</sup> La *Relazione sull'amministrazione della giustizia 2019*, cit., 24, in cui si nota, però, «che buona parte dei quasi due anni e mezzo che esso attualmente richiede sono imputabili a “tempi di attraversamento” che nulla hanno a che vedere con la celebrazione del giudizio».

<sup>64</sup> Sia consentito rinviare a V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in «DPC», n. 5, 2019, pp. 231 ss. Una logica emergenziale, secondo CAVALIERE [nota 53], traspariva anche dalla precedente riforma “Orlando” della prescrizione.

<sup>65</sup> Invero, però, interesse della vittima non è solo che il reato non si prescriva, ma soprattutto che la giustizia non sia eccessivamente tardiva.

<sup>66</sup> Tali inefficienze, ovviamente, sono state aggravate – e lo saranno viepiù nei prossimi mesi

Intento del legislatore è rimuovere la prospettiva di “lucrare” la prescrizione tenendo artificiosamente in vita il processo dopo la sentenza di condanna, scoraggiare impugnazioni pretestuose e in generale tattiche di “galleggiamento”, incentivare l’attivazione dei riti speciali.

La realtà delle cose induce, però, allo scetticismo.

Circa i riti premiali, il patteggiamento (specie quello “allargato”) mostra numeri insoddisfacenti e la ragione è da ravvisare, per un verso, nella ridotta convenienza per l’indagato/imputato, e, per altro verso, nelle sempre più accentuate esclusioni e condizioni applicative settoriali.

La novella, verosimilmente, non disincentiverà più di tanto l’interposizione di gravami. La propensione ad impugnare resterà forte per tutti gli imputati che abbiano motivo di temere le conseguenze negative dell’esecutività di una sentenza di condanna per la loro libertà o per i loro beni, o comunque ragione di contestare imputazioni spesso vacillanti – anche per l’enorme mole di procedimenti –, e a cascata, motivazioni giudiziali non di rado attaccabili in fatto e in diritto.

Peraltro, i cavillosi stratagemmi a cui i difensori sarebbero soliti ricorrere per causare l’inerzia del processo sono più supposti che reali<sup>67</sup>. Alcune semplicistiche e demagogiche narrazioni non di rado sottendono una mortificazione del ruolo della difesa. Le statistiche rivelano come a pesare sull’incidenza della prescrizione siano assai più le carenze della macchina giudiziaria che l’esasperazione difensiva dei profili formali della procedura penale. Tanto più che, già con la L. n. 251/2005, si è sancito che il procedimento/processo penale resta sospeso in tutti i casi di «impedimento delle parti e dei difensori ovvero [...] richiesta dell’imputato o del suo difensore» (art. 159, 1° comma, n. 3)<sup>68</sup>. In definitiva, residuano ben pochi varchi per imbastire tattiche dilatorie. Forse gli unici rallentamenti in qualche modo legati al (sacrosanto) esercizio dei diritti difensivi riguardano le udienze rese vane dalla mancata presentazione di testimoni indicati dalla difesa. Problematico e meritevole

– anche dal verosimile effetto di saturazione processuale provocato dal rinvio di gran parte delle udienze penali e conseguente sospensione della prescrizione, disposti dall’art. 83 del d.l. n. 18/2020 (c.d. “Cura Italia”). Cfr., con rilievi critici, MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in «AP», 2020, n. 1; *supra* nt. 11, circa le ricadute costituzionali.

<sup>67</sup> Lo riconoscono oggi anche autorevoli componenti della magistratura: ad es., R. BRICCHETTI [nota 37], p. 4.

<sup>68</sup> Ma se la sospensione è dovuta a impedimento delle parti o dei difensori «l’udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell’impedimento, dovendosi avere riguardo in caso contrario al tempo dell’impedimento aumentato di sessanta giorni».



di revisione resta, *sine dubio*, il sistema delle notifiche.

Di certo, la riforma non intaccherà l'ampia fetta di archiviazioni per prescrizione nel corso delle indagini (come detto circa il 60% di tutte le prescrizioni nel 2014; il 42,7% del totale delle definizioni da parte delle Procure nel 2018), ma solo quella parte – comunque non irrilevante – di prescrizioni che maturano nel grado di appello: il 18% circa del totale dei procedimenti prescritti, con un'incidenza sui procedimenti definiti dalle corti d'appello che si è stabilizzata da qualche anno intorno a un quarto (24% nel 2014<sup>69</sup>, 25,8% nel 2017, 25,4% nel 2018<sup>70</sup>), sebbene con una sconcertante disomogeneità tra i vari distretti<sup>71</sup>. Attesa anche l'irretroattività delle nuove norme (applicabili ai reati commessi dopo il 1° gennaio 2020), l'impatto, almeno nel medio periodo, rischia di essere più simbolico – mediatico, appunto – che tangibile.

Indubbiamente, la riforma della prescrizione è inane dinanzi alle profonde disfunzioni della macchina giudiziaria e anzi rischia di esacerbarle. Conseguentemente, a fronte di una palingenesi necessaria ma alquanto aleatoria del processo penale e delle strutture giudiziarie, sarebbe stato più assennato prendere atto dei pericoli di ulteriore dilatazione dei tempi processuali<sup>72</sup>. In effetti, l'interruzione definitiva della prescrizione dopo il primo grado potrebbe disincentivare l'autorità giudiziaria dal procedere con speditezza almeno nei casi in cui oggi il rischio estintivo è più pressante.

La diga eretta contro la prescrizione dopo il primo grado non è incostituzionale *in sé* e lo dimostra l'indagine comparatistica. Ma se si confronta la situazione giudiziaria di altri paesi con quella italiana, la vocazione imitativa ne esce fortemente incrinata.

Domandiamoci: è così inverosimile che l'imputato, persino quando sia assolto in primo grado, rimanga impigliato indefinitamente nella ragnatela della giustizia penale, subendo una sorta di inumano “ergastolo processuale”?

Purtroppo, nulla è stato fatto finora per affrontare alla radice le cause della durata irragionevole dei processi penali, in ciascuno dei segmenti in cui si snodano, a partire dalla fase preliminare. Aleggia, dunque, il pericolo di un cortocircuito devastante.

<sup>69</sup> Cfr. Ministero della Giustizia, *Analisi statistica dell'istituto della prescrizione in Italia*, cit. Ancora nel 2018 un 25% circa di reati è caduto in prescrizione in appello: cfr. il documento della Commissione UE citato alla nt. 60. La prescrizione, inoltre, viene rilevata nell'8% dei procedimenti in primo grado e solo nell'1,7% dei giudizi di cassazione.

<sup>70</sup> V. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 24.

<sup>71</sup> Nel 2019 l'incidenza della prescrizione sui procedimenti definiti presso le corti d'appello ha oscillato, ad es., dal 48% di Roma, al 29,5 di Napoli e al 2,91% di Milano.

<sup>72</sup> Sul punto v. il paragrafo conclusivo.

In definitiva, a noi sembra che la soluzione importata da ultimo in Italia difficilmente potrà reggere a un vaglio di ragionevolezza – ovviamente previa verifica di rilevanza nel giudizio *a quo* –, considerate l'inadeguatezza e la sproporzione del mezzo (blocco della prescrizione) rispetto agli scopi legittimamente perseguiti (una maggiore efficacia della repressione penale). A motivare tale conclusione sono le condizioni del nostro sistema giudiziario e gli inevitabili contraccolpi su vari principi fondamentali: principio personalistico (art. 2 Cost.) in relazione alla certezza della durata processuale<sup>73</sup>, funzione rieducativa della pena (art. 27, 3° comma, Cost.), ragionevole durata del processo (art. 111, 2° comma, Cost.; art. 6 CEDU).

#### 8. *Accertamento del reato prescritto e tecniche di “riduzione sanzionatoria”. Il nodo della confisca*

Prima di passare alla parte conclusiva del lavoro, ci sembra utile soffermarci brevemente su un'altra questione che attiene al rapporto tra prescrizione e accertamento della responsabilità, per verificare se sussista una reale incompatibilità logica.

Come abbiamo visto, l'opera “demolitrice” del tempo può far perdere all'ordinamento l'interesse alla repressione del reato. Ciò non implica, però, l'ineluttabile rinuncia a qualsiasi altra reazione, diversa dalla pena criminale. Qualche misura, persino sanzionatoria, potrebbe sopravvivere, sì da richiedere comunque la gnoseologia del processo di cognizione, diretta all'accertamento dei fatti<sup>74</sup>. Potrebbero raccomandarlo elementari esigenze di ordine sociale, come la riaffermazione del diritto (anche a tutela delle persone offese), e di corretta distribuzione dei benefici dell'interazione interpersonale.

A nostro avviso, le misure potenzialmente candidate a resistere all'estinzione del reato, in presenza comunque di un accertamento di responsabilità, non dovrebbero avere un contenuto afflittivo, cioè comportare l'inflizione di sofferenza, la perdita o riduzione di diritti legittimi.

L'assunto merita di essere chiarito. Sappiamo che l'esecuzione fattuale del “dolore” insito in una reazione punitiva può in concreto mancare<sup>75</sup>. Ciò che, invece, è sempre presente in qualsiasi sanzione afflittiva (personale

<sup>73</sup> Su quest'ultimo principio, limpidamente, F. PALAZZO [nota 53], p. 57.

<sup>74</sup> Spunti in tal senso anche in PULITANÒ [nota 52], p. 14; ID. [nota 58], p. 17.

<sup>75</sup> L'esecuzione di una sanzione penale potrebbe, ad es., essere condizionalmente sospesa.

o patrimoniale) irrogata dal giudice penale, in base ad un rimprovero di colpevolezza, è il messaggio stigmatizzante, il *blaming*, che pure in qualche misura rappresenta una sofferenza inflitta al *reo*: un male simbolico-comunicativo<sup>76</sup>. Tale stigma penale, in assenza di un provvedimento formale e irrevocabile di condanna, è del tutto incompatibile con il principio di presunzione di non colpevolezza.

Negli ultimi anni si registra una tendenza giurisprudenziale a limitare l'effetto estintivo della prescrizione alle sole sanzioni di natura *stricto sensu* penale, ammettendo la prosecuzione del giudizio per una pluralità di fini diversi. Oltre alla decisione sugli effetti civili (a seguito di impugnazione dell'imputato contro una sentenza di condanna: art. 578 c.p.p.<sup>77</sup>) e alla pronuncia sulla falsità dei documenti (possibile ai sensi dell'art. 537 c.p.p. anche in caso di proscioglimento), assume peculiare salienza la propensione ad ammettere l'applicazione di varie ipotesi di confisca, pur in assenza di condanna formale definitiva, ma previo accertamento di un illecito colpevole: una dichiarazione di responsabilità la cui carica simbolica è evidentemente inferiore alla condanna. Può pensarsi alla confisca-misura di sicurezza (*ex* art. 236, 2° comma, c.p.)<sup>78</sup>, a varie ipotesi di ablazione speciale, come la confisca urbanistica e quella che segue all'accertamento dei reati doganali, nonché alla confisca di sproporzione *ex* art. 240 *bis* c.p., espressamente richiamata dall'art. 578 *bis* c.p.p.<sup>79</sup>.

Ci pare legittimo ragionare sulla possibilità – a certe condizioni – di sottrarre all'effetto neutralizzante della prescrizione del reato forme di ablazione meramente *ripristinatorie* della situazione patrimoniale del

<sup>76</sup> Ci sembra utile la distinzione, elaborata in relazione alle pene criminali da SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcellona 2018, pp. 113 ss., tra una dimensione “sostanziale” (essenziale), vale a dire l’inflizione statutale – attraverso l’imposizione della pena – di un male simbolico-comunicativo al soggetto rimproverato per il reato commesso, e una dimensione “accidentale”, cioè il male insito nella privazione/restrizione di diritti (esecuzione del castigo), che però nei fatti potrebbe non esplicarsi.

<sup>77</sup> La norma – che si applica solo in caso di impugnazione dell'imputato già condannato: Cass. Sez. I, 13 giugno 2013, n. 26016, rv. 255714 – è chiaramente rivolta a tutelare le ragioni della parte civile in caso di scadenza dei termini prescrizionali; in tal caso il processo prosegue ai soli fini dell'accertamento della responsabilità civile, secondo le regole e garanzie del processo penale: Cass. Sez. II, 9 giugno 2017, n. 28959, rv. 270364.

<sup>78</sup> Merita segnalare che l'ordinanza della V Sez. della Cassazione, 12 febbraio 2020, n. 7881, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione se sia legittima o meno la confisca facoltativa diretta del profitto del reato ai sensi dell'art. 240, 1° co., c.p., in presenza di pronuncia di prescrizione, pur facente seguito a condanna di primo grado.

<sup>79</sup> Cfr. per una stringata rassegna di queste conseguenze *post-estintive*, Cass. Sez. III, 17 luglio 2019, n. 31282, rv. 277167.

*reo* antecedente al reato: essenzialmente, ipotesi di confisca del profitto (restrittivamente inteso), per le quali non pare eccessivo replicare schemi di accertamento geneticamente pensati per le decisioni sugli effetti civili in costanza di prescrizione (art. 578 c.p.p.).

Desta invece fondate perplessità quella giurisprudenza<sup>80</sup>, anche costituzionale<sup>81</sup> e convenzionale<sup>82</sup>, che tollera l'inflizione, pure in caso di proscioglimento per prescrizione del reato maturata durante il processo, di sanzioni ablatorie di natura punitiva (dunque sostanzialmente penali in accezione CEDU), quale certamente è, nell'ordinamento interno, la confisca urbanistica. Il concetto di "condanna sostanziale", sbandierato in questi casi, in realtà è un accertamento di responsabilità che – quantunque svolto nel contraddittorio tra le parti e secondo lo standard probatorio richiesto per le sentenze di condanna – non potrà mai equivalere, a rigore, alla condanna definitiva *ex art. 27, 2° comma, Cost.*<sup>83</sup>, dunque a una condanna che abbia resistito anche all'attento scrutinio dei motivi di gravame.

Più complesso è il discorso per le ipotesi di confisca testualmente richiamate dall'art. 578 *bis* c.p.p., norma che concede al giudice di appello o alla Corte di cassazione la possibilità di decidere, in caso di estinzione del reato per prescrizione o per amnistia, sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato.

Tale congegno è stato originariamente pensato per la confisca "allargata" o "di sproporzione" (art. 240 *bis* c.p.), di cui la giurisprudenza esclude la connotazione punitiva, asserendo – invero discutibilmente – una funzione puramente preventiva; e proprio tale inquadramento ha certo agevolato

<sup>80</sup> Cass. Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5936, rv. 274860. Da ultimo, le Sezioni Unite della Cassazione, ud. 30 gennaio 2020, hanno ritenuto che, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla Corte Edu in *G.I.E.M.* (*infra*, nt. 80), «fermo restando che, ove la prescrizione maturi nel corso del giudizio di primo grado, il disposto dell'art. 129, comma 1, c.p.p. non consente la prosecuzione dello stesso ai fini di disporre la confisca».

<sup>81</sup> C. cost. 14 gennaio 2015, n. 49.

<sup>82</sup> CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*.

<sup>83</sup> Per considerazioni più distese, sia consentito rinviare a MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in «GC», 2015, n. 2, pp. 421 ss. Il profilo dell'incompatibilità con la presunzione di innocenza (art. 6.2. CoEDU) di una confisca punitiva irrogata *sine condemnatoria sententia* è stato eluso, nei termini indicati nel testo, da CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, cit., che pur ha condannato l'Italia, anche per violazione di tale parametro, ma sotto altri profili.

l'approdo normativo di cui stiamo parlando.

La recente legge “spazzacorrotti” ha esteso il precetto derogatorio dell'art. 578 *bis* c.p.p. alla confisca speciale – obbligatoria ed anche per equivalente – del prezzo o profitto dei principali delitti contro la p.a. (art. 322 *ter* c.p.)<sup>84</sup>. Tale innovazione appare eversiva dell'assetto sistematico delle confische maturato all'esito di una defatigante elaborazione giurisprudenziale, in particolare con le Sezioni unite *Lucci*<sup>85</sup>, che in nome di un asserito carattere afflittivo e sanzionatorio della *value confiscation* avevano escluso la possibilità di applicarla in caso d'intervenuta prescrizione, diversamente dalla confisca diretta del prezzo/profitto storico del reato (art. 240 c.p.).

Ci sembra, dunque, che il legislatore del 2019 abbia assestato un duro colpo agli sforzi giurisprudenziali – non del tutto convincenti, a dire il vero – di sistematizzare la materia delle confische attorno alla dicotomia tra misura di sicurezza patrimoniale a scopo di prevenzione di una pericolosità di tipo obiettivo (confisca diretta, confisca allargata), com'è noto sottratta a svariate garanzie penalistiche, e confisca “sanzionatoria” (quella per equivalente), assoggettata a tutti i corollari del principio di legalità, al principio di colpevolezza, alla presunzione di non colpevolezza (e quindi alla necessità di una condanna), ecc.

A noi pare, inoltre, che se la Corte costituzionale vorrà ribadire la qualificazione sostanzialmente penale della sanzione ablativa per equivalente<sup>86</sup>, potrebbero profilarsi motivi di incostituzionalità dell'innesto dell'art. 322 *ter* c.p. nell'art. 578 *bis* c.p.p., a meno di non interpretare – ma in senso difforme dalla *littera legis* – tale richiamo come riferito al solo 1° comma (confisca diretta)<sup>87</sup>.

Un'ultima notazione è doverosa. L'entrata in vigore lo scorso gennaio della nuova, anomala, ipotesi di sospensione della prescrizione dopo un provvedimento di primo grado ha implicitamente assorbito il disposto di cui all'art. 578 *bis* c.p.p., impedendo di fatto la maturazione della

<sup>84</sup> Su questa novità, *amplius*, M.L.A. DI BITONTO, *Pronuncia sulla confisca del giudice dell'impugnazione nei casi di estinzione del reato per amnistia o prescrizione*, in Iasevoli [nota 57], pp. 253 ss.

<sup>85</sup> Cass. SU., 22 novembre 2005, n. 41936, rv. 264434 e rv. 264435.

<sup>86</sup> Cfr., ad es., C. cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, «GC», 2009, 984p. e Id., ord. 20 novembre 2009, n. 301, *ivi* 2009, p. 4587, entrambe in materia di confisca per equivalente nel settore dei reati tributari.

<sup>87</sup> Di contro, se si ritiene che l'innovazione dovuta alla l. n. 3/2019 riguardi anche la confisca per equivalente, smussandone la fisionomia punitiva, la nuova disposizione non avrebbe natura meramente processuale, ma almeno mista, dunque anche sostanziale, con conseguente applicazione del principio di irretroattività.

prescrizione dopo una sentenza di condanna<sup>88</sup>. La portata precettiva della norma del codice di rito potrebbe esaurirsi, allora, nell'espressa preclusione di provvedimenti aventi ad oggetto le ipotesi di confisca richiamate, in caso di prescrizione del reato antecedente ad una sentenza di condanna oggetto di impugnazione: un esito a cui la più recente giurisprudenza sembrava, comunque, già pervenuta.

### 9. Bilanciamento tra valori e interessi. Il rapporto con la ragionevole durata del processo

Quanto sin qui osservato, conferma che la giustizia punitiva – l'accertamento dei reati e l'applicazione delle pene – non può vivere in una dimensione che trascenda il tempo. Nondimeno, trovare una sintesi tra gli argomenti favorevoli e contrari alla prescrizione penale resta operazione delicata e complessa.

Non è ravvisabile – lo abbiamo già notato – una giustificazione razionale assoluta e univoca dell'istituto. Le scelte ordinamentali intorno all'*an* e al *quomodo* della prescrizione risentono delle tradizioni culturali, dei contesti giuridici e dei modelli processuali di riferimento. Tutto il regime della prescrizione – inclusa la determinazione delle soglie temporali – è intriso di politicità, e spesso le contrapposizioni ideologiche camuffano sotto il semplicismo degli *slogan* il difficile equilibrio tra esigenze di vario tenore.

Di "diritto all'oblio" (o aspettativa costituzionalmente tutelata alla prescrizione) può senza dubbio parlarsi in un sistema costituzionale edificato sul principio personalistico. Come in molti altri casi, però, non si tratta di un diritto costituzionale assoluto, ma da bilanciare con altri interessi e valori.

La dimostrazione più eloquente si ricava proprio dall'esistenza, in pressoché ogni ordinamento, di reati imprescrittibili<sup>89</sup> per l'estrema gravità e odiosità, rispetto ai quali è data prevalenza assoluta allo *ius puniendi*. Nel nostro sistema penale, si tratta di quelli puniti con l'ergastolo (art. 157, 8° comma, c.p.) e *de facto* di tutti quelli richiamati dall'art. 51, commi 3° *bis* e 3° *quater*, c.p.p. in presenza di atti interruttivi (art. 160, 3° comma, c.p.)<sup>90</sup>.

In tutti gli altri casi, i termini di prescrizione tendono a variare

<sup>88</sup> G. VARRASO, *La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina "a termine"*, in «DPC», 4 febbraio 2019.

<sup>89</sup> Sul punto, cfr., ad es., GIOSTRA [nota 25], p. 2222.

<sup>90</sup> PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano 2012<sup>10</sup>, p. 370.

significativamente, sempre in funzione della gravità del reato, ma senza che ciò importi lesioni del principio di uguaglianza.

In definitiva, il giusto assetto giuridico della prescrizione è questione di bilanciamento tra esigenze contrapposte, tutte provviste di rango costituzionale<sup>91</sup>. E come ogni altro bilanciamento, esso deve essere *ragionevole* per poter superare un vaglio di costituzionalità al metro dell'art. 3 della Carta fondamentale.

Sono tanti i valori in ballo: *in primis* i valori personalistici alla base della nostra Costituzione, come la già evocata possibilità del pieno sviluppo della persona umana e la finalità rieducativa della pena; di seguito, l'interesse all'accertamento della "verità processuale" della società e delle vittime; l'effettività della pena in vista della tutela di beni avvertiti come di particolare rango, ma anche la necessità che essa sia strumento di pacificazione e non di turbamento di una coscienza collettiva talvolta già acquietatasi grazie al passare del tempo; il principio di legalità penale; la ragionevole durata del processo e ragioni di economia processuale.

Il bilanciamento è irragionevole se sacrifica in modo eccessivo o sproporzionato le preminenti ragioni dell'individuo rispetto a quelle della comunità sociale, rappresentate dagli apparati statali di *enforcement*.

Sul piano processuale, la dialettica è tra funzione gnoseologica del processo, che richiede tempi sufficienti a consentire l'accertamento dei fatti e l'emanazione di una sentenza definitiva (di assoluzione o di condanna), e diritto dell'imputato a non precipitare nella gora di un processo interminabile. Qui subentra il canone, a un tempo assiologico e strumentale, della ragionevole durata del processo (art. 111, 2° comma, Cost. e art. 6.2 CEDU): *ragionevole* proprio per la necessità di ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e garanzie del giusto processo!

Il dibattito in materia si nutre, purtroppo, di molti equivoci.

Processo ragionevole non vuol dire processo "breve", rapido. Esso non deve essere eccessivamente lungo, ma neppure eccessivamente solerte, per non sacrificare le garanzie difensive.

Non sussiste alcun nesso coesistente tra prescrizione penale e ragionevole durata del processo<sup>92</sup>. Un reato può prescriversi anche all'inizio delle indagini

---

<sup>91</sup> A questa esigenza di bilanciamento ha ripetutamente richiamato Pulitanò in numerosi scritti, tra cui quelli citati nel testo.

<sup>92</sup> Cfr. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 81. Propende, di contro, per una lettura della prescrizione del reato quale strumento posto a presidio della «declinazione soggettiva» del principio della ragionevole durata del processo, funzionale alla tutela di «diritti umani», N. PISANI, *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in «disCrimen», 4 luglio 2020, p. 4.

o pochi giorni dopo l'avvio del processo, magari perché la *notitia criminis* è stata acquisita in prossimità della scadenza del termine prescrizione.

In concreto, però, la prescrizione può influenzare la ragionevolezza temporale del processo, vuoi supportandola vuoi pregiudicandola. Un termine prescrizione ristretto per reati che richiedano accertamenti particolarmente complessi può minarne l'efficacia e quindi la possibilità di giungere a sentenza definitiva. Di contro, il pungolo della prescrizione può contribuire a contenere, almeno in alcuni casi, i tempi del processo<sup>93</sup>.

Su quest'ultimo punto occorre intendersi. Le statistiche giudiziarie non validano l'assunto secondo cui il regime della prescrizione abbia assicurato in Italia la ragionevole durata dei processi, la cui patologica lentezza resta, all'opposto, un triste primato nostrano<sup>94</sup>. Ha piuttosto condotto ad alti tassi di prescrizione, certificando la carente funzionalità della macchina giudiziaria.

È vero però l'inverso: spostando in avanti le soglie temporali della prescrizione – senza rendere più efficiente l'amministrazione della giustizia – si determinerebbe con altissima probabilità un ulteriore allungamento dei tempi processuali, specie presso le sedi giudiziarie più intasate di procedimenti.

## 10. Facit

Il profilo da ultimo evocato rappresenta il *vero punctum dolens* della novella del 2019. Essa rischia di provocare, in assenza di correttivi divenuti negli anni una dolente chimera, il definitivo smottamento del sistema giudiziario italiano e comunque tempi giudiziali ancora più lunghi di quelli che sono già valse all'Italia primati negativi e le reiterate condanne della Corte Edu. Ciò a scapito non solo dei diritti umani dell'accusato, ma delle aspettative delle stesse vittime, per l'impossibilità di ottenere una tempestiva risposta di giustizia.

Occorre farsi carico congiuntamente del tempo della prescrizione (o dell'oblio) e del tempo del processo (o della memoria): entrambi devono essere ragionevoli, secondo le rispettive esigenze.

<sup>93</sup> Lo nota anche N. Rossi, *Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in «Quest. Giust.», 2005, p. 13.

<sup>94</sup> Ciò risulta pure dall'ultimo *report* della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPJ), istituita in seno al Consiglio d'Europa: *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice*, no. 26, 2018 (dati 2016).



A tal fine, è stata da tempo ventilata in dottrina, e recepita in alcuni progetti di riforma, la distinzione normativa tra prescrizione del reato (della punibilità) e prescrizione del processo, muovendo dalla corretta premessa che la ragionevole durata del processo «non potrà mai essere adeguatamente soddisfatta da una commistione con l'istituto della prescrizione»<sup>95</sup>. Di qui l'esortazione ad introdurre termini di fase processuale in aggiunta ai termini della prescrizione sostanziale, il cui *dies ad quem* è indicato, nelle diverse ipotesi, nell'attivazione delle indagini o nell'esercizio dell'azione penale.

Non è questa la sede per analizzare in dettaglio i *pro* e i *contra* della proposta<sup>96</sup>, meritevole di grande attenzione, ma esposta a nostro parere a due inconvenienti: l'eccessiva complicazione dell'impianto normativo, la cui *ratio* e struttura non sarebbero facilmente intelleggibili dal destinatario delle norme, *in primis* il cittadino; il pericolo di un eccessivo sbilanciamento del sistema sul versante processuale dei tempi di durata delle singole fasi, tale da annebbiare le ragioni sostanziali della punibilità del fatto e l'"autonomia assiologica delle scelte in materia di prescrizione"<sup>97</sup>. Ad esempio, potrebbe reputarsi ragionevole l'impunità del *reo* per il superamento di un termine di fase, magari dovuto a una disfunzione processuale occasionale e/o quando sia trascorso dal fatto un tempo ristretto, comunque inferiore al tempo dell'oblio?

Per proteggere l'imputato da lungaggini irragionevoli ci sembra più realistica, in alternativa alla drastica "sanzione" dell'interruzione del processo, la prospettiva di ricorrere a rimedi compensativi per i casi che potremmo definire di "quasi-prescrizione"<sup>98</sup>: sensibili riduzioni di pena irrogata o applicazione di pene alternative alla detenzione, e talvolta perfino l'astensione dal punire, fatte eventualmente salve conseguenze sanzionatorie non punitive.

Ovviamente, qualsiasi congegno compensativo può rivelarsi sostenibile solo in presenza di un regime prescrizionale più sensato di quello attuale

<sup>95</sup> Per questa prospettiva, cfr., autorevolmente, GIUNTA, MICHELETTI [nota 4], p. 96, pp. 102 ss.; MAZZA [nota 25].

<sup>96</sup> Su cui, ad es., CAVALIERE [nota 53], pp. 21 s.

<sup>97</sup> L'espressione è tratta da PULITANÒ, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in «DPC», n. 1, 2016, p. 76. Analoghe riflessioni in Id., *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in «SP», 18 febbraio 2020.

<sup>98</sup> Rifacendosi all'esperienza tedesca, cfr. VIGANÒ [nota 17], pp. 22 ss., il quale peraltro ha proposto di anticipare il *dies ad quem* della prescrizione all'esercizio dell'azione penale; GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, cit. Anche il codice penale spagnolo prevede una attenuante nel caso di «ritardo straordinario e indebito nello svolgimento del procedimento, purché esso non sia attribuibile all'imputato e risulti sproporzionato rispetto alla complessità della causa» (art. 21, n. 6).

e un contesto processuale in grado di restringerne l'operatività entro spazi assai ristretti.

Possiamo in questa sede solo tratteggiare schematicamente le linee di un possibile intervento.

a) Di fronte alle distorsioni prodotte dalla novella del 2005, tra cui l'inarrestabile incremento delle pene edittali massime al fine di allungare la prescrizione, appare opportuna una rivisitazione degli intervalli estintivi attualmente fissati dall'art. 157 c.p., ripristinando la differenziazione dei termini per fasce di gravità dei reati.

Tale revisione – su cui converge ormai una larga corrente dottrina<sup>99</sup> e che è stata suggerita pure dal progetto Fiorella – renderebbe il sistema delle estinzioni più stabile e intellegibile.

b) Il tempo del processo – contrariamente a quanto riteneva lo stesso Beccaria<sup>100</sup> – non dipende dalla gravità del reato, bensì dagli adempimenti necessari per pervenire all'accertamento.

L'influenza delle mutevoli esigenze processuali sul termine ordinario di prescrizione dovrebbe essere regolata mediante accorti meccanismi estensivi, ma sempre entro cadenze temporali predefinite per ragioni di legalità. Pertanto, l'orologio della punibilità andrebbe programmato, in funzione garantistica, con un tetto invalicabile, da modulare però non solo in astratto e una volta per tutte, ma anche in concreto, attraverso specifiche cause sospensive, tendenzialmente svincolate dalla gravità del reato e ragionevolmente collegate alle fasi di forzata inattività processuale e alle mutevoli vicende del processo.

Inoltre, la frequente tardività della *notitia criminis* e la maggiore complessità degli accertamenti richiesti da specifiche figure di reato, se comprovate da dati empirici inoppugnabili, potrebbero giustificare disposizioni derogatorie della disciplina generale, come già oggi accade per svariate incriminazioni (tra cui i delitti associativi o di accordo criminoso).

c) L'idea della riforma Orlando di introdurre cause sospensive per i giudizi successivi al primo aveva una sua plausibilità e forse sarebbe stato più coerente estenderla oltre i casi di condanna in primo grado. Sappiamo, però, che il legislatore del 2019 ha voluto seguire un'altra opzione, annettendo alla sentenza di primo grado la cessazione della prescrizione<sup>101</sup>. Da questa

<sup>99</sup> Per tutti, PALAZZO [nota 53], p. 56.

<sup>100</sup> BECCARIA [nota 14].

<sup>101</sup> Una proposta assimilabile è stata formulata dall'Associazione Nazionale Magistrati, vale a dire l'interruzione (anziché la sospensione) definitiva del corso della prescrizione dopo una prima sentenza, ma solo se di condanna (pronunciata nel giudizio abbreviato o all'esito

prospettiva, a noi pare che sarebbe stato più coerente far riferimento, quale *dies ad quem*, alla proposizione di un gravame da parte dell'imputato. La conseguente disparità di trattamento tra categorie di persone accusate, vale a dire tra soggetti allo stesso modo presunti non colpevoli sino a sentenza definitiva di condanna, avrebbe potuto forse trovare una giustificazione plausibile, considerando che quando a impugnare sia l'imputato, è costui e non lo Stato a concorrere alla maggiore durata del processo. In più, quando sia intervenuta una sentenza di condanna, si affievoliscono le ragioni sostanziali alla radice della prescrizione. Quanto precede potrebbe anche servire a disincentivare impugnazioni pretestuose<sup>102</sup>, che *de lege lata* però sono espressive, di norma, del diligente esercizio del mandato difensivo.

d) La soluzione al cortocircuito tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e ragionevole durata del processo, da un lato, e ipertrofia delle incriminazioni dall'altro, non è la surrettizia *prosecutorial discretion* insita nell'inerzia del pubblico ministero a fronte di procedimenti penali privi di reali *chances* di sopravvivenza: è, piuttosto, una coraggiosa depenalizzazione, che superi le secche in cui si sono incagliati tutti i tentativi sin qui compiuti.

e) Il problema più vistoso della giustizia italiana resta l'inefficienza che fomenta l'abnorme durata dei procedimenti, sia in primo grado che in appello. La macchina giudiziaria troppo spesso gira a vuoto, tra carenze d'organico, disorganizzazione e disfunzioni operative, procedure farraginose, scarsa informatizzazione, edilizia giudiziaria insufficiente e spesso fatiscente, numero esorbitante di norme penali da applicare e processi da celebrare.

---

del giudizio ordinario di primo grado): cfr. *Proposte di riforma dell'ANM in materia di diritto e processo penale*, 20 novembre 2018, p. 5. Cfr. anche CANTONE [nota 58]; SPANGHER [nota 39], che, in ottica compromissoria, ha proposto di ancorare la sospensione della prescrizione alla sentenza di condanna di primo e di secondo grado. Un recente disegno di legge «recante deleghe al governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello», prevede che il corso della prescrizione rimanga sospeso, per effetto della pronunzia della sentenza di primo grado, solo in caso di condanna, ed altresì che «la prescrizione riprend[a] il suo corso e i periodi di sospensione di cui al secondo comma [siano] computati ai fini del tempo necessario al maturare della prescrizione, quando la sentenza di appello proscioglie l'imputato o annulla la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne dichiara la nullità ai sensi dell'articolo 604, commi 1, 4 e 5-bis del codice di procedura penale». Quando il presente contributo era già in bozze, è stata resa pubblica una proposta governativa di riforma del regime della prescrizione (c.d. riforma -Cartabia-Lattanzi), oggetti di vivace discussione in sede politico-parlamentare: cfr. per tutti in argom. GATTA, *Prescrizione del reato e riforma della giustizia penale: gli emendamenti approvati dal Governo su proposta della Ministra Cartabia*, in «SP», 10 luglio 2021.

<sup>102</sup> «Il principale strumento di dilazione del processo», notavano anche GIUNTA, MICHELETTI [nota 4], p. 117. Cfr. anche la *Relazione* della Commissione Fiorella, § 1.

Viviamo in tempi particolarmente difficili, ora funestati anche da una grave emergenza sanitaria e a cascata economica. Non sarà agevole rifondare la nostra giustizia. Ma dobbiamo aver chiaro che è la sua scarsa efficienza, assieme all'ipertrofia del sistema penale e allo scarso *appeal* dei procedimenti alternativi, il vero nodo che ancora attende di essere reciso.



Tullio Padovani\*

*Gli elementi obiettivi di colpevolezza*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le origini degli elementi obiettivi di colpevolezza: le «circostanze concomitanti» di R. Frank – 3. Lo strabismo degli elementi obiettivi di colpevolezza. Il versante della colpevolezza – 4. (*Segue*) e il versante del fatto: la sostituzione dell'offesa – 5. Conclusione prospettica.

1. *Introduzione*

Antonio Fiorella ed io condividiamo la buona sorte di aver avuto come maestro Tullio Delogu: una figura di studioso scolpita da un rigore metodologico teutonico, da una chiarezza stilistica latina e da una cultura giuridica cosmopolita. Il debito che ci accomuna ha ovviamente determinato assonanze e affinità che, pur se non disgiunte da diversità anche significative, attestano la solida presenza di una matrice 'genetica' unitaria. Entrambi abbiamo tratto profitto dalla profonda conoscenza della dottrina tedesca che Tullio Delogu sapeva trasmettere agli allievi con vigile spirito critico, attento anche ai risvolti più riposti dell'ampio tessuto dogmatico di cui forniva, con singolare nitore, ordito e trama. Sapeva suggerire la prospettiva di angoli visuali meno frequentati, stimolandone, a giovani studiosi, un'esplorazione trasversale, perché ne cogliessero i nessi e le implicazioni che il sistema sottende e, a volte, nasconde.

L'educazione dello sguardo giuridico era un compito pedagogico che assumeva con estrema serietà e senza facili indulgenze. Sapeva avviare, consigliare, dirigere se necessario, ma era anche inesorabile nell'esaminare, nel verificare, nel censurare. Quando giungeva, sospirata, l'approvazione era parca e contenuta. Un'educazione scientifica, si potrebbe dire (si può dire), di stampo 'militare', tanto proficua che continua ad esser fonte (e, ne sono certo, lo è anche per Antonio) di una nostalgia che non dipende dal ricordo del buon vecchio tempo andato (*alte Zeiten, gute Zeiten*), ma dal persistere di un sentimento che rende la «rimembranza acerba».

---

\* Professore Ord. a r. di Diritto penale, Scuola Superiore S. Anna, Pisa ; Accademico dei Lincei.

Lo sguardo orientatore di Tullio Delogu si intuisce nella scelta dell'argomento per la prima monografia di entrambi. Nel mio caso si trattò della problematica figura dell'autore mediato; per Antonio Fiorella dell'errore sugli elementi differenziali del reato<sup>1</sup>, un lavoro assai fine su di un tema solo apparentemente di nicchia, ma in realtà di grande respiro sistematico. Il suo asse portante è rappresentato da una visione 'globale' delle strutture normative: ogni norma in rapporto di specialità o di alternatività reagisce sulla struttura dell'altra, in modo da suscitare l'insorgenza di requisiti impliciti (così, ad es., il rapporto di specialità tra omicidio e omicidio del consenziente postula che nel primo divenga requisito implicito il dissenso della vittima). Perciò l'ignoranza dell'elemento minorante non può fondare la responsabilità per il reato più grave, proprio per il difetto dell'elemento implicito, e occorre applicare invece il reato meno grave. Per converso, l'errore sulla sussistenza è rilevante, perché, rispetto al requisito implicito, è il dolo del reato più grave a difettare. In sostanza, quando si prospetta un disvalore 'comune', l'elemento differenziale serve solo a stabilire il titolo di *una* responsabilità: se mancano i presupposti della responsabilità per il reato più grave, è giocoforza interveniva quella per il reato meno grave.

L'analisi di Antonio Fiorella si incentra sulla dimensione *strutturale* degli elementi differenziali, cioè sulla loro attitudine obiettiva a determinare un nesso di specialità o di alternatività tra due fattispecie. È senza dubbio una prospettiva rigorosamente fondata e metodologicamente corretta, trattandosi di affrontare il problema di una falsa rappresentazione (negativa o positiva) dell'elemento differenziale<sup>2</sup>.

È tuttavia possibile prospettare un diverso approccio analitico, basato non sulla *struttura*, bensì sulla *funzione* dell'elemento differenziale, al fine di stabilire quale sia il ruolo ch'esso assume nella dimensione tipica del fatto cui esso è riferito. In questo senso, appare subito chiaro che gli elementi non sono solo differenziali, ma anche differenziati<sup>3</sup>. Così, ad es., il consenso che specializza la fattispecie dell'omicidio (art. 579 c.p.) e le condizioni di

<sup>1</sup> Cfr. A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tipografica San Paolo, Tivoli 1979.

<sup>2</sup> Su questa stessa linea si era mosso Federico Stella in un suo lavoro giovanile (*L'errore sugli elementi specializzanti della fattispecie criminosa*, in «RIDP», 1964, p. 81 ss.), che giunge peraltro a conclusioni diverse da quelle di Antonio Fiorella: un segno dell'incertezza cui perviene un approccio ispirato ad una prospettiva rigidamente strutturale, avulsa da una valutazione teleologica differenziata dagli elementi specializzanti o differenziali. Assai più sensibile a questa esigenza si presenta il pregevole lavoro di I.P. FERRARA, *Natura obiettiva e funzione selettiva dell'elemento differenziale*, in «IP», 2002, p. 955 ss. e, in particolare, p. 981 ss.

<sup>3</sup> Cfr. FERRARA, *op. cit.*, p. 981 ss.

abbandono materiale e morale, che pure specializzano l'omicidio commesso nei confronti del neonato «immediatamente dopo il parto» (art. 578 c.p.), svolgono funzioni ben diverse: il consenso opera sul piano dell'offesa, riducendone la gravità; le condizioni di abbandono e l'immediatezza dopo il parto assumono un significato sul piano della colpevolezza.

La presenza di elementi minoranti di struttura obiettiva inseriti bensì nel fatto tipico, ma funzionali all'espressione di un diverso grado di colpevolezza corrisponde storicamente alla categoria degli elementi obiettivi di colpevolezza<sup>4</sup>.

La prima, personale conoscenza di questa categoria di elementi è risalente, ed affonda in una remota giovinezza, quando Tullio Delogu, nel suo corso di diritto penale alla Sapienza di Pisa, guidava un uditorio attento ed intento lungo i sentieri, spesso impervii, della dottrina tedesca, dedicando un breve ma intenso spazio anche agli elementi obiettivi di colpevolezza. Ben ricordo che ne stabiliva il nesso con la crisi dogmatica dalla prima metà del Novecento, segnata dalla rottura della neutralità valutativa del fatto tipico belinghiano, sia sul versante dell'antigiuridicità, con la 'scoperta' degli elementi soggettivi dell'illecito, sia su quello della colpevolezza, con l'individuazione, per l'appunto, degli elementi obiettivi di colpevolezza, che incidevano sul nesso tra il relativo giudizio ed il suo oggetto. Ma ricordo anche che ne riconduceva l'origine ad un momento anteriore, alla nascita stessa del concetto di colpevolezza normativa elaborato da Frank, basato essenzialmente sulla sua 'terza gamba' (rispetto all'imputabilità ed al nesso psichico), cioè sulle circostanze concomitanti alla condotta dell'agente.

Non c'è quindi da stupirsi, né parrà, spero, peregrino, se, per onorare il condiscipolo, indulgerò a qualche riflessione indotta dalla rimembranza dell'antico, comune Maestro.

<sup>4</sup> Cfr. R. THIERFELDER, *Objektiv Gefasste Schuldmerkmale*, Strafrechtl. Abhandl., H. 308, Breslau, 1932; W. MAIHOFER, *Objektive Schuldelemente*, in *H. Mayer-Festschr.* 1966, p. 185 ss.; ed, inoltre, in particolare, L. ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Strafrechtl. Abhandl., H. 237, Breslau, 1928, p. 22 ss.; H.H. MARTENS, *Der Irrtum über Strafmilderungsgründe*, Strafrechtl. Abhandl., H. 246, Breslau, 1928, p. 3 ss.; E. WOLF, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Tatbestandselemente für den Irrtum über Strafmilderungsgründe*, in *Mon. Krim. Strafrechtsrif.* 1929, p. 665 ss.; N. KUPER, *Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründe*, in *Goldt. Arch.* 1968, p. 321 ss.



## 2. *Le origini degli elementi obiettivi di colpevolezza: le «circostanze concomitanti» di R. Frank*

È ben noto che l'avvio del saggio di Reinhard Frank sul concetto di colpevolezza<sup>5</sup> è la messa in discussione del dogma, allora dominante, «secondo cui il concetto di colpevolezza null'altro include se non i sottostanti concetti del dolo e della colpa, mentre tutte le situazioni di fatto che possono essere altrimenti significative per la valutazione giuridica della condotta, cioè le circostanze concomitanti, si collocano fuori del concetto di colpevolezza»<sup>6</sup>. Muovendo dal celebre esempio del cassiere e del postino, entrambi colpevoli di appropriazione indebita, Frank si interroga sul significato da attribuire alla circostanza che il primo sia un celibe agiato, con passioni costose, mentre l'altro, oltre che mal retribuito, sia oppresso da una situazione familiare disastrosa. Senza poter incidere sulla gravità del danno o sull'intensità del dolo, le circostanze concomitanti alla condotta influiscono in realtà sul grado di colpevolezza, per la cui misura entrano in gioco fattori che sono estranei al dolo, così come, se ne è il caso, anche della colpa<sup>7</sup>.

L'identificazione di tali elementi di graduazione della colpevolezza ne sconvolge il quadro dogmatico di riferimento, che non può più ridursi ai coefficienti psichici del dolo o della colpa. Se la rilevanza delle circostanze concomitanti è fondata, lo è in quanto la colpevolezza assuma i connotati di un giudizio normativo, formulato in termini di rimproverabilità personale sulla base di tre presupposti: imputabilità; nesso psichico; circostanze concomitanti.

<sup>5</sup> Cfr. R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Giessen-Festschr.* 1907, p. 521 ss.

<sup>6</sup> Cfr. FRANK, *op. cit.*, p. 522.

<sup>7</sup> Cfr. FRANK, *op. cit.*, p. 523. La prospettiva di Frank capovolge letteralmente un caposaldo del diritto penale illuministico. V., ad es., E.F.G. KLEINSCHROD, *Intorno alla dottrina dell'imputazione dei delitti*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, I, Livorno 1845, p. 5 ss., che, distinguendo tra imputazione morale e imputazione giuridica rilevava che «per esempio il furto è per la legge giuridica lo stesso, o nasce da povertà, o da tendenza a vivere lautamente; ma il moralista scusa più il primo che il secondo [...]. Diversa è la cosa pel giudice, il quale si occupa solamente di valutare un'azione particolare, senza prendersi cura del rimanente carattere del delinquente». Si tratta, del resto, di una parafrasi di Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764 (qui cit. nell'ed. a cura di F. VENTURI, Torino 1973, p. 22) che, parlando (par. VII) degli «errori nella misura delle pene», è fermo nell'asserire «che l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errarono coloro che credertero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette». A seguire questa opinione – soggiunge – «sarebbe dunque necessario formare non solo un codice particolare per ciascun cittadino, ma una nuova legge per ogni delitto». Siamo evidentemente agli antipodi della concezione normativa della colpevolezza.

I primi critici ritennero tuttavia di cogliere nella nuova concezione una contraddizione intrinseca. Il giudizio di rimproverabilità si prospettava come ‘personale’, ma le circostanze concomitanti erano costituite da elementi obiettivi, in quanto tali necessariamente sottratti ad una imputazione soggettiva: al cassiere ben retribuito e dedito a svaghi costosi non si può certo far carico di esser agiato o di possedere certe inclinazioni<sup>8</sup>.

La suggestione dell’argomento indusse Frank a sostituire la ‘normalità’ delle circostanze concomitanti con il criterio dell’«influenza» ch’esse devono avere esercitato sulla psiche dell’agente, retrocedendo così a schemi di imputazione di carattere psicologico<sup>9</sup>. In seguito, tuttavia, Frank recupera un concetto di «normale motivazione» correlata alla «signoria del fatto», e cioè alla «posizione dell’agente nel mondo circostante», di modo che le circostanze concomitanti si profilano decisamente come elementi obiettivi di colpevolezza: in quanto tali esse non sono suscettibili di essere di per sé rimproverate al reo; determinano piuttosto un diverso livello di rimproverabilità, per aver commesso il fatto in quel contesto circostanziale<sup>10</sup>. Si apre così il cammino all’idea – propugnata in seguito da Maihofer – che gli elementi obiettivi di colpevolezza corrispondano non a una valutazione presuntiva di minore o maggiore colpevolezza, ma a una colpevolezza valutata in termini di «disposizione socialmente tipica»<sup>11</sup>.

Per giungere a tanto, il percorso degli elementi obiettivi di colpevolezza dovrà distaccarsi dall’ambito delle circostanze concomitanti esterne al fatto e destinate a influire sul grado di colpevolezza, e concorrere invece alla costruzione della stessa fattispecie obiettiva tipica. «La legge, in una serie di casi, – scrive Rudolf Thierfelder nel 1932<sup>12</sup> – ha rivestito di un abito obiettivo circostanze che sono significative per la colpevolezza». Si tratta quindi di elementi che, pur rivestendo i connotati di un requisito del fatto, in quanto definiti in termini obiettivi, non assumono tuttavia alcun rapporto con l’offesa: evidenziano solo un particolare modo di atteggiarsi della colpevolezza del reo.

La loro diversità si esprime, ovviamente, sul piano dell’imputazione

<sup>8</sup> Cfr. N.H. KRIEGSMANN, *Besprechung von Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Z. Str. W.* 1908 (XXVIII), p. 713; F. STURM, *Seelenzustand und Schuld*, in *G. S.* 1909 (LXXIV), p. 191 ss.; C. SCHMITT, *Über Schuld und Schuldarten, Strafrechtl. Abhandl.*, Breslau 1910, p. 21.

<sup>9</sup> Cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1911 8-10, p. 109.

<sup>10</sup> Cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., 1924 15, p. 129. Sul punto v. THIERFELDER, *op. cit.*, p. 29 ss.

<sup>11</sup> Cfr. MAIHOFFER, *op. cit.*, p. 215.

<sup>12</sup> Cfr. THIERFELDER, *op. cit.* p. 44.

soggettiva ai fini del dolo, alle cui regole essi si sottraggono, o perché una tale imputazione è impossibile in termini di rappresentazione e di volizione, o perché essa appare del tutto irrilevante. L'esempio ricorrente era rappresentato, nella dottrina tedesca, dal reato di infanticidio allora vigente (§ 217 StGB), secondo cui era punita, in misura inferiore rispetto al comune omicidio, la madre che uccidesse il proprio figlio naturale durante o subito dopo il parto. L'illegittimità del neonato e il contesto temporale in cui si verificava il fatto nulla avevano a che vedere con l'offesa: il figlio era e restava una persona e la sua soppressione costituiva un omicidio; la minore punizione conseguiva alla valutazione di un grado di rimproverabilità relativamente ridotto, interamente e incontrovertibilmente espresso dai dati obiettivi specializzanti che qualificavano il fatto. Considerazioni analoghe possono formularsi, in Italia, a proposito dell'art. 578 c.p., dal quale è peraltro espunto ogni riferimento all'origine della gravidanza<sup>13</sup>.

In quanto elementi dotati di capacità distorsiva rispetto alla dimensione funzionale del fatto, gli elementi obiettivi di colpevolezza partecipano storicamente alla crisi dogmatica, provocata dalla scoperta degli elementi soggettivi dell'illecito, che attentavano alla distinzione tra anti giuridicità e colpevolezza<sup>14</sup>, e, per l'appunto, anche se con minor tensione, dall'emergere degli elementi obiettivi di colpevolezza, che, revocando in dubbio la possibilità di distinguere gli elementi del fatto sulla sola base del loro contenuto strutturale, slabbravano il confine tra il giudizio di colpevolezza e il suo oggetto. Gli elementi soggettivi dell'illecito (rappresentati, in particolare, dal dolo specifico e dai c.d. requisiti dell'atteggiamento interiore) non assumono tuttavia un carattere, per così dire, "mimetico" rispetto al fatto; si prospettano anzi in una dimensione francamente "antagonistica", intrudendosi nella fattispecie obiettiva con il loro contenuto. Viceversa, gli elementi obiettivi di colpevolezza appaiono come elementi del fatto, ma risultano in effetti sintomatici della colpevolezza ad esso riferita<sup>15</sup>.

Assumono quindi le sembianze di elementi pertinenti piuttosto al piano della colpevolezza, senza in realtà esserlo, dato che concorrono a definire

<sup>13</sup> In argomento v. nella dottrina italiana, la perspicua analisi di E.M. AMBROSETTI, *L'infanticidio e la legge penale*, Padova 1992, p. 79 ss. e, più di recente, *Figlicidio e infanticidio: la discussa attualità del privilegio sanzionatorio sancito dall'art. 578*, in «AP», 2015, p. 135 ss. e particolarmente, p. 137.

<sup>14</sup> Sulla questione v. il vasto e comprensivo quadro recentemente tracciato di A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale – Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco del primo Novecento*, Torino 2019, in particolare p. 63 ss.

<sup>15</sup> In proposito v., in particolare, A. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente in Rahmen des allgemeine Verbrechensbegriffs*, in *Frank – Festg.* I, 1930, p. 252 ss.; THIERFELDER, *op. cit.*, p. 49 ss.

l'offesa, o, addirittura, a fondarla (come, ad es., nel caso dell'associazione per delinquere che, senza il dolo specifico, costituisce esercizio di un diritto).

### 3. *Lo strabismo degli elementi obiettivi di colpevolezza. Il versante della colpevolezza*

Gli elementi obiettivi di colpevolezza, con la loro prospettiva 'strabica', un occhio rivolto al fatto, l'altro diretto al giudizio di rimproverabilità, risultano diversamente problematici su entrambi i versanti: su quello del fatto, perché non svolgono la funzione propria degli elementi di fattispecie, e cioè quella di caratterizzare in termini obiettivi il piano dell'offesa; su quello della colpevolezza, perché sottratti, in quanto obiettivi, alla dimensione personale che ne caratterizza il giudizio. Quest'ultimo è stato, storicamente, il profilo problematico su cui si è concentrata l'attenzione della dottrina, dando luogo a una serrata polemica i cui albori risalgono, del resto, come si è accennato (*retro*, 2), alla prima delineazione delle «circostanze concomitanti» quale elemento di graduazione della colpevolezza<sup>16</sup>.

Il profilo concernente l'intrusione di elementi di colpevolezza nel fatto non è viceversa parso di particolare significato. La scena della crisi nella dottrina tripartita del reato era occupata, in misura pressoché esclusiva, dagli elementi soggettivi dell'illecito. Essi mettevano in discussione la linea stessa di confine tra lecito e illecito, subordinandone il tracciato a contenuti di coscienza o ad atteggiamenti intenzionali; ciò che, in linea di principio, indebolisce, se non vanifica, la funzione garantistica del fatto. Gli elementi obiettivi di colpevolezza finivano invece col rappresentare una sorta di 'curiosità' dogmatica, o poco più, fondamentalmente innocua, perché la loro previsione era destinata a risolversi in favore del reo. La loro presenza sembrava infatti prospettarsi, in determinate fattispecie, come un "privilegio minorante", nel senso che, pur concorrendo a definire un autonomo titolo di reato, finivano con lo svolgere una funzione del tutto assimilabile a quella di una circostanza attenuante speciale. In sostanza, gli elementi obiettivi di colpevolezza non mettevano in discussione la linea di confine tra lecito e illecito, essendo presenti soltanto in fattispecie speciali "minoranti", quindi

<sup>16</sup> Oltre agli Autori cit. *retro*, nota 4, v. anche F. LISZT, E. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, I, Allg. Teil, Berlin/Leipzig 1932/26, p. 289 ss.; E. PHLEPS, *Irrtum über Strafmilderungsgründe*, Köln 1937, p. 47 ss.; H. KEILBACH, *Die Schuld minderungsgründe im Strafrecht, insbesondere ihre Bedeutung für die Tatbestands- und Irrtumslehre*, München 1964, particolarmente p. 49 ss.

in fattispecie a selettività “secondaria”, rispetto alla demarcazione “primaria” assicurata dalla fattispecie generale.

Le cose, in realtà, non stanno sempre e necessariamente in questi termini. Come si avrà occasione di precisare in seguito (*infra*, 4), talvolta gli elementi obiettivi di colpevolezza concorrono a definire, o definiscono addirittura, la soglia stessa della tipicità, divenendo costitutivi del fatto in termini di selettività “primaria”: diventano il tipo, ma senza partecipare al piano dell’offesa. Prima di affrontare questo punto cruciale, è tuttavia opportuno esaminare il problema, per così dire, ‘tradizionale’: l’oggettività degli elementi rispetto al carattere personale del giudizio di colpevolezza.

Secondo un orientamento, l’elemento obiettivo di colpevolezza assumerebbe carattere presuntivo, nel senso che la circostanza definita (l’essere stato, ad es., l’infanticidio commesso «immediatamente dopo il parto») indurrebbe a ritenere un’alterazione sul processo motivazionale corrispondente allo scopo della norma. Rispetto al problema concernente l’erronea supposizione dell’elemento obiettivo in realtà insussistente, la soluzione risulta agevole: se esso svolge, in sostanza, un ruolo di carattere ‘probatorio’, l’effettiva ricorrenza della condizione motivazionale corrispondente all’elemento idoneo a fondare la presunzione incontrovertibile della sua presenza non può che giovare al reo, secondo l’argomento *a fortiori*<sup>17</sup>. La soluzione non soddisfa peraltro chi ritiene, invece, di poter assimilare l’elemento obiettivo di colpevolezza alle condizioni obiettive di (minore) punibilità, assumendo che anche le condizioni di punibilità siano suscettibili di assumere un significato per la graduazione della pena. In questa prospettiva, infatti, l’insussistenza obiettiva dell’elemento condizionante prevale necessariamente sulla sua falsa supposizione<sup>18</sup>.

Ad un risultato analogo approda la dottrina che attribuisce agli elementi obiettivi di colpevolezza la natura di elementi bensì sintomatici di situazioni e circostanze esterne, ma tali da influire sul processo motivazionale «senza che questa influenza dipenda dalla rappresentazione dell’autore»<sup>19</sup>. Così l’immediatezza dell’infanticidio rispetto al parto, non è circostanza che rilevi in quanto conosciuta dell’agente, o da lui rappresentata, ma solo in quanto personalmente vissuta. Perciò, oltre i limiti obiettivi ad essa attribuibili, non si dà applicazione del titolo di reato ‘privilegiato’. La colpevolezza assume in questi casi, almeno parzialmente, i tratti di un atteggiamento socialmente tipico (una «*Gesinnung antisociale*»)

<sup>17</sup> In tal senso v., ad es., THIERFELDER, *op. cit.*, p. 99 ss.; H.H. MARTENS, *op. cit.*, p. 24 ss. e, in particolare, p. 37 ss.; WOLF, *op. cit.*, p. 668; KUPER, *op. cit.*, p. 325.

<sup>18</sup> Cfr. ZIMMERL, *op. cit.*, p. 24 ss.

<sup>19</sup> Cfr. MAIHOFFER, *op. cit.*, p. 245.

corrispondente ai dati obiettivati nella situazione.

Si tratta di una prospettiva che già inclina verso la concezione funzionale della colpevolezza, ai cui fini, secondo Jakobs, si tratta solo di verificare «se la condotta antiggiuridica esprima una deficienza rispetto alla fedeltà al diritto», attraverso «la determinazione dei fattori motivazionali rilevanti che appartengono all'ambito funzionale del reo e di quelli che il reo può invece addurre come a lui non pertinenti». Occorre quindi stabilire «quanti impulsi sociali possono essere attribuiti al reo coinvolto dall'imputazione e quanti fattori perturbanti possono essere accettati dallo stato e dalla società, o sopportati da terzi e dalla vittima stessa». In buona sostanza, il concetto di colpevolezza è «da inquadrare in senso funzionale», secondo le esigenze della prevenzione generale intesa in termini di «mantenimento della comune fedeltà alle norme»<sup>20</sup>.

In questa prospettiva la colpevolezza può senza dubbio essere esclusa o attenuata in presenza di particolari situazioni rispetto alle quali non è necessaria alcuna prova dell'effettiva spinta motivazionale, se tali situazioni vi corrispondano obiettivamente.

Pur senza indulgere a questa ricostruzione del concetto di colpevolezza (che dispone, peraltro, di effettività applicativa enormemente maggiore del consenso che riscuote), è inevitabile riconoscere che, se lo sguardo si concentra su elementi obiettivi di colpevolezza a carattere di 'privilegio minorante' (come nel caso dell'art. 578 c.p.), l'idea di attribuire alla falsa rappresentazione una rilevanza equivalente all'effettiva sussistenza è metodologicamente senza senso, per la semplice ragione che la rappresentazione necessaria ai fini del dolo è relativa al fatto nella sua dimensione offensiva, mentre in questo caso è scontato *a priori* che l'elemento non attenga all'offesa, ma alla sola colpevolezza, e delinea sintomaticamente un suo diverso grado. Se il 'sintomo' non sussiste, scema corrispondentemente il minor grado. Il carattere circostanziale inevitabilmente connesso all'elemento obiettivo di colpevolezza "minorante", fa ampiamente aggio sulla sua collocazione formale: sulle circostanze non si dà erronea supposizione giuridicamente rilevante. Ben diversa si prospetterebbe la soluzione se l'elemento minorante appartenesse al piano dell'offesa, come nel caso del consenso della vittima nel delitto di omicidio (art. 579 c.p.): in questo caso l'assimilazione dovrebbe ragionevolmente riferirsi al regime delle scriminanti<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht – Allg. Teil*, Berlin/New York 1983, p. 395 ss.

<sup>21</sup> In tal senso v. THIERFELDER, *op. cit.*, p. 116 ss. e 125 ss.

#### 4. (Segue) e il versante del fatto: la sostituzione dell'offesa

Ma gli elementi obiettivi di colpevolezza non rivestono sempre i panni di situazioni 'minoranti', attribuendo rilevanza attenuatrice, rispetto ad un più grave titolo di reato, a situazioni sintomatiche di un più modesto grado di rimproverabilità. La loro potenzialità 'mimetica', in quanto obiettivi, rispetto ad un contenitore, il fatto, che è precipuamente costituito da elementi di tale natura, consente una sorta di trasfigurazione, nel senso che, talvolta, gli elementi obiettivi di colpevolezza concorrono a definire (o definiscono addirittura) la soglia stessa della tipicità, divenendo così costitutivi del fatto in termini di selettività "primaria": non mimano più la circostanza attenuante di un'offesa altrimenti tipica; diventano il tipo, senza peraltro essere l'offesa. Finiscono così col costituire il piano di ribaltamento del fatto nel simmetrico contrario di ciò ch'esso sembra dover essere, ma in realtà non può più essere; e in un mondo ribaltato niente è più come appare.

Per illustrare questa inquietante virtualità, si consideri, ad es., il delitto di pedopornografia virtuale. Il suo oggetto materiale è – com'è noto – rappresentato da «immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica» che possono risultare «in tutto» non associate a situazioni reali, ma «la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali» (art. 600 *quater* 1, 2° comma c.p.)<sup>22</sup>. Attraverso il richiamo alle rappresentazioni virtuali, di contenuto corrispondente ed omologo rispetto a quello della immagini reali, l'art. 600 *quater* 1, 1° comma c.p. delinea una serie di fattispecie incriminatrici "parallele" che prescindono – com'è ovvio – dall'utilizzazione effettiva dei minori, in quanto privi di esistenza fisica. Ma poiché tale utilizzazione rappresenta il baricentro offensivo su cui si reggono le incriminazioni basate su immagini di minori reali, qual è l'offesa riconoscibile nelle incriminazioni a carattere puramente virtuale? Non si può certo fare riferimento al contenuto pornografico della rappresentazione, dato che la produzione, il commercio, la distribuzione di materiale pornografico sono penalmente irrilevanti, qualora si svolgano secondo le modalità di riservatezza idonee ad escluderne la pubblicità (secondo la ben nota interpretazione giurisprudenziale dell'art. 528 c.p.).

<sup>22</sup> Per la critica della disposizione v., per tutti, L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa ai beni giuridici*, in *Scritti F. Stella*, Jovene, Napoli 2007, p. 1267 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Beni offesi e logiche del "rischio" nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro*, in *L.P.* 2008, p. 209 ss.; S. DEL CORSO, *Prostituzione e pornografia minorile: una normativa in bilico tra esigenze repressive e latitanza dei principi*, in *L.P.* 2008, p. 174 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Cedam, Padova 2016, p. 239.

Se l'immagine puramente virtuale del minore non può certo assumere un valore ed un significato 'reale' rispetto all'identificazione di un'offesa, il *focus* della norma si sposta manifestamente dalla vittima (inesistente) al pedofilo<sup>23</sup>, rivelato dalla condotta sintomatica di una interiore 'disponibilità' all'offesa degli interessi tutelati, e gravato pur sempre dal sospetto che le immagini virtuali possano, in qualche modo, corrispondere anche a frammenti di realtà ricomposta e manipolata secondo tecniche consentite dagli strumenti digitali.

Le immagini virtuali appaiono quindi come un vero e proprio elemento obiettivo di colpevolezza, che, dopo aver definito il tipo in termini 'primari' (e cioè al confine del lecito), surroga completamente l'offesa e la traduce in un sospetto. Si compie così la metamorfosi: dal fatto tipico al tipo di autore, dall'offesa reale al giudizio sintomatico; il quale, peraltro, non può che oscillare, incontrollabilmente, tra un giudizio di rimproverabilità a sfondo eticizzante e un giudizio di pericolosità presuntivo.

Una situazione affine si può cogliere nel delitto di tolleranza abituale della prostituzione (art. 3 n. 3, l. 75/1958), secondo il quale è punito il responsabile a vario titolo di un esercizio pubblico o di un locale aperto al pubblico che «vi tollera abitualmente la presenza di una o più persone che, all'interno del locale, si danno alla prostituzione»<sup>24</sup>. Non si tratta di un'ipotesi speciale di favoreggiamento (che risulterebbe manifestamente inutile data la previsione, nella stessa disposizione dell'art. 3 cit., di una fattispecie generale che ne incrimina ogni possibile forma), ma di una sua forma sussidiaria, incentrata su due polarità complementari: l'obbligo di impedire la presenza di persone che, all'interno del locale, esercitino la prostituzione<sup>25</sup> e l'abitualità della sua violazione. Ma sia l'uno che l'altra assumono connotati inafferrabili sul piano dell'offesa.

L'obbligo giuridico di impedire la presenza non soltanto presuppone la conoscenza che la persona è dedita alla prostituzione, ma, per essere adempiuto, implica la titolarità dei poteri sufficienti a determinare l'esclusione. Posto che in materia non esiste, né può esistere, una qualche registrazione personale, la conoscenza dell'attività svolta è affidata a elementi sintomatici di dubbia rilevanza; ma, in ogni caso, è impossibile individuare

<sup>23</sup> Cfr. ROMANO, *op. loc. cit.*

<sup>24</sup> V., per tutti, G. VASSALLI, *I delitti previsti dalla legge 20 febbraio 1958 n. 75*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1997, p. 306 ss.; G. ROSSO, *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Roma 1960, p. 75 ss.; U. PIOLETTI, *Prostituzione*, *Dig. Pen.* X, p. 281; G. LA CUTE, *Prostituzione (dir. vig.)*, in «ED» XXXVII, p. 459 ss.

<sup>25</sup> Cfr. VASSALLI, *op. cit.*, p. 317; ROSSO, *op. cit.*, p. 77 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 15.7.1997, «GP», 1997, II, c. 470. In senso contrario cfr. PIOLETTI, *op. cit.*, p. 282.



fonte e termini di un potere coercitivo di esclusione. La tolleranza resta quindi sospesa in una dimensione a dir poco evanescente, cui dovrebbe fornire un contesto di supporto il requisito dell'abitualità: modalità che riguarda la condotta dell'agente, non la presenza ricorrente, nel locale, delle medesime persone; queste possono in realtà avvicinarsi nel corso del tempo<sup>26</sup>. Ora, la previsione di tale requisito temporale della condotta tipica assume un carattere obiettivamente problematico: dato (e non concesso) l'obbligo di impedire, in determinati locali, la presenza di persone dedite all'attività prostituzionale, perché mai la sua violazione assume rilevanza soltanto se reiterata nel tempo? E quanto, precisamente, reiterata?

La giurisprudenza risponde ai quesiti in forma indiretta, ma assai eloquente: la condotta di tolleranza deve essere protratta sino al punto di esprimere una "permissività colpevole" da parte del titolare o del gestore del locale<sup>27</sup>. L'inertia connivente deve assumere cioè connotati sufficienti ad evidenziare un atteggiamento antidoveroso. L'orbita della fattispecie ruota sul sospetto polarizzato intorno ad un elemento bensì obiettivo, ma privo di portata offensiva. In sostanza, l'abitualità assorbe e surroga interamente il piano dell'offesa, in realtà del tutto assente: infatti il singolo atto isolato di tolleranza occasionale risulta privo di rilevanza, e quindi intrinsecamente inoffensivo, mentre la sua reiterazione abituale esprime non la lesione di un qualche interesse, ma una permissività colpevole.

Ma colpevole di che cosa, precisamente? Come si è detto, il senso dell'incriminazione si coglie sul piano del sospetto. La tolleranza abituale della presenza in un determinato locale di persone che in esso si diano alla prostituzione, e cioè compiano atti di esercizio della professione, fonda il sospetto che dietro il velame apparente di un atteggiamento puramente passivo, venga dissimulata una casa di prostituzione (art. 3, n. 1, l. 75/1958), e cioè una vera e propria impresa prostituzionale, o una condotta di sfruttamento o di favoreggiamento attivo dell'attività sessuale mercenaria (art. 3, n. 8, l. 75/1958)<sup>28</sup>. In presenza dei soli elementi di fatto che integrano una mera tolleranza, manca ovviamente la prova che siano realizzate fattispecie di tale consistenza, ma l'abitualità gli dà corpo e ne autorizza la supposizione.

Ancora una volta, l'elemento obiettivo di colpevolezza definisce il confine tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, tracciato in funzione

---

<sup>26</sup> Cfr., per tutti, PIOLETTI, *op. loc. cit.*, e, in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 14.12.2017, n. 8834.

<sup>27</sup> Cfr., in particolare, Cass., Sez. III, 9.6.1982, in «CP», 1983, p. 1685.

<sup>28</sup> È questo infatti lo scopo per cui venne introdotto il delitto in questione: cfr., per tutti, VASSALLI, *op. loc. cit.*; ROSSO, *op. loc. cit.*

di un elemento di valore non reale, ma sintomatico; per di più, essendo chiamato a “surrogare” l’offesa, smarrisce il proprio oggetto e si converte in ciò che ne giustifica la previsione: il sospetto, per l’appunto, che altri reati ad offensività reale siano celati dietro il velame della tolleranza “abituale”. Alla fine, la “permissività colpevole” non può non trasformarsi in un sintomo di pericolosità.

### *5. Conclusione prospettica*

Il discorso potrebbe (e, forse, dovrebbe) continuare a lungo. Gli elementi obiettivi di colpevolezza intrusi in fattispecie cui è devoluta una funzione di selettività primaria sono numerosi, anche se non sempre immediatamente riconoscibili. Come non sempre essi assumono un ruolo sostitutivo e mimetico rispetto all’offesa: possono talora operare in termini selettivi rispetto all’ambito potenziale dell’offesa, assumendo un ruolo non dissimile da quello svolto dagli elementi obiettivi ‘minoranti’; possono poi rinvenirsi nel contesto di fattispecie scusanti, nel cui ambito, trovano anzi, tradizionalmente, un terreno di coltura ‘elettivo’, in forma, in questo caso, di elementi ‘negativi’ di colpevolezza.

Visitando le cucine del fatto tipico, si finirebbe con lo scoprire quanti cibi poco digeribili vi vengono predisposti. L’indagine è sicuramente vasta, e la ricerca appassionante; ma lo spazio, se non il tempo, è ormai esaurito.



Francesco Palazzo\*

## *La colpa medica: un work in progress*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Medicina difensiva e non punibilità del sanitario – 3. Ambiguità ed incertezze legislative – 4. I criteri di delimitazione della colpa: il criterio “quantitativo” – 5. Il criterio “qualitativo” adottato dalla legge Gelli-Bianco e le manipolazioni giurisprudenziali – 6. Un buon risultato paralegislativo.

### 1. *Premessa*

Queste note hanno ad oggetto la recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di responsabilità penale del medico per gli eventi avversi – morte o lesioni – verificatisi nell’esercizio della sua professione. Intendiamo assumere quella complessa problematica ad esempio paradigmatico per mettere in luce come talvolta, per non dire spesso, la disciplina legislativa e il testo legale costituiscano solo il primo mattone dell’edificio normativo alla cui costruzione contribuisce in misura determinante l’opera della giurisprudenza. E quest’ultima sovente procede per tentativi ed aggiustamenti successivi, nel corso dei quali l’intervento del massimo organo di nomofilachia, la Corte di cassazione a Sezioni riunite, reca un contributo decisivo ma non sempre immediatamente risolutivo.

Il ruolo svolto dall’opera della giurisprudenza, che ormai pacificamente produce un vero e proprio “diritto giudiziario” parallelo quando non antagonistico a quello legislativo, implica una forte esigenza di *prevedibilità* della decisione giudiziaria che, però, si pone al centro di una contraddizione non facilmente risolvibile. Da un lato, infatti, l’esigenza di prevedibilità costituisce il prodotto di una sorta di surrogazione per la quale alla tradizionale legalità *della legge* si surroga, appunto, la prevedibilità della decisione *giudiziaria* al fine di appagare, *seppure per altra via*, la stessa fondamentale istanza di garanzia consistente nella possibilità e libertà di autodeterminazione del cittadino dinanzi ai precetti comportamentali del

---

\* Emerito di Diritto penale, Università degli Studi di Firenze.

diritto penale. Dall'altro lato, però, non è affatto facile assicurare realmente la prevedibilità della decisione giudiziaria proprio in ragione delle stesse caratteristiche del diritto giudiziario, che – come mostrerà limpidamente il nostro esempio – spesso rivela una grande mobilità e instabilità, suscitata anche dalle imperfezioni dei testi legislativi e comunque orientata all'individuazione della soluzione più confacente alle esigenze sostanziali della materia: insomma, è difficile che il diritto giudiziario non si formi attraverso una serie più o meno lunga e talvolta tortuosa di tentativi e aggiustamenti. E, sotto questo profilo, le soluzioni patrocinate di recente, ad esempio con la riforma dell'art. 618 c.p.p. sul giudizio di cassazione, pur apprezzabili per lo scopo di accentuare la prevedibilità del diritto giudiziario, possono per contro preoccupare proprio per il rischio di un eccessivo irrigidimento di quest'ultimo.

## 2. *Medicina difensiva e non punibilità del sanitario*

Il contenimento della responsabilità penale del medico per gli eventi avversi prodottisi nell'esercizio della sua attività è un'esigenza politico-giuridica che nasce dall'eccessivo ricorso da parte dei sanitari alla c.d. *medicina difensiva*. Com'è ben noto, la medicina difensiva è una pratica messa in atto, a sua volta, per contrastare gli eccessi con cui, in un recentissimo passato, la giustizia penale si muoveva a colpire presunti errori colpevoli dei sanitari e più in generale episodi di c.d. *malasanità*. Dinanzi all'innalzamento del c.d. "rischio penale" i medici si "cautelano" con due atteggiamenti difensivi. In senso attivo (medicina difensiva positiva), i medici tendono ad eccedere nel ricorso a mezzi diagnostici e interventi terapeutici, di cui non vi sia effettiva necessità o utilità curativa ma la cui prescrizione serve a cautelarsi contro un eventuale rimprovero di trascuratezza. Con la conseguenza però, non solo di gravare sui bilanci delle strutture sanitarie pubbliche, ma anche di intasarle producendo così ritardi e liste d'attesa pregiudizievoli per la salute dei cittadini. In senso passivo (medicina difensiva negativa), i medici tendono a "scaricare" su altri sanitari il paziente che possa essere a rischio, in modo da evitare l'attribuzione del possibile evento avverso: e anche ciò evidentemente, rallentando e complicando l'intervento terapeutico, può essere nocivo per la salute dei cittadini.

L'esigenza di contrastare la pratica della medicina difensiva è, dunque, reale; così come è reale l'esigenza di un più oculato e controllato esercizio dello strumento penale per contrastare i casi di effettiva *malpractice* medica.

Per far fronte a queste indiscutibili esigenze si è preferito imboccare la *via legislativa* di prevedere espresse clausole di esclusione della punibilità del medico, invece di privilegiare la *via giudiziaria* di un uso più sorvegliato e accorto degli istituti e dei principi in materia di responsabilità colposa. Probabilmente, l'opzione a favore della via legislativa è stata motivata anche dello scopo di assicurare alla materia una maggiore certezza applicativa. Come vedremo, invece, è stato raggiunto l'effetto esattamente contrario, poiché l'incertezza ha contrassegnato non solo l'applicazione giurisprudenziale delle nuove norme, ma addirittura l'azione dello stesso legislatore che è intervenuto ben due volte in materia e a distanza di pochi anni, suscitando così anche aggiuntive incertezze di diritto intertemporale.

Può essere utile riprodurre i due testi legislativi con cui si è inteso circoscrivere la punibilità del medico. Il primo è costituito dall'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189) (c.d. *decreto Balduzzi*) e dispone quanto segue: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». Il secondo testo è costituito da un nuovo articolo del codice penale, l'art. 590 *sexies*, introdotto dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. *legge Gelli-Bianco*), che recita: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi della legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alla specificità del caso concreto».

Senza poter scendere qui nell'analisi dettagliata delle due disposizioni, appare abbastanza chiara l'idea di fondo loro comune, e cioè l'esclusione della responsabilità nel presupposto dell'osservanza delle *leges artis* sufficientemente consolidate, provvedendo peraltro la *legge Gelli-Bianco* a costruire un complesso meccanismo pubblicistico di accreditamento e pubblicazione delle linee guida. In sostanza, il messaggio generico sotteso al duplice intervento legislativo è che il medico non può soggiacere all'incertezza (se non all'alea) della responsabilità penale una volta che egli abbia osservato le *leges artis* "codificate".

### 3. *Ambiguità ed incertezze legislative*

Poste così le necessarie premesse del discorso, possiamo passare ora a delineare sinteticamente l'evoluzione della vicenda che c'interessa, non senza aver sottolineato che si tratta di questione grandemente rilevante. E ciò non solo perché attiene alla disciplina giuridica di un settore, quello medico appunto, che riguarda in sostanza l'intera popolazione e al quale – com'è naturale – siamo tutti molto sensibili. Ma anche perché la questione tocca uno dei *sancta sanctorum* del diritto penale contemporaneo qual è appunto quello della responsabilità colposa e dei suoi limiti.

La recente vicenda della disciplina penale della responsabilità medica è una vicenda anomala, quanto meno perché si presenta assai poco lineare. Come già si può notare dalla semplice lettura dei due testi legislativi, il legislatore è stato, da un lato, ben determinato nella sua decisione di intervenire per via legislativa contro indubbi eccessi giurisprudenziali, ma dall'altro lato si è rivelato incerto e quasi timoroso, tornando ben presto sui suoi passi per ridurre la portata dell'esclusione di punibilità. Per parte sua, la giurisprudenza, dopo un'iniziale accoglienza sostanzialmente ostile all'innovazione legislativa, e anche dopo molte oscillazioni in gran parte dovute all'imperfezione dei testi, sembra oggi convincersi sempre più della necessità di una delimitazione della responsabilità, consolidando – come vedremo – un orientamento che non esita a forzare il dato legislativo pur di dare coerenza alla disciplina.

Probabilmente l'anomalia di questa vicenda non è casuale. Al contrario, essa nasce forse da una certa qual contraddizione interna alla questione. Da un lato, in linea di principio, siamo quasi istintivamente portati a nutrire *sospetto* verso le cause speciali di esclusione della punibilità: esse, infatti, non solo creano necessariamente un vuoto di tutela nei confronti dei beni protetti, ma rischiano talvolta di rivelarsi dei privilegi. Insomma, per superare queste diffidenze occorre che le cause di non punibilità superino un vaglio di ragionevolezza (e costituzionalità) sia dal lato passivo dei beni tutelati sia da quello attivo dei soggetti esonerati. Dall'altro lato, però è anche vero, e qui sta l'apparente contraddizione, che nella peculiare materia dell'attività medica, la causa di non punibilità non si pone in antitesi con la tutela dei beni finali della vita e salute dei pazienti. Anzi, rispetto a tale tutela è perfettamente consentanea, visto e considerato che la pratica della medicina difensiva costituisce un ostacolo alla migliore tutela dei cittadini. E la causa di non punibilità nasce proprio per contrastare la pratica della medicina difensiva.

Anche per quanto riguarda il lato attivo dei soggetti esonerati, è improprio parlare di “privilegio” della classe medica, visto e considerato – come non ha mancato di sottolineare la giurisprudenza – che la delimitazione della loro responsabilità penale per colpa risponde ad un principio generale dell’ordinamento espresso dall’art. 2236 c.c. con riguardo a tutti i professionisti che si trovano ad operare su casi specialmente complessi, come sono sicuramente quelli oggetto di trattamento medico («Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave»).

#### 4. *I criteri di delimitazione della colpa: il criterio “quantitativo”*

In linea generalissima, la recente evoluzione sia dottrinale che giurisprudenziale della colpa penale ha messo in luce il carattere che si potrebbe dire “sincretistico” della colpa penale: alieno, cioè, da eccessive distinzioni e suddivisioni concettuali. Questo processo storico-culturale è avvenuto mediante la forte valorizzazione della *violazione delle regole cautelari* quale nucleo essenziale della colpa, finendo così per mettere in ombra la dimensione psichica di questa davvero complessa forma di imputazione soggettiva del reato. A riprova di quanto andiamo dicendo basta rammentare come, in sede teorica, è diventata quasi recessiva la distinzione un tempo fondamentale tra colpa generica e colpa specifica; così come è addirittura quasi scomparsa dai manuali l’altra distinzione che tripartisce la colpa generica nelle tre specie della negligenza, dell’imprudenza e dell’imperizia. Al più, queste distinzioni sono utilizzate solo per differenziare, ove necessario, le diverse tipologie di regole cautelari violate. Ma ciò che resta essenziale è appunto: (i) l’individuazione di una regola che abbia natura realmente cautelare, (ii) della sfera del pericolo cui la regola intende far fronte, (iii) della corrispondenza tra evento avverso prodotto e sfera del pericolo considerato dalla regola, (iv) nonché infine della efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito.

Anche in sede applicativa il dominante sincretismo della colpa è ben visibile nella formulazione di molti capi d’imputazione che spesso affastellano nella contestazione colposa tutte le possibili forme di colpa delineate dall’art. 43 c.p. e che raramente è dato scindere ed individuare separatamente almeno in sede preliminare di formulazione dell’accusa. Può darsi che dietro questo diffusissimo *modus procedendi* vi sia anche una



componente di sciatteria, ma non è affatto improbabile che ciò riveli altresì una certa impraticabilità di quelle pur apparentemente lineari e tramandate distinzioni codicistiche.

Ebbene, le riforme del *decreto Balduzzi* e della *legge Gelli-Bianco* vanno in direzione esattamente opposta alla tendenza sincretistica che oggi caratterizza la colpa: esse distinguono implicitamente tra colpa generica e colpa specifica, isolano l'imperizia tra le varie forme di colpa generica, rilanciano la distinzione tra colpa grave e colpa lieve che per lungo tempo era stata abbandonata dalla giurisprudenza penale che la utilizzava solo in sede di commisurazione della pena a norma dell'art. 133 c.p. Orbene, questa frammentazione della colpa in varie distinzioni e suddistinzioni, divenuta rilevante a seguito delle riforme non più solo per graduare la responsabilità colposa ma ancor prima per affermarne l'esistenza, ha logicamente prodotto la conseguenza di aggravare notevolmente l'onere motivazionale del giudice, costringendolo a calare nell'accertamento probatorio del fatto una griglia di distinzioni ardue già da un punto di vista concettuale, come abbiamo visto. Esempio in questo senso è, ad esempio, tra le più recenti, la sentenza della IV sezione della Cassazione n. 4892/2020, Scuderi: «una motivazione che tralasci di indicare se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, di valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, o di specificare di quale forma di colpa si tratti, se di colpa generica o specifica, eventualmente alla luce di regole cautelari racchiuse in linee-guida, se di colpa per imperizia, negligenza o imprudenza, ma anche una motivazione in cui non sia appurato se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico-assistenziali non può, oggi, essere ritenuta soddisfattiva né conforme a legge».

Per cercare di orientarsi meglio sulle ragioni profonde di questo modo di procedere del legislatore che va in cerca di una delimitazione – per così dire verso il basso – della colpa penale in campo medico, può essere utile considerare quali opzioni si presentavano astrattamente possibili al riformatore. In linea di principio le vie percorribili erano due. La prima potrebbe esser detta *quantitativa*, facendo riferimento alla tradizionale distinzione tra colpa grave e colpa lieve per giungere ad espungere la seconda dall'area della rilevanza penale. La seconda potrebbe dirsi *qualitativa*, in quanto basata sulla distinzione – appunto qualitativa – tra le varie specie di colpa e le diverse tipologie di regole cautelari violate. È chiaro, poi, che i due criteri – quantitativo e qualitativo – possono essere anche fra loro commisti, ancorché l'ispirazione di fondo della soluzione rimanga riconducibile all'una

o all'altra prospettiva.

Il criterio quantitativo, in virtù del quale la colpa lieve viene espunta dall'area di rilevanza penale, presenta pregi e difetti. Il suo maggior difetto è l'indeterminatezza derivante proprio dalla sua natura quantitativa. Ma è pur vero che questa indeterminatezza significa nello stesso tempo duttilità del criterio e sua capacità di adeguarsi al caso concreto, alle sue proteiformi manifestazioni nella realtà effettuale com'è appunto avviene specialmente in campo medico. I suoi pregi sono numerosi. Intanto si tratta di un criterio largamente conosciuto nella nostra tradizione giuridico-penale e consacrato dall'art. 2236 c.c. per quanto riguarda la responsabilità civile. Ma soprattutto corrisponde a quel carattere "sincretistico" della colpa che abbiamo già evidenziato e in ragione del quale la colpa risulta essere un giudizio complesso effettuato alla stregua di numerosi parametri. E qui arriviamo, in effetti, al pregio fondamentale del criterio quantitativo della colpa lieve, e cioè la possibilità – appunto "sincretistica" – che esso offre al giudice di avvalersi di più e diversi parametri congiuntamente: il giudizio di colpa lieve/grave deve infatti tener conto certamente delle "speciali difficoltà" del caso ma anche delle caratteristiche di contesto in cui è chiamato ad operare il medico (l'urgenza, le scarse risorse tecniche, ecc.) nonché delle condizioni personali dell'operatore (la stanchezza accumulata, il grado di esperienza maturata, ecc.), fino ad arrivare alla c.d. misura soggettiva della colpa intesa in termini di soggettiva e contingente esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari.

Ebbene, delle due riforme il *decreto Balduzzi* era chiaramente ispirato in modo prevalente al criterio quantitativo, visto che faceva riferimento espresso alla colpa lieve senza peraltro distinguere tra le varie specie di colpa. E, invero la giurisprudenza aveva conseguentemente ritenuto di poter configurare la colpa lieve anche al di là del perimetro segnato dall'imperizia, includendo anche la negligenza e l'imprudenza.

##### *5. Il criterio "qualitativo" adottato dalla legge Gelli-Bianco e le manipolazioni giurisprudenziali*

La *legge Gelli-Bianco* va invece in direzione decisamente opposta, optando per il criterio qualitativo e abbandonando la distinzione tra colpa grave/colpa lieve. La riforma s'impegna invero in una implicita ma evidente differenziazione delle tipologie di regole cautelari e *leges artis* rilevanti.

L'art. 590 *sexies*, comma 2, c.p. individua innanzitutto due tipologie di regole cautelari, o *leges artis*, la cui *osservanza* è condizione essenziale perché possa operare la causa di non punibilità. Recita infatti quella disposizione che «la punibilità è esclusa quando sono *rispettate le raccomandazioni* previste dalla *linee guida* [come definite e pubblicate ai sensi della legge] ovvero, in mancanza di queste, le *buone pratiche clinico-assistenziali*, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino *adeguate alle specificità del caso concreto*». Si può dunque dire che, affinché possa scattare la causa di non punibilità, debbono essere rispettate, in primo luogo, le regole generali relative all'*inquadramento diagnostico-terapeutico* del caso in questione (ad es. l'inquadramento della patologia oncologica in una certa specie di tumore per il quale i protocolli prevedono *in generale* un determinato trattamento): a questo tipo di regole fa riferimento la legge quando parla di "linee guida" (definite e pubblicate conformemente alle procedure previste dalla legge) ovvero di "buone pratiche clinico-assistenziali". In secondo luogo, e a differenza di quanto invece disponeva – o meglio non disponeva – il *decreto Balduzzi*, la non punibilità è subordinata all'osservanza delle "regole di adeguamento" al caso concreto, che ben possono, e solitamente sono, anche in deroga a quelle generali d'inquadramento diagnostico-terapeutico (ad es. correttamente inquadrata la patologia oncologica, le particolari condizioni del paziente suggeriscono di allontanarsi dalle linee guida [o buone pratiche] del trattamento terapeutico previsto da queste ultime).

In presenza di un siffatto quadro normativo si pone subito un arduo problema interpretativo, anzi quello che fu ritenuto un vero e proprio *rebus* interpretativo ai limiti della insolubilità. Posto, infatti, che la causa di non punibilità presuppone l'*osservanza* delle *leges artis* d'inquadramento del caso nonché quelle di *adeguamento* alle sue specificità concrete, quale spazio residua per l'operatività della causa di non punibilità? Quest'ultima implica pur sempre che il comportamento del medico sia colposo, ma se al contempo la condizione per la sua applicazione è l'osservanza di ben due categorie fondamentali di regole cautelari, quali potranno essere le *leges artis* la cui inosservanza caratterizzerà il comportamento colposo rientrando nella fattispecie di non punibilità? Insomma, la formulazione dell'art. 590 *sexies* c.p. è tale per cui, almeno ad una prima lettura, l'ambito della non punibilità sembra coincidere con ipotesi originariamente *non* colpose: se così fosse realmente, la norma sarebbe del tutto inutile.

È stata la giurisprudenza ad impegnarsi nell'ardua opera d'individuazione della tipologia di quelle regole cautelari la cui *inosservanza* è suscettibile di

dare corpo ad una *colpa non punibile* ai sensi dell'art. 590 *sexies* c.p. Questa tipologia di regole fu individuata nelle c.d. *regole esecutive o di attuazione*: esecutive o attuative delle regole d'inquadramento generale o di adeguamento al caso. Così, ad esempio, inquadrato esattamente il caso e programmato l'intervento terapeutico tenendo conto delle specifiche caratteristiche del paziente, il chirurgo erra nell'esecuzione dell'operazione (Cass. Sez. IV, n. 50078/2017, Cavazza: la causa di non punibilità è «operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'*applicazione* delle stesse»).

La ricostruzione giurisprudenziale dell'art. 590 *sexies* c.p. è senz'altro meritoria poiché conferisce un senso alla disposizione, ma certamente ne delinea – ed è già molto dato il suo tenore letterale – un campo applicativo ad un tempo eccessivamente limitato e potenzialmente troppo largo. Eccessivamente limitato perché la categoria delle norme esecutive o attuative è davvero particolarissima e molto residuale, e sembra inoltre essere stata individuata pensando prevalentemente al settore della chirurgia; troppo largo perché anche nell'esecuzione materiale del trattamento possono manifestarsi comportamenti colposi di estrema gravità (come, ad es., quello del chirurgo che commetta un grossolano errore esecutivo).

In secondo luogo, la *legge Gelli-Bianco* introduce un ulteriore forte limite alla non punibilità, assente nel *decreto Balduzzi*. A tenore del nuovo art. 590 *sexies* c.p. la causa di non punibilità è limitata alla sola colpa per *imperizia*. E con ciò le difficoltà interpretative si accentuano ulteriormente. È probabile che la ragione sostanziale di questa limitazione stia nella convinzione del legislatore che, mentre la negligenza e imprudenza esprimono due atteggiamenti soggettivi di indifferenza se non di ostilità nei confronti dei beni giuridici, l'imperizia è invece un difetto cognitivo o esecutivo, un errore, come tale meritevole di essere trattato con maggiore benevolenza nel campo medico caratterizzato da incertezza.

Pur essendoci del vero in questa convinzione, ciò nondimeno non per questo la disposizione cessa di essere di difficoltosa interpretazione e di produrre l'effetto di una sorta di sterilizzazione delle sue potenzialità applicative. La dottrina già da tempo aveva messo in luce la scarsa autonomia concettuale dell'imperizia in generale: come semplice difetto delle conoscenze e delle abilità necessarie, l'imperizia non è in grado di dare compiuta consistenza alla colpa e al rimprovero che essa implica. Oggi, poi, è intervenuta nella

specifica materia della responsabilità medica un'importantissima sentenza della Cassazione che ha fatto chiarezza sulla natura dell'imperizia. Si tratta della sentenza della Quarta sezione n. 15258/2020, *Santi*, nella quale sono stati chiariti due aspetti fondamentali. Innanzitutto, si è messo bene in luce come l'imperizia s'identifichi in sostanza con l'errore professionale come tale non necessariamente colpevole («si deve rimarcare che dopo aver accertato la violazione della regola cautelare, occorre accertare che quella violazione sia stata colposa; in questo secondo *step* deve darsi massimo spazio alla realtà dell'autore fisico e alle condizioni concrete nelle quali si è materializzato il fatto»). L'imperizia sta in sostanza ad indicare l'oggettivo scostamento del comportamento dalle regole cautelari caratteristiche delle attività tecnico-professionali, nelle quali le regole cautelari implicano l'osservanza delle *leges artis*, la cui violazione dà luogo appunto ad imperizia. In secondo luogo, si è affermato esattamente che l'errore professionale, cioè il comportamento imperito, trasmoda in colpa solo quando l'incapacità di adeguarsi alle *leges artis* tecnico-professionali sia accompagnata da un atteggiamento colpevole di negligenza o imprudenza. Questo significa che anche nella colpa per imperizia refluiscano componenti negligenti o imprudenti («in linea di massima, l'agire dei professionisti, e quindi anche dei sanitari, si presta ad esser valutato *primariamente* in termini di perizia/imperizia; per definizione le attività professionali richiedono l'uso di perizia, cioè il rispetto delle regole che disciplinano il modo in cui quelle attività devono essere compiute per raggiungere lo scopo per il quale sono previste; ciò non esclude che l'evento possa essere stato determinato da un errore originato da negligenza o da imprudenza»). Con la conseguenza, dunque, che, mentre il richiamo effettuato dall'art. 590 *sexies* c.p. all'imperizia deriva dal fatto che esso concerne un'attività tecnico-professionale come quella medica, la presenza di negligenza o imprudenza nel comportamento non può per ciò solo escluderlo dall'ambito applicativo della fattispecie di non punibilità.

A questo punto, dopo aver visto come la giurisprudenza ha chiarito i requisiti della fattispecie di non punibilità costituiti dall'*osservanza delle regole* d'inquadramento e di adeguamento e dalla *imperizia*, nell'itinerario interpretativo dell'art. 590 *sexies* c.p. s'inserisce l'ultimo passaggio logico compiuto dalle Sezioni Unite con la notissima sentenza n. 8770/2018, Mariotti. Diciamo subito che con questa pronuncia viene recuperato il limite della *colpa grave*, in modo da escluderla dall'ambito applicativo della fattispecie, nonostante che l'art. 590 *sexies* c.p. nulla dica espressamente al riguardo. Sembra qui riaffiorare quella certa qual diffidenza verso la non punibilità, di cui abbiamo detto all'inizio, dovuta al timore di un

eccessivo indebolimento della tutela. E in effetti è ben possibile che un errore terapeutico sia dovuto a negligenza o imprudenza anche molto gravi e dunque intollerabili, ancorché esso si radichi nell'inosservanza di regole "semplicemente" esecutive o attuative. Addirittura, l'indebolimento della tutela potrebbe far sorgere dubbi di costituzionalità, qualora si riveli così macroscopico da apparire ingiustificato e pertanto irragionevole.

Dunque le Sezioni Unite avvertono il bisogno, per "salvare" la causa di non punibilità, di ricorrere ad una sua *interpretazione conforme a Costituzione*, consistente nel reinserimento del limite della *colpa grave* nella fattispecie. Un'operazione ermeneutica, questa, tanto apprezzabile negli intenti e nelle conseguenze quanto opinabile per il percorso argomentativo prescelto (ma, forse, obbligato?).

Lasciamo stare qui le riserve che sono state espresse autorevolmente e in via generale nei confronti dell'interpretazione conforme in quanto tale, tacciata di favorire forzature del testo legislativo proprio in quanto orientata a ottenere un *determinato risultato* ermeneutico prefigurato in partenza, piuttosto che fungere da *metodo euristico* dell'esito interpretativo. Seppure ci sia del vero in questi rilievi critici, rimane indubitabile che, se ben praticata, l'interpretazione conforme a Costituzione è un veicolo prezioso per far circolare direttamente nel tessuto normativo dell'ordinamento i valori costituzionali.

Come è ben noto, l'invalidabile confine che trova l'interpretazione conforme è il significato linguistico del testo legale. Nel senso che, pur nell'intento di armonizzare la disposizione legale con la Costituzione, non è possibile per l'interprete attribuire ad essa un significato che sia incompatibile con quello linguistico del testo. Orbene, la sentenza *Mariotti*, inserendo il limite della colpa grave nel testo dell'art. 590 *sexies* c.p., ritiene di stare entro i confini dell'interpretazione conforme in quanto avrebbe operato non già *contra legem* bensì *praeter legem*. E, da un certo punto di vista, ciò non è inesatto, in quanto l'operazione interpretativa si risolve non già nel sostituire un elemento di fattispecie con altro ma nell'aggiungere – *oltre* il disposto normativo – un elemento non previsto, sul quale il testo è dunque silente. Vero ciò, è altrettanto indubitabile però che l'operazione si rivela fortemente manipolativa del testo e davvero ai confini dell'interpretazione conforme consentita. In effetti, quando si parla di quest'ultima, normalmente ci si riferisce al carattere polisemico di una disposizione legislativa e alla conseguente scelta dell'interprete che, *tra i plurimi significati* dell'espressione linguistica, *sceglie* quello conforme (o maggiormente conforme) a Costituzione: in questo senso il significato della

disposizione non viene tradito poiché il giudice, con la sua scelta, rimane pur sempre all'interno del campo semantico sotteso alla disposizione.

Nel nostro caso, invece, è avvenuto qualcosa di diverso. La Corte di cassazione, infatti, *non ha scelto tra i possibili* significati dell'espressione linguistica, ma ha *inserito ex novo* nella struttura linguistica della fattispecie un elemento non previsto espressamente, e cioè quello della colpa lieve. Così operando, fra l'altro, una scelta destinata a ridondare a svantaggio del *reo*, perché limitante l'ambito applicativo della causa di non punibilità.

### 6. *Un buon risultato paralegislativo*

Nonostante la forzatura presente nel percorso argomentativo della sentenza *Mariotti*, tuttavia è difficile disconoscere il pregio dei risultati così conseguiti, tali da delineare un assetto normativo di grande interesse per la colpa medica. Non si tratta solo di aver delimitato la sfera della non punibilità in modo più coerente con la tradizione del nostro ordinamento e con le sostanziali esigenze di tutela. Con questo pronunciamento, soprattutto se letto insieme alla successiva e già ricordata sentenza n. 15258/2020, la Cassazione ha compiuto un'importante operazione di *rivitalizzazione della colpa grave*, cioè del criterio quantitativo, quale discrimine della responsabilità colposa del medico.

In effetti, la clausola della colpa grave, facendo pernio sull'intensità del rimprovero colposo nel suo insieme, è innanzitutto capace di "mangiarsi" per così dire quel limite dell'*imperizia*, la cui ragion d'essere – come abbiamo visto – è molto opinabile. In secondo luogo, e soprattutto, la clausola della colpa grave è potenzialmente idonea a travolgere anche il limite costituito dalla tipologia di regole cautelari di cui è richiesta l'osservanza dall'art. 590 *sexies* c.p.: le regole d'inquadramento diagnostico-terapeutico e quelle di adeguamento al caso concreto. Infatti, una volta che faccia ingresso il criterio selettivo dell'intensità del rimprovero colposo nel suo complesso, non ha più senso limitare la non punibilità alla sola inosservanza delle regole esecutive ed attuative. Un rimprovero trascurabile è ben concepibile senza dubbio anche nell'inosservanza delle regole d'inquadramento o di adeguamento: tutto dipende, come al solito, dalle caratteristiche del caso. Ma c'è di più. Nell'ipotesi in cui il caso sia talmente nuovo o speciale per cui *non esistano* linee guida o buone pratiche, a stretto rigore la causa di non punibilità non potrebbe essere mai applicabile per mancanza di un

suo requisito. Orbene, si tratta di un risultato incongruo, essendo evidente che un'esigenza di eventuale non punibilità è molto più probabile in una siffatta, davvero difficilissima, situazione, anziché in quella in cui l'errore terapeutico abbia riguardato la solitamente più semplice fase dell'esecuzione o attuazione dell'intervento.

In definitiva, la soluzione "quantitativa" della colpa grave si rivela suscettibile di una più ampia e ragionevole sfera di applicazione rispetto allo schema di non punibilità un po' arzigogolato delineato dalla *legge Gelli-Bianco*. Rimane aperto il problema se questa dilatazione del campo di applicazione attraverso la colpa grave come rievocata dalla sentenza *Mariotti*, possa operare già *de lege lata* oppure se abbia bisogno di una nuova e più adeguata – ma anche più semplice – formulazione legislativa. In effetti, estendere la causa di non punibilità oltre i requisiti espressamente indicati dall'art. 590 *sexies* c.p. (alle ipotesi di inesistenza di *leges artis* consolidate) ovvero contro di essi (alle ipotesi di colpa lieve nell'inosservanza delle *leges artis*), apparirebbe una nuova forzatura del testo, anche se ispirata a conferire ad esso una sostanza valoriale e una ragionevolezza ben maggiori di quelle esibite dal testo vigente. Indubbiamente, potrebbe essere forte la tentazione per la giurisprudenza che ha "fatto trenta" (con la sentenza *Mariotti*) di fare anche "trentuno" ampliando alle ipotesi non previste: e questa volta per di più in senso favorevole al *reo*.

È chiaro, inoltre, che la delimitazione della punibilità alla colpa grave potrebbe egregiamente prestarsi a risolvere la stragrande maggioranza dei casi originati dall'emergenza pandemica del coronavirus, senza avventurarsi nella difficile forgiatura legislativa di un apposito "scudo" ritagliato sulla contingenza sanitaria. Indubbiamente, però, se una più o meno confessata sfiducia nella magistratura (soprattutto del pubblico ministero) unita alla lunghezza dei processi dovessero far optare per una disposizione di "sbarramento" capace di bloccare sul nascere l'azione penale, allora bisognerebbe pensare ad una vera e propria causa di non punibilità di problematico confezionamento. Essa, infatti, dovrebbe essere congegnata prescindendo da quell'accertamento di fatto pur sempre indispensabile per graduare la colpa, e puntando su un dato obiettivo per così dire "esterno" alla tipicità del fatto colposo (la sua 'concomitanza' con l'epidemia?) *ictu oculi* riconoscibile dal pubblico ministero al momento dell'acquisizione della *notitia criminis*. Ma il rischio sarebbe allora quello di fare d'ogni erba un fascio, coprendo con la causa di non punibilità anche eventuali fatti gravemente colpevoli sol perché commessi nella contingenza epidemica.

Infine, a parte ciò, sembra proprio che la clausola della colpa grave



possa aprire interessanti prospettive di politica penale per il futuro. Intanto, potrebbe proseguire quel processo che pare essere già in atto nella giurisprudenza, di affrancamento della colpa grave dall'art. 2236 c.c., o per meglio dire di suo progressivo superamento: i parametri di accertamento della colpa grave/lieve potrebbero del tutto ragionevolmente ed opportunamente andare oltre quello della "speciale complessità" del caso per comprendere anche quelli relativi al contesto obiettivo, alle condizioni personali del soggetto, alla misura soggettiva della rimproverabilità.

Inoltre, è lecito pensare che un futuro sviluppo dei confini tra responsabilità civile e penale possa andare nel senso di fare della colpa grave il confine generale tra illecito civile e illecito penale, al di là dunque del campo della responsabilità del medico e forse anche al di là del campo della responsabilità del professionista. Così facendo sarebbe data reale attuazione al principio fondamentale che vuole l'intervento penale quale *ultima ratio* della tutela dei beni.

La conclusione finale che si può trarre da questo nostro *excursus* sulla colpa medica è che si tratta probabilmente di un campo ancora in divenire. Ma soprattutto un campo in cui la disciplina giuridica, sebbene sospinta da interventi legislativi espressivi di esigenze reali ma formulati in modo spesso infelice, è stata forgiata dalle mani della giurisprudenza non raramente in direzione diversa da quella presa dal legislatore. Un processo, questo che vede sinergicamente operanti diritto legale e diritto giudiziario, che si è svolto senza scandalo e forse con soddisfazione diffusa.

Giovanni Paolozzi\*

*Giurisdizioni fuori asse*<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. La guerra dei piani – 2. La punta dell'iceberg – 3. *Escape plan*.

1. *La guerra dei piani*

Nella tradizione dell'*hastiludium*, poi, evoluto nel *turneamentum* o *ludus Troianus* e, infine, nel torneo medievale, l'araldo d'armi chiamava i cavalieri ad uno ad uno e ne blasonava l'arma e lo scudo e gli eventuali titoli nobiliari, presentandoli al pubblico che affollava l'arena.

Un ruolo simile ben si adatta al locutore cui è stato conferito il gradito *munus* di presiedere un incontro come quello odierno che vede riunito un *parterre de rois* di esperti in materia di intersezioni tra processo penale e processo civile.

Per svolgere al meglio questo compito la strada maestra è certamente quella di sottrarre, nella introduzione del tema, meno tempo possibile ai relatori.

Mi limito, perciò, a due soli ordini di considerazioni.

Il primo è indotto dalla sequenza di iniziative, delle quali l'odierna fa parte, promosse dalle cattedre di procedura civile e di procedura penale. Si tratta di occasioni di incontro, ormai assurte a livello di prassi stabile, delle quali sono benemeriti patrocinatori gli amici Antonio Carratta, Giorgio Costantino, Luca Lupária, Luca Marafioti e Giuseppe Ruffini.

Il secondo ordine di riflessioni è collegato alle peculiarità della vicenda che ha dato spunto alla tavola rotonda di oggi.

Del resto, sono proprio quelle peculiarità che giustificano l'odierno intrigante *mix* di proceduristi civili e penali.

Quanto al dinamismo delle cattedre di procedura civile e di procedura

\* Professore fuori ruolo di Diritto Processuale Penale, Università degli Studi di Roma Tre.

<sup>1</sup> Il presente lavoro riproduce il testo della *Relazione introduttiva*, in *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, a cura di L. Lupara, L. Marafioti, Giappichelli, Torino, 2020.

penale del quale quei *meeting*, compreso l'odierno, sono chiara espressione, vado, come è uso dire in gergo popolare, «a sentimento». È, infatti, un sentimento di invidia quello che mi sento di esprimere nei confronti dei titolari di quelle cattedre, invidia soprattutto per i proficui frutti prodotti da una successione ininterrotta di incontri svolti su temi sempre attuali, mai banali e con occhio costantemente attento alla prassi.

Basta scorrere il lungo elenco di argomenti che hanno formato oggetto di queste tavole rotonde per rendersi conto che esse presentano caratteristiche decisamente diverse rispetto agli studi astratti, diciamo così «da professori», che spesso riempiono molti convegni.

Cito solo alcuni degli incontri più recenti a testimonianza di quanti preziosi frutti abbia generato l'albero. Spiccano, in questa prospettiva, le giornate dedicate a «I poteri del giudice dell'esecuzione» (27 marzo 2017), al «Rito applicabile alla liquidazione degli onorari dell'avvocato» (31 maggio 2017), ai «Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola» (30 ottobre 2017), alla «Dimensione tecnologica e prova penale» (4 dicembre 2018) e al «Principio di causalità civile e penale e giudizio di rinvio» (9 aprile 2019).

Passando alle considerazioni attinenti all'oggetto della presente riunione, suggerirei di soffermarsi preliminarmente sull'intitolazione della stessa.

Quando la si analizza nel dettaglio, la denominazione «Processo penale e processo civile. Interferenze e questioni irrisolte», conferita all'incontro di oggi, svela, infatti, più di una analogia con il noto gioco delle scatole cinesi, trattandosi di un'elegante perifrasi dietro la quale non si cela un fenomeno unitario, bensì un complesso reticolo di rapporti tra i due processi.

Anche questo, però, è, a sua volta, tema composito, abbracciando fenomeni che vanno oltre l'ipotesi in cui il comportamento criminoso, ove rilevi in altri rami dell'ordinamento, è fonte di illeciti di diversa natura. Va raccolta, a questo riguardo, la notazione formulata da Mario Chiavario il quale osserva che alla tradizionale tematica dei vincoli indotti dall'accertamento penale nei confronti dei giudizi extrapenali va affiancata, innanzitutto, quella dell'esistenza di vincoli di segno opposto, vale a dire di obblighi di osservanza da parte del giudice penale del contenuto di pronunce emesse da altre giurisdizioni.

Deve tenersi conto, in secondo luogo, della diversa tipologia di tali vincoli che possono concernere tanto l'affermazione della responsabilità dell'imputato quanto i fatti accertati dal giudice penale, nonché le metodologie di accertamento utilizzabili dagli organi giurisdizionali diversi da quest'ultimo giudice nell'ipotesi in cui davanti ad essi, venga trasferita la

controversia avente ad oggetto lo stesso fatto e la stessa persona.

Nella prospettiva odierna, però, la direzione di marcia sulla quale focalizzare l'attenzione è quella che dal processo penale ci trasporta verso il processo civile. Del resto, è principalmente questa la direttrice lungo la quale si muove il complesso di norme, variamente disseminate nel codice di rito penale, che disciplinano il fenomeno delle intersezioni tra processo penale e processi di diversa natura, salvo, poi, decifrare se i secondi rappresentino una prosecuzione del primo o costituiscano un processo autonomo.

Per apprezzare le scelte di sistema estrapolabili dalla regolamentazione degli istituti coinvolti a questi fini serve, però, un raffronto con il modello che, nel 1989, ci siamo lasciati alle spalle. Siccome temo che il previgente modello non sia noto ai tanti giovani che oggi, generosamente, gremiscono quest'aula, concentrandosi i loro studi attuali sul processo civile, chiedo venia per la digressione ai tecnici della materia che, ovviamente, ben conoscono la passata disciplina del fenomeno.

Il codice di rito del 1930, confermando la scelta – già operata dai precedenti codici postunitari – di consentire l'esercizio dell'azione civile nel processo penale delineava, sulla scia del modello francese, un assetto dei rapporti tra giudizio penale e giudizio civile improntato ai principi di unitarietà della funzione giurisdizionale e di preminenza della giurisdizione penale. Ciò con l'obiettivo precipuo di evitare che per il medesimo fatto un soggetto venisse assolto dal giudice penale e, invece, condannato da quello civile.

Al danneggiato veniva lasciata la scelta di esercitare l'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato nel processo penale mediante la costituzione di parte civile, ovvero di far valere le proprie pretese davanti al giudice civile. In quest'ultimo caso, tuttavia – salva la facoltà di trasferire, a determinate condizioni, l'azione civile nel processo penale – il giudizio civile rimaneva obbligatoriamente sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale irrevocabile (artt. 3 e 24 c.p.p. 1930), la quale assumeva efficacia «vincolante» nel giudizio di danno, indipendentemente dall'esser stata pronunciata sentenza di condanna o di assoluzione (artt. 23 ss. c.p.p. 1930).

La sentenza irrevocabile di condanna, infatti, assumeva autorità di cosa giudicata, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni o il risarcimento del danno iniziato o proseguito dopo di essa, «quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità e alla responsabilità del condannato» (art. 27 c.p.p. 1930).

Nella ipotesi di pronuncia di una sentenza assoluzione con le formule

«perché il fatto non sussiste», «perché l'imputato non l'ha commesso», «perché il fatto fu compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima» o in ragione dell'insufficienza della prova che il «fatto sussista o che l'imputato lo abbia commesso», invece, l'azione civile non poteva essere proposta, proseguita o riproposta davanti al giudice civile o amministrativo (art. 25 c.p.p. 1930).

Aggiungo che, nell'ipotesi in cui il danneggiato si fosse costituito parte civile, al giudice penale, comunque, era preclusa la possibilità di decidere sull'azione civile ove il procedimento si fosse chiuso con sentenza di non doversi procedere o di assoluzione per qualsiasi causa (art. 23, comma 1, secondo periodo, c.p.p. 1930).

Insomma, la decisione sull'azione civile risultava interdotta anche quando i motivi del proscioglimento non incidevano sulla sussistenza del fatto o sulla sua commissione da parte dell'imputato e, di conseguenza, non avrebbero in alcun modo impedito l'accertamento di una eventuale responsabilità civile dell'imputato stesso.

Qualsiasi dubbio in proposito veniva fugato dall'art. 489, comma 1, c.p.p. 1930, secondo cui l'imputato poteva essere obbligato alle restituzioni ed al risarcimento del danno in favore della parte civile solo «con la sentenza di condanna».

Non servono molte parole per evidenziare che questo modello risultava sfavorevole al danneggiato. Questi, rivolgendosi *ab initio* al giudice civile, incappava, infatti, nel regime di sospensione obbligatoria, mentre, se privilegiava la costituzione di parte civile nel processo penale, rischiava di trovarsi di fronte ad un esito assolutorio del giudizio, esito che sterilizzava definitivamente la sua iniziativa.

Nessun bilanciamento a questi scompensi veniva introdotto in sede di impugnazioni, risultando precluso alla parte civile richiedere, per i propri interessi civili, il controllo della sentenza di proscioglimento, a meno che la parte stessa fosse stata condannata al pagamento delle spese e al risarcimento del danno in favore dell'imputato prosciolto.

Furono necessarie due pronunce della Corte costituzionale per eliminare, da un lato, i limiti esistenti nei confronti della proposizione del ricorso per Cassazione, ad iniziativa della parte civile, contro le disposizioni della sentenza relative agli interessi civili<sup>2</sup> e, da un altro lato, per consentire al giudice penale – una volta legittimata la parte civile a proporre ricorso per Cassazione anche contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato – di

---

<sup>2</sup> C. cost., sent. 22 gennaio 1970, n. 1, che dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 195 c.p.p. 1930 per contrasto con l'art. 111, comma 2, Cost.

«decidere sull'azione civile anche quando, concluso il procedimento penale con sentenza di proscioglimento, l'azione della parte civile, a tutela dei suoi interessi civili, prosegua in sede di Cassazione ed eventuale successivo giudizio di rinvio»<sup>3</sup>.

A quel punto, però, restava impregiudicato un aspetto di non poco conto: occorreva individuare il giudice penale o civile del rinvio in caso di accoglimento da parte della Corte di Cassazione del ricorso proposto dalla parte civile avverso la sentenza di proscioglimento.

La questione venne risolta dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione<sup>4</sup> con una singolare operazione estensiva dell'art. 541 c.p.p. 1930, identificando, cioè, nel giudice civile il giudice del rinvio, nonostante la sentenza costituzionale n. 29 del 1972 suggerisse la soluzione contraria, vale a dire, quella del rinvio al giudice penale.

Ecco, da questa scelta – all'epoca aspramente criticata da Angelo Giarda<sup>5</sup> – nascono molti dei problemi di cui oggi dovremo occuparci.

Sono consapevole di non potermela cavare con una battuta, ma, volendo ridurre ad un *bonsai* le scelte operate dal vigente ordinamento processuale penale, potremmo dire che il legislatore del 1989 ha applicato, quasi alla lettera, il sermone sul monte [Matteo 6, 1-4,] la cui morale si condensa nella nota massima «quando fai l'elemosina non sappia la tua sinistra quello che fa la destra».

Nell'ordinamento processuale vigente, infatti, la disciplina dei rapporti tra processo penale e processo civile non è più ispirata al principio di unità della giurisdizione, bensì a quello dell'autonomia e della separazione dei due processi e dell'attribuzione a ciascun giudice di cognizione piena in ordine alle questioni giuridiche o di fatto rilevanti ai fini della propria decisione<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> C. cost., sent. 17 febbraio 1972, n. 29, che dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 23 c.p.p. 1930 per contrasto con l'art. 111, comma 2, Cost.

<sup>4</sup> Cassa Pen, SU, 30 novembre 1974, n. 306, Buzzi, in *CED Cass.*, rv. 128995.

<sup>5</sup> A. GIARDA, *Ricorso per cassazione della parte civile, annullamento del "capo penale" e competenza del giudice di "rinvio"*, in «RIDPP», fasc. I, 1975, p. 618 (nota a Cass. Pen., SU, 30 novembre 1974, n. 306, Buzzi, cit.).

<sup>6</sup> Autonomia rispetto alle decisioni del giudice penale ed attribuzione a ciascun giudice di cognizione piena in ordine alle questioni giuridiche o di fatto rilevanti ai fini della propria decisione erano canoni già applicati in altri rami dell'ordinamento ancor prima della entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale. L'accertamento del reato da parte del giudice civile del lavoro risultava, infatti, necessario per la liquidazione a favore del lavoratore del risarcimento del danno differenziale biologico e patrimoniale rispetto alla prestazione erogata dall'INAIL e per l'accoglimento della domanda di regresso dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro (artt. 10 e 11, T.U. n. 1124/1965) sia quando l'azione penale si fosse estinta per morte dell'imputato, per prescrizione o per amnistia, ovvero

Ne discendono corollari logici, ma non, per questo, sempre condivisibili. Mi limito ad evocare gli essenziali.

Innanzitutto, il processo civile prosegue parallelamente a quello penale, senza alcuna influenza del secondo sul primo – fatti salvi i vincoli cognitivi previsti dagli artt. 651, 651-*bis*, 652 e 654 c.p.p. – e senza obbligo di sospensione del giudizio pendente davanti al giudice civile, in attesa della definizione di quello penale.

In secondo luogo, il dovere del giudice civile di procedere autonomamente all'accertamento dei fatti e della responsabilità civile con pienezza di cognizione in ragione dell'affrancamento dalle qualificazioni giuridiche attribuite ai fatti dal giudice penale, nonché dagli strumenti probatori di cui quest'ultimo fa impiego, porta a conferire carattere eccezionale alla previsione secondo cui è consentito il trasferimento nel processo penale dell'azione esercitata davanti al giudice civile fino a che in sede civile sia stata pronunciata una sentenza di merito (art. 75, comma 1, c.p.p.). Noto, *per incidens*, che questa ipotesi ci pone al cospetto del più rilevante tra i residui casi di sospensione del giudizio civile per pregiudizialità (art. 75, comma 3, c.p.p.)<sup>7</sup>.

Diviene, così, alea messa consapevolmente in conto dal legislatore quella del possibile contrasto di giudicati.

Sulla base di queste premesse, l'ordinamento processuale penale rimette al danneggiato, in funzione della tutela del suo diritto al risarcimento del danno derivante da reato, la facoltà di costituirsi *ab initio* parte civile nel processo penale, oppure di trasferire l'azione dal processo civile al processo penale (art. 75 c.p.p.), con l'effetto, in entrambi i casi, di dilatare la cognizione del giudice penale, estendendola al tema del risarcimento del

---

fossoro intervenuti un decreto di archiviazione od un proscioglimento istruttorio (artt. 1, comma 5, T.U. n. 1124/1965). Altrettanto valeva in tutte le ipotesi in cui la sentenza penale di condanna non vincolava il datore di lavoro civilmente responsabile rimasto estraneo al processo penale o quando la sentenza penale di assoluzione non vincolava l'INAIL o il lavoratore danneggiato rimasti estranei al processo.

<sup>7</sup> Si tratta, per l'esattezza, delle ipotesi previste degli artt. 75, comma 3, c.p.p., 295 e 297 c.p.c., 654 c.p.p. e 211 disp. att. c.p.p. Parrebbe anche da escludere, con riferimento all'art. 295 c.p.c., che dalla finestra possa rientrare ciò che è stato espulso dalla porta. Non sembra, infatti, sussistere alcuno spazio per dare ingresso ad una sospensione «facoltativa» o «discrezionale» del processo civile, dovendosi escludere che questo possa venir sospeso dal giudice procedente al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale. Il provvedimento di sospensione *ope iudicis*, fondato sulla discrezionalità del giudice di merito, risulterebbe, pertanto, inammissibile e, come tale, sarebbe soggetto all'impugnazione prevista dall'art. 42 c.p.c., non essendo ipotizzabile un *tertium genus* di sospensione affiancato a quelli della sospensione necessaria e della sospensione su istanza di parte.

danno e delle restituzioni.

A veicolare il complesso delle scelte sin qui riassunte si incaricano gli artt. 3 e 479 c.p.p., riguardanti la decisione delle questioni pregiudiziali, il sopracitato art. 75 c.p.p., l'art. 538 c.p.p., che subordina la decisione sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 ss. c.p.p., alla pronuncia di una «sentenza di condanna», l'art. 539 c.p.p., relativo alla condanna generica ai danni ed alla provvisionale, l'art. 573 c.p.p., che disciplina le forme di trattazione delle impugnazioni per i soli interessi civili, l'art. 578 c.p.p., riguardante la decisione agli effetti civili nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione, l'art. 600 c.p.p., che indica i provvedimenti adottabili in ordine alla esecuzione della condanna civile ed alla sospensione dell'esecuzione della provvisionale, l'art. 622 c.p.p., avente ad oggetto l'annullamento della sentenza ai soli effetti civili – che è, poi, la norma più direttamente coinvolta dalle odierne riflessioni – l'art. 630, lett. b), ove è contemplata una remota ipotesi di esperibilità della impugnazione straordinaria correlata a pronunce emesse dal giudice civile o amministrativo<sup>8</sup> e, infine, gli artt. 651, 651-*bis*, 652 e 654 c.p.p., che circoscrivono l'efficacia extrapenale della sentenza pronunciata dal giudice penale.

Non segnalo certo alcunché di originale, documentando che il nuovo assetto dei rapporti tra processo penale e processo civile suscita apprezzamenti positivi o negativi a seconda dei piani di osservazione prescelti dall'interprete. Detto in estrema sintesi, quanti si spendono a favore del modello vigente esaltano la minore penalizzazione rispetto al previgente assetto che esso comporta a favore del danneggiato dal reato.

I critici, invece, sottolineano, da un lato, l'inevitabile rischio di giudicati contrastanti non mitigato dalle previsioni concernenti la efficacia extrapenale della sentenza penale, contenute negli artt. 651, 651-*bis*, 652 e 654 c.p.p., né sufficientemente schivato dagli *escamotages* introdotti all'interno dell'art. 75 c.p.p., e, da un altro lato, la duplicazione di processi, sostanzialmente per lo stesso fatto, vale a dire un dispendio di energie giudiziarie non adeguatamente giustificato dalla diversa natura degli illeciti che i processi medesimi sono deputati ad accertare.

La letteratura, tanto in un senso quanto nell'altro, è ampia e la conosciamo, ma, a volte, assume il sapore di una tenzone tra nostalgici e

<sup>8</sup> Prevede, infatti, l'art. 630, lett. b), c.p.p. che il condannato possa richiedere la revisione nei confronti di una sentenza o di un decreto penale di condanna che abbiano ritenuto la sussistenza del reato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che, a sua volta, abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 3 c.p.p.



progressisti, anche se il mio cuore batte a favore dei primi.

Piuttosto che impegnarsi in questo dibattito, credo, perciò, che metta conto soffermare l'attenzione oggi su un effetto, conseguente alle scelte operate in materia di rapporti tra processo penale e processo civile, non previsto trentuno anni fa al tempo della entrata in vigore del nuovo codice di rito penale.

La mutata regolamentazione di quei rapporti, infatti, ha progressivamente alimentato un contrasto, divenuto ormai difficilmente sanabile senza un intervento legislativo, tra le sezioni penali della cassazione e le sezioni civili, rispettivamente allocate al secondo ed al primo piano dell'edificio realizzato a Roma in piazza Cavour dall'architetto Guglielmo Calderini, contrasto relativo all'ampiezza degli ambiti cognitivi assegnati al giudice civile in ordine alla determinazione del danno derivante da reato.

A voler essere maliziosi, si direbbe che le sezioni civili della Cassazione cerchino, anche facendo impiego di argomenti non del tutto convincenti, di neutralizzare quanto più possibile i residui limiti alla cognizione del giudice civile indotti dagli artt. 651, 651-*bis*, 652 e 654 c.p.p., così da dilatare ulteriormente le possibilità di cognizione di tale giudice in ordine alla determinazione del danno derivante da reato, e che, viceversa, le sezioni penali cerchino di riconquistare, almeno parzialmente, l'autorità persa dalle pronunce del giudice penale.

Certo, questa tensione si sviluppa all'interno di una cornice sistematica coerente nelle linee generali con il nuovo assetto dei rapporti tra giudizio penale e giudizio civile. Si registra, infatti, la comune concordia delle Sezioni unite civili e penali della Suprema Corte nell'asserire che, «vigendo (oggi) il principio della parità ed originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e della pressoché completa autonomia e separazione fra giudizio civile e giudizio penale, nel senso che, tranne alcune particolari e limitate ipotesi di sospensione del processo civile (art. 75, comma 3, c.p.p.), da un lato, il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e, dall'altro, il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti e della responsabilità civile dedotti in giudizio»<sup>9</sup>.

Questo *fair play* istituzionale comincia, però, ad incrinarsi quando si inizia a discettare della effettiva portata delle attenuazioni di questi principi determinate dal riconoscimento, da parte degli artt. 651, 651-*bis*, 652 e 654 c.p.p., al giudicato penale di valore preclusivo nei giudizi di danno e in altri giudizi civili ed amministrativi.

---

<sup>9</sup> Cass., SU, 29 maggio 2008, n. 40049, Guerra, in *CED Cass.*, rv. 240815-01; Cass. civ., SU, 26 gennaio 2011, n. 1768, in *CED Cass.*, rv. 616366-01.

Da quel momento in poi si assiste, infatti, ad un fiorire di sentenze contenenti asseriti intesi ad apporre «i punti sulle i».

Ecco l'*incipit* del decalogo ricavabile dall'analisi delle suddette pronunce: costituendo le ipotesi previste dagli artt. 651, 651-*bis*, 652 e 654 c.p.p. «un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi, sono soggette ad un'interpretazione restrittiva e non possono essere applicate per via di analogia oltre i casi espressamente previsti». Ne discende, secondo questo indirizzo, che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha, ai sensi dell'art. 652 c.p.p., efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni o il risarcimento del danno promosso dal danneggiato solo relativamente agli accertamenti «che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima»; il che esclude la suddetta efficacia nei medesimi giudizi sia della sentenza dibattimentale di assoluzione pronunciata per altre ragioni, come, ad esempio, per mancanza dell'elemento psicologico, doloso o colposo, o per l'esistenza di una causa di giustificazione (reale o putativa) diversa da quella prevista dall'art. 51 c.p., o per l'esistenza di una causa di non punibilità o per la non imputabilità del soggetto, nonché delle sentenze di improcedibilità, (artt. 425 e 469 c.p.p.) e delle sentenze pronunciate per mancanza di una condizione di procedibilità o per estinzione del reato emesse all'esito del dibattimento (artt. 529 e 531 c.p.p.).

Di qui l'ulteriore corollario secondo cui la sentenza penale di proscioglimento non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile di danno se pronunciata per mancanza dell'elemento soggettivo del reato o per l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, spettando, in simili ipotesi, «al giudice civile il dovere di accertare autonomamente, con pienezza di cognizione, i fatti dedotti in giudizio e di pervenire a soluzioni e qualificazioni non vincolate all'esito del giudizio penale»<sup>10</sup>.

La morale che si ricava da questa impostazione è quella di rendere ininfluyente, ai fini della produzione degli effetti del giudicato previsti, in particolare, dall'art. 652 c.p.p., la formula di assoluzione in concreto utilizzata, spostando tali effetti sul contenuto sostanziale della pronuncia penale che, in tal modo, diviene vincolante nel giudizio civile «solo in

<sup>10</sup> Cass. Pen., SU, 29 maggio 2008, n. 40049, Guerra, cit.; analogamente, v. Cass. civ., SU, 26 gennaio 2011, n. 1768, cit., con riferimento alla sentenza di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia, alla quale nega efficacia extrapenale anche qualora il giudice, per giungere a tale conclusione, abbia accertato e valutato il fatto, affermando che in tal caso «il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione».

quanto contenga, in termini categorici, un effettivo e positivo accertamento circa l'insussistenza del fatto o l'impossibilità di attribuirlo all'imputato» o in ordine alla circostanza che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, escludendo tali situazioni «l'illiceità, non solo penale, del fatto, e conseguentemente l'ingiustizia del danno»<sup>11</sup>.

Un'ulteriore spinta al restringimento degli spazi di operatività dell'art. 652 c.p.p. è stata offerta dalle tesi elaborate, in un bel libro di recente ristampa<sup>12</sup>, da un autorevole magistrato, il quale ha espresso la convinzione, poi seguita dalla giurisprudenza della cassazione civile, che la suddetta norma trovi applicazione «nel solo caso di giudizio autonomamente instaurato innanzi al giudice civile, dal primo grado, e non anche nel caso di annullamento con rinvio al giudice civile competente per valore in grado d'appello ai sensi dell'art. 622 c.p.p.». In quest'ultima ipotesi, infatti, la sentenza di assoluzione dell'imputato, annullata su ricorso della parte civile, pur restando ferma agli effetti penali, secondo l'Autore, non produrrebbe effetti extrapenali.

Sin qui il discorso portato avanti dalla cassazione civile è, comunque, sviluppato su basi esegetico-interpretative strettamente collegate alla lettera del disposto processuale penale.

Sono indotto, invece, ad intravedere uno scostamento da questa impostazione – forse determinato da una punta di insofferenza nei confronti delle critiche mosse dai detrattori del nuovo assetto dato ai rapporti tra processo penale e processo civile – nella sottolineatura, operata dalle Sezioni Unite civili, in ordine ai caratteri distintivi del giudizio civile di danno rispetto a quello penale.

Evidenza, infatti, l'autorevole consenso, da un lato, che la prima tipologia di giudizio ha «concretamente assunto configurazione, carattere ed ambiti che ne hanno esaltato la totale originarietà ed autonomia rispetto a quello penale» e, da un altro lato, che l'art. 2043 c.c. ha «natura primaria» e non di «sanzione rispetto ad altre norme di divieto, [racchiudendo] in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula “danno ingiusto”, in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche

<sup>11</sup> Cass., Sez. lav., 18 aprile 2016, n. 7686, in *Dejure.it*. Nello stesso senso, tra tante, v. Cass. civ., Sez. III, 21 aprile 2016, n. 8035, in *CED Cass.*, rv. 639501-01; Id., Sez. III, 11 marzo 2016, n. 4764, *ivi*, rv. 639372-01; Id., Sez. III, 13 novembre 2013, n. 25538, *ivi*, rv. 628770-01; Id., Sez. III, 11 febbraio 2011, n. 3376, *ivi*, rv. 615991-01; Id., Sez. III, del 9 marzo 2010, n. 5676, rv. 611777-01; Id., Sez. III, 30 ottobre 2007, n. 22883, *ivi*, rv. 600388-01.

<sup>12</sup> A. CHILIBERTI, *L'azione civile nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 709.

dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza». Con la conseguenza che, «avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dalla citata disposizione», carattere che lo differenzia anche dal fatto illecito derivante da reato (art. 185 c.p.), non è possibile «individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela» e, dunque, viene conferito, appunto al giudice civile, «attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, il compito di accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, un'esigenza di protezione»<sup>13</sup>.

Lo dico con il massimo rispetto per le altrui opinioni, specie se espresse da un pulpito di così alto rango, ma questo tipo di argomentazione a me non pare pienamente conferente nella prospettiva di chiarire quale forza vincolante mantenga ancora la sentenza del giudice penale nei giudizi extrapenali.

Lungo questo stesso solco sembrano muoversi le sezioni unite civili quando si impegnano nella dimostrazione del divario intercorrente tra gli schemi di accertamento causale applicabili all'illecito civile ed all'illecito penale. L'adozione, da un lato, del canone che impone di provare la colpevolezza dell'imputato «oltre ogni ragionevole dubbio» (art. 533, comma 1, c.p.p.)<sup>14</sup> e, da un altro lato, del criterio dell'evidenza o del «più probabile che non»<sup>15</sup>, che connotano i regimi probatori rispettivamente operanti nel processo penale e nel processo civile, rappresenterebbero, infatti, secondo l'alto consesso, lo spartiacque tra i suddetti giudizi e la riprova della loro autonomia.

Non escluderei neppure che sul movimento di pensiero sin qui passato in rassegna abbia inciso, sia pur in minima parte, una componente molto umana di *revanche* nei confronti di un modello che per cinquantotto anni aveva costretto la giurisdizione civile a patire la supremazia di quella penale senza il soccorso compensativo di alcun meccanismo di reciprocità al di fuori di quello previsto dall'art. 3 c.p.p.

E che non fosse possibile attribuire efficacia vincolante alla decisione definitiva del giudice civile o amministrativo in casi diversi da quello testé enunciato era circostanza confermata anche dalla stessa Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale ove si puntualizzava che «gli accertamenti risultanti dalle sentenze civili od amministrative che

<sup>13</sup> Cass. civ., SU, 22 luglio 1999, n. 500, in *CED Cass.*, rv. 530553-01.

<sup>14</sup> Cass. SU, 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in *CED Cass.*, rv. 222138-01.

<sup>15</sup> Cass. civ., SU, 11 gennaio 2008, n. 576, in *CED Cass.*, rv. 600890-01.

decidono controversie non vertenti sullo stato di famiglia o di cittadinanza saranno... valutati nel processo penale alla stregua di ogni altro materiale utile sul piano probatorio»<sup>16</sup>.

Consapevole di una piccola dose di irriverenza istituzionale, mi permetto di sintetizzare la posizione espressa dalle sezioni unite e dalle sezioni semplici della Cassazione civile in materia di rapporti tra processo penale e processo civile con la strofa di una nota canzone: giurisdizione penale «non ti sopporto più».

## 2. La punta dell'iceberg

La risposta penalistica nei confronti delle posizioni assunte dalle sezioni unite civili della Cassazione in materia di rapporti tra processo penale e processo civile non ha certo latitato, ma non si può dire che sia stata sostenuta con argomentazioni altrettanto ampie.

Non sfugge, innanzitutto, che ne sono state latrici le sezioni penali semplici della Cassazione<sup>17</sup> e non le sezioni unite.

Si può notare, in secondo luogo, che le pronunce cui è stato affidato il compito di farsi portatrici della linea di pensiero antagonista non si prefiggono come obiettivo primario quello di persuadere. Esse esibiscono, infatti, una componente che i popoli anglosassoni qualificherebbero con l'aggettivo «bossy», limitandosi ad asserire, assiomaticamente, che in caso di annullamento agli effetti civili di sentenze di assoluzione, con rinvio al giudice civile ai sensi dell'art. 622 c.p.p., «nel successivo giudizio di rinvio ai fini dell'accertamento del nesso di causalità, il giudice civile è tenuto ad applicare le regole di giudizio del diritto penale», vale a dire il criterio dell'«elevato grado di credibilità razionale»<sup>18</sup> e non le distinte regole di giudizio consolidate nella giurisprudenza civile<sup>19</sup>, «in quanto l'azione

<sup>16</sup> Rel. Prog. Prel. c.p.p., p. 9.

<sup>17</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 11193, Cortesi, in *CED Cass.*, rv. 262708-01; Id., Sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 27045, Di Flaviano, *ivi*, rv. 267730; Id., Sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 12655, Assaiante, *ivi*, rv. 268517; Id., Sez. IV, 8 giugno 2017, n. 34878, Soriano, *ivi*, rv. 271065; Id., Sez. VI, 8 febbraio 2018, n. 43896, Luvaro, *ivi*, rv. 274223; Id., Sez. IV, 16 novembre 2018, n. 412, De Santis, *ivi*, rv. 274831.

<sup>18</sup> Cass, SU, 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, cit.

<sup>19</sup> La giurisprudenza civile, specie quella in tema di responsabilità medica, si è ulteriormente divaricata da quella penale per effetto della disciplina introdotta dal d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189 e dalla successiva

civile esercitata nel processo penale è quella per il risarcimento del danno patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p.».

È interessante notare che un contributo al rafforzamento di questa posizione è stato offerto anche da alcune Corti di Appello civili svolgenti funzioni di giudice del rinvio a seguito di annullamento agli effetti civili di sentenze di assoluzione ai sensi dell'art. 622 c.p.p.

Spicca, in particolare, il costruito argomentativo elaborato, a questo riguardo, dal giudice civile di secondo grado. Il ragionamento è il seguente: «il giudice civile investito dalla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 622 c.p.p. della cognizione della vicenda quale giudice di rinvio, soggiace inderogabilmente alle norme generali dettate in tema di vincolatività della decisione dagli artt. 384 c.p.c. e 627 c.p.p.» e, conseguentemente, deve «sottostare all'osservanza del principio di diritto e comunque di quanto deciso dalla sentenza di annullamento» anche se, «naturalmente, la valutazione nel merito del materiale istruttorio costituisce attività demandata al giudice di rinvio, sempre tuttavia alla stregua dei principi in tema di valutazione della prova dettati nella pronuncia di annullamento»<sup>20</sup>.

L'idea di far leva sul «comando» per affermare la supremazia delle regole probatorie processuali penali, nonostante la profonda mutazione subita dal modello di rapporti tra processo penale e processo civile, rispetto a quello disegnato dal codice di procedura penale del 1930, non ha avuto, però, un impatto positivo presso le sezioni civili della Cassazione.

È noto, d'altra parte, che l'impartizione di un ordine per affermare le proprie ragioni, di regola, non tende a suscitare reazioni di sottomissione là dove non vengano vincoli gerarchici. E l'atto d'imperio di cui si discute non

---

l. 8 marzo 2017, n. 24. In particolare, l'art. 3, comma 1, del primo testo di legge prevedeva in tema di responsabilità penale medica, che «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.». Tale norma è stata, però, modificata dall'art. 6 del secondo testo di legge che ha introdotto, dopo l'art. 590-*quinquies*, c.p., l'art. 590-*sexies*, concernente la «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario», il quale prevede che «se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma» e nel secondo che: «qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando siano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

<sup>20</sup> C. App. Brescia, Sez. II, 27 febbraio 2017, n. 299, in *Dejure.it*.

si è sottratto al canone psicologico-statistico.

Trattandosi di fenomeni, con buone probabilità, soggetti alla terza legge della dinamica (o seconda legge di Newton) in base alla quale, ogni qual volta un corpo esercita una forza su un altro quest'ultimo, a sua volta, esercita una forza uguale in modulo e direzione e di verso opposto, la Cassazione civile ha ben presto rivendicato un potere di autonoma valutazione dei fatti accertati nel processo penale, mediante l'applicazione dei criteri civilistici di valutazione della prova<sup>21</sup> e, in particolare, di quello del «più probabile che non» enunciato dalle Sezioni Unite civili<sup>22</sup>.

Per conferire consistenza all'assunto si è fatto ricorso ad un elegante *mix* tra rielaborazione di argomenti noti – come quello fondato sulla configurazione del giudizio di rinvio ai sensi dell'art 622 c.p.p. quale «giudizio autonomo rispetto a quello penale» – ed esegesi logico-finalistica dell'art. 622 c.p.p.

Se ne sono desunte, innanzitutto, conclusioni in ordine alla cogenza del principio di diritto eventualmente enunciato dal giudice *a quo* cui, ai sensi dell'art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p., «il giudice di rinvio deve uniformarsi». Si è sostenuto, infatti, che, stante la natura di giudizio autonomo, sia in senso strutturale sia in senso funzionale, del giudizio di rinvio del quale si discute, «la Cassazione penale nella sentenza di annullamento ai soli effetti civili, pronunciata ai sensi dell'art. 622 c.p.p., non può porre vincoli al giudice di rinvio. Di conseguenza, l'eventuale enunciazione del principio di diritto da parte del giudice penale può considerarsi “*tamquam non esset*” nel giudizio civile dal momento che soltanto formalmente esso costituisce una prosecuzione di quello penale”, essendosi verificata «una scissione tra le materie sottoposte a giudizio, mediante la restituzione dell'azione civile con il giudizio di rinvio – all'organo giudiziario cui essa appartiene naturalmente»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cass. civ., Sez. III, 4 dicembre 2013, n. 5469, in *CED Cass.*, rv. 258848-01; Id., 18 aprile 2019, n. 22520, T.I., Rg. 28138-2017; Id., Sez. III, 12 giugno 2019, n. 15859, in *CED Cass.*, rv. 654290-01.

<sup>22</sup> Cass., SU, 11 gennaio 2008, n. 576, in *CED Cass.*, rv. 600899.

<sup>23</sup> In questi esatti termini, v. Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2019, n. 15859, cit. In termini analoghi cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 giugno 2017, n. 15182, in *CED Cass.*, rv. 644747-01, ove si sostiene che nell'ipotesi di annullamento, ai soli effetti civili, da parte della Cassazione della sentenza penale contenente condanna generica al risarcimento del danno si determina una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile al giudice civile competente per valore in grado di appello, il quale è legittimato a procedere alla liquidazione del danno anche nel caso di mancata impugnazione dell'omessa pronuncia sul *quantum* ad opera della parte civile, atteso che, per effetto della impugnazione dell'imputato contro la condanna penale – la quale estende la sua efficacia a quella di

L'analisi relativa al fondamento dell'art. 622 c.p.p. è servita, invece, ad accreditare l'idea che il ruolo della norma nella *intentio legis* sia quello di evitare «ulteriori interventi del giudice penale ove non vi sia più nulla da accertare agli effetti penali» come sarebbe, del resto, confermato dall'oggetto del giudizio di rinvio, «costituito da una situazione soggettiva autonoma rispetto a quella posta a fondamento della doverosa comminatoria della sanzione penale. L'interesse civilistico e quello penalistico risultano avere in comune soltanto un fatto, quale presupposto, da un lato, del diritto al risarcimento e, da un altro lato, del dovere di punire»<sup>24</sup>.

Lungi da me la pretesa di vagliare nella sede odierna la tenuta di questi ragionamenti. Mi limito solo ad esprimere qualche perplessità nei confronti dell'efficacia persuasiva di argomentazioni quali la necessità di operare «interpretazioni che tengano conto del diritto vivente applicato dai giudici civili»<sup>25</sup>, ovvero di assunti, dal tenore vagamente apodittico, come quello secondo cui «è vero che, tecnicamente, il giudizio di rinvio è regolato dagli artt. 392-394 cod. proc. civ., ma è altrettanto evidente che non è per questo in alcun modo ipotizzabile un vincolo come quello che consegue all'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'art. 384, comma 2, c.p.c.»<sup>26</sup>.

Giunti a questo punto, penso che non sia più il caso di procrastinare l'analisi della sentenza 8 febbraio 2018 pronunciata dalla Cassazione penale<sup>27</sup>, che ha offerto l'occasione per l'odierno incontro.

Prenderei le mosse da due rilievi di carattere generale. Noto, in primo luogo, che il provvedimento è stato redatto da una delle sezioni della Cassazione penale, la sesta, fino ad oggi non intervenuta nel presente dibattito.

Tale pronuncia, in secondo luogo, pur rientrando nell'alveo del «botta e risposta» a distanza in ordine alla definizione dei rapporti tra processo penale e processo civile che ha visto impegnate negli ultimi tempi le sezioni civili

---

condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 574, comma 4, c.p.p. – deve escludersi che si sia formato il giudicato interno sull'azione civile, sicché questa viene sottoposta alla cognizione del giudice di rinvio nella sua integrità, senza possibilità di scissione della decisione sull'*an* da quella sul *quantum*.

<sup>24</sup> V., ancora, Cass. civ., Sez. III, 12 giugno 2019, n. 15859, cit. In termini diametralmente opposti v., invece, Cass. civ., Sez. III, 9 agosto 2007, n. 17457, in *CED Cass.*, rv. 600508-01.

<sup>25</sup> Cass. civ., Sez. III, 18 aprile 2019, n. 22520, cit.

<sup>26</sup> Cass. civ., Sez. III, 12 aprile 2017, n. 9358, in *CED Cass.*, rv. 644002-01; Id., Sez. III, 18 aprile 2019, n. 22520, cit.

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. VI, 8 febbraio 2018, n. 43896, Luvaro, cit.



e quelle penali della Cassazione, a differenza delle tante<sup>28</sup> recanti analogo principio di diritto, esprime il «comando» in termini molto più categorici.

Significa, in sostanza, che il contrasto si va allargando e che va assumendo toni sempre più accesi.

Per quanto in questa sede interessa, il tragitto argomentativo della sentenza segue un tracciato che si dipana ripercorrendo l'architettura dell'art. 622 c.p.p. Il ragionamento sviluppato in tal modo è lineare e risulta così condensabile: «il giudizio di rinvio avanti al giudice civile designato a norma dell'art. 622 c.p.p. è da considerarsi come un giudizio civile di rinvio del tutto riconducibile alla normale disciplina del giudizio di rinvio quale espressa dagli artt. 392 e ss. c.p.c.». Tanto si evincerebbe, appunto, dal tenore dell'art. 622 c.p.p. in quanto la norma «disciplina la conseguenza e l'effetto derivante dalla pronuncia e [proprio] in tale quadro di riferimento trova giustificazione il verbo "rinvia" con un'espressione che evoca chiaramente l'istituto del "rinvio" in sede civile, quale disciplinato dagli artt. 392 e ss. c.p.c.».

Di qui l'assunto, sostenuto dalla sesta sezione penale della Cassazione, secondo cui la fase successiva di accertamento non è per nulla «avulsa dalla vicenda del processo penale, [bensì] ne rappresenta, sia pure ai fini della sola statuizione sugli effetti civili, uno sviluppo davanti alla giurisdizione ordinaria civile, successivamente all'intervenuta fase di cassazione in sede penale». Sicché, «l'annullamento con rinvio della Corte non ha ad oggetto la restituzione dell'azione civile all'organo giudiziario cui essa appartiene, ma opera una *translatio* della competenza funzionale del giudice penale a quello civile».

Così stando le cose, «l'accertamento del danno da reato [non può venir] compiuto», secondo il giudice penale di legittimità, «senza tenere conto dei limiti e dell'oggetto fissati nella sentenza penale».

Ci troviamo, dunque, di fronte ad un ribaltamento delle tesi tenacemente sostenute dalla Cassazione civile in materia di rapporti tra processo penale e processo civile.

Dal momento, però, che il dibattito – com'è ormai chiaro alla luce di tutto quanto sin qui osservato – si va strutturando con sembianze molto simili a quello sul sesso degli angeli, più che prendere partito a favore di un indirizzo di pensiero o dell'altro, mi preme evidenziare, piuttosto, che «alla base dei mali» sta il confezionamento dell'art. 622 c.p.p. A questo proposito, infatti, la penso esattamente come Franco Cordero che definisce la norma un «*lapsus*» o, detto meno raffinatamente, un «pasticcio».

---

<sup>28</sup> V. *retro* le pronunce citate *sub* nota 16.

Vi si descrivono due figure. Nella rappresentazione arguibile dalla prima il processo sul tema penalistico è finito, ma la Suprema Corte penale, investita su ricorso, annulla le disposizioni della sentenza sui danni. L'eventuale prosieguo, specifica l'art. 622 c.p.p., appartiene al giudice civile identificato nella Corte di Appello competente per valore e grado. Non è ben chiara, però, la ragione della identificazione del giudice di rinvio nella Corte di Appello civile, equivalendo tale scelta alla sottrazione al ricorrente, diciamo così, momentaneamente vincitore, di un grado di giudizio in sede civile.

La sfera di operatività dell'art. 622 c.p.p. è ampliata dalla configurazione dell'eventualità che, prosciolti l'imputato, sia accolto un ricorso promosso dalla parte civile a norma dell'art. 576, comma 1, c.p.p.

Ne scaturiscono questioni assai imbrogliate, risiedendo proprio qui il ventre molle della norma. Come ci ha dimostrato Franco Cordero, la parte civile, infatti, impugnando il proscioglimento, non investe l'organo *ad quem* della lite sui danni, semplicemente perché ciò è quanto si desume dall'art. 538, comma 1, c.p.p., il quale esclude che il giudice possa esprimersi «sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno» se non pronuncia condanna. Né si tratta di canone isolato, venendo ribadito, quanto ai gradi di impugnazione, dall'art. 578 c.p.p., che prevede una decisione sul danno in tali sedi solo se è intervenuta un'anteatta condanna al risarcimento, ma sia poi sopravvenuta l'estinzione del reato<sup>29</sup>.

Il punto è che oggetto della cognizione, nel caso di specie, non sono propriamente i danni. L'imputato è stato prosciolto e se lo è stato con determinate formule quelle costituiscono giudicato anche ai fini civili (art. 652 c.p.p.).

Realisticamente, l'impugnazione persegue, dunque, lo scopo di impedire l'effetto vincolante indotto dalla tipo di formula di proscioglimento in concreto adottata e, conseguentemente, aspira alla verifica in ordine alla sua correttezza, onde evitarne gli effetti vincolanti extrapenali.

Insomma, si tratta di questioni – prendo ancora a prestito le parole di Franco Cordero – sul reato riaperte *quoad damna*.

Detto con tutta franchezza, a me pare che, in questo caso, un rinvio al giudice civile abbia poco senso. Si pensi all'ipotesi in cui le prove siano agli atti e la sentenza impugnata non ne abbia tenuto conto, ovvero che risulti in qualche modo negato o compresso il diritto alla prova della parte civile (artt. 190, comma 1, 468, 493, commi 2 e 3 e 495, commi 1 e 2, c.p.p.). In

<sup>29</sup> Del resto, appello e ricorso per Cassazione «ai soli effetti della responsabilità civile» sono ammissibili a norma dell'art. 576 c.p.p. indipendentemente dalla circostanza che il *decisum* ricomprenda determinazioni inerenti al riconoscimento o alla negazione dei danni.

ognuna di queste eventualità le tematiche in discussione sono di spettanza del giudice penale e la cosa è resa tanto più evidente in considerazione del fatto che, nel primo caso, le prove sono nella disponibilità del giudice di legittimità e, nel secondo, vanno, invece, acquisite con gli strumenti propri del processo penale.

Eppure, «*coute que coute*», l'art. 622 c.p.p., ostinatamente, impone, sia in queste sia in ipotesi similari, il rinvio del processo al giudice civile, ogni qual volta la Corte di Cassazione annulli una sentenza «ai soli effetti civili». E la pronuncia dell'8 febbraio 2018, n. 43896, emessa dalla sesta sezione penale della Corte di Cassazione, appare come l'estremo tentativo – così almeno io la leggo – di restituire ragionevolezza al sistema.

Certo, lo strumento adottato a questo scopo può far discutere, risultando per lo meno *extravagante* un «ordine» destinato a valere al di fuori della giurisdizione di appartenenza oltre che al di fuori di un rapporto tra giudice di grado superiore e giudice di grado inferiore, ma non ne alterano, a me pare, gli intenti<sup>30</sup>.

Riconosco, però, che i toni utilizzati hanno il potere di indisporre, non brillando, quanto a garbo istituzionale, l'inciso secondo cui «la Corte di appello civile competente, facendo rigorosa applicazione dei principi di diritto indicati: *a*) esclusa la utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal teste Gambino nella parte relativa al contenuto del colloquio avuto con Lauricella, ricostruirà il perimetro cognitivo entro il quale formulare il proprio giudizio; *b*) valuterà se compiere ulteriore attività istruttoria in quanto necessaria per fatti sopravvenuti o in ragione della presente decisione; *c*) verificherà la configurabilità di un reato produttivo di danno risarcibile; *d*) accerterà la corretta qualificazione giuridica dei fatti e la loro effettiva riconducibilità alla fattispecie di reato prevista dall'art. 372 c.p.».

A prescindere dal tenore, simile a quello dei dieci comandamenti, di questi *dictat*, il principio di diritto che li condensa solleva, innanzitutto, questioni in ordine alla individuazione della fonte normativa da cui trae legittimazione.

Secondo alcuni attenti studiosi, come Federica Centorame, infatti, nella specifica ipotesi di annullamento della sentenza in forza dell'art. 622 c.p.p., non risulta normativamente prevista la possibilità di imporre

---

<sup>30</sup> Una interessante chiave di lettura della pronuncia, principalmente in funzione dell'ampliamento dell'ambito di operatività dell'inutilizzabilità penale ben oltre i limiti tracciati dal processo in cui le prove invalide sono state acquisite, è stata offerta da F. CENTORAME, *Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze*, in «PPG», 2/2019, p. 418 ss.

alcun vincolo decisorio per l'organo civile di rinvio<sup>31</sup>, dal che potrebbe desumersi una componente «creativa» nella enunciazione del principio di diritto testé riportato<sup>32</sup>.

Enunciare un principio di diritto – lo dico, ovviamente, solo a favore di *millennial* oggi presenti – significa obbligare il destinatario al rispetto di uno o più canoni dettati dalla Cassazione nella sentenza che annulla con rinvio (artt. 627, comma 3, c.p.p. e 173, disp. att. c.p.p.)<sup>33</sup>, l'inosservanza dei quali, da parte della sentenza ribelle emessa dal giudice di rinvio, si paga con la sua censurabilità per violazione «della disposizione dell'articolo 627, comma 3», tanto prevedendo l'art. 628, comma 2, c.p.p., che non mi risulta, però, esportabile *extra moenia*.

Sicché, non è affatto chiaro se una simile doglianza debba venir presentata davanti al giudice di legittimità penale o davanti a quello civile.

In secondo luogo, la sesta sezione penale della Cassazione «non poteva non sapere» che il «comando» impartito nella sentenza 8 febbraio 2018, n. 43896, era destinato a cadere in ambiente sfavorevole al punto da aver già espressamente bollato analoghe intimazioni come improduttive di effetti nel giudizio civile di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p.

E, puntualmente, la Cassazione civile ha ribadito che nessun obbligo di adesione incombe sul giudice civile di rinvio, il quale, al contrario, è tenuto ad applicare le regole probatorie previste dal codice di procedura civile e quelle cementatesi nella giurisprudenza civile in ragione del fatto che la selezione di tali canoni dipende dalla natura del giudizio che si celebra davanti alla Corte di Appello civile, giudizio che non è la prosecuzione di quello penale, bensì un nuovo giudizio<sup>34</sup>.

Data la mia età avanzata, non è certo questo il solo contrasto tra magistrature di cui sono stato testimone.

Ricordo quello delicatissimo, tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale sulla applicazione, vigente il codice di procedura penale del 1930, delle garanzie difensive in sede di istruzione somma e in sede di atti preliminari all'istruzione.

Rammento quello che ha visto su versanti opposti, tra gli anni 1998 e 1999, la Corte Costituzionale ed il legislatore sul tema della «non dispersione della prova» e, che ha portato, poi, all'innesto, sull'art. 111 Cost., dei canoni

<sup>31</sup> In questi stessi termini v. Cass. civ., Sez. III, 20 giugno 2017, n. 15182, in *CED Cass.*, rv. 644747-01.

<sup>32</sup> Cfr. CENTORAME, *op. loc. ult. cit.*, p. 422.

<sup>33</sup> V., per quanto riguarda il processo civile, il corrispondente art. 384, comma 2, c.p.c.

<sup>34</sup> Cass. civ., Sez. III, 18 aprile 2019, n. 22520, cit.

che connotano il «giusto processo».

Non ho memoria, invece, di una antitesi simile a quella odierna, cui ben si adatterebbe il titolo «Il contrasto tra le due corti» dato da Giovanni Conso ad un suo noto scritto.

Si adatterebbe, certo, sempre che due Corti di cassazione esistessero.

Sebbene non sia conclusione appagante, nutro in ordine al divario di opinioni sin qui evidenziato la personalissima sensazione che ci si trovi di fronte ad un contraddittorio senza sbocco perché instaurato tra soggetti che non nutrono alcuna intenzione di ascoltarsi.

### 3. Escape plan

E, dunque, come se ne esce?

A proposito di questo interrogativo, provo, però, a prevenire una possibile obiezione. Qualcuno, infatti, potrebbe rivolgere all'odierno locutore un garbato invito a non scatenare «tempeste in un bicchiere d'acqua», osservando che la questione non va troppo drammatizzata, giacché le divergenze di opinioni sulla interpretazione delle norme fanno parte della fisiologia della cose giudiziarie – tanto è vero che è stato istituito un organo cui viene, appunto, demandata la funzione nomofilattica – ed esistono «da che mondo è mondo», dimostrando, piuttosto, la vitalità intellettuale della magistratura.

Recependo, di buon grado, l'eventuale osservazione, farei, tuttavia, notare che l'incertezza lascia aperte – come ha dettagliatamente evidenziato il Prof. Guido Canale in un suo brillante scritto, di recente pubblicazione<sup>35</sup> – una serie di questioni essenziali ai fini della pratica operatività del giudizio civile di rinvio disposto ai sensi dell'art. 622 c.p.p.

La prima concerne l'oggetto stesso del giudizio.

Mi avvalgo, a questo fine, delle condivisibili riflessioni del mio amico Vincenzo Zeno-Zencovich, il quale dimostra in modo convincente che l'art. 185 c.p., «lungi dal costituire una mera duplicazione, nel sistema penale, dell'art. 2043 c.c., costituisce una norma autonoma»<sup>36</sup>, che pone in primo piano il reato, cioè un fatto necessariamente tipico, «per conto suo antigiuridico».

---

<sup>35</sup> G. CANALE, *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 c.p.p.*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1009.

<sup>36</sup> V. ZENO-ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Cedam, Padova, 1989, p. 75.

Diversamente, l'art. 2043 c.c. si occupa di un fatto tendenzialmente atipico («qualunque fatto doloso o colposo»), che è illecito in quanto cagioni un danno ingiusto, cioè determini la lesione di una situazione giuridica soggettiva. Il danno ingiusto che, in quanto tale, è risarcibile ed integra elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, risulta, invece, eventuale nel reato<sup>37</sup>.

Sicché, occorre stabilire quale dei due illeciti la Corte di Appello civile, in funzione di giudice del rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p., sia chiamata ad accertare e, a quanto pare, stando almeno alla pronuncia dell'8 febbraio 2018, n. 43896, emessa dalla sesta sezione penale della Corte di Cassazione, sarebbe investita dell'accertamento di entrambi.

Da qui al tema delle regole di accertamento da applicare il passo è breve. Divaricandosi i canoni di accertamento, principalmente, sul fronte dell'impiego, in funzione probatoria, delle presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), il punto di domanda concerne proprio il loro impiego.

Come è noto, tali presunzioni sono parenti strette degli indizi, ma la loro operatività è lasciata al prudente apprezzamento del giudicante. L'opposto, in breve, rispetto alla regola probatoria inferibile dall'art 533 c.p.p., secondo cui il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del fatto contestato «al di là di ogni ragionevole dubbio»<sup>38</sup>.

Sono in discussione, al *post* tutto, tre diversi modi di accertamento causale riassumibili nelle formule «quasi certezza», «possibilità relativa» e «mera possibilità», coincidente, quest'ultima, con l'idea, ormai cristallizzatasi nella giurisprudenza civile, a seguito di una nota sentenza pronunciata nel 2008<sup>39</sup> dalle Sezioni Unite civili, che la prova di un fatto possa fondarsi sulla convinzione che il suo accadimento sia «più probabile che non».

Inevitabilmente, tutto ciò incide sull'impostazione delle attività difensive dell'attore e del convenuto, sia pur in funzione della pronuncia sulla azione civile.

C'è, poi, il tema delle nuove attività assertive e/o probatorie, nonché delle domande e delle eccezioni nuove non conseguenti alla sentenza rescindente o allo *ius superveniens*, la cui ammissibilità è molto dubbia, specie

<sup>37</sup> In tal senso cfr. M. ROMANO, sub *Art. 185*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, vol. III, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 362-364.

<sup>38</sup> Nel senso che la Corte di Appello civile in funzione di giudice del rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p. sia tenuta ad applicare le regole del processo penale al fine dell'accertamento del nesso di causalità v. Cass. Pen., Sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 27045, Di Flaviano, in *CED Cass.*, rv. 267730-01; Id., Sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 11193, Cortesi, *ivi*, rv. 262708-01.

<sup>39</sup> Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *CED Cass.*, rv. 600899-01.

ove si reputi applicabile al giudizio di rinvio del quale si discute l'art. 394, comma 2, c.p.c., a norma del quale le parti mantengono, in sede di rinvio, la posizione processuale che avevano assunta nel processo in cui è stata pronunciata la sentenza cassata<sup>40</sup>.

*Last but not least*, necessiterebbe chiarimenti anche la questione relativa alla possibilità di utilizzare, ai fini della formazione del convincimento del giudice civile di rinvio, prove che, di regola, non sarebbero ammissibili nel giudizio civile, come le intercettazioni telefoniche o la testimonianza della parte civile<sup>41</sup>, ovvero, capovolgendo la prospettiva, se risultino suscettibili di analogo impiego prove dichiarate inutilizzabili dal giudice penale.

Aggiungo solo che un panorama problematico simile a quello sin qui descritto si dischiude nell'ipotesi in cui il giudice penale, derogando al disposto dell'art. 538, comma 2, c.p.p., decida, a norma dell'art. 539 c.p.p., di scindere la decisione sull'*an debeatur* da quella sul *quantum debeatur* e rimetta quest'ultima al giudice civile.

Anche a voler dare per risolte le questioni segnalate sino a questo momento, appiattendosi integralmente sulle regole proprie del processo civile, si dovrebbe pur sempre prendere atto della dubbia ragionevolezza di un sistema che, da un lato, reputa tanto essenziale l'osservanza di determinati canoni da prevedere l'annullamento della sentenza di appello da parte della Corte di Cassazione in caso di loro violazione e, da un altro lato, non ne richiede più il rispetto nel corso dell'eventuale giudizio di rinvio disposto a norma dell'art. 622 c.p.p.

Un dubbio di claudicante ragionevolezza si estende anche alla disciplina delle impugnazioni risultante dalla combinazione degli artt. 576, comma 3, 573 e 622, c.p.p. Infatti, per un verso, si consente l'appello della parte civile contro le sentenze di proscioglimento e si impone la permanenza del relativo giudizio in sede penale ed il suo svolgimento («trattato e deciso») con le forme del processo penale, nonostante ad esserne oggetto siano temi attinenti alla sola azione civile esercitata nel processo penale e la questione penalistica sia stata definita, e, per altro verso, si stabilisce, invece, che ove la sentenza definitiva di tale grado di giudizio sia viziata e venga annullata dalla Corte di Cassazione la giurisdizione penale venga estromessa.

Si tratta, con tutta evidenza, di un divario di disciplina che non trova ragionevole giustificazione, per di più sbilanciato a favore della parte civile ricorrente, la quale, dopo aver goduto, ai fini dell'assolvimento dell'onere

<sup>40</sup> In ragione del medesimo disposto normativo, non dovrebbe risultare consentito l'intervento del terzo che non abbia partecipato al processo penale.

<sup>41</sup> Non è escluso, infatti, che tali elementi possano venir considerati alla stregua di mezzi di prova atipici o di argomenti di prova (art. 166 c.p.c.).

probatorio su di lei gravante, del fondamentale contributo investigativo del pubblico ministero, si avvantaggia, una volta trasferito il processo in sede civile, di regole probatorie, come quella condensata nella formula «più probabile che non», che ne facilitano il compito dimostrativo.

Senza contare, poi, che, ove il processo civile di rinvio dovesse subire un esito sfavorevole per il danneggiato, questi può, comunque, riproporre la domanda, allegando fatti costitutivi diversi rispetto a quelli posti a base della dichiarazione di costituzione di parte civile nel processo penale.

Non sarebbe mia intenzione, da ultimo, scomodare altolocati canoni di civiltà giuridica, come quello della certezza del diritto, ma temo che a metterlo in crisi vi provveda il divario di opinioni in ordine alle regole del gioco, la cui selezione viene fatta dipendere dalla natura di nuovo giudizio o di prosecuzione del giudizio penale attribuita, per via interpretativa, da chi quelle regole è chiamato, di volta in volta, ad applicare.

Reputo, ad ogni modo, significativo il fatto che di questi squilibri abbia piena consapevolezza la stessa magistratura. Se ne ha una inequivoca riprova nella corposa ed attenta Relazione n. 19, redatta, nel febbraio 2019, dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte suprema di Cassazione, avente ad oggetto il tema dei rapporti tra processo penale e processo civile.

Affinché le prese d'atto si traducano in aggiustamenti concreti occorrono, però, interventi legislativi da porre in essere, ovviamente, quando i tempi saranno maturi per dare corso ad una riforma, non tampone o di bandiera, bensì organica del sistema processuale penale.

In questa prospettiva, vale la pena soffermarsi sulle idee messe in campo per dare un assetto più equilibrato all'architettura dei rapporti tra processo penale e processo civile.

È lo stesso art. 622 c.p.p. ad offrire la base per una proposta interpretativa che potrebbe ammorbidire le difficoltà sin qui evidenziate, suggerendosi di bandire ogni automatismo nel rinvio del processo al giudice civile a seguito dell'annullamento della sentenza ai soli effetti civili. D'altra parte, esattamente in questo senso parrebbe indirizzare l'inciso «rinvia quando occorre», contenuto nell'art. 622 c.p.p., inciso del quale si è fatto, sino ad oggi, un impiego pressoché nullo<sup>42</sup>.

Due i profili di questa proposta che mi lasciano dubbioso: da un lato, l'eccessiva ampiezza della discrezionalità che verrebbe lasciata al giudice di legittimità ai fini della selezione dei processi che «restano» e di quelli che «trasmigrano» e, da un altro lato, la persistenza, immutata, dell'intera

<sup>42</sup> A. BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, vol. II, a cura di A. Gaito, Utet, Torino, 1998, p. 449 e p. 652.



gamma di problemi messi sino ad ora in luce qualora la Corte di Cassazione opti a favore dell'annullamento della sentenza ai soli effetti civili con rinvio al giudice civile. Non è chiaro, inoltre, se la Corte debba annullare senza rinvio o con rinvio al giudice penale in caso di permanenza del processo in sede propria.

Restando sul piano della interpretazione, si è pensato<sup>43</sup> che un'accettabile soluzione dei problemi sollevati dall'art. 622 c.p.p. sia desumibile dall'art. 573 c.p.p., secondo cui «la impugnazione per i soli interessi civili è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale», estendendone l'operatività al giudizio civile di rinvio. L'assunto è certamente sottile, ma ho qualche dubbio, alla luce dell'art. 14 delle preleggi, in ordine alla possibilità di interpretare estensivamente una norma scritta e pensata per operare nel solo contesto della giurisdizione penale e non di quella civile. Inoltre, occorrerebbe raggiungere un compromesso impossibile, almeno allo stato attuale, dovendosi condividere la configurazione del processo di rinvio davanti alla Corte di Appello civile alla stregua di una prosecuzione di quello penale e non di un nuovo giudizio.

Sconta, invece, un intervento legislativo che apporti modifiche alle norme l'idea di restringere gli ambiti operativi dell'art. 622 c.p.p., da un lato, ampliando i casi di annullamento senza rinvio e, da un altro lato, dilatando le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice penale, con l'effetto evidente di una radicale compressione dei casi di annullamento della sentenza ai soli effetti civili e conseguente rinvio al giudice civile.

Senza dubbio più radicale rispetto alle precedenti, anche questa mi pare, tuttavia, una soluzione di compromesso, capace di attenuare, ma non di dipanare, la molteplicità di problemi dei quali si è discusso.

Piuttosto, potrebbe risultare utile, in vista di un ripensamento della disciplina, una più equilibrata calibratura ed una conseguente valorizzazione dei poteri di autonoma cognizione del giudice penale, la cui piena idoneità a conoscere «ogni questione da cui dipende la decisione» (art. 2, comma 1, c.p.p.), ivi compresa la risoluzione di questioni civili (art. 2, comma 2, c.p.p.), è plasticamente attestata dai poteri di cognizione incidentale conferitigli dagli artt. 3 e 479 c.p.p.

Svariati sono, poi, i segnali della vocazione del giudice penale a conoscere il fatto anche nella prospettiva civilistica.

A ben guardare, infatti, proprio questa chiave di lettura si attaglia a tutte quelle ipotesi in cui il giudice penale decide sull'azione civile (artt.

<sup>43</sup> B. LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 144.

576 e 578 c.p.p.), nonostante il proscioglimento agli effetti penali lasci residuare esclusivamente questioni relative all'azione civile esercitata a norma dell'art. 78 c.p.p.

Di tutto ciò, ivi compreso del maggior rigore dei parametri valutativi imposti dalla legge penale, colui che dichiara di costituirsi parte civile nel processo penale è pienamente consapevole.

Sicché – sono parole della sentenza costituzionale n. 323 del 1994 – la parte civile «è destinata a subire tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale, cioè dalle esigenze, di interesse pubblico, connesse all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi». Pertanto, una volta che il danneggiato, previa valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi insiti nella opzione concessagli, scelga di esercitare l'azione civile nel processo penale, anziché nella sede propria, «non è dato sfuggire agli effetti che da tale inserimento conseguono, per via della struttura e della funzione del processo penale»<sup>44</sup>.

Mi sentirei di suggerire, in ultima analisi, una profonda riflessione in ordine all'opportunità stessa di disporre, nella ipotesi di annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili, un rinvio del processo al giudice civile, in luogo di un annullamento con rinvio, sempre operato davanti al giudice penale, o, se del caso, senza rinvio.

---

<sup>44</sup> C. cost., sent. 3 aprile 1996, n. 94, in *Giur. cost.*, 1996, p. 867 ss.



Marco Pelissero\*

## *La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo*

SOMMARIO: 1. Il dibattito sulla prescrizione: crocevia complesso di esigenze diverse – 2. La prescrizione come istituto di garanzia – 3. Le esigenze di garanzia e le interazioni con la disciplina processuale. I limiti della soluzione della riforma Bonafede – 4. La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo al banco di prova della successione delle leggi penali nel tempo.

### *1. Il dibattito sulla prescrizione: crocevia complesso di esigenze diverse*

Non trova pace la disciplina della prescrizione: sul versante dottrinale delle soluzioni che da anni vengono proposte; sul versante delle opposte prospettive dalle quali leggono questo istituto magistrati ed avvocati; sul versante politico, considerata la rilevanza anche mediatica assunta da questa disciplina. Antonio Fiorella ha presieduto nel 2013 una commissione sulla riforma della prescrizione<sup>1</sup>, in un periodo nel quale la riflessione giuridica su questo istituto si inseriva nell'agone politico. Rileggendo la relazione di accompagnamento e l'articolato balza subito al lettore un elemento: la distanza assiderale che separa quella proposta, frutto di un'attenta considerazione degli interessi coinvolti e degli effetti delle soluzioni avanzate sul «SP» sostanziale e processuale, e la soluzione pericolosamente semplicistica adottata dalla riforma Bonafede (l. 3/2019).

La disciplina della prescrizione mi è sempre apparsa una coperta troppo stretta per accontentare i sostenitori delle diverse istanze che sul piano politico hanno catalizzato su questo istituto questioni molto più complesse che le sole scelte in tema di prescrizione non sono in grado di risolvere. Non posso che concordare con un illuminante, e intellettualmente onesto, passo iniziale della relazione che accompagna la proposta della Commissione Fiorella: «è altresì chiaro che la riforma della disciplina della prescrizione non possa risolvere ogni problema, sostanziale o processuale, connesso con il carico dei procedimenti e con la relativa mortalità, dovendo rinviare

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> Il testo è reperibile sul sito del Ministero della giustizia.

comunque ad altre sedi le proposte utili per le semplificazioni procedurali che, nel rispetto dei diritti della difesa, contribuiscano a snellire il processo penale, garantendone giustizia, efficienza e celerità».

La complessità della riflessione giuridica è condizionata da almeno quattro fattori.

Il primo è costituito proprio dalla pluralità degli interessi confliggenti. In favore dell'estensione dei tempi di prescrizione depongono la necessità di dare attuazione alla potestà punitiva, garantendo le esigenze di prevenzione generale, che sarebbero compromesse se il sistema prevedesse ad ampio spettro l'operatività della causa di estinzione del reato; l'inutile avvio di procedimenti penali di cui in anticipo si sa che avranno come esito finale, certo o probabile, l'estinzione del reato; gli interessi della persona offesa non salvaguardati. Dall'altro lato, si colloca l'interesse della persona indagata o imputata per un reato alla ragionevole durata del processo che non deve diventare la spada di Damocle sul percorso di vita<sup>2</sup>.

Il secondo elemento che complica la riflessione sulla disciplina della prescrizione è costituito dallo stretto intreccio tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale, in un contesto nel quale è costantemente riproposta la riforma del codice di rito, con la promessa – mai mantenuta – di rendere più celere la giustizia penale e spostare, così, sul versante delle norme processuali le questioni sollecitate dalla prescrizione<sup>3</sup>. Questo intreccio complica anche gli effetti che derivano dal riconoscimento della natura sostanziale o processuale di un istituto che presenta profili così eterogenei da essere definito l'«ornitorinco» del nostro «SP»<sup>4</sup>.

Il terzo elemento è rappresentato dalla funzione deflattiva che, di fatto, la prescrizione ha svolto in un «SP» ipertrofico attraverso modalità casuali, diversificate in relazione all'efficienza locale degli uffici giudiziari nello smaltire le pendenze: a differenza dell'amnistia, la prescrizione opera «a macchia di leopardo sia in senso oggettivo (per le ipotesi di reato) ma soprattutto in senso soggettivo (per le persone, da distretto a distretto)»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> L. STORTONI, in *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in «FI», 1998, V, p. 321; F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in «DPC», 2013, 3, p. 26; F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 47; V. MONGILLO, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopositivismo*, in «GI», 2020, p. 997.

<sup>3</sup> L. PONIZ, *Il nodo della prescrizione*, in «SP», 2 dicembre 2019.

<sup>4</sup> Così G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in «GI», 2005, p. 2221.

<sup>5</sup> G. SPANGHER, *Un confronto senza pregiudizi sulla prescrizione*, in «GI», 2020, p. 972.

Infine, il quarto elemento di complessità della riflessione giuridica è costituito dalla politicità della discussione sulla riforma dell'istituto<sup>6</sup>. La prescrizione del reato, pur avanzata nelle proposte di riforma della parte generale del codice penale<sup>7</sup>, non è mai stata al centro del dibattito sui profili qualificanti di questi progetti. La politicità si è invece accentuata in sede di approvazione della riforma del 2005 che ebbe l'effetto, soprattutto in relazione ad alcune fattispecie di reato, di abbassare drasticamente i tempi di prescrizione del reato rispetto alla disciplina previgente, con applicazione retroattiva delle disposizioni più favorevoli. Marinucci parlò di «una riforma letteralmente criminogena – un autentico invito a commettere gravissimi reati, con la garanzia dell'impunità –»<sup>8</sup>. Non è un caso che, dopo quella riforma, furono nominate due commissioni di studio che si occuparono della prescrizione e del processo penale, rispettivamente presiedute da Antonio Fiorella e da Giovanni Canzio, segno evidente dell'intreccio tra le due discipline.

La discussione sulla riforma della prescrizione, che coinvolge profili molto tecnici, ha subito un pesante condizionamento attraverso il filtro mediatico e la deformazione, sempre più populista, della politica criminale<sup>9</sup>. Così rappresenta una deformazione affrontare il tema, partendo dal presupposto che la prescrizione estingue il reato, mandando assolto il colpevole e lasciando senza tutela la vittima: è indubbio che la vittima giochi un ruolo importante nella riflessione sulla prescrizione anche nella prospettiva delle garanzie sovranazionali<sup>10</sup>, come è ben emerso dalla condanna dell'Italia in relazione alla prescrizione dei reati nelle violenze della polizia in occasione del G8 a Genova<sup>11</sup>; tuttavia, questo profilo non va enfatizzato in un ordinamento fondato sul principio costituzionale di presunzione di innocenza sino alla condanna definitiva (gli effetti della

<sup>6</sup> F. PALAZZO, *La politica alza il tiro?*, in «DPC», 2016, 56; G. FIANDACA, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, in *Il foglio*, 10 gennaio 2020; D. PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in «SP», 26 febbraio 2020.

<sup>7</sup> Sui progetti v. A. PECCIOLI, *La prescrizione del reato tra presente e futuro*, Genova, 2017, p. 99 ss.

<sup>8</sup> G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in «RIDPP», 2004, p. 980.

<sup>9</sup> E. AMODIO, *Il populismo penale nell'Italia dell'antipolitica*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1813 ss.; R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in «DPP», 2019, p. 900 ss.; MICHELETTI, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, in *DisCrimen*, 4 luglio 2020.

<sup>10</sup> F. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., p. 22.

<sup>11</sup> CoEDU, *Cestaro c. Italia*, 7 aprile 2015, *Bartesaghi Gallo c. Italia*, 22 giugno 2017, *Azzolina c. Italia*, 27 ottobre 2017, *Blair e a. c. Italia* 26 ottobre 2017.

prescrizione riguardano le posizioni processuali di indagati e imputati che solo con la sentenza definitiva potranno essere considerati colpevoli o innocenti). Allo stesso modo, è un'alterazione della realtà delle dinamiche dei rapporti tra prescrizione e processo non considerare che la prescrizione può legittimamente condizionare le strategie dilatorie della difesa, anche se sarebbe scorretto incentrare su questo profilo i limiti del sistema vigente; al contempo non si può non riconoscere che il timore di prescrizione del reato sia stato un pungolo per i magistrati.

È certamente corretto affermare che la prescrizione non costituisce un elemento di disciplina finalizzato a garantire la ragionevole durata del processo: «se la ragionevole durata del processo va misurata sul terreno necessario e sufficiente per l'espletamento delle garanzie giurisdizionali, non ha molto senso collegarne la commisurazione alla gravità del reato: un reato dall'agevole accertamento, anche se gravissimo, non può giustificare un processo lunghissimo; per contro, uno di estrema complessità probatoria, ancorché di modesta entità, ben potrebbe legittimare un processo non breve»<sup>12</sup>. È sul versante della disciplina processuale che devono essere garantite efficacia e speditezza del processo per assicurare tempi ragionevoli all'amministrazione della giustizia; invece, «la prescrizione è un farmaco che agisce sui sintomi della malattia, senza eliminarne le cause»<sup>13</sup>. È indubbio, però, che la prescrizione abbia di fatto rappresentato, in casi limite, un argine alla durata irragionevole dei processi.

A questo riguardo, in dottrina c'è chi ha letto la prescrizione in termini di sanzione rispetto alla durata irragionevole del processo<sup>14</sup>. Questa lettura non mi convince, perché un conto è riflettere sull'istituto in termini fattuali (gli effetti che di fatto produce sul processo), un conto è considerare le funzioni dell'istituto: inquadrare la prescrizione come norma sanzionatoria significa ricondurre ad un'unica funzione gli istituti processuali, finalizzati ad assicurare la ragionevole durata del processo, e la prescrizione, letta in chiave negativa di limite (*alias* sanzione) alla durata eccessiva del processo.

---

<sup>12</sup> GIOSTRA, *op. cit.*, 2221. In senso analogo P. FERRUA, *La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma "Bonafede"*, in «GI», 2020, p. 978; A. MARANDOLA, *Prescrizione e processo: l'asistematicità dell'attuale disciplina*, in «GI», 2020, p. 993; BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in «SP», 2020, 4, p. 71. Ampiamente, v. C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016, pp. 79 ss. e 393 ss.

<sup>13</sup> MONGILLO, *op. cit.*, p. 999.

<sup>14</sup> O. MAZZA, *La prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in «GI», 2020, p. 981 ss.; N. PISANI, *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *DisCrimen*, 4 luglio 2020, 2.

Le ragioni che stanno alla base della prescrizione investono il diritto penale sostanziale ed è su queste che intendo sviluppare alcune brevi considerazioni.

## 2. *La prescrizione come istituto di garanzia*

È necessario partire dall'ottica nella quale si era mosso il codice penale Rocco – un codice non certo morbido contro la criminalità sia sul piano sostanziale che su quello processuale – e considerare la prescrizione un istituto di garanzia del diritto penale sostanziale. Queste istanze di garanzia non possono essere sacrificate in nome dell'interesse processualistico a perseguire il reato<sup>15</sup>. È una prospettiva che trova conferma e consolidamento nel contesto dei principi costituzionali.

Con il passare del tempo dalla commissione del reato sono compromesse le funzioni della pena. Da un lato, si affievoliscono le esigenze di prevenzione generale, tanto più quando i reati sono meno gravi<sup>16</sup>. Dall'altro lato, la funzione rieducativa potrebbe perdere di senso, se la condanna e l'esecuzione della pena intervenissero molto tempo dopo la commissione del fatto. È vero che la disciplina della prescrizione si fonda su dati oggettivi che non tengono conto della personalità del soggetto<sup>17</sup>, alla quale era dato più spazio nella disciplina originaria del codice penale che attribuiva al giudice un ampio potere discrezionale nella determinazione del tempo di prescrizione del reato, ma è anche vero che il tempo cambia le persone<sup>18</sup>. Ce lo ha ricordato in una importante sentenza la Corte costituzionale che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una speciale preclusione nell'accesso ai benefici penitenziari (art. 58-*quater*, comma 4 ord. penit.), ha valorizzato «l'assunto – sotteso allo stesso art. 27, terzo comma, Cost. – secondo cui la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento»<sup>19</sup>: è pur vero che la Corte in questa sentenza si riferiva al condizionamento che

<sup>15</sup> BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., 66.

<sup>16</sup> V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in «RIDPP», 2019, p. 560; P. PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, in «ED», XXXV, 1986, p. 80; S. PANAGIA, *Prescrizione del reato e della pena*, in «DDP», IX, 1995, 661. In giurisprudenza v. da ultimo Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 2844.

<sup>17</sup> PISA, *op. cit.*, 80 critico sul collegamento con la funzione rieducativa.

<sup>18</sup> MANES, in *op. cit.*, 562.

<sup>19</sup> C. cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149.



il passare del tempo ha sul condannato *in executivis*, ma è indubbio che, a prescindere dall'intervento di una sentenza di condanna, la lontananza temporale dalla commissione del reato rende meno credibile la funzione rieducativa della pena. Si è richiamata anche la compromissione del principio della responsabilità personale (art. 27, comma 1 Cost.), perché a distanza di anni «è lo stesso legame materiale, psichico e motivazionale, che interviene tra il soggetto e il fatto a dissolversi e venir meno»<sup>20</sup>: ritengo che il fatto, per quanto possa essere distante nel tempo, continui ad essere proprio del soggetto e a lui rimproverabile, mentre è nella dimensione rivolta al futuro che entra in crisi il carattere dialogico che la pena deve necessariamente avere in chiave rieducativa rispetto al fatto commesso.

Infine, il riconoscimento della natura sostanziale della prescrizione, consolidato in giurisprudenza e dottrina<sup>21</sup>, contribuisce a rafforzare le garanzie dell'istituto soprattutto sul piano della successione di leggi penali nel tempo, come è emerso dalla granitica posizione assunta dalla Corte costituzionale nelle due importanti pronunce nella vicenda Taricco<sup>22</sup> e, ancor prima, nella riflessione sulla retroattività della riforma di cui alla l. 251 del 2005<sup>23</sup>. Non osta alla natura sostanziale della prescrizione il fatto che si assista ad una scissione, sempre più forte, tra proscioglimento per estinzione del reato ed altri effetti penali, sul piano del risarcimento del danno e di alcune forme di confisca, che conseguono all'accertamento degli elementi del reato (artt. 578-578-*bis* c.p.p.): è conseguenza della pluridimensionalità del reato che, in ragione delle esigenze di tutela del bene giuridico, lascia persistere alcuni effetti dello stesso anche in presenza di una causa estintiva<sup>24</sup>.

In quanto connotata da una funzione di garanzia, la prescrizione costituisce un limite alle istanze punitive e non può essere letta in termini di ostacolo all'amministrazione della giustizia, in quanto significherebbe attribuire all'istituto una funzione distonica alle esigenze del «SP». È proprio del diritto penale sostanziale e processuale essere limite alle istanze punitive, le cui norme si giustificano, nell'impostazione liberale, come strumento di

<sup>20</sup> BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., p. 75; ID., *Le modifiche*, cit., p. 905. In tal senso anche STORTONI, *op. cit.*, p. 322.

<sup>21</sup> GIUNTA, MICHELETTI, *op. cit.*, 60 ss; sulle diverse posizioni in dottrina v. PECCIOLI, *La prescrizione del reato*, cit., p. 72 ss.

<sup>22</sup> C. cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115 e ord. 26 gennaio 2017, n. 24.

<sup>23</sup> C. cost., sent. 23 novembre 2006, n. 393 (v. E.M. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in «CP», 2007, p. 424 ss.).

<sup>24</sup> Su tali effetti v. MARANDOLA, *Prescrizione, effetti collaterali e rimedi*, in «SP», 23 luglio 2020.

limitazione delle scelte di incriminazione, delle opzioni sanzionatorie e delle modalità di accertamento delle responsabilità. La prescrizione è parte di questi limiti.

Non è, dunque, irragionevole che il sistema fissi limiti temporali alla pretesa punitiva dello Stato, anche quando questa si è già attualizzata nel processo. Così come non è irragionevole che esistano reati imprescrittibili rispetto ai quali si ritiene ingiustificabile un tempo dell'oblio, perché di certi fatti va conservata la memoria<sup>25</sup>. Nella disciplina vigente la questione riguarda i reati puniti con la pena dell'ergastolo, ma anche un sistema sanzionatorio che facesse finalmente i conti esclusivamente con pene temporanee potrebbe legittimamente considerare sottratti alla prescrizione determinate tipologie di reato. È una scelta politica rimessa alla valutazione di ciò che nella coscienza sociale si considera, a futura memoria, come non dimenticabile; ma è una scelta che si giustifica nei limiti della ragionevolezza dell'imprescrittibilità in bilanciamento con gli interessi che stanno alla base della prescrizione, il che renderebbe illegittima la scelta di rendere imprescrittibile qualunque reato.

### *3. Le esigenze di garanzia e le interazioni con la disciplina processuale. I limiti della soluzione della riforma Bonafede*

Al contempo, però, la prescrizione è un istituto sostanziale che necessariamente interagisce con le norme processuali, quando il reato diventa oggetto dell'esercizio della potestà punitiva. Qui gioca un ruolo importante la disciplina processuale, le cui esigenze devono essere ragionevolmente bilanciate con le istanze di garanzia che giustificano la presenza della prescrizione nel sistema, non leggendola come strumento di intralcio alla giustizia. Se da un lato c'è l'esigenza di dare attuazione alla potestà punitiva, per garantire la tenuta general-preventiva del «SP» ed evitare l'inutile attivazione di procedimenti destinati a chiudersi con la dichiarazione di estinzione del reato, dall'altro lato vanno considerate le garanzie processuali che la prescrizione soddisfa: il trascorrere del tempo rende più difficile sia la ricostruzione degli elementi a difesa (art. 24 Cost.)<sup>26</sup> sia la solida fondazione

<sup>25</sup> BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., p. 67; D. PETRINI, *Ragionevolezza e cultura della prescrizione del reato*, in «DPP», 2021, p. 370.

<sup>26</sup> MANES, *op. cit.*, p. 562; PISANI, *op. cit.*, p. 3; MONGILLO, *op. cit.*, p. 998.

dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.)<sup>27</sup>; la prescrizione, inoltre, contribuisce a velocizzare il processo, garantendone la ragionevole durata (art. 111 Cost.) ed evitando il persistere della pendenza incerta della giustizia penale su colpevoli e innocenti<sup>28</sup>.

I modelli di disciplina per conciliare le esigenze del processo con la *ratio* di garanzia della prescrizione sono, come noto, diversi<sup>29</sup>.

Il modello originario del codice penale dava rilevanza ai tempi processuali attraverso le cause di interruzione e di sospensione della prescrizione, in ragione di atti processuali espressivi dell'interesse dell'autorità giudiziaria a procedere o dei tempi di sospensione del processo.

Nella stessa direzione sono andati anche i progetti di riforma del codice penale, nonché la proposta di riforma della prescrizione elaborata dalla Commissione Fiorella, in parte trasfusa nella riforma Orlando (l. 103/2017) che aveva dilatato i tempi di prescrizione, ridotti dalla riforma del 2005, attraverso la previsione di cause di sospensione dei tempi di prescrizione dopo la sentenza di condanna in primo grado e in appello in modo da dar tempo alla giustizia di organizzare la trattazione del processo nelle fasi di impugnazione (tra l'altro un tempo non breve, che poteva comportare, complessivamente, l'aumento dei tempi di prescrizione sino a tre anni rispetto a quelli definiti attraverso il rinvio al limite massimo edittale della pena)<sup>30</sup>.

Una diversa soluzione proposta in dottrina è quella fondata sulla distinzione tra la prescrizione del reato, i cui tempi dipendono dalla gravità del reato commesso e che può operare sino a che non intervengono determinati atti processuali (avvio delle indagini, inizio dell'azione penale, sentenza di primo grado), e tempi di prescrizione del processo (o, meglio, di improcedibilità dell'azione penale) che sollecitano l'autorità giudiziaria a procedere, una volta intervenuto l'atto processuale che non consente più alla prescrizione del reato di intervenire<sup>31</sup>. Questo modello prevede, dunque, due ambiti non comunicanti che definiscono i limiti della

<sup>27</sup> GIUNTA, MICHELETTI, *op. cit.*, p. 93 ss.

<sup>28</sup> MANES, *op. cit.*, 563.

<sup>29</sup> Una efficace sintesi in D. BIANCHI, *Limitless. Prescrizione e pretesa punitiva*, in «SP», 3 luglio 2020.

<sup>30</sup> Per una sintesi della riforma, v. S. ZIRULIA, *La riforma della prescrizione*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2018*.

<sup>31</sup> Su questo modello, con diversità di approcci: GIOSTRA, *op. cit.*, p. 2221; VIGANÒ, *Riflessioni*, *cit.*, p. 30; G. GIOSTRA, G.L. GATTA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in «SP», 11 febbraio 2020, i quali insistono anche sui rimedi compensativi; MAZZA, *op. cit.*, p. 984 ss.

potestà punitiva, quello della prescrizione e quello del processo, il tempo dell'oblio ed il tempo della memoria. La proposta si presta al rischio di irrigidire in soglie predeterminate i tempi processuali, la cui ragionevolezza non è predeterminabile in astratto, ma dipende da diversi elementi che possono essere desunti solo dalle singole concrete vicende processuali<sup>32</sup>; ammettere la prescrizione del reato pone anche problemi di compatibilità con l'obbligatorietà dell'azione penale che richiede che al suo esercizio segua l'accertamento del reato che si può estinguere per il decorso del tempo<sup>33</sup>. Al contempo c'è chi, pur aprendosi a questa possibilità, ritiene che il tempo dell'oblio debba comunque dispiegare i propri effetti, anche qualora sia avviato il procedimento penale, non essendo giustificato un blocco della prescrizione in ragione dell'intervento di determinati atti processuali<sup>34</sup>.

Infine il modello estremo attuato della riforma Bonafede (l. 3/2019) ha disposto la sospensione del corso della prescrizione dalla sentenza di primo grado o dal decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna (art. 159, comma 2 c.p.). La legge, entrata in vigore un anno dopo la sua approvazione per dar modo al Parlamento di varare la riforma del processo penale, è tecnicamente scorretta, irrazionale ed irragionevole.

È anzitutto tecnicamente scorretta, perché impernia la riforma sulla nuova ipotesi di sospensione della prescrizione che maschera l'imprescrittibilità dei reati con la pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto penale di condanna. È un artificio giuridico parlare di sospensione della prescrizione, perché non c'è alcuna corrispondente sospensione processuale<sup>35</sup>.

È anche una riforma irrazionale per tre ragioni. Innanzitutto, perché condivide l'irrazionalità del progetto di politica criminale del Programma per il governo del cambiamento presentato dalla coalizione politica del primo governo della vigente legislatura: la logica della certezza della pena (carceraria), di cui quel programma era infarcito, diventa certezza della giustizia penale concreta ad ogni costo; così irrazionale da essere portato in approvazione con rinvio di un anno dell'entrata in vigore della nuova disciplina in attesa di mettere mano alla riforma del processo penale che

<sup>32</sup> MARANDOLA, *Prescrizione e processo*, cit., p. 992; PULITANÒ, *Il problema prescrizione fra diritto sostanziale e processo*, in «GI», 2020, p. 975.

<sup>33</sup> FERRUA, *op. cit.*, p. 980.

<sup>34</sup> Con soluzioni diverse, v. PALAZZO, *op. cit.*, p. 57; BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., p. 75; CAVALIERE, *Le norme 'spazzaprescrizione' nella l. n. 3/2019*, in «LP», 12 febbraio 2020; BIANCHI, *op. cit.*, p. 31 ss.

<sup>35</sup> Critici SPANGHER, *op. cit.*, p. 973; MARANDOLA, *Prescrizione e processo*, cit., p. 987; MONGILLO, *op. cit.*, p. 1001.

ben si sapeva – considerati la complessità e politicità della materia ed i tempi dei lavori parlamentari – che non sarebbe giunta all'appuntamento del primo gennaio 2020. La riforma è irrazionale, perché in un «SP» ipertrofico l'imprescrittibilità non rappresenta affatto un vantaggio per l'amministrazione della giustizia, rischiando di produrre l'allungamento dei tempi processuali<sup>36</sup>. È infine irrazionale, perché è stata presentata come uno strumento risolutivo rispetto agli effetti della prescrizione, ma trascura il dato sulla distribuzione della prescrizione nelle diverse fasi processuali che mostra come la maggior parte dei reati si prescriva nelle indagini preliminari<sup>37</sup>. La riforma, quindi, potrebbe anche avere un impatto meno significativo di quanto la comunicazione mediatica ha diffuso; intanto gli effetti non si vedono ora, considerata l'irretroattività della nuova più severa disciplina.

La riforma, però, è anche irragionevole su altri fronti. Innanzitutto, rende imprescrittibile qualsiasi reato dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, indipendentemente dalla gravità del reato, con un evidente disallineamento rispetto alla determinazione legale dei tempi di prescrizione, rapportati al massimo edittale e, dunque, alla valutazione di gravità ritenuta dal legislatore in sede di comminatoria edittale. La riforma non è, dunque, «il trionfo dell'idea della legalità», ma produce l'«appiattimento di situazioni profondamente diverse»<sup>38</sup>.

In secondo luogo, è irragionevole, perché nemmeno si affianca alla previsione di limiti processuali, quali sarebbero quelli del modello della prescrizione processuale, creando lo statuto di giudicabili e parti civili, se non eterni, come è stata puntualmente scritto<sup>39</sup>, quantomeno “senza tempo”.

Infine, la disciplina è irragionevole, perché sterilizza con la sentenza di condanna i tempi dell'oblio, non considerando le esigenze di garanzia che stanno alla base della disciplina della prescrizione e che vanno bilanciate con l'esercizio concreto della potestà punitiva; come rilevato innanzi, la scelta della imprescrittibilità deve superare il vaglio di ragionevolezza nel bilanciamento con gli altri interessi in gioco e può riguardare specifiche fattispecie di reato rispetto alle quali si ritiene di non dare spazio ai tempi dell'oblio e della memoria.

Peraltro, portando alle estreme conseguenze la logica sottesa alla riforma Bonafede, avrebbe dovuto essere abrogata anche tutta la disciplina della

---

<sup>36</sup> FERRUA, *op. cit.*, p. 978; PISANI, *op. cit.*, p. 6.

<sup>37</sup> Sul punto v. MANES, *op. cit.*, p. 568; MARANDOLA, *Prescrizione e processo*, cit., p. 988.

<sup>38</sup> PULITANÒ, *Il dibattito*, cit., p. 9. Analogamente PETRINI, *op. cit.*, p. 368.

<sup>39</sup> MANES, *op. cit.*, p. 565.

prescrizione della pena<sup>40</sup>, sulla quale i riflettori della politica non sono puntati per lo scarso impatto che questa causa estintiva assume nella prassi e, soprattutto, per la mancanza di una visione di sistema.

La l. 3/2019 ha spostato tutta l'attenzione sulla soddisfazione delle esigenze processuali, senza peraltro avvedersi degli effetti che su queste eserciterà l'imprescrittibilità dei reati, sacrificando le esigenze di garanzia di cui gli effetti estintivi del decorso del tempo si fanno portatori<sup>41</sup>. Condivido la lettura, proposta da Roberto Bartoli, della riforma in termini di modello general-preventivo<sup>42</sup>: l'apparenza di rigore che la riforma intende trasmettere dovrà fare i conti con gli effetti pregiudizievoli sull'amministrazione della giustizia che sembrano di gran lunga sopravanzare.

Spesso, riflettendo sulla disciplina della prescrizione, mi sono chiesto se non fosse meglio azzerare le riforme che si sono susseguite a partire dal 2005 per tornare alla disciplina originaria del codice Rocco. Se a questa soluzione sembra oggi difficile arrivare, è certo necessario abrogare la riforma del 2019 in un contesto che a questa non ha affiancato la riforma del processo penale. Era molto più convincente il modello elaborato dalla riforma Orlando che aveva dato spazio alle esigenze processuali entro la disciplina sostanziale attraverso l'ampliamento dei casi di sospensione del processo: si trattava di un compromesso ragionevole tra il mantenere come punto fermo le istanze di garanzia dell'istituto e l'esigenza di ampliare i tempi di prescrizione del reato in relazione ai tempi processuali.

La disciplina attuale andrebbe, tuttavia, emendata in relazione all'individuazione dei tempi di prescrizione del reato. La l. 251/2005 si era mossa correttamente nella direzione di limitare il potere discrezionale del giudice nella individuazione dei tempi di prescrizione del reato, sui quali interagivano le circostanze del reato ed il giudizio di bilanciamento, il cui esito, solo a seguito della valutazione giudiziale, poteva condurre ad ampliare o contrarre i tempi di prescrizione<sup>43</sup>. Ai sensi del vigente art. 157, invece, i tempi di prescrizioni sono sottratti al potere discrezionale del giudice, in quanto sulla loro determinazione non incidono né le circostanze del reato (salvo le circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena) né il giudizio

<sup>40</sup> BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., p. 73.

<sup>41</sup> BARTOLI, *Le modifiche*, cit., p. 905; MARANDOLA, *Prescrizione e processo*, cit., p. 987.

<sup>42</sup> BARTOLI, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, in «SP», 9 dicembre 2019, p. 6 ss.

<sup>43</sup> Sul punto v. G. CARUSO, *Prescrizione del reato e della pena*, in «DDP», *Aggiornamento*, Tomo II, 2008, p. 770.

di bilanciamento. Il tempo necessario a prescrivere è stato agganciato al massimo della pena edittale stabilita dalla legge (con il limite minimo di sei anni, se si tratta di delitti, e di quattro anni in caso di contravvenzioni, ancorchè puniti con la pena pecuniaria): l'effetto di questa disciplina ha avuto l'effetto indiretto dell'abnorme lievitazione dei livelli di pena al fine di ampliare i tempi massimi di prescrizione di alcuni reati, alterando il rapporto tra disvalore del fatto e trattamento sanzionatorio<sup>44</sup>. Ne è un esempio la discussione che ha intrecciato la revisione della disciplina della prescrizione ed i reati di corruzione, per i quali l'aumento dei limiti edittali massimi (l. 69/2015) è stato motivato non da ragioni inerenti al disvalore del fatto, ma dall'esigenza di allungare i tempi di prescrizione, prevedendo, in caso di atti interruttivi, un aumento della metà del tempo massimo di prescrizione, in deroga alla regola generale che fissa in un quarto questo limite (art. 161, comma 2 c.p. come modificato dalla l. 103/2017). Al contempo «un collegamento molto (troppo) stringente tra prescrizione e pene edittali» è «tale da fare di qualsiasi riforma delle pene edittali un fattore di instabilità dei tempi di prescrizione»<sup>45</sup>.

Molto più razionale era il modello per fasce previsto dalla disciplina originaria del codice Rocco<sup>46</sup>, perché, definendo livelli omogenei di pena al cui interno i reati si collocavano ed ai quali era ancorato il tempo di prescrizione del reato, evitava la rincorsa ad evitare la prescrizione attraverso l'aumento delle pene. Anche su questo punto è apprezzabile la proposta della Commissione Fiorella che ripropone il sistema per fasce di pena: l'art. 157 dell'articolato prevede cinque livelli scalari di pena a cui corrispondono altrettanti tempi di prescrizione (quattro, sei, otto, dodici, quindici anni); i livelli di pena entro i quali ricondurre il reato sono determinati in modo da escludere il potere discrezionale del giudice, analogamente a quanto oggi prevede l'art. 157 c.p. (nel testo emendato nel 2005), senza agganciarli ai limiti edittali massimi.

---

<sup>44</sup> PISANI, *op. cit.*, p. 2.

<sup>45</sup> PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in «RIDPP», 2005, p. 528.

<sup>46</sup> PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in «DPC», 2016, p. 65.

### *3. La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo al banco di prova della successione delle leggi penali nel tempo*

Recentemente la discussione sul ruolo della prescrizione come espressione di garanzie o come forma di intralcio all'amministrazione della giustizia ha interessato anche la questione di legittimità costituzionale sull'applicazione retroattiva dei tempi di sospensione dei procedimenti penali a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19. L'art. 83, comma 4 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, dispone la sospensione del termine di prescrizione, con riferimento ai procedimenti penali indicati nel comma 2 della stessa disposizione anche per fatti commessi prima del 9 marzo 2020. Se ragioniamo – come ha fatto il legislatore – in termini di retroattività, prevale l'idea della prescrizione come ostacolo all'amministrazione della giustizia; al contrario, se si ritiene – in accordo con i giudici che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale – che il nuovo caso di sospensione non possa avere effetto in relazione ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, prevale il profilo di garanzia della prescrizione, con violazione dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 7 CEDU.

La questione è stata risolta dalla Corte costituzionale con una pronuncia non convincente<sup>47</sup>: il punto debole non sta nella soluzione finale, sulla quale concordo, ma nel percorso argomentativo che pone nuovamente al centro della riflessione la funzione di garanzia della prescrizione ed il condizionamento che subisce dalle norme processuali in una prospettiva, però, che depotenzia la funzione di garanzia del principio di legalità.

Partirei da una prima riflessione: il bilanciamento tra gli interessi in gioco ha risentito della situazione di emergenza sanitaria e quindi della giustificazione dell'eccezione, la quale ha alterato i profili argomentativi che solo apparentemente hanno mantenuto fermi i principi di garanzia di cui la prescrizione è espressione. L'emergenza consente indubbiamente flessioni rispetto alle situazioni ordinarie<sup>48</sup>, ma, in un ordinamento costituzionale che non prevede norme espresse derogatorie nella gestione delle situazioni di emergenza, è necessario rispettare il limite di ragionevolezza di tali flessioni.

Tale limite era stato ampiamente superato dagli argomenti con i quali la terza sezione della Corte di cassazione aveva ritenuto infondata la questione di legittimità della disciplina di cui all'art. 83, comma 4 citato: «la sospensione del corso della prescrizione, che determina una indubbia

<sup>47</sup> C. cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278.

<sup>48</sup> C. cost., sent. 1 febbraio 1982, n. 15.



limitazione/compressione dell'art. 25 Cost., comma 2 può dirsi, in certa misura ed entro certi limiti "sopportabile", nel senso che nel bilanciamento con altri principi di rango costituzionale (diritto alla vita e alla salute), consente di ritenere la flessione del principio di irretroattività della legge sfavorevole, a tali condizioni (di cui si dirà), non costituzionalmente illegittima»<sup>49</sup>. L'argomento sviluppato è pericoloso per la tenuta delle garanzie costituzionali. La Corte di cassazione, partendo dal riconoscimento della natura sostanziale della prescrizione, giustifica una deroga (ancorché temporalmente limitata) al principio di irretroattività in nome della tutela di prevalenti interessi pubblici: «all'interprete spetta il compito di indagare, se e con quali limiti, l'art. 25 Cost., comma 2, nella parte in cui impone l'irretroattività della norma introduttiva di una nuova causa di sospensione della prescrizione, possa manifestare la sua capacità adattativa alla necessità di fare fronte al pericolo generato da quell'evento eccezionale». L'esito del ragionamento è la giustificazione della deroga ad un principio che la Corte costituzionale ha sempre riconosciuto come inderogabile<sup>50</sup> e che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo inserisce tra quelli che non possono mai essere sacrificati anche in caso di dichiarazione dello stato d'emergenza (art. 15). La ragione della tutela del superiore interesse alla salute giustifica la compressione di un diritto inderogabile, senza che la Corte di cassazione dedichi anche solo un passaggio per spiegare come questa soluzione si concili con la lettura del principio di irretroattività nel quadro delle garanzie costituzionali e sovranazionali.

La Corte costituzionale nella sent. 278/2020 non avrebbe potuto muoversi nella direzione tracciata dalla terza sezione della Corte di cassazione che ha reso l'irretroattività in materia penale un principio flessibile; anzi in un passaggio prende le distanze da tale posizione, pur senza menzionarla, affermando che «la garanzia del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che – avendo come contenuto il rispetto del principio di legalità – da una parte, non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti»<sup>51</sup>.

Né la Corte costituzionale ha sviluppato l'argomento proposto da chi

<sup>49</sup> Cass., Sez. III, 17 luglio 2020 (ud. 2 luglio 2020), n. 21367. Si vedano le osservazioni critiche di GATTA, *'Tolleranza tra principi' e 'principi intolleranti'*, in «SP», 22 luglio 2020.

<sup>50</sup> C. cost., sent. 32/2020; 236/2011 e 394/2006.

<sup>51</sup> C. cost., sent. 278/2010, § 10 della motivazione.

ha autorevolmente escluso il rigoroso rispetto del principio di affidamento, che è alla base dell'art. 25, comma 2 Cost., in relazione alla disciplina della prescrizione: a prescindere dalla qualificazione in termini sostanziali o processuali di questo istituto, si è affermato che «in linea di principio le valutazioni inerenti al regime della prescrizione non [implicano] di per se stesse quel coefficiente di personale 'affidamento' da parte dei destinatari»<sup>52</sup>.

Tuttavia, non mi convince nemmeno l'argomentazione sviluppata dalla Corte costituzionale, stretta tra la giurisprudenza pregressa, rigorosamente attestata nella vicenda Taricco sulla natura sostanziale della prescrizione e sulla conseguente necessità di assicurare la tenuta del principio di legalità in punto irretroattività e determinatezza, e la necessità di tener conto della situazione di emergenza dalla quale nasce il decreto-legge scrutinato.

Il riconoscimento del principio di legalità in tema di prescrizione è rafforzato dalla Corte costituzionale attraverso due argomenti. Il primo è costituito dal collegamento tracciato tra questo principio con la presunzione di non colpevolezza dell'imputato sino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2 Cost.) e con la ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma Cost.): se, in una prospettiva sostanziale, siamo soliti affiancare il principio di legalità a quello di colpevolezza, secondo l'impostazione oramai classica sviluppata dalla Corte costituzionale nella sent. 364/1988, questa volta la legalità sostanziale è rafforzata da due principi di chiara valenza processuale. Il secondo argomento, è costituito da quella che la Corte definisce la «proiezione diacronica della punibilità» che «integra la fattispecie penale»: questo rapido passaggio, a prescindere dalla sua lettura in favore del riconoscimento della punibilità come elemento strutturale del reato, secondo la nota concezione quadripartita, attrae la disciplina della prescrizione, inclusiva delle disposizioni in tema di interruzione e sospensione, nell'alveo del principio di legalità, trattandosi di disposizioni che delimitano la proiezione temporale della norma. Come ha recentemente scritto anche la Corte di cassazione, va riconosciuto «preminente rilievo alla garanzia fornita al consociato, al quale è consentito preventivare l'afflittività dell'illecito, ricomprendendo in essa la previsione del tempo necessario a estinguere il reato»<sup>53</sup>. Questa idea della dilatazione temporale del principio di legalità non è estranea alle argomentazioni della Corte costituzionale che l'ha recentemente valorizzata nel regime delle misure alternative alla detenzione nella sent. 32/2020, escludendo la retroattività delle norme

<sup>52</sup> G. DE FRANCESCO, *Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato*, in «LP», 21 agosto 2020, p. 7.

<sup>53</sup> Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2020, n. 2844.

che disciplinano in senso più sfavorevole le misure che determinano una variazione qualitativa della pena attraverso percorsi extramutari.

Partendo da queste condivisibili premesse, la Corte estende il principio di legalità anche alla disciplina della decorrenza dei tempi di prescrizione, alla loro durata, nonché alle cause di interruzione e sospensione che concorrono a determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato. Tuttavia, la garanzia del principio di legalità, così solidamente affermata, viene svuotata attraverso un artificio giuridico. Scrive la Corte: l'art. 159 c.p., nel prevedere che «il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge», ha un «contenuto sufficientemente preciso e determinato» per garantire il rispetto del principio di legalità, aprendosi «all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare... il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.)»<sup>54</sup>. Mentre è del tutto condivisibile il richiamo a ragionevolezza e proporzionalità quali parametri di legittimità delle ipotesi legali di sospensione che integrano l'art. 159 c.p.<sup>55</sup>, è contraddittoria la prima parte della motivazione, perché delle due l'una: o l'art. 159 c.p. ha un contenuto in sé sufficientemente preciso o, se la sua struttura si apre all'integrazione di altre leggi che definiscono i casi di sospensione, allora la norma non è sufficientemente precisa. L'argomento diventa un artificio verbale per giustificare l'applicazione retroattiva del tempo di sospensione per effetto dell'emergenza sanitaria: anche se ammettiamo che nell'art. 159 c.p. sia presente un elemento normativo da integrare *ex lege*<sup>56</sup>, non di meno

<sup>54</sup> C. cost., sent. n. 278/2020, § 13 della motivazione. In linea con gli argomenti della Corte, GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato*, in «SP», 26 dicembre 2020; ID., *Il corso della giustizia e il corso della prescrizione del reato durante l'emergenza Covid-19*, in «SP», 2 novembre 2020; ID., *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 1872020: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in «SP», 27 maggio 2020; G. SANTALUCIA, *La sospensione della prescrizione dei reati in tempi di pandemia. La Corte costituzionale promuove la legislazione dell'emergenza*, in «Quest. Giust.», 11 gennaio 2021. In una diversa prospettiva, pur adesiva alla compatibilità della disciplina dell'art. 83, comma 4 cit. e l'art. 25, comma 2 Cost., MICHELETTI, *op. cit.*, p. 10 ss.

<sup>55</sup> Sul punto v. M. BONTEMPELLI, *Emergenza Covid-19 e ragionevole durata del processo penale*, in «SP», 13 gennaio 2021.

<sup>56</sup> In tal senso anche la recente Cass., SU, 26 novembre 2020 – 10 febbraio 2021, n. 5292, sulla quale, in chiave adesiva, v. GATTA, *Le Sezioni unite, dopo la Consulta, sulla sospensione emergenziale della prescrizione del reato: circoscritto l'ambito di applicabilità della disciplina*, in «SP», 11 febbraio 2021.

la natura sostanziale della prescrizione come può tollerare la retroattività di una disciplina sfavorevole introdotta *ex post* ad integrazione dell'elemento normativo? Integrazione e retroattività dei suoi effetti si muovono su piani diversi ed ammettere la prima non significa anche giustificare la seconda<sup>57</sup>.

Mantenere ferma la natura sostanziale della prescrizione e riconoscere il connesso principio di legalità, in linea con le pronunce nella vicenda Taricco, conducono allo svuotamento della garanzia che diventa più apparente che effettiva: partendo, infatti, dalla natura sostanziale della causa di estinzione del reato, comprese interruzione e sospensione, e da una rigorosa affermazione del principio di legalità, se ne sarebbe dovuto desumere l'irretroattività del nuovo caso di sospensione "emergenziale". Tale esito, a mio avviso obbligato rispetto ai presupposti da cui la Corte è partita, avrebbe indubbiamente l'effetto di vanificare la *ratio* dell'art. 83, comma 4 d.l. 18/2020, in quanto l'applicazione del nuovo caso di sospensione ai soli reati commessi dopo l'entrata in vigore del decreto legge avrebbe operato, come sottolinea la Corte, «incongruamente quanto inutilmente per essere la prescrizione appena iniziata a decorrere»<sup>58</sup>. Tuttavia, il realismo di questo argomento pregiudica la tenuta del principio di legalità in materia penale.

Alla conclusione avanzata dalla Corte costituzionale si sarebbe potuto giungere attraverso un argomento più lineare, partendo dal riconoscere natura ibrida alla prescrizione quale istituto di natura sostanziale che, tuttavia, è fortemente intrecciato con la disciplina processuale. Non si tratta di accogliere una lettura in termini processuali della prescrizione, non compatibile con il nostro sistema di disciplina, quanto riconoscere, com'è stato autorevolmente sostenuto in dottrina, che le norme sulla sospensione sono di natura processuale e soggiacciono, di conseguenza, al principio *tempus regit actum*<sup>59</sup>: è questa la ragione che spiega il tenore dell'art. 159 che,

<sup>57</sup> BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in «SP», 8 febbraio 2021, 8. Critici sulla retroattività dell'art. 83, comma 4 d.l. 18/2020 A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Che la pandemia non diventi l'occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle regole costituzionali*, in «SP», 24 maggio 2020; N. MADIA, *La Corte costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2020, salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in «GiuP», 28 dicembre 2020.

<sup>58</sup> C. cost., sent. 278/2020, § 13 della motivazione.

<sup>59</sup> BARTOLI, *Con una finta*, cit., p. 9; Id., *Il nuovo volto della prescrizione*, cit., p. 76. L'Autore è a favore del riconoscimento della natura processuale solo della sospensione, attribuendo, invece, natura sostanziale alle cause di interruzione, perché incidono sul tempo massimo di prescrizione. In tal senso v. già M. DONINI, in *Prescrizione e irretroattività*, in «FI», 1998, V, p. 327 ss. Nel senso, invece, di riconoscere natura processuale alla disciplina delle cause sospensive e interruttrive, P. BARTOLO, *Prescrizione*, in «EGT», XXVII, 2006, p. 9.

rinviano ai casi di sospensione imposti da una particolare disposizione di legge, segna la saldatura tra sospensione della prescrizione e sospensione del processo. A questo punto, l'eventuale questione di legittimità costituzionale può investire la disciplina della sospensione sotto il profilo del rispetto del canone della ragionevole durata del processo, nonché dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Il fatto che anche la Corte costituzionale richiami questi parametri di valutazione della disciplina della sospensione evidenzia come il mantenimento della natura sostanziale della prescrizione in tutti i suoi profili di disciplina appare più l'ossequio alla pregressa giurisprudenza costituzionale che una rigorosa riflessione sugli effetti che dalla natura sostanziale sarebbe stato necessario trarre. Sembra, cioè, che la Corte parli di natura sostanziale a tutto campo, ma poi ragioni in termini processuali quando si misura sulla disciplina della prescrizione.

A ben vedere, aprire al riconoscimento della natura processuale delle norme sui casi di sospensione non avrebbe comportato una frizione con le autorevoli prese di posizione della Corte costituzionale nella vicenda Taricco che hanno riguardato il termine massimo fissato in presenza di più atti interruttivi: il tempo massimo è indubbiamente una disposizione di natura sostanziale che definisce i limiti della potestà punitiva. Allo stesso tempo, la natura processuale dei casi di sospensione non avrebbe dato adito a sostenere la retroattività della disciplina, introdotta dalla l. 3/2019, perché è un artificio retorico qualificare come sospensione del tempo di prescrizione una norma che non è ancorata alla sospensione del processo e che segna l'imprescrittibilità del reato.

Gli argomenti della Corte costituzionale rendono ancora una volta la prescrizione un terreno instabile e questa volta a farne le spese è il principio di legalità penale sostanziale.

Francesco Petrelli\*

## *Rischio sismico e “principio di precauzione”*

*“Vivere significa essere in pericolo”*

*(F. Nietzsche)*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il principio di precauzione come modello di comportamento e il problema del suo rilievo penalistico – 3. La previsione del rischio connesso ai fenomeni naturali – 4. La “concretezza” del rischio – 5. Principio di precauzione e concreta rappresentabilità dell’evento – 6. Conclusioni.

### 1. *Premessa*

Una tensione profonda attraversa quella che viene definita la “società del rischio”, nella quale ciascuno di noi chiede sicurezza, protezione e assicurazione ad una moltitudine di soggetti decisori i quali non possiedono, in verità, né strumenti, né conoscenze per dominare quei rischi che noi stessi con il nostro agire quotidiano sostituire con contribuiamo spesso a produrre.

La critica radicale alla scienza, come ad esempio quella medica dei vaccini, l’incapacità dei governanti di rispondere in maniera coerente e razionale alle spinte emotive dell’opinione pubblica, i disastri ambientali, il dissesto idrogeologico, il decadimento delle infrastrutture con i conseguenti eventi tragici, sono tutti fenomeni che hanno evidentemente reso ancor più complessa la gestione del rischio.

Al tempo stesso è venuta ad emersione la responsabilità dei comunicatori nel diffondere messaggi semplificati di fenomeni di complessa decifrazione e comprensione, nell’ambito dei quali interessi scientifici ed economici si confrontano.

Alcune decisioni giudiziarie si sono dovute misurare con questi scenari

---

\* Avvocato, Direttore della rivista UCPI Diritto di Difesa.

psicologici e con le complesse problematiche giuridiche relative alla valutazione ed alla comunicazione dei rischi in occasione di eventi calamitosi naturali incontrollabili rispetto ai quali i concetti di “pericolosità”, di “rischio”<sup>1</sup> di “previsione” e “prevenzione”<sup>2</sup> assumono di volta in volta significati diversi e di non agevole applicazione nel campo del diritto penale.

Lo scrutinio di tali complessi ambiti di tutela della vita e della integrità fisica delle popolazioni che abitano in quelle vaste aree del territorio nazionale esposte a diversi rischi naturali (sismico, idrogeologico, meteorologico o sanitario<sup>3</sup>...), resi sempre più intensi tanto dall'utilizzo inappropriato del territorio e delle risorse che dai mutamenti climatici, ha fatto emergere un diffuso consenso nei confronti di alcuni criteri di “gestione del rischio” che, anche nel caso di incerto o modesto incremento del pericolo<sup>4</sup>, imporrebbero

<sup>1</sup> Cfr., sulla tematica del rischio, C. PERINI, *Il concetto di Rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano 2010, nella cui introduzione l'A. si chiede, in maniera piuttosto emblematica: «Il concetto di rischio appartiene al lessico della dottrina, della giurisprudenza e della legislazione penale; ma può vantare in questi ambiti un vero e proprio diritto di cittadinanza?»; in termini *endosistemici* si parla di rischio nel senso di *aumento del rischio, rischio consentito, non vietato, tollerato, socialmente adeguato*, ovvero come fattore di esclusione della responsabilità penale sul terreno della tipicità o dell'antigiuridicità nell'ambito di attività socialmente utili; il concetto di “pericolo” ed il concetto di “rischio” hanno avuto di recente una definizione normativa con il D.Lgs. 81/2008 che, all'art. 2 lett. r), definisce il Pericolo come “proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni”, ed il Rischio come “probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore avente il potenziale di causare danni”.

<sup>2</sup> L'art. 3 comma 2 Legge 225/1992 definisce la Previsione come l'insieme delle “attività dirette allo studio ed alla determinazione delle cause dei fenomeni calamitosi, alla identificazione dei rischi ed alla individuazione delle zone del territorio soggette ai rischi stessi”.

<sup>3</sup> In ambito sanitario il recente fenomeno pandemico covid-19 e la conseguente campagna vaccinale mondiale ha riproposto con prepotenza gli stessi temi tanto con riferimento ai rischi da contagio quanto ai rischi attinenti i possibili effetti collaterali della somministrazione vaccinale.

<sup>4</sup> L'unica definizione normativa di Pericolo e di Rischio è quella contenuta nel D. Lgs. 81/2008, sulla sicurezza del lavoro, dove l'art. 2, comma 1, lett. r) definisce il “Pericolo” come “proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni”, mentre qualifica il “Rischio” come “probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione”. Tale definizione che, come è stato giustamente rilevato (PERINI, in *op. cit.*), non brilla per chiarezza, risulta essere del tutto differente da quella espressa dalla nota formula, desunta da un approccio di tipo antropologico, secondo la quale il Pericolo (P) è solo una delle componenti del Rischio (R) assieme alla Vulnerabilità (V) ed all'Esposizione (E). Si consideri, in particolare, quanto pesi su tale profilo definitorio e sulla eventuale trasmigrazione (in un'ottica chiaramente *esosistemica*) dei concetti di rischio altrove elaborati, il fatto che la citata normativa sul lavoro si inserisca

agli operatori l'adozione di rimedi di “massima cautela”.

Tali ambiti di riflessione sono stati evocati, ad esempio, con riferimento specifico al fenomeno sismico, in virtù dell'attenzione prestata dai *media* ad uno studio da tempo iniziato dall'Istituto Nazionale di Geologia e Vulcanologia e volto alla elaborazione di una serie di modelli per la previsione probabilistica dei terremoti (OEF)<sup>5</sup> ed alle sue possibili ricadute in ambito operativo, con conseguenti polemiche fra sismologi relativamente ad un utilizzo in chiave precauzionale dei dati oggetto di elaborazione<sup>6</sup>.

Sembra pertanto opportuno verificare se, ed eventualmente in quale misura, la logica interna al *diritto penale della sicurezza*<sup>7</sup>, possa assorbire anche la specifica articolazione concettuale costituita dal c.d. “principio di precauzione”<sup>8</sup>, fornendo così alle decisioni giudiziarie relative alle

---

all'interno di una attività, quale è tipicamente quella delle *attività produttive*, interamente regolata ed organizzata dall'uomo ed, in quanto tale, asseritamente controllabile sia nella sue cadenze fisiologiche, che nella gestione dei rischi ad essa correlati, mentre le questioni poste dal processo riguardano la gestione di rischi connessi a un *fenomeno naturale*, quale è il fenomeno sismico, i cui sviluppi si sottraggono - in maniera peculiare ed incontrovertibile - al controllo dell'uomo.

<sup>5</sup> Si tratta del progetto, condiviso in ambito internazionale, denominato *Operative Earthquake Forecast*, ed avviato in Italia da alcuni anni da W. MARZOCCHI, A.M. LOMBARDI e E. CASAROTTI per INGV (*Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia*).

<sup>6</sup> Cfr. M. STUCCHI, *L'Espresso*, settembre 2014, il quale ricorda come l'OEF sia «oggetto di intenso dibattito, sia riguardo la sua “efficienza” (ovvero, la reale capacità del metodo di fornire stime precise e quantitativamente significative), sia riguardo il suo possibile impiego» facendo altresì espresso riferimento alla polemica in corso, in ambito internazionale, fra i sismologi K. WANG, G.C. ROGERS, JORDAN, W. MARZOCCHI, A.J. MICHAEL e M.C. GERSTENBERGER; vedi in proposito l'articolo pubblicato sull'ultimo numero di SRL (*Seismological Research Letters*).

<sup>7</sup> M. DONINI, *Sicurezza e Diritto Penale*, in «CP», 2008, p. 2558 ss.

<sup>8</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Giuffrè, Milano 2006, p. 1743, secondo il quale tale principio opera «in contesti in cui si avanzano serie congetture di gravi pericoli per beni fondamentali, pur in assenza di consolidate evidenze scientifiche circa l'effettiva pericolosità di date condotte, prodotti o sostanze, o in presenza di dati scientifici discordanti o comunque non pienamente corroborativi»; «In vero, il principio di precauzione, in virtù del suo riconoscimento espresso (o talora anche solo implicito) nella legislazione punitiva interna, si rivela come “uno” dei fattori di espansione del diritto della sicurezza - che è sempre più un diritto penale “del rischio”, della “prevenzione” e, altresì, della “precauzione”. Assieme ad altre categorie tradizionali o di più recente ingresso nel discorso penalistico - rispetto alle quali, come visto, talvolta tende a intrecciarsi o a confondersi almeno in parte (§ 3) - anche la “precauzione” si mostra funzionale alle politiche criminali della modernità», D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Editrice Aracne, Roma, 2012; vedi anche F. GIUNTA, *Il diritto penale*



responsabilità penali concernenti la gestione dei rischi derivanti da fenomeni naturali potenzialmente distruttivi<sup>9</sup> un qualche suo specifico ed utile contributo.

Il “principio di precauzione” ha difatti di recente subito una cospicua evoluzione trasformandosi da *regola di comportamento*<sup>10</sup>, normalmente utilizzata al fine di governare in maniera razionale alcune difficili scelte degli amministratori nell’ambito di quella che generalmente viene definita “gestione del rischio” senza tuttavia assumere di per sé rilievo penalistico, in un criterio di natura giurisprudenziale<sup>11</sup> potenzialmente in grado di ricondurre nella sfera di rilevanza penale talune condotte degli amministratori<sup>12</sup>.

È d’altronde una ovvietà che le diverse “regole di comportamento” (sotto forma di “protocolli”, “prescrizioni”, “linee guida” e “buone pratiche”)<sup>13</sup>

e le suggestioni del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 239, il quale propone di accogliere il principio solo con riferimento a quelle attività che implicano il rischio di conseguenze di «sicura gravità, irreversibili e incalcolabili».

<sup>9</sup> La “gestione del rischio” derivante dall’incidenza di tali fenomeni “naturali” deve essere infatti distinta da quella avente ad oggetto le attività umane ed in particolare dalle attività produttive “socialmente utili”, le quali proprio per la loro derivazione umana sono solitamente controllabili e come tali più agevolmente regolamentabili; cfr. sul punto F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *La responsabilità dell’impresa per i danni all’ambiente e ai consumatori*, Giuffrè, Milano 1978.

<sup>10</sup> Tale principio è citato nell’articolo 191 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (UE) con lo scopo di garantire il più alto livello di protezione dell’ambiente grazie a prese di posizione preventive in caso di rischio ambientale. Nella pratica si riscontra una applicazione del principio di precauzione estesa alla politica dei consumatori, alla legislazione europea sugli alimenti, alla salute umana, animale e vegetale; cfr. art. 174 del Trattato di Amsterdam che riprende l’art. 130 R del Trattato di Maastricht, che modifica il trattato costitutivo della CEE; nonché la Comunicazione della Commissione in data 2 febbraio 2000, sul ricorso al principio di precauzione (COM 2000 1 def.) non pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale); per una più completa panoramica dell’utilizzo del principio in ambito internazionale ed europeo, cfr. M.V. LUMETTI, *Brevi note sul principio di precauzione nei sistemi di common law e civil law*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2009.

<sup>11</sup> Cfr., in proposito, Cass. Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675; Cass. Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845; Cass. Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 16761; Cass. Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786.

<sup>12</sup> LUMETTI, *Brevi note sul principio di precauzione nei sistemi di common law e civil law*, cit; vedi anche C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, Bologna 2010; F. CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, Giappichelli, Torino 2013, con specifico riferimento a quanto espresso sulla decisione di legittimità in merito ai fatti di Sarno, p. 211 ss.; in un contesto tipicamente *esosistemico* di interpretazione ed utilizzazione del termine Rischio, si è considerato tale elemento alla stregua di un fattore pre-giuridico o extra-giuridico utile al fine di operare un cambiamento ed una modernizzazione del sistema penale.

<sup>13</sup> Si è rilevato come si sia “di recente sottolineata l’esistenza di un processo diretto alla

vengano di volta in volta utilizzate al fine di identificare le eventuali condotte colpose nell’ambito della contestazione della c.d. *colpa generica*, fornendo il necessario contenuto prescrittivo agli addebiti di imprudenza, imperizia e negligenza. E risulta altrettanto ovvio che tali “regole di comportamento” siano destinate a subire nel tempo una incessante evoluzione, integrazione e modificazione, in quanto il giudizio sui comportamenti umani in tale materia è evidentemente condizionato dall’evolversi continuo delle scoperte scientifiche e tecnologiche nonché dall’affiorare di nuovi orizzonti etici o anche da nuovi approdi meramente organizzativi<sup>14</sup>.

Occorre pertanto verificare di volta in volta: a) se le “regole di comportamento” ricavate dal parametro della precauzione siano compatibili con il sistema normativo vigente e con i principi del nostro ordinamento penale; b) se tali “regole di comportamento” siano applicabili a tutte le

---

creazione di regole cautelari specifiche che non discendono da una volontà normativa superiore ma “dall’attività regolativa privata” che può essere spontanea (per es. le linee guida nelle attività mediche) o obbligata (per es. la redazione del piano di sicurezza per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o l’adozione di modelli organizzativi e gestionali per l’esenzione dalla responsabilità dell’ente collettivo). Questo processo è visto come realizzazione dell’esigenza di *standardizzare* il rischio nelle attività pericolose mediante la formulazione di programmi cautelari (c.d. *protocolli*); Cass. Sez. IV, 12 marzo 2010, *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>14</sup> Sui rapporti fra etica e tecnica, cfr. U. GAIMBERTI, *Psiche e tecnica. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano 2009, pp. 38-39, ove si legge: “L’etica, come forma dell’agire in vista di fini, celebra la sua impotenza nel mondo della tecnica regolato dal fare come pura produzione di risultati, dove gli effetti si addizionano in modo tale che gli esiti finali non sono più riconducibili alle intenzioni degli agenti iniziali. Ciò significa che non è più l’etica a scegliere i fini e a incaricare la tecnica di reperire i mezzi, ma è la tecnica che, assumendo come fini i risultati delle sue procedure, condiziona l’etica obbligandola a prendere posizione su una realtà, non più naturale ma artificiale, che la tecnica non cessa di costruire e rendere possibile, qualunque sia la posizione assunta dall’etica”. In una simile condizione, secondo l’Autore, non possono fornire risposte soddisfacenti né l’etica cristiana, né quella kantiana, che fondandosi entrambe sulle “buone intenzioni” dell’agente, appaiono incompatibili con ogni forma di “responsabilità oggettiva” riguardo i possibili danni cagionati dalla tecnica, così come neppure appare idonea a fornire tali risposte l’etica weberiana della *responsabilità*, la quale si limita ad esigere che l’agente «risponda delle conseguenze prevedibili delle proprie azioni» (M. WEBER), mentre la «tecnica dischiude lo scenario dell’imprevedibilità, imputabile, non come quella antica a un difetto di conoscenza, ma ad un eccesso del nostro potere di fare enormemente maggiore del nostro potere di prevedere»; cfr. anche, Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza*, il Mulino, Bologna 1999; per uno sviluppo del principio nell’ambito della elaborazione di una teoria della giustizia sociale, cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Roma 2010. Sul punto cfr. R. BLAIOTTA, *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse*, «DPC», 2012, dove si afferma che, nell’ambito della *protezione dal rischio*, occorre necessariamente formulare «imputazioni che esprimano il principio di colpevolezza e che, quindi, contengano in sé un ben definito rimprovero personale».

fattispecie relative alla “gestione del rischio”<sup>15</sup>; c) se le stesse “regole di comportamento” siano applicabili indistintamente a tutti soggetti coinvolti nella catena decisionale della “gestione del rischio”<sup>16</sup>.

## 2. Il principio di precauzione come modello di comportamento

L’indirizzo giurisprudenziale che conferisce rilevanza al c.d. “principio di precauzione”, che «*nel suo nucleo concettuale si configura come una strategia di gestione del rischio nelle ipotesi in cui non si abbia certezza scientifica sulla portata dei potenziali effetti negativi di una determinata attività*»<sup>17</sup>, avrebbe secondo alcuni trovato applicazione anche nella nota sentenza della Corte di Cassazione sui fatti della alluvione di Sarno<sup>18</sup>, nella quale si legge, in particolare, che ai fini della elaborazione del “*giudizio di prevedibilità*” dell’evento dannoso, occorre tenere conto «*dell’esperienza del passato ma senza ignorare l’esistenza di una possibilità di evoluzione dei fenomeni e ipotizzando quindi la più distruttiva ipotesi che potesse verificarsi o che il fenomeno disastroso poteva comportare*».

Secondo la Corte, infatti, «*L’agente modello [...] è quello in grado di ipotizzare le conseguenze più gravi di un fenomeno ricorrente, non quello che si adagia su esperienze precedenti senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano avere carattere di maggiore gravità*».

La decisione in esame offre, dunque, sebbene in maniera incidentale, alcuni interessanti spunti di riflessione sulla effettiva operatività del “principio

<sup>15</sup> Ed in particolare se il modello precauzionale possa essere applicato, oltre che alla possibile produzione di danni derivanti da produzione umana anche a quelli derivanti da calamità naturali.

<sup>16</sup> Per essere più precisi, si tratta di stabilire se il principio di precauzione debba o possa condizionare non solo i comportamenti e le scelte dei c.d. “soggetti decisori”, ma anche i comportamenti e le valutazioni degli organi consultivi, destinati esclusivamente alla elaborazione di pareri e previsioni su base tecnico-scientifica.

<sup>17</sup> LUMETTI, *Brevi note sul principio di precauzione nei sistemi di common law e civil law*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>18</sup> Cass. Sez. IV, 11 marzo 2012, n. 16761; vedi, con specifico riferimento a *Le tentazioni ed i rischi dell’applicazione del criterio della default option e del principio di precauzione*, A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, «CP», fasc. 1, 2011, p. 101; nonché, C. INTIERI, *Logica dei numeri e Principio di Precauzione nell’operazione decisoria*, 2013, dove la sentenza viene espressamente citata come esempio di applicazione del “principio di precauzione”.

di precauzione”, ribadendosi difatti in maniera piuttosto chiara che i principi in essa affermati non possono in alcun modo finire con il «*confondere il tema della colpa con il principio di precauzione che si differenzia significativamente*», potendosi in realtà invocare correttamente tale principio solo «*nei casi [...] per i quali si è rimasti a livello del sospetto che, in presenza di certi presupposti, possano verificarsi effetti negativi in particolare sulla salute dell'uomo*»<sup>19</sup>.

Tuttavia la Corte, nel delineare i parametri attraverso i quali il soggetto decisore (responsabile della gestione del rischio) avrebbe dovuto rappresentarsi l'eventuale occorrenza del fenomeno calamitoso (la frana, lo smottamento, l'esondazione [...]), apre la strada a possibili fraintendimenti in quanto non chiarisce in maniera convincente quali siano i limiti fra l'applicazione di tale principio ed una corretta valutazione in concreto del rischio derivante dai fenomeni calamitosi o naturali in genere.

Risulta, infatti, evidente come il “modello” suggerito (un modello di “massima cautela” ovvero del *worst-case scenario*) pone non pochi problemi proprio con riferimento ai normali criteri di individuazione della “prevedibilità” dell'evento su basi statistiche<sup>20</sup>.

Difatti, come è noto, il “principio di precauzione”, per ragioni intrinseche al suo atteggiarsi come regola di condotta “pre-cautelare” idonea ad apprestare una tutela anticipata del bene giuridico di volta in volta tutelato (la salute, la vita, l'ambiente [...]), finisce con il determinare una inevitabile “distanza” fra condotta precauzionale adottata e la concreta rappresentabilità del pericolo del realizzarsi dell'evento dannoso, con un conseguente inevitabile attrito con i criteri della responsabilità per colpa con particolare riferimento alle modalità di accertamento della colpa generica.

Se, difatti, al “principio di precauzione” si deve ricorrere in tutti quei casi in cui, in virtù di un mero “sospetto” (che, in quanto tale, non può consentire alcuna previsione/prevedibilità dell'evento dannoso), si “teme” il possibile verificarsi di un evento dannoso, la sua mancata adozione difficilmente potrebbe individuare un effettivo profilo di colpa.

È per tale ragione che il “principio di precauzione”, per i suoi stessi limiti ontologici, piuttosto che dettare una regola atta ad individuare un tipico comportamento doveroso, sembra poter fornire uno strumento utilizzabile nell'ambito della legislazione futura in materia di “gestione del rischio” (con

<sup>19</sup> Su tale impostazione cfr. RUGA RIVA, cit. pp. 1743-1777, dove l'Autore propone una lettura “precauzionale” della colpa generica, ricomprendendo il “fondato sospetto” della pericolosità della “condotta” posta in essere quale canone di riconoscibilità e prevedibilità dell'evento dannoso.

<sup>20</sup> Sui riflessi irrazionali prodotti da tali prospettive vedi SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, p. 93-94.

conseguente determinazione di regole e di prescrizioni la cui violazione comporti una contestazione in termini di “colpa specifica”), ovvero, ancor meglio, nell’ambito della creazione di nuove fattispecie di reato di pericolo.

Sarebbe stato, dunque, opportuno, per ritornare alla decisione sopra menzionata, cogliere l’occasione per chiarire quale sia il limite che concettualmente consente di distinguere fra mero “sospetto di un danno futuro” e “previsione o prevedibilità del danno”, ovvero in quali casi di fronte a singoli fenomeni (naturali e non) in relazione ai quali è prospettabile la possibilità di effetti dannosi, possa ritenersi che tale prospettiva “sia rimasta a livello di sospetto” (il che dovrebbe ricondurre il fenomeno nell’eventuale ambito di azione del “principio di precauzione”), o quanto invece la prospettazione del danno sia di fatto riconducibile ad attestate “esperienze empiriche”, ovvero alla esecuzione di alcuni “primi approfondimenti scientifici”, ovvero a “studi epidemiologici incompleti”, ovvero, ancora, ad “esperimenti condotti su animali” (nel qual caso, la concreta previsione del rischio – *rectius* del pericolo – dovrebbe imporre l’applicazione di una regola di condotta di massimo rigore consistente nell’adozione delle “più rigorose cautele”)<sup>21</sup>.

Poiché, infatti, il concetto di “sospetto” può essere confuso con una semplice “ipotesi” o con un eventuale “timore” di natura del tutto soggettiva, occorrerebbe meglio chiarire in che modo un livello di “ragionevole sospetto”, proprio in quanto fondato su elementi di razionalità epistemologica, possa effettivamente distinguersi, sotto un profilo concettuale, da quei casi, pure indicati espressamente dalla Corte, in relazione ai quali è già genericamente conosciuta la sola “attitudine lesiva” ma dei quali «*non è stato ancora spiegato il meccanismo causale*» (ipotesi nelle quali, secondo la Corte, «*non avrebbe senso invocare il principio di precauzione*»).

Si tratterebbe, insomma, di valutazioni che si collocano all’interno di quello spazio concettuale che si vive, parafrasando una famosa espressione di

<sup>21</sup> Con riferimento alla distinzione fra Prevenzione e Rischio ed ai limiti dell’applicazione del Principio di precauzione si è affermato che «I rischi assumono [...] una dimensione di irreversibilità. Si tratta di verificare che cosa sia il rischio accettabile, ossia quando è possibile assumere un rischio. A tal fine il termine prescelto è ormai quello della precauzione. La precauzione si distingue dalla prevenzione, in quanto per scegliere la prevenzione di fronte ad un rischio, occorre poterlo misurare: la prevenzione è possibile solo quando il rischio è misurabile e controllabile. Nella precauzione il responsabile deve controllare e misurare il rischio e nello stesso tempo deve correre il rischio che non può ancora conoscere, ma che potrebbe manifestarsi in futuro in una nuova fase di evoluzione della scienza» precisandosi che spesso l’incertezza (tecnica, metodologica ed epistemologica) che incide sui processi di governo del rischio deriva da “limiti ontologici della conoscenza umana e dalla complessità ed imprevedibilità dei fenomeni studiati», LUMETTI, *Brevi note sul principio di precauzione nei sistemi di common law e civil law*, *op. cit.*

John Locke, non solo ben oltre il “meriggio della certezza”, ma anche ben al di là del “crepuscolo delle probabilità”, nella più oscura notte dell’ignoranza e della congettura.

Poiché tuttavia, secondo la Corte, la pur minima conoscenza empirica circa il generarsi o il ripetersi di un fenomeno dannoso, impone al soggetto decisore di attuare il massimo delle precauzioni possibili (parametrandole alla ipotesi di sviluppo del fenomeno naturale al suo massimo livello di intensità)<sup>22</sup>, con la sola eccezione che vi siano evidenze scientifiche in grado di escludere tale evenienza, si potrebbe rilevare che il “principio di precauzione”, fatto uscire dalla porta, viene fatto rientrare dalla finestra<sup>23</sup>.

### 3. *La previsione dei rischi connessi ai fenomeni naturali*

A questo punto sembra opportuno valutare se i parametri valutativi in materia di “previsione del rischio” – che possiamo definire come criteri prudenziali di massimo rigore – siano utilizzabili in ogni caso e con riferimento a tutti i fenomeni naturali potenzialmente distruttivi.

Se difatti è vero che è l’incertezza scientifica a giustificare in genere l’attivazione del principio in esame, ovvero ne costituisce il presupposto indispensabile, occorre chiedersi se non vi sia un elemento di distinzione fra l’incertezza del verificarsi di un evento naturale (un sisma, una frana, un’erosione [...]) e l’incertezza degli esiti di una attività umana (una

<sup>22</sup> Occorre, in proposito, rilevare come in realtà una simile prospettiva (relativa all’«obbligo per il datore di lavoro di attuare “la prevenzione al massimo di sicurezza tecnologicamente fattibile”») sia stata già affermata da tempo con riferimento alla gestione del rischio derivante dall’utilizzo di agenti chimici nell’ambito di processi produttivi (Cass. 18 aprile 1986), ma che – come si è già avuto modo di rilevare – la gestione del rischio naturale e la gestione del rischio da attività umane (produttive) non possono coincidere in alcun modo; cfr. in proposito CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione*, op. cit., p. 219.

<sup>23</sup> Si è ritenuto in proposito che “almeno in un punto, la pronuncia di Sarno sembri fare applicazione, sebbene in maniera implicita, del principio del *maximin* – ritenuto uno dei fondamenti filosofico del principio di precauzione – secondo il quale «[...] ogni scelta da compiersi in condizioni di incertezza va valutata in base alla peggiore delle sue conseguenze possibili», così, CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, op. cit., p. 142; secondo questo stesso commentatore «il modello decisionario formulato pare davvero troppo distante dalla concezione ortodossa della colpa o comunque da una nozione ancora dotata di legittimazione» sul piano degli *standard* garantistici”, *Id.*, p. 145; il modello *maximin* (John von Neumann, 1928) costituisce la base teorica del principio di precauzione in quanto si tratta di un metodo elaborato nell’ambito della teoria delle decisioni al fine di minimizzare la massima perdita possibile.

manipolazione genetica, l'utilizzo di una nuova molecola, un flusso elettromagnetico, la somministrazione di un vaccino [...]).

Nel primo caso l'incertezza sembra infatti appuntarsi piuttosto sugli aspetti fattuali del fenomeno (se, come, quando, con quale intensità, il fenomeno naturale si verificherà) e non sulla spiegazione scientifica o sul nesso eziologico fra eventuale fenomeno ed evento dannoso, realizzandosi, dunque, in questo caso una *incertezza fattuale*, mentre nel secondo caso l'incertezza cade proprio su tali aspetti, venendo a costituire una effettiva incertezza sulla esistenza stessa della potenziale pericolosità di una condotta, nonché sulla esistenza di un nesso causale fra tale condotta e l'evento dannoso ipotizzato, realizzandosi dunque in questo caso una vera e propria *incertezza nomologica*<sup>24</sup>.

Difatti, come nel caso di un'alluvione o di una frana, anche nel caso del terremoto, ci troviamo di fronte ad un evento naturale calamitoso del quale non è possibile “*conoscere preventivamente lo sviluppo*” in termini di certezza, e tuttavia con specifico riferimento al fenomeno sismico non può certamente dirsi che vi sia una totale *manca di leggi scientifiche che consentano di conoscerne preventivamente lo sviluppo*, in quanto in base ai modelli statistici condivisi si è elaborata una “carta della pericolosità sismica” del territorio italiano che costituisce norma cogente all'interno del nostro ordinamento<sup>25</sup> e che consente di valutare l'occorrenza dei fenomeni sismici nel tempo.

Tuttavia, per quanto la elaborazione di “modelli” sempre più raffinati e complessi, fondati su un numero sempre maggiore di dati empirici (OEF), possa incrementare nel tempo l'efficienza del sistema di previsione a medio e lungo termine, non può allo stato ritenersi la predicibilità, ovvero la “previsione deterministica”, del singolo fenomeno sismico, ovvero quando, in che luogo e con quale intensità un terremoto avrà a verificarsi.

Se tale incerta condizione delle conoscenze sismologiche attuali (una incertezza di natura sostanzialmente *fattuale*) fosse sufficiente a determinare l'utilizzazione del “principio di precauzione”, sia pure nella sua modulazione giurisprudenziale di applicazione della “massima cautela”, si dovrebbe in ogni caso operare una valutazione del “rischio sismico” (rischio imminente sul nostro territorio) e della occorrenza dei fenomeni sismici, esclusivamente «*valutando se possa essere esclusa la possibilità che questi eventi possano avere*

<sup>24</sup> Si veda, sul punto, ancora CASTRONOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, op. cit., p. 27 ss.

<sup>25</sup> Si tratta della *Mappa di Pericolosità Sismica*, lavoro di sintesi di lavori scientifici e di cataloghi storici confluito in un prodotto condiviso della comunità scientifica nazionale ed internazionale e quindi inserito nella normativa italiana.

*dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche» di quelli osservati nel passato, e si dovrebbero dunque operare scelte fondate, non sulla ricognizione ed elaborazione razionale dei dati storico-statistici raccolti negli anni<sup>26</sup>, ma sulla astratta possibilità dello scatenarsi improvviso in ogni momento ed in ogni luogo di un sisma di intensità catastrofica, avente «dimensioni e caratteristiche più gravi» di quelle osservate in passato e riportate all'interno del “catalogo sismico”<sup>27</sup> non “tenendo conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi».*

Si legge, difatti, in taluni indirizzi giurisprudenziali ed in particolare nella sentenza in esame (sia pure nell'ambito della formulazione di un esempio relativo ai parametri di valutazione del “giudizio di prevedibilità” di un evento calamitoso) che *«se è noto che un territorio ha caratteristiche di elevato rischio sismico non è sufficiente, nella valutazione della prevedibilità di eventi dannosi, riferirsi ai terremoti verificatisi in passato, ma occorre fare riferimento alla possibilità che se ne verificano di più devastanti. Le costruzioni dovranno quindi rispondere a questo più elevato grado di sicurezza»<sup>28</sup>.*

A ben vedere, lungi dall'affermarsi un criterio di valutazione della prevedibilità in concreto dell'evento, sembrerebbe assistersi ad una irrazionale applicazione del “principio di precauzione” alla gestione del rischio sismico, la quale imporrebbe una adeguata estensione della normativa antisismica.

Ora, se è pur vero che la regola ipotizzata dalla Corte sembrerebbe fare esclusivo riferimento alla elaborazione di tale normativa, utilizzando il parametro della “massima cautela” in una chiave esclusivamente *de jure condendo*, tale esemplificazione non può non destare qualche perplessità.

Ciò perché in realtà viene formulato un richiamo espresso alla “valutazione della prevedibilità” affermandosi esplicitamente che *“non è sufficiente, nella valutazione della prevedibilità di eventi dannosi, riferirsi ai terremoti verificatisi in passato”* dovendosi invece, evidentemente ai fini della individuazione e predisposizione dei necessari rimedi operativi, *“fare riferimento alla possibilità che se ne verificano di più devastanti”*.

Se, tuttavia, ad avviso della Corte questo deve essere il parametro della doverosità che deve ispirare le condotte dei soggetti decisori nell'ambito della gestione del rischio attinente i fenomeni naturali (e quello sismico in particolare), ne consegue che, in una simile ottica, il titolare della posizione di

<sup>26</sup> Si tratta del *Catalogo Storico* denominato CPTI11 *catalogo* (Gruppo di lavoro CPTI, 2011) prodotto da INGV (Istituto Nazionale di Geologia e Vulcanologia).

<sup>27</sup> Si tratta del *Catalogo delle fonti sismogenetiche italiane* pubblicato da INGV (DISS Working Group, 2010, *Database of Individual Seismogenetic Sources, Version 3.1.1: A compilation of potential sources for earthquakes larger than M 5.5 in Italy and surrounding areas*).

<sup>28</sup> Cass. Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, p. 91.



garanzia (stante la assoluta immanenza del rischio sismico così inteso) debba conseguentemente disporre la immediata evacuazione di tutte le abitazioni e gli edifici pubblici non a norma, e la promulgazione indiscriminata di uno stato di allarme in tutte le zone esposte al rischio sismico: uno scenario tanto spaventoso e disastroso quanto di fatto irrealizzabile.

Se così fosse, non si potrebbe più comprendere quale utilizzazione fare dei “cataloghi storici” e dei successivi e più completi “cataloghi strumentali”, e di ogni altro strumento volto alla determinazione della prevedibilità probabilistica su base statistica dell’attività sismica. Se è infatti vero che i criteri relativi alla corretta individuazione di leggi di copertura scientifica o probabilistica, servono solo ad accertare la sussistenza dei “nessi causali” (in quanto “*regola di giudizio*”) ma non a definire l’accertamento della colpa (in quanto “*regola deontica*”), non si vede come tali studi (epistemologicamente avanzati) potranno essere utili in futuro ad un ulteriore scrutinio delle condotte dei soggetti decisori nell’ambito della gestione del rischio sismico, dato che certamente, in caso di evento sismico distruttivo, nessuno avrà bisogno di accertare la sussistenza del nesso causale fra l’occorrenza del sisma ed i conseguenti eventi mortali.

E, tuttavia, proprio una simile irrazionale ipotetica applicazione del principio induce ad avvalorare il condivisibile assunto secondo il quale «*il principio di precauzione non pare [...] poter operare come parametro di colpa generica, poiché ostacola l’identificazione della regola cautelare doverosa al momento della condotta e non farebbe che esaltare la tendenza a dilatare la richiesta di diligenza in direzione di adempimenti sempre più lontani dall’evento*” cosicché il principio pur risultando “buono per costruire e (a determinate condizioni di plausibilità/ragionevolezza) a legittimare fattispecie di pericolo (astratto), è criterio del tutto inutilizzabile nell’ascrizione di fatti tipici colposi d’evento”<sup>29</sup>.

È vero, per altro verso, che secondo la decisione citata, sebbene «*il giudizio sulla colpa non va ancorato all’elevata credibilità razionale (in buona sostanza ad un elevato grado di probabilità) che quell’evento si produca*», tuttavia lo stesso giudizio di prevedibilità deve sempre essere ancorato ad una “*concreta possibilità che ciò avvenga*”, con ciò operandosi un opportuno richiamo alla natura non astratta della previsione, ed alla rimproverabilità solo di quelle condotte che non siano state adeguate alla prevedibilità in

<sup>29</sup> PERINI, *Il concetto di Rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 561, dove inoltre si chiarisce come si debba ovviamente «valutare separatamente il versante della colpa specifica, e in particolare il caso in cui la condotta concreta violi la regola di condotta (sostanzialmente pre-cautelare) dettata dal legislatore nell’ambito di una complessiva gestione, appunto, precauzionale del potenziale d’offesa inerente ad una determinata attività».

concreto del fenomeno naturale in esame e dell'evento conseguente<sup>30</sup>.

Ed è altrettanto vero che secondo lo stesso Giudice la “gestione del rischio” dovrebbe essere svolta in particolare «*valutando altresì se possa essere esclusa la possibilità che questi eventi possano avere dimensioni e caratteristiche più gravi*», con ciò ancora una volta ridimensionando in apparenza l'idea di una indiscriminata applicazione della massima precauzione.

Tuttavia, tali principi, se applicati alle fattispecie aventi ad oggetto il rischio sismico, non condurrebbero ad esiti convincenti, in quanto ad esempio, allo stato delle conoscenze sismologiche attuali, nessuno scienziato potrebbe in coscienza “escludere la *possibilità*” (si badi bene, non la “probabilità”) che un evento sismico possa avere “dimensioni e caratteristiche più gravi” di quelle osservate in passato, con la conseguenza che il “principio di precauzione” (o “di “massima cautela”) dovrebbe imporre sempre ed in ogni caso la soluzione più radicale sull'intero territorio nazionale<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Occorre, in proposito, rilevare come, facendosi espresso riferimento alla fattispecie concreta presa in esame dai giudici di legittimità, la concreta prevedibilità di un evento di dimensioni catastrofiche, quale quello verificatosi a Sarno, proprio in quanto prodotto da fenomeni geologici che la scienza non aveva ancora né compreso né studiato (come peraltro rilevato dagli stessi giudici), avrebbe dovuto essere correttamente esclusa.

<sup>31</sup> Il principio di “massima cautela” indicato dalla Corte introduce all'interno del sistema una fonte di disagio: a) se è buio pesto (se cioè, fuor di metafora, non ho conoscenze scientifiche che mi illuminino) preferisco non camminare perché il procedere al buio potrebbe essere pericoloso; b) se c'è un barlume di luce che mi consente di percepire appena la presenza di un ostacolo (se cioè sono dotato di conoscenze scientifiche appena sufficienti per evitare il pericolo), mi si aprono molteplici alternative, tutte nel segno della complessità: resto comunque fermo, faccio un salto per superare l'ostacolo, lo aggiro, lo abbatto (...) Ma, soprattutto, come faccio a sapere quale è il livello minimo di illuminazione (ovvero, di conoscenza scientifica) che mi consente (o mi impone) di commisurare la mia condotta alla effettiva consistenza dell'ostacolo? Con l'introduzione del principio di “massima cautela”, come è stato efficacemente rilevato «si finirebbe, infatti, per scaricare sui singoli cittadini situazioni di incertezza di elevata complessità e per gravarli di regole di diligenza con carattere anticipatorio della futura evoluzione scientifica», VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, cit.; sul punto, vedi anche DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in «CP», 2003, p. 121, il quale mette in guardia dai «rischi di follie storiche (che si annidano) dietro la pseudo-razionalizzazione della paura del rischio» invitando a «non criminalizzare un comportamento sulla base della non conoscenza della sua pericolosità o della sua efficacia eziologica».

#### 4. La “concretezza” del rischio

Appare quindi evidente, in base a tali ovvie considerazioni, come l'applicazione del “principio di precauzione” debba sicuramente trovare i necessari temperamenti, nell'ambito di un corretto bilanciamento di valori<sup>32</sup>, tenendo conto sia della natura dei singoli fenomeni calamitosi, che dei limiti insuperabili delle risorse e delle conoscenze umane; il che deve necessariamente limitarne il ricorso sotto il profilo operativo e, di conseguenza, sotto il profilo giudiziario a specifici settori di “gestione del rischio” ed a limitati ambiti di competenza.

Risulta peraltro di tutta evidenza che l'osservazione empirica di una frana, di una precipitazione, della tenuta di una diga o di un argine costituisca sotto il profilo tecnico-scientifico, un problema di tipo completamente diverso dalla previsione di un terremoto o dell'evolversi di uno sciame sismico. Non può infatti sfuggire come in tutti questi casi si conoscano con una maggiore approssimazione, non solo tutte le leggi fisiche meccaniche e geologiche che determinano quei fenomeni mentre nel caso dell'attività sismica sfuggono tuttora i parametri di una corretta ricostruzione qualitativa e quantitativa del fenomeno, mancando tuttora la individuazione di precursori attendibili che possano fornire lo strumento utile alla elaborazione di previsioni di breve termine<sup>33</sup>.

Occorre pertanto fare tesoro di quella ulteriore considerazione fatta propria dai giudici di legittimità, secondo la quale «*il principio di precauzione prescinde dalla concretezza del rischio*» (proprio in quanto l'adozione della relativa precauzione è giustificata da una effettiva mancanza di conoscenza circa l'occorrenza dei fenomeni), dovrebbe infatti irragionevolmente addebitarsi al soggetto decisore ogni scelta operata nell'ambito della gestione del rischio (idrogeologico o sismico che sia) che non fosse calibrata sulla astratta “possibilità” che un fenomeno (idrogeologico o sismico) si verifichi con il massimo degli effetti distruttivi immaginabili.

Al contrario, ogni giudizio sulla colpa deve restare inevitabilmente ancorato alla *prevedibilità “in concreto” dell'evento naturale*, fermo restando che in tale giudizio, da formularsi *ex ante* e secondo criteri di massimo rigore ricostruttivo e valutativo, debbano convergere tutte le evidenze tecnico-

---

<sup>32</sup> Si fa di solito riferimento in materia al principio di “proporzionalità” che deve ispirare una corretta applicazione del principio limitandone secondo alcuni la operatività ai soli casi in cui vi sia una “concreta minaccia di danni gravi e irreparabili”.

<sup>33</sup> Si vedano, in proposito, le conclusioni rassegnate dalla Commissione Internazionale nominata dalla Protezione Civile all'indomani del sisma de L'Aquila dell'aprile 2009.

scientifiche, esperienziali del caso, senza che ai fini della imputazione dell'evento si giunga alla elaborazione di criteri inadeguati ed ipertrofici sotto un profilo concettuale.

Se così non fosse, come è stato esattamente rilevato, «*dovendo l'agente uniformarsi a prescindere dalla specifica prevedibilità di un evento tipico non ancora spiegato dalla scienza, si sarebbe giunti ad affermare l'autonomia della norma cautelare, in quanto non condizionabile dalla presenza di leggi scientifiche; con la conseguenza che sarebbe diventato sufficiente accertare la mera rappresentabilità in capo all'agente di un evento generico di danno alla vita o alla salute per potergli ascrivere il fatto*»<sup>34</sup>.

##### 5. Principio di precauzione e concreta rappresentabilità dell'evento

Appare infatti piuttosto evidente che il “principio di precauzione” debba operare elettivamente laddove vi sia una effettiva mancanza di «certezza scientifica sulla portata dei potenziali effetti negativi di una determinata attività»<sup>35</sup>, in questi casi infatti l'agente non deve raffigurarsi l'esistenza di un “rischio concreto”, elaborato in base a conoscenze empiriche o tecnico-scientifiche circa la possibile occorrenza di un danno, ma deve aver presente la sola impossibilità di affermare la insussistenza di un simile rischio<sup>36</sup>. È per questa ragione che il “principio di precauzione” ha iniziato ad operare proprio nell'ambito dei divieti, vietando cioè quei comportamenti dei quali l'agente, pur sospettando la pericolosità dell'utilizzo di uno specifico fattore, non è in grado di conoscerne in concreto le conseguenze ed i futuri eventuali sviluppi dannosi.

In genere, in ogni altro caso nel quale si tratti di assumere una decisione positiva nell'incertezza che un fatto dannoso si verifichi, e l'incertezza sia dovuta, non ad una mancata conoscenza scientifica di un fenomeno

<sup>34</sup> VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, op. cit.

<sup>35</sup> LUMETTI, *Brevi note sul principio di precauzione nei sistemi di common law e civil law*, op. cit.

<sup>36</sup> Si considerino, in proposito, le situazioni tipo nelle quali il soggetto decisore, non sapendo se gli OGM sono nocivi alla salute, ed in assenza di qualsivoglia evidenza scientifica al riguardo, ed in mancanza dunque ogni concretezza del rischio, in base al solo fondato “sospetto” di un danno futuro, ne sconsigli o ne vieti l'assunzione; ovvero non sapendo in che misura le emissioni di onde elettromagnetiche possano danneggiare la salute dei soggetti esposti, ne regoli o vieti del tutto la diffusione.

naturale, bensì ad una attestata variabilità del fenomeno medesimo, non può imporsi lo stesso principio, se non giungendo alle estremizzazioni sopra ipotizzate, dovendosi al contrario in questi casi operare la scelta in base all'esperienza maturata nello specifico settore ed alle conoscenze storico-statistiche del caso.

Ed è proprio sulla base di questa più ragionevole interpretazione del principio che, pur non potendosi escludere la "possibilità" che un meteorite colpisca le nostre case, di fatto nessuna legge, tenuto conto dei dati storico-statistici raccolti ed elaborati, impone la costruzione di abitazioni resistenti a simili impatti e nessun soggetto decisore potrebbe imporre alla popolazione di vivere nelle cantine o in rifugi sotterranei.

D'altronde la stessa affermazione contenuta nella decisione in esame, secondo la quale in ogni caso, nell'ambito della "previsione" dell'evolvere di eventi calamitosi, occorre poter «*escludere la possibilità che questi eventi possano avere dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche*» di quelli osservati nel passato, adeguando così la propria attività di prevenzione all'evenienza di fenomeni ben più gravi di quelli osservati in passato, non discende a ben vedere dalla applicazione del "principio di precauzione", bensì da una utilizzazione razionale operata sulla base della osservazione empirica dei fenomeni simili, secondo uno degli ordinari paradigmi della valutazione del rischio ( $R = P \times V \times E$ ), la quale deve imporre al soggetto decisore una analisi del contesto improntata al massimo della prudenza, ma sulla base del patrimonio di conoscenze disponibili (tecniche, scientifiche, statistiche, empiriche ed esperienziali).

Ne discende ancora una volta come in effetti «*la regola di condotta supportata dalla precauzione difficilmente consente [...] di caratterizzare in chiave tipologica l'evento che mira ad impedire; né fornisce un parametro tassativo al quale commisurare la tipicità dell'evento colposo. Sicché, per tale fase dell'accertamento, l'eventuale impiego del principio di precauzione non farebbe altro che determinare una dilatazione della misura oggettiva della colpa, finendo per ricomprendere nell'oggetto dell'imputazione anche eventi solo genericamente riconducibili al menzionato indirizzo di tutela*»<sup>37</sup>.

Come si è opportunamente segnalato, deve essere scongiurata la possibilità di un uso indiscriminato del principio in esame al fine di evitare «un uso strumentale di tale "formula magica", ossia quale "feticcio" da invocare, al di fuori del contesto suo proprio, per giustificare decisioni politiche (o giudiziarie) che più nulla hanno a che fare con un criterio di

<sup>37</sup> PERINI, *Il concetto di Rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 573.

gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica e nomologica»<sup>38</sup>

## 6. Conclusioni

I principi precauzionali individuati nell’ambito di procedimenti penali aventi ad oggetto condotte umane inerenti la gestione di ordinari processi produttivi non si adattano in alcun modo alla valutazione ed alla gestione dei rischi derivanti da fenomeni naturali i quali, per la loro specificità, devono essere oggetto di una diversa considerazione<sup>39</sup>.

Il principio secondo il quale la sussistenza della «concreta possibilità» del verificarsi di un evento naturale calamitoso deve essere sempre valutata «utilizzando anche le leggi scientifiche pertinenti» o, in mancanza di queste, ipotizzando la occorrenza di fenomeni naturali di entità superiore a quella conosciuta su base statistica-storico-esprienziale salvo che, in base a tutti i parametri nomologici ed a tutte le evidenze disponibili, non sia possibile escludere del tutto tale evenienza, non sembra potersi utilmente applicare alla valutazione del rischio sismico.

Sebbene, tale regola non debba essere confusa, secondo la Corte, con quella relativa al “*principio di precauzione*”, in quanto tale principio esclude del tutto la “*concretezza del rischio*”, la regola di condotta che imporrebbe al soggetto decisore l’adozione di “*massime cautele*” ogni volta non sia in grado di escludere, in base alle evidenze tecnico-scientifiche disponibili, l’occorrenza di un fenomeno di più vaste proporzioni ed intensità rispetto quelli osservati in passato, se applicata in maniera indiscriminata, finirebbe

<sup>38</sup> CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, cit., p. 32.

<sup>39</sup> Sembra opportuno rilevare come la Corte, nell’ambito del successivo giudizio di legittimità relativo ai fatti di Sarno, celebrato a seguito dell’annullamento con rinvio ad altra corte territoriale, abbia riaffrontato in questi termini la questione della “prevedibilità” del fenomeno naturale in atto: «Invero la Corte territoriale ha chiaramente specificato l’orario in cui l’evoluzione catastrofica del fenomeno in atto era prevedibile da parte del sindaco e quali fossero gli elementi indicatori di tale prevedibilità. Analogamente, ha preso in considerazione l’aspetto relativo alla coincidenza dei percorsi seguiti dalle colate di fango rispetto agli accadimenti pregressi ed alla possibilità di individuazione delle zone a rischio da evacuare. L’accertamento viene ancora una volta effettuato correttamente, evidenziando come le zone a rischio avrebbero dovuto essere individuate tra quelle interessate dalle prime colate di fango, poiché i luoghi colpiti dalle successive colate più distruttive erano proprio quelli che, nel primo pomeriggio, avevano visto invase dal fango strade e zone limitrofe, che i giudici puntualmente individuano» (Cass. Sez. III, 26 marzo 2013, n. 19507).

di fatto con l'imporre al soggetto decisore un identico criterio di scelta (che finisce con il far coincidere la *cautela* con la *pre-cauzione*).

Le intrinseche caratteristiche del "principio di precauzione" (la esclusione della concretezza del rischio), entrando in collisione con la tipicità della colpa, con la prevedibilità dell'evento e con il principio di colpevolezza, ne dovrebbero impedire in ogni caso una utilizzazione quale criterio di accertamento della antidoverosità delle condotte<sup>40</sup>, potendo tale principio fornire esclusivamente un modello per la legislazione in materia di "gestione del rischio"<sup>41</sup>, in quanto lo stesso può essere più utilmente "impiegato quale *ratio* ispiratrice e criterio di individuazione di regole di condotta che, in prospettiva, penalistica, hanno natura non cautelare, ma pre-cautelare"<sup>42</sup>.

Tuttavia, anche in tale chiave, il principio pone alcuni seri interrogativi

<sup>40</sup> PERINI, *Il concetto di Rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 559, dove si sottolinea come la "incertezza scientifica" costituisca lo «sfondo [...] paradigmatico dell'operatività del principio di precauzione» il quale «male si coordina con i requisiti di struttura del giudizio di prevedibilità dell'evento, funzionale all'individuazione della regola cautelare doverosa e alla verifica di tipicità della condotta concreta».

<sup>41</sup> In tal senso anche C. BRUSCO, *Rischio e Pericolo, rischio consentito e principi di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, *Criminalia* 2012, p. 383 ss.; Cfr. *Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" – Parte generale* (12 settembre 2000), p. 589, ove si afferma che «di fronte a fenomeni che non si prestino ad essere ricondotti a un modello verificabile di causalità, strumenti di tutela adeguati vadano ricercati sul terreno della parte speciale: si pensi, in proposito, alla possibile introduzione di specifici e sufficientemente tipizzati "delitti di rischio"».

<sup>42</sup> PERINI, *Il concetto di Rischio nel diritto penale moderno*, cit., p. 561; il principio si è attestato in ambito internazionale su basi meramente "programmatiche" e poi in Europa in chiave "autorizzativa" in vista della adozione da parte degli stati membri di norme di impianto "precauzionale" ai fini della "prevenzione e minimizzazione dei rischi", nonché ancora in una prospettiva *ex post*, fornendo un possibile "parametro di legittimità" alla luce del quale la Corte di Giustizia potrà valutare la conformità delle iniziative dei singoli stati membri (una simile utilizzazione del principio si è avuta nel caso della "mucca pazza" ed al relativo divieto di esportazione di carni dalla Gran Bretagna, cfr. LUMETTI, cit.; in Italia la Corte costituzionale si è occupata del problema in relazione ai limiti che il "principio di precauzione", posto a tutela della salute dei cittadini, può determinare nell'esercizio dei diritti d'impresa (e dunque con riferimento agli artt. 32 e 43), affermando che «l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e di precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di "indirizzi fondati sulla verifica dello stato di conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, e dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici» (sentenza n. 282 del 2002), C. cost., sent. 17 marzo 2006, n. 116; dove ancora non è dato comprendere quale sia il "livello" minimo di conoscenza scientifica che consente (o impone) l'attivazione dello strumento precauzionale.

che ne dovrebbero sconsigliare una utilizzazione in campo penale<sup>43</sup>, e dovrebbero escludere una sua utilizzazione ai fini della individuazione della colpa generica con specifico riferimento alla gestione dei rischi derivanti da fenomeni naturali ed in particolare da quei fenomeni (come quello sismico) in relazione ai quali i quali non si sono ancora individuati affidabili *precursori* che ne possano determinare la previsione a breve o medio termine.

---

<sup>43</sup> Sembra utile riportare il commento fulminante formulato da W. HASSEMER con riferimento al diritto penale della sicurezza: “Il diritto penale della sicurezza è un automobilista che guida in autostrada contromano” (citato da E. CORN, nel *Il Principio di precauzione nel diritto penale*, cit., XIV).





Lorenzo Picotti\*

*Profili di responsabilità penale per la circolazione  
di veicoli a guida autonoma*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il ricordo di viaggi di altri tempi – 2. Il perimetro garantista dell'eventuale responsabilità penale – 3. Ricognizione delle fonti extrapenali vigenti nel nostro ordinamento e le correlate distinzioni classificatorie – 4. Ricadute sugli aspetti specificamente penalistici: interazione fra veicoli a guida automatica e soggetti coinvolti nella formazione, esecuzione e controllo dei “comportamenti di guida” – 5. Considerazioni finali e prospettive *de jure condendo*.

*1. Introduzione: il ricordo di viaggi di altri tempi*

Per rendere omaggio al Collega ed Amico che onoriamo con questi scritti, scelgo un tema che mi rimanda, per spiritoso “contrappasso”, agli anni in cui ci conoscemmo e frequentammo con la quotidiana abitudine del comune e serio impegno di studio e di ricerca nel mitico *Max-Planck-Institut* di Freiburg. Nonostante la differenza di età, che allora mi sembrava importante (mentre oggi si attenua, per il cumularsi eguale degli anni...) e soprattutto di percorso accademico e scientifico, in quanto ero solo un giovane borsista precario di fronte ad un assistente del prof. Vassalli, che peraltro mi dava fiducia, per la spontanea simpatia che ci avvicinò, ci univano i settimanali incontri calcistici “internazionali”, con tanti frequentanti dell'istituto – tedeschi o del “resto del mondo”, stabili od occasionali, abili o principianti – che culminavano negli appassionati scontri fra “criminologi” e “penalisti”, nella cui selezione eravamo entrambi inclusi, e spesso vincitori. Ne nacque un legame duraturo, che si esprimeva anche in tanti bei momenti di tempo libero, a partire dalle celebri *Wanderungen* in Foresta nera o nei dirimpettaï Vosgi, organizzate se non direttamente dal Prof. Jescheck nelle occasioni ufficiali, dalla cara Frau Bosch, che dedicava particolare cura alla salute fisica e spirituale soprattutto dei giovani ricercatori italiani. Ed abbiamo perciò condiviso anche lunghi viaggi in auto, nei pur rari rientri in

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Verona.

Italia. Quando ci è toccato farlo con quella molto piccola e troppo vissuta di Antonio, stretti per lunghe ore fra bagagli, raccoglitori di fotocopie, la sua inseparabile e famosa (anche per un'ironica filastrocca canora che circolava fra gli italiani in istituto) "cartella", contenente il prezioso manoscritto della sua monografia sempre da ultimare, perfezionare, limare, ingrossato quotidianamente dai fisici "taglia ed incolla" con cui allora ci si cimentava, non mi posso dimenticare le preoccupazioni ed insieme l'allegria che ci suscitavano i vari brontolii del motore, le incertezze del cambio, le vibrazioni dello sterzo, che specie negli impegnativi tornanti del passo del Gottardo si sovrapponevano alle nostre instancabili narrazioni e discussioni.

Mai si sarebbe allora pensato ad una circolazione di veicoli a guida autonoma o tantomeno – come oggi suggestivamente si dice – "senza conducente"!

Ma questa frattura tangibile del lungo tempo trascorso è attenuata dalla constatazione che l'esperienza condivisa di studiosi del diritto penale, ci porta sempre ed ancora ad affrontare le nuove questioni suscitate dall'incessante e travolgente sviluppo economico, tecnologico e sociale, con le vecchie e care categorie della teoria generale del reato, al cui studio ci siamo fin da allora così intensamente dedicati, sulla scia dei nostri esimi Maestri. Ed il tema della circolazione di veicoli "senza conducente" stimola senz'altro queste nuove riflessioni, che si proiettano nel futuro che ancora ci attende, muovendo però sempre dai principi fondamentali del nostro diritto penale.

Si tratta di un argomento di necessaria dimensione interdisciplinare, che coinvolge i cultori di altri rami dell'ordinamento giuridico, oltre che gli operatori dell'industria e dell'amministrazione, che già hanno avuto modo di sviluppare esperienze e proporre indicazioni e soluzioni, seppur provvisorie, in materia.

Ma proprio per questo appare opportuno muovere in questa sede dalla preliminare delimitazione degli *specifici* presupposti e limiti che caratterizzano invece la responsabilità penale, in ossequio ad inderogabili e sovraordinati principi garantistici (par. 2), che devono essere fermamente salvaguardati, pur a fronte delle pressanti nuove esigenze di difesa sociale e di efficace tutela di beni giuridici anche primari, quali la vita e l'incolumità personale, che vengono in gioco in questo settore.

A tale premessa, seguirà una sintetica ricognizione delle specifiche fonti extrapenali già vigenti nel nostro ordinamento, che delineano una provvisoria o, meglio, solo "sperimentale" disciplina della materia, da cui si evincono però già importanti distinzioni e regole, aventi un diretto collegamento con le indicazioni, raccomandazioni, parziali regolamentazioni di rango

sovranazionale, tuttora in corso di evoluzione (par. 3).

Da tali concreti dati normativi, si potranno delineare le più significative ricadute sull'ipotizzabilità ed i limiti delle possibili responsabilità penali, evidenziando come vengano coinvolte in questa analisi alcune categorie centrali della teoria generale del reato, quali la causalità e la colpevolezza (par. 4), rispetto a cui non sembra possano bastare soluzioni di mero adeguamento ermeneutico, essendo piuttosto necessari – per le richiamate esigenze garantistiche – interventi di natura anche legislativa, da armonizzare a livello europeo ed internazionale (par. 5).

## *2. Il perimetro garantista dell'eventuale responsabilità penale*

Rispetto all'approccio degli studiosi di altri rami dell'ordinamento giuridico, ed in specie di quelli che si sono occupati della responsabilità civile, va ribadita la specificità delle regole e dei criteri che presiedono all'attribuzione di responsabilità penale, in quanto espressione di norme e principi di rango sovraordinato, rispetto alla stessa legge ordinaria.

La questione di fondo è che i pericoli di offesa a beni giuridici anche primari, quali la vita e l'incolumità personale, nascono nel campo in esame da una più o meno lunga e complessa catena "tecnica" progressivamente dominata dalla c.d. intelligenza artificiale, che si interpone fra l'azione o l'intervento di uno o più agenti umani ed il "comportamento" finale del veicolo autonomo (od automatizzato), che può cagionare materialmente l'offesa. Per cui, di fronte all'ipotizzabile esercizio del potere punitivo, che può essere indispensabile per garantire un'adeguata tutela di detti beni, in conformità a quanto già avviene nella comune circolazione stradale, occorrerà verificare quali limiti incontri, per non porsi in conflitto con la salvaguardia delle garanzie fondamentali della persona, a partire dal principio di stretta legalità che deve presiedere alla tipizzazione del fatto di reato (*nullum crimen nulla poena sine lege*), sancito dall'art. 25 co. 2 Cost. e proclamato a livello convenzionale dall'art. 7 CEDU oltre che, in ambito euro-unitario, dall'art.49 CDFUE. Esso non delimita infatti solo il rango della fonte, necessariamente primaria e democraticamente legittimata, da cui devono discendere i presupposti (in particolare la definizione degli elementi essenziali del reato) ed i contenuti della sanzione penale, ma anche la tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici, che devono essere determinate e precise (in ossequio al c.d. principio di tassatività), con

correlato divieto sia di estensione analogica, quantomeno se avente effetti *in malam partem*, sia di integrazione mediante rinvio a fonti *sub*-primarie dirette a definire gli elementi *essenziali* del reato, che potrebbero invece operare per limitati aspetti, richiedenti una necessaria *specificazione tecnica* di dettaglio, verosimilmente indispensabile nel campo in esame, per la natura stessa della materia da regolare, insuscettibile di essere compiutamente disciplinata da fonti esclusivamente generali ed astratte, quali quelle strettamente legislative.

In secondo luogo, va salvaguardato il principio di colpevolezza, vale a dire d'imputazione e rimprovero "personali" all'autore o partecipe del fatto costitutivo di reato, che discende dall'art. 27, commi 1 e 3, Cost., quale sancito solennemente dalla nostra Corte costituzionale nella storica sentenza 364/1988 ed ormai patrimonio anche della giurisprudenza europea, sulla base di una lettura evolutiva dell'art. 7 CEDU, che lo riconduce all'ambito dei diritti fondamentali della persona, garantiti anche dall'Unione europea sulla base delle tradizioni costituzionali comuni, oltre che *ex art.* 52 CDFUE.

Ne consegue l'inammissibilità di qualsiasi forma di responsabilità oggettiva, seppur solo sussidiaria o solidale (che può invece essere riconosciuta efficacemente in ambito civilistico ed amministrativo, ad es. in capo a costruttori o produttori) e tantomeno di presunzioni di responsabilità, che sarebbero in contrasto anche con la presunzione di innocenza, sancita dall'art. 6, par. 2, CEDU e, nella stessa formulazione, dall'art. 48 CDFUE, alla cui luce è da leggere, come avente la medesima portata, la presunzione di non colpevolezza "sino alla condanna definitiva" di cui all'art. 27, comma 2, Cost.

A tali principi garantistici deve quindi soggiacere sempre l'imputazione ad un soggetto umano di qualsivoglia offesa riconducibile ad una fattispecie di reato, che deve essere "tipica", "personale" e "colpevole", anche se configurabile quale responsabilità per omesso impedimento dell'evento, *ex art.* 40 capoverso c.p., ovvero per concorso di cause colpose indipendenti, *ex artt.* 41 c.p., ovvero a seguito di cooperazione nel delitto colposo, *ex art.* 113 c.p., od ancora, *a fortiori*, per concorso (necessariamente doloso) di persone nel reato, *ex art.* 110 c.p.

Poste tali premesse generali, si deve passare ora ad una seppur rapida ricognizione delle fonti extrapenalistiche che nel nostro ordinamento regolano oggi la materia della guida autonoma od automatizzata – essendo prematuro, come detto, parlare di guida "senza conducente" in senso stretto – per evidenziarne le possibili ricadute sul piano dell'eventuale responsabilità penale per fatti che offendano o mettano in pericolo i menzionati beni giuridici meritevoli di tutela.

### 3. *Ricognizione delle fonti extrapenali vigenti nel nostro ordinamento e correlate distinzioni classificatorie*

Allo stato attuale la materia trova in Italia una regolamentazione “sperimentale”, costituita da fonti *sub*-legislative<sup>1</sup> ed, in specie, dal D.M. 28 febbraio 2018 che ha dato seguito (invero con notevole ritardo) al “Piano di azione nazionale sui Sistemi intelligenti di trasporto – ITS”, adottato con decreto del medesimo Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in data 12 febbraio 2014, n. 44, in attuazione della Direttiva 2010/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010<sup>2</sup>.

In particolare, sono di grande interesse le definizioni, aventi valore classificatorio, di cui all’art. 1 D.M. 28 febbraio 2018, che – discostandosi in parte dagli schemi diffusi a livello internazionale dalla SAE International (*Society of Automotive Engineers*)<sup>3</sup> – definisce alla lettera *f*) come «veicolo

<sup>1</sup> Invero, come si legge nelle prolisse premesse del decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 28 febbraio 2018, in «GU» 18 aprile 2018, n. 90, vi è una base giuridica primaria, ma del tutto generica, costituita dall’art 1, comma 72, legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), che *autorizza «la sperimentazione su strada delle soluzioni di Smart Road e di guida connessa e automatica»*, prevedendo che con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell’interno, siano definiti “*le modalità attuative e gli strumenti operativi della sperimentazione*”, senza che sia data però alcuna direttiva concreta al riguardo, ricavabile invece in gran parte dalle fonti sovranazionali di cui si dirà.

<sup>2</sup> Obiettivo della Direttiva – come si legge nelle premesse del menzionato Piano di azione nazionale – è di «*istituire un quadro a sostegno della diffusione e dell’utilizzo di sistemi di trasporto intelligenti [ITS] coordinati e coerenti nell’Unione, in particolare attraverso le frontiere tra gli Stati membri, stabilendo le condizioni generali necessarie a tale scopo*». La Direttiva concretizza così le azioni previste dall’*ITS Action Plan* europeo formulato fin dal 2008 dalla Commissione, inserendole nelle agende politiche degli Stati Membri ed individuando i seguenti quattro settori prioritari: l’uso ottimale dei dati relativi alle strade, al traffico e alla mobilità; la continuità dei servizi ITS di gestione del traffico e del trasporto merci; le applicazioni ITS per la sicurezza stradale e per la sicurezza del trasporto; il collegamento tra i veicoli e l’infrastruttura di trasporto

<sup>3</sup> Si tratta di un’associazione con oltre 100 mila ingegneri impegnati nel settore dei trasporti, che opera quale ente di normazione nel campo dell’industria automobilistica. Ha fra l’altro pubblicato lo standard internazionale J3016, in cui ha distinto cinque differenti livelli di “guida automatica”, oltre a quello “zero”, basati su quanto il guidatore o controllore umano possa o debba intervenire, più che sulle capacità intrinseche del mezzo. Non solo per completezza di informazione, ma anche per le conseguenze che possono derivarsene sul piano della responsabilità (anche) penale, è utile riportare le definizioni di questi cinque livelli:

- Livello 0 - *Nessuna autonomia*: Il guidatore si deve occupare di ogni aspetto della guida, senza alcun tipo di supporto elettronico.
- Livello 1 - *Assistenza alla guida*: Il guidatore si deve occupare di ogni aspetto della guida, ma

a guida automatica» quello che sia «dotato di tecnologie capaci di adottare e attuare comportamenti di guida senza l'intervento attivo del guidatore, in determinati ambiti stradali e condizioni esterne». Questa capacità di autonoma “adozione” ed “attuazione” di “comportamenti di guida” è condizionata alla sussistenza di definite “condizioni esterne” (“metereologiche e di visibilità” nonché “delle strade e del traffico”) e può operare soltanto in “determinati ambiti stradali” (dettagliatamente definiti dall’art. 13 D.M. cit.: ad es. autostrade, strade extraurbane, principali o secondarie, ambiente urbano, possibili lavori in corso, frequenza o meno di pedoni, cicli, motocicli, animali, rampe, rotonde, semafori, ecc.), da specificare nella necessaria richiesta di autorizzazione (art. 9)<sup>4</sup>, che deve presentare il “costruttore” ovvero l’ente di ricerca che intende procedere alla sperimentazione (cfr. art. 11, lettere e) e b) rispettivamente del citato D.M.).

In ogni caso, è necessario che la conduzione su strada sia “effettuata da un supervisore” (le cui qualità e condizioni soggettive, richieste ad integrazione del requisito della patente di guida di cui al Codice della strada, sono precisate nell’art. 10)<sup>5</sup>, il quale «deve essere in grado di commutare

---

è supportato a livello informativo (sotto forma di alert visivi o acustici) da sistemi elettronici che possono indicare la presenza di situazioni di pericolo o di condizioni avverse a questo livello l’automobile si limita ad analizzare e rappresentare le situazioni, ma il guidatore ha la totale e piena responsabilità della conduzione.

- Livello 2 - *Automazione parziale*: Il guidatore si occupa della guida, ma vi è una sua prima integrazione automatizzata. L’automobile interviene infatti su accelerazione e frenata attraverso sistemi di sicurezza, come per esempio la frenata assistita o la frenata di emergenza anticollisione. La direzione e il controllo traffico restano sotto la vigilanza del guidatore, nonostante lo sterzo possa essere, in determinati scenari con segnaletica orizzontale ben visibile, gestito in modo parzialmente automatizzata (sistemi denominati *Lane Keeping Assist* e, nelle versioni più complete, *Traffic Jam Assist*, *Autosteer*, *Highway Assist*, *Driver Assist* a seconda del marchio della vettura).
- Livello 3 - *Automazione condizionata*: l’automobile è in grado di gestire la guida in condizioni ambientali ordinarie, gestendo accelerazione, frenata e direzione, mentre il guidatore interviene in situazioni problematiche in caso di richiesta del sistema o se egli stesso verifici condizioni avverse.
- Livello 4 - *Alta automazione*: Il sistema automatico è in grado di gestire qualsiasi evenienza, ma non deve essere attivato in condizioni estreme di guida, come in caso di maltempo, allorché il guidatore riprende le funzioni di intervento descritte nel precedente o nei precedenti livelli.
- Livello 5 - *Completa automazione*: il sistema di guida automatica è in grado di gestire tutte le situazioni gestibili da un guidatore umano, di cui quindi non è richiesto alcun intervento.

<sup>4</sup> Per quanto consta, finora ne è stata concessa soltanto una ad Automotorelle nel 2019.

<sup>5</sup> Ai sensi dell’art 11 comma 2, lettera i) va curato dal richiedente l’autorizzazione anche «l’elenco dei conducenti del veicolo a guida automatica e la documentazione della formazione effettuata, atta a garantire che i conducenti siano a conoscenza del comportamento del

*tempestivamente tra operatività del veicolo in modo automatico e operatività dello stesso in modo manuale e viceversa»* (così art. 10, comma 2 D.M. cit.).

È quindi lo stesso “*supervisore*” che, per espresso dettato normativo, «*ha la responsabilità del veicolo in entrambe le modalità operative*» (*ibidem*). La norma non specifica però se vi sia inclusa anche la responsabilità penale, ovvero se essa sia limitata a quella civile, che è esplicitamente menzionata nel successivo art. 19, per stabilire l’obbligo di un’assicurazione “specifica” al riguardo (cfr. *infra* par. 4).

Appare, in ogni caso, impropria, alla stregua di detta disciplina, la suggestiva denominazione di “veicolo *senza* conducente”, e va circoscritta anche quella più adeguata di “veicolo a guida *automatica*”, perché si tratta in concreto di veicoli «*con più avanzati livelli di assistenza automatica alla guida*» (art. 3 D.M. cit., enfasi aggiunta), da collocare al livello 3 od, eventualmente, 4 della classificazione SAE (cfr. *supra* nota 3), pur se da distinguere da altre tipologie già in circolazione, come precisa la seconda parte della citata definizione normativa interna, di cui alla lettera *f*) dell’art. 1 D.M. cit., espressa in termini negativi (e sintatticamente un po’ discutibili): «*Non è considerato veicolo a guida automatica un veicolo omologato per la circolazione sulle strade pubbliche italiane secondo le regole vigenti e dotato di uno o più sistemi di assistenza alla guida, che vengono attivati da un guidatore, al solo scopo di attuare comportamenti di guida da egli stesso decisi e che comunque necessitano di una continua partecipazione attiva da parte del conducente alla attività di guida*» (enfasi aggiunte).

Insomma, mentre in quest’ultimo caso si deve parlare di guida semplicemente “*assistita*” (corrispondente ai livelli 1 o 2 della classificazione SAE), quella denominata “*automatica*”, oggetto della speciale disciplina in esame, va mantenuta distinta anche da quella effettivamente “*autonoma*”, che corrisponde ai “futuribili” livelli 5 e 6 della classificazione internazionale citata, in cui interviene realmente una “parziale” o “completa *automazione*”.

Tali distinzioni hanno particolare rilievo per l’analisi penalistica, in quanto disciplinano i casi ed i modi dell’intervento personale cui è pur sempre tenuto l’agente umano, delineando quindi situazioni e obblighi giuridici, che possono rilevare (anche) *ex art. 40, capoverso, c.p.*

Ma anche ulteriori aspetti della disciplina regolamentare in questione assumono rilievo per l’analisi delle possibili responsabilità penali, in quanto definiscono e circoscrivono gli ambiti di competenza ed intervento di altri “agenti umani” coinvolti, oltre al “*supervisore*” (meglio qualificabile come

---

veicolo e siano in grado di gestire eventuali situazioni di pericolo, dovute a cause esterne o a limiti di funzionamento o malfunzionamento delle tecnologie in prova».



“guidatore” *tecnologicamente* “assistito”).

In particolare, i costruttori e produttori devono rispettare *standard* tecnici di sicurezza particolarmente – e forse eccessivamente – elevati per questa fase di sperimentazione circoscritta, fin dalla progettazione e realizzazione dei “sistemi di guida automatica”, che come detto devono essere caratterizzati dalla permanente possibilità di interazione con il “conducente” o “supervisore”, da un lato, ma anche con gli altri utenti della circolazione stradale, dall’altro. In forza dell’art. 12 D.M. 28 febbraio 2018, infatti, detti “sistemi di guida automatica” devono «garantire, *in ogni condizione, il rispetto delle norme di cui al Titolo V del codice della strada e, in generale, operare in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione*» (lettera *a*), enfasi aggiunta); «*essere in grado di interagire in sicurezza con tutti i possibili utenti della strada, nell’ambito stradale oggetto dell’autorizzazione, inclusi gli utenti più deboli e vulnerabili, quali persone a mobilità ridotta o con disabilità, bambini, pedoni, ciclisti e motociclisti*» (lettera *b*); «*essere idone[i] in ogni momento a consentire il passaggio in modo semplice ed immediato dalla modalità automatica alla modalità manuale, su azione del supervisore*» (enfasi aggiunta), con una transizione che deve avvenire «*con modalità e in tempi tali da permettere il buon esito dell’intervento del supervisore*» (lettera *c*). Come si vede, si tratta di obblighi di risultato, che pur se riferiti letteralmente ai «sistemi di guida automatica» rimandano immediatamente alla corrispondente responsabilità dei costruttori e produttori, che devono essere i primi “garanti” di tali condizioni, sulla cui base deve poi poter “agire” concretamente il supervisore, quando necessario.

Altre prescrizioni riguardano invece gli *aspetti informatici* dei sistemi, in particolare la sicurezza dei dati e delle comunicazioni, per cui devono essere scongiurati accessi non autorizzati (lettera *d*) ed in ogni caso registrati i dati dettagliati delle prove (lettera *e*) dell’art. 12 D.M. cit.).

La disciplina normativa in esame considera poi ulteriori figure soggettive, a partire da quella del «*richiedente l’autorizzazione*» che può essere persona od anche ente differente dal costruttore, compreso un «*istituto universitario*» ovvero un «*ente pubblico o privato di ricerca*» (art. 9, comma 2, ed art. 11 D.M. cit.). In ogni caso tale soggetto è tenuto ad osservare gli obblighi specificamente stabiliti da quest’ultima norma, fra cui l’indicazione del «*proprietario del veicolo a guida automatica, quale soggetto responsabile*» (ai sensi dell’art. 196 Codice della strada e dell’art. 2054, comma 3, c.c.; enfasi aggiunte), ovvero di altro soggetto *obbligato in solido* (ai sensi del citato art. 196 Cod. str.: lettera *a*) art. 11, comma 1 D.M. cit.). Il richiedente l’autorizzazione deve altresì attestare, fra le altre circostanze, sotto la propria responsabilità, la «*maturità delle tecnologie*» oggetto di sperimentazione in

riferimento agli ambiti stradali per cui è richiesta l'autorizzazione stessa (lettera *a*) art. 11, comma 2, D.M. cit.) e descrivere il «*know-how derivante dai fornitori dei componenti*», il processo di test implementato, le prove svolte in simulazione, ecc. (lettera *b*), comma 2, art. 11 D.M. cit.).

Una particolare funzione è altresì attribuita al «*soggetto autorizzante*» che ai sensi dell'art. 14 D.M. cit., se il richiedente non documenta una prova già eseguita per un chilometraggio superiore a 10.000, deve controllare anche in laboratorio «*con l'utilizzo di piattaforme software, che descrivono le logiche di reazione ed attuazione automatica, o di intervento da parte del supervisore, in casi di pericolo imminente*» che i sistemi di guida automatici siano in grado di «*coprire i più ricorrenti scenari di rischio per ogni ambito stradale per cui si richiede autorizzazione*»; mentre i risultati «*devono contenere una stima degli esiti previsti, ovvero simulati, dell'attuazione delle logiche di reazione*» (*ibidem*).

Infine è previsto un ruolo anche dei «*gestori stradali*» che devono dare il nulla osta alla sperimentazione sulle tratte stradali di competenza, fornire tempestiva informazione ai titolari dell'autorizzazione di «*eventuali condizioni anomale dell'infrastruttura*», divulgare all'utenza informazioni sulle possibili sperimentazioni (art. 17 D.M. cit.) ed, in prospettiva, assumere un ruolo ancor più importante, dato che se «*l'infrastruttura è dotata di sistemi cooperativi V2I*» (quali definiti dagli art. 2 segg. del D.M. citato<sup>6</sup>), devono assicurare che «*tali sistemi e i relativi servizi possano essere utilizzati dal titolare dell'autorizzazione durante le prove e che i dati eventualmente raccolti siano a disposizione del titolare stesso*» (lettera *b*) norma citata).

Si preannuncia così, con lo sviluppo delle c.d. *Smart Road* (strade intelligenti), la possibilità di guida c.d. «*connessa*», che si deve efficacemente associare a quella «*automatica*», garantendo l'acquisizione ed utilizzazione permanente di un complesso ampio e costantemente aggiornato di informazioni e dati sulle condizioni stradali, meteorologiche, di traffico, sulle anomalie rilevabili, ecc. che sono (o saranno) in grado di supportare efficacemente le «*decisioni*» di comportamento del veicolo sempre più «*autonomo*».

<sup>6</sup> La norma definisce come segue le *Smart Road*: «*infrastrutture stradali per le quali è compiuto, secondo le specifiche funzionali di cui all'art 6, comma 1, un processo di trasformazione digitale orientato a introdurre piattaforme di osservazione e monitoraggio del traffico, modelli di elaborazione dei dati e delle informazioni, servizi avanzati ai gestori delle infrastrutture, alla pubblica amministrazione e agli utenti della strada, nel quadro della creazione di un ecosistema tecnologico favorevole all'interoperabilità tra infrastrutture e veicoli di nuova generazione*» Le stesse *Smart Road* sono poi suddivise in due grandi tipologie («*I*» e «*II*»), in relazione alle specifiche infrastrutture che le caratterizzano (art 5 D M 28 febbraio 2018 che richiama le diverse denominazioni definite nell'art 1)

#### 4. Ricadute sugli aspetti specificamente penalistici: interazione fra veicoli a guida automatica e soggetti coinvolti nella formazione, esecuzione e controllo dei “comportamenti di guida”

Come si è visto, l'art. 10, comma 2 D.M. cit. stabilisce che il «*supervisore ha la responsabilità del veicolo in entrambe le modalità operative*», vale a dire sia “automatica” sia “manuale”; mentre il successivo art. 19 prevede l'obbligo di assicurazione per la «*responsabilità civile specifica per il veicolo a guida automatica*», che deve avere «*un massimale minimo quattro volte quello previsto per il veicolo utilizzato per la sperimentazione nella sua versione priva delle tecnologie di guida automatica*» (enfasi aggiunta). Nel contratto deve essere espressamente indicato che «*l'assicuratore è a conoscenza delle modalità di uso del veicolo e che il veicolo è utilizzato in modalità operativa automatica su strade pubbliche*» (comma 2).

Con queste puntualizzazioni, emerge un inequivoco riconoscimento normativo di un più elevato livello di rischio “specifico” discendente dalla guida automatica, la cui imputazione resta comunque disciplinata dai comuni canoni di attribuzione della responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.*, con le presunzioni di cui all'art. 2054 c.c., compresa quella della responsabilità solidale del proprietario e degli altri soggetti obbligati - oltre al supervisore - *ex art. 196 Codice della strada*, per tutti i danni ingiusti cagionati da fatti illeciti nella circolazione dei predetti veicoli.

La natura “atipica” dell'illecito aquiliano, che si estende a «*qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto*» e la previsione espressa di situazioni di responsabilità solidale, nonché di presunzioni che invertono l'onere della prova, sembrano dunque garantire ampiamente il risarcimento ai danneggiati di fronte a questi nuovi rischi, pur valutati superiori a quelli derivanti dalla comune circolazione stradale. Tanto che nella dottrina civilistica, fra i primi commentatori, vi è stato chi ha censurato piuttosto il pericolo di un’*iperfetazione legislativa*” discendente dall'introduzione di nuove norme, che potrebbero inquinare il sistema della responsabilità civile, laddove basterebbero ragionevoli “*soluzioni interpretative*”<sup>7</sup>.

Senza entrare qui nel merito della disputa civilistica, che esula dall'ambito di competenza di questo contributo, occorre sottolineare il ben diverso

<sup>7</sup> U. RUFFOLO, *Self-driving car, auto driveless e responsabilità*, in Id. (cur.), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 39 s. Per il vivace dibattito civilistico in argomento basti qui il rinvio a G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driveless car e responsabilità civile*, in «RDB», suppl. 2020p. 7 s., con ampi richiami bibliografici cui si rinvia.

approccio al tema della responsabilità penale, non tanto perché non se ne ha alcun esplicito richiamo nella normativa esaminata, del resto di rango *sub-legislativo*, quanto per l'operatività dei principi garantistici sopra richiamati (par. 2), a partire da quello di stretta legalità, che porta ad escludere qualsiasi estensione analogica delle fattispecie incriminatrici vigenti, non meno di quello di colpevolezza, che vieta qualsivoglia presunzione legale o forma di responsabilità oggettiva, ed esige piuttosto la natura "personale" e "colpevole" dell'imputazione.

Ebbene: restringendo l'analisi alle prime fattispecie incriminatrici che vengono in rilievo nell'ambito di sinistri che si possono verificare nella circolazione stradale, poste a tutela della vita, quali l'omicidio colposo (art. 589 c.p.) ed il più recente e specifico omicidio stradale (art. 589-*bis* c.p.), ovvero l'incolumità personale, quali le lesioni personali colpose (artt. 590 c.p.) e le più recenti e specifiche lesioni personali stradali (art. 590-*bis* c.p.), il primo rilievo è che esse presentano una struttura c.d. a forma libera, imperniata cioè sulla causazione dell'evento consumativo (morte o lesioni) ad opera di *qualsiasi* condotta – sia attiva sia omissiva – che lo "cagioni", ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p., purché sorretta dal relativo elemento soggettivo *colposo*, riconducibile all'ampio schema dell'art. 43, comma 3 c.p., integrato se del caso dall'esplicito richiamo alle specifiche violazioni indicate nelle due nuove e più gravi fattispecie "stradali" appena menzionate, che nel contempo delimitano l'ambito delle condotte causalmente rilevanti.

Per giungere ad un'affermazione di responsabilità penale occorre quindi individuare almeno una "condotta" *umana* colposa, che sia collegata oggettivamente dal nesso causale (ai sensi dei menzionati artt. 40 e 41 c.p.) con l'evento tipico della morte o delle lesioni, come espressamente richiesto dall'*incipit* di tutte e quattro le fattispecie richiamate («*Chiunque cagioni per colpa [...]*» ecc.).

Ma proprio la rapida lettura delle norme ministeriali sopra esaminate, evidenzia la peculiarità di tale accertamento, perché, nel caso di circolazione di veicoli a guida automatica, si correla l'evento – in via immediata – non ad un "comportamento umano" bensì al "comportamento *del veicolo a guida automatica*". Non si tratta solo di una peculiarità od anomalia della formula letterale utilizzata dalla disciplina ministeriale, ma di una conseguenza logica della caratterizzante «*capacità*» (*sic!*) di tali veicoli di «*adottare e attuare comportamenti di guida senza l'intervento attivo del guidatore*», seppure, per ora, nella fase di sperimentazione oggetto di disciplina, vale a dire negli ambiti stradali della circolazione pubblica e nelle condizioni esterne specificamente definiti in sede di autorizzazione (art. 1 D.M. cit., enfasi aggiunte).

L'espresso riconoscimento giuridico, che vi è dunque un rilevante ambito di "decisioni" che vengono prese e direttamente "attuato" dai veicoli a guida automatica – caratteristica che ne costituisce del resto il pregio specifico, giustificandone la sperimentazione – si fonda sulla realtà delle tecnologie applicate, così definite dalla citata normativa: «*tecnologie innovative (...)* basate su sensori di vario tipo, software per l'elaborazione dei dati dei sensori e l'interpretazione di situazioni nel traffico, software di apprendimento, software per assumere decisioni di guida e per la loro attuazione, componenti per l'integrazione con il veicolo tradizionale» (art. 1, comma 1, lettera g) D.M. cit.; enfasi aggiunte).

Dunque, si tratta di sistemi di c.d. intelligenza artificiale, che vanno oltre la dimensione dei comuni "sistemi informatici" dei quali è stata da tempo riconosciuta, anche a livello giuridico penale, a partire da importanti fonti sovranazionali, la peculiare qualità di poter "elaborare" *automaticamente* dati ed informazioni "secondo un programma"<sup>8</sup>.

La specifica caratteristica dei nuovi "sistemi" o, meglio, "agenti" *intelligenti* è data dalla loro diretta "capacità di apprendimento" dalla realtà e dai dati anche esterni al sistema (secondo le c.d. tecnologie di *machine learning*) e, conseguentemente, "d'azione", che va oltre la dimensione *esecutiva* di un programma predisposto dall'uomo, secondo algoritmi finalizzati ad un *output* sostanzialmente predeterminato alla stregua delle istruzioni in cui si articola il programma a partire dai dati già disponibili.

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale è caratterizzato, invece, grazie all'enorme espansione e velocità di trattamento di quantità enormi di dati diversi, direttamente reperiti dal sistema informatico dal *web* o dal mondo esterno, per il livello di c.d. iperconnettività ormai raggiunto (nel nostro caso, in particolare, tramite sensori visivi, acustici, ecc. nonché connessioni permanenti con altri sistemi, fra cui quelli di altri veicoli che partecipino alla circolazione ed, in prospettiva futura, sempre più dalle *Smart Road*), dalla capacità di bypassare lo specifico intervento dell'uomo, per classificare e selezionare i dati via via rilevati ed utili fino ad adeguare gli stessi algoritmi disponibili (c.d. *self learning machine*), per operare poi le conseguenti "decisioni" operative.

Dunque, tali "agenti" non si presentano più quali meri *strumenti* di cui

---

<sup>8</sup> Convenzione *Cybercrime* adottata dal Consiglio d'Europa a Budapest il 23 novembre 2001 (art 1, lettera a) e la Decisione quadro dell'Unione europea 222/GAI del 2005, ora sostituita dalla direttiva 2013/40/UE, che peraltro non ha innovato sul punto (cfr. art. 2, lettera a). Per la dottrina in materia basti in questa rinviare a L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2019, p. 35 ed alla bibliografia ivi riportata..

l'uomo si avvale, per cui egli stesso resta il "soggetto" che agisce, titolare o *dominus* di ogni atto o "scelta" che ne discenda. Essi operano piuttosto – come esprime la loro denominazione ormai corrente di "agenti" – quali "soggetti" almeno in parte *autonomi*, rispetto ai quali l'agente umano interviene certamente – a monte – per definirne e delimitarne l'ambito temporale, spaziale e finalistico di operatività, nonché – a valle – per vagliarne e controllarne le "azioni" poste in essere: ma queste sono in concreto *decise ed attuate* direttamente dall'agente artificiale.

Di questa nuova relazione uomo-agente artificiale si ha riscontro nella disciplina normativa esaminata, laddove si prevede che la tecnologia dei sistemi di guida automatica *debba* prevedere – come condizione essenziale per consentirne la sperimentazione nella circolazione pubblica – la possibilità di facile e rapida transizione fra «operatività del veicolo in modo automatico e operatività dello stesso in modo manuale e viceversa» (così art. 10, comma 2 D.M. cit.), delineando così *due distinte* sfere di "comportamento" del veicolo che ne caratterizzano la circolazione.

Il fatto che vi sia un'espressa ascrizione *normativa* di "responsabilità" in capo al "supervisore" del veicolo *in entrambe* le modalità operative" (cfr. *supra*) acquista ai nostri fini significato, nei limiti in cui non sarebbe certo stata necessaria per l'operatività con guida manuale, non distinguibile dalla circolazione di tutti i veicoli che pur fruiscono già di un elevato grado di "assistenza alla guida", visto che di essi, per definizione, il soggetto umano "conducente" ha e deve comunque avere il controllo in ogni momento (cfr. art. 1, lettera *f*), secondo periodo, D.M. cit., secondo cui in queste ipotesi i «comportamenti di guida» sono da lui stesso «*decisi e comunque necessitano di una continua partecipazione attiva (...) alla attività di guida*»), con conseguente eventuale responsabilità anche penale.

Per fondare la responsabilità *penale* del "supervisore" quando il veicolo sia in modalità di guida automatica non può invece bastare, alla luce dei principi garantistici richiamati, la previsione della fonte *sub-primaria*, qual è il D.M. citato: ma non la si può neppure escludere, né del resto limitare aprioristicamente, sempre ed in ogni caso, a questo solo soggetto.

Infatti, se viene *cagionato* dal *comportamento* del veicolo, nella fase di operatività "in modo automatico", un evento lesivo della vita o dell'incolumità altrui, che potrebbe segnare il momento consumativo tipico di una delle fattispecie penali richiamate (omicidio o lesioni personali colpose), dovendosi escludere – perlomeno allo stato attuale della legislazione – un'ascrizione di responsabilità penale in capo al veicolo autonomo come tale, occorrerà operare un'attenta ricostruzione della catena dei diversi contributi causali (potenzialmente rilevanti *ex art.* 41 c.p.), che gli "agenti

umani” possono aver posto in essere fino all’adozione ed attuazione di detto “*comportamento*” da parte del veicolo a guida autonoma, sia mediante condotte attive, sia mediante condotte omissive di specifici obblighi giuridici su di essi incombenti, fermo restando che – in caso di accertata rilevanza *causale* nella produzione dell’evento tipico – questo dovrebbe essere altresì *soggettivamente* imputabile a titolo di colpa.

Occorrerà dunque muovere dai diversi ruoli che la normativa extrapenale esaminata assegna ai molteplici soggetti, che devono o possono intervenire, perché si realizzi (seppur in via sperimentale) la circolazione su strade pubbliche dei veicoli a guida automatica.

Senza entrare nel dettaglio di una simile analisi, data anche la carenza di casi concreti (se si esclude il noto sinistro verificatosi negli Stati Uniti durante la circolazione di un veicolo a guida autonoma che ha cagionato l’investimento e la morte di un pedone<sup>9</sup>), si possono però individuare dei criteri di massima per poterla impostare e poi eventualmente sviluppare in altre sedi.

Innanzitutto, secondo un criterio di prossimità all’evento finale ipotizzato, viene certamente in rilievo la figura del “supervisore”, che – come esprime la stessa denominazione normativa – non è direttamente il “guidatore” o conducente del veicolo, quando la circolazione non avvenga con “operatività manuale”.

Su di lui grava sempre l’obbligo primario di stabilire se e quando debba avvenire la «tempestiva commutazione» tra operatività del veicolo in modo automatico ed operatività in modo manuale (art. 10, comma 2 D.M. cit.) e, dunque, anche di sorvegliare continuamente il “comportamento” del veicolo stesso, pur quando non lo conduca direttamente. In caso di violazione sia di questo obbligo generico di sorveglianza, sia ancor più di quello specifico di passaggio dalla prima all’altra modalità di guida, quando invece ve ne sarebbe stata la necessità, potrebbe essere affermato un nesso di causalità “normativo” con l’evento lesivo della morte o delle lesioni di un passeggero o di terzi, che sia conseguito in concreto dal comportamento del veicolo in modalità di guida automatica, previo accertamento che il suo adempimento avrebbe invece evitato l’evento (c.d. causalità omissiva o, meglio, omesso impedimento).

Infatti il “supervisore” assume una posizione di garanzia, rispetto agli

---

<sup>9</sup> Un incidente mortale è avvenuto il 19 marzo 2018 sulle strade di Tempe in Arizona (USA), dove un’auto a guida autonoma ha investito una passante che stava attraversando la strada fuori dalle strisce pedonali. Il fatto ha comportato il blocco momentaneo della sperimentazione della società Uber in tutte le città in cui il sistema era attivo (San Francisco, Pittsburgh, Phoenix e Toronto).

specifici rischi derivanti dalla circolazione del veicolo a guida automatica (la norma, come detto, afferma che ne è «*responsabile*» senza alcuna aggettivazione: art. 10, comma 2, ultimo periodo D.M. cit.), con la precisa funzione di tutelare i beni giuridici che potrebbero da questa essere offesi, a partire quindi dalla vita ed incolumità personale degli altri partecipanti alla circolazione stradale.

Tuttavia, per dar luogo a responsabilità penale (per omicidio o per lesioni personali colpose), occorrerebbe altresì stabilire se vi sia stata la *possibilità* concreta di prevederne, oltre che di evitarne, la causazione. Tali requisiti, richiesti per l'imputazione e rimproverabilità anche "personale" del fatto a titolo di colpa (seppur "incosciente", vale a dire pur senza *concreta previsione* dell'evento stesso) devono in linea di massima essere affermati sulla base delle specifiche regole di condotta che il "supervisore" è tenuto a rispettare ed a far rispettare al veicolo, quando sia in modalità di guida automatica, ricavabili in specie dall'art. 12 D.M. che – elencando le specifiche «caratteristiche dei sistemi di guida automatica» – aggiunge all'obbligo primario di rispettare le norme del Titolo V del Codice della Strada, tutta una serie di altre prescrizioni che il supervisore deve certamente controllare che siano adempiute (cfr. supra, par. 3). Si forma così un reticolo di disposizioni di potenziale natura cautelare, la cui violazione integra di per sé ipotesi di colpa specifica (ex art. 43, comma 3, seconda parte c.p.), nei limiti in cui risultino precisamente funzionali a limitare i rischi di eventi avversi del tipo di quello che si sia in concreto verificato.

Un importante limite generale all'imputazione a titolo di colpa si ricava però dal disposto delle lettere *d)* ed *e)* dell'art. 11, comma 2, D.M. cit., in forza del quale al veicolo in modalità di guida automatica è chiesto di "gestire" ed eventualmente di «attuare una reazione adeguata» *soltanto* con riferimento a «*situazioni prevedibili negli scenari di guida tipici degli ambiti stradali e delle condizioni esterne per cui viene chiesto il permesso*» (evidenz. aggiunte): mentre se tale "reazione" (e gestione) non sia possibile, deve subentrare «la possibilità del supervisore [...] di intervenire tempestivamente e mantenere il veicolo in condizioni di sicurezza in ogni momento» (così lettera *e)* della norma citata cit.).

È così evidente che se, da un lato, la disciplina delineata dal D.M. in esame vorrebbe garantire – o dichiarare che viene garantito – un livello di sicurezza pressoché assoluto, in realtà impossibile da raggiungere anche nella comune circolazione stradale, dall'altro un margine di rischio accettabile o c.d. adeguato va necessariamente riconosciuto di fronte a situazioni "non prevedibili", operando in tali casi per logica conseguenza i comuni criteri di



imputazione colposa al supervisore, che in queste situazioni deve “intervenire tempestivamente” come qualsiasi altro conducente per mantenere il veicolo in condizioni di sicurezza. Si pensi a comportamenti del tutto imprevedibili della vittima, o ad ipotesi di caso fortuito od a situazioni di forza maggiore non evitabili, come un improvviso malore, un fortunale od una frana, di cui non fosse possibile sapere che potesse verificarsi: l’affermazione di responsabilità penale del supervisore sarebbe da escludere, per mancanza di colpa, pur se sussistesse l’oggettivo nesso causale.

In seconda battuta può venire in rilievo la responsabilità del costruttore o produttore.

In questo ambito, possono soccorrere le regole ed i “modelli” di responsabilità elaborati dalla dottrina e giurisprudenza penale sulla base della specifica disciplina civilistica in materia, in gran parte derivata da quella europea (cfr. Direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi). Non è certo questa la sede per affrontare una problematica così vasta e complessa, ma basti qui richiamare l’esigenza di uno specifico adeguamento, da correlare alla peculiarità del “prodotto” che viene in rilievo, come detto sopra caratterizzato da un ampio e specifico ambito di autonomia “decisionale” correlato alle complesse dotazioni di *software* richieste dal sistema di intelligenza artificiale, che rende strutturalmente “imprevedibile” ogni concreto *comportamento* che potrà assumere – in quanto “agente artificiale” – anche con riguardo alla causazione di un danno ad esso riferibile.

Le minuziose disposizioni di cui agli artt. 11 e 12 del D.M. cit., sopra ampiamente richiamate, offrono già dei parametri normativi per un tale adeguamento, irrigidendo (fors’anche eccessivamente) gli obblighi gravanti su costruttori e produttori, diretti a circoscrivere i rischi specifici creati dalla circolazione dei veicoli a guida automatica. Certamente si delineano così delle ulteriori “posizioni di garanzia”, rispetto ai beni giuridici da proteggere da queste peculiari e nuove fonti di pericolo, da cui discendono obblighi di comportamento normativamente stabiliti, seppur per ora da fonte di rango secondario, la cui violazione colposa può far sorgere una responsabilità anche penale, oltre che civile, non solo per omesso impedimento dell’evento, *ex* art. 40, capoverso, c.p., ma anche per lo specifico contributo causale attivo alla sua causazione, che potrebbe discenderne (si pensi alla costruzione di un veicolo i cui «sistemi di controllo del traffico» non includano in modo adeguato tutti i «particolari scenari» indicati dall’art. 11, comma 2, lettera *d*) cit., vale a dire «rotonde, semafori, segnali, attraversamenti pedonali, lavori in corso» ecc.).

In posizione più marginale, ma non tale da escluderli del tutto dall'ambito dei possibili soggetti anche penalmente responsabili, sono poi i «fornitori dei singoli componenti», menzionati espressamente alla lettera *a*) del comma 2 dell'art. 11 D.M. cit., dovendo il richiedente l'autorizzazione attestare con documentazione anche la descrizione del *know-how* da essi derivante. Se tali componenti di *hardware* e di *software* dovessero risultare difettosi o non conformi alle prescrizioni normative, ricavabili anche dalla menzionata disciplina ministeriale, in particolare dal suo art. 12, la responsabilità per il contributo causale che potrebbe portare alla causazione dell'evento, rilevante *ex art.* 41 c.p., sarebbe configurabile nelle ipotesi in cui si possa risalire a tali vizi quali fattori senza i quali esso non si sarebbe verificato (si pensi ad un dispositivo frenante ad attivazione automatica in determinate condizioni, viceversa non operante per un difetto di progettazione o realizzazione), sempre che tali vizi siano conoscibili ed evitabili secondo le buone tecniche del settore e gli *standard* di sicurezza ed efficienza da applicare in concreto. Analogamente potrebbe dirsi per gli installatori, manutentori, programmatori, la cui eventuale responsabilità per aver contribuito colposamente all'evento non escluderebbe però quella del costruttore e del produttore, oltre che del "supervisore", che non si fossero colposamente avveduti di detti vizi nel porre egualmente in circolazione il veicolo.

Può altresì venire in rilievo, in termini marginali, la responsabilità del «richiedente l'autorizzazione» alla sperimentazione su strada (cfr. art. 16 D.M. cit.), che è tenuto al rispetto di obblighi di controllo, di informazione, di aggiornamento, di comunicazione. Ad es. egli deve «assicurare che il sistema sperimentato è nelle condizioni adatte alle prove e che i successivi aggiornamenti delle tecnologie rispettano le condizioni di sicurezza» (lettera *c*); e che «i conducenti [in realtà: "supervisor", NdA] sono nelle condizioni adatte alle prove, verificandone le effettive capacità...» (lettera *d*). Anche dalla violazione di questi obblighi potrebbe derivare causalmente l'evento dannoso, evidentemente in termini di "contributo" omissivo colposo, antecedente o concomitante, penalmente rilevante *ex art.* 41 c.p. se accompagnato dalla possibilità di relativo rimprovero anche soggettivo in termini di evitabilità e prevedibilità.

In correlazione a tale ambito di obblighi, potrebbe risalirsi altresì alla responsabilità del soggetto «autorizzante» (art. 14 D.M. cit.), che è tenuto a specifici adempimenti istruttori per il rilascio dell'autorizzazione e poi per il controllo della permanenza di tutte le condizioni richieste, comprese le eventuali modifiche o circostanze sopravvenute, nonché proroghe della sua

durata, la cui omissione o violazione nei termini prescritti potrebbe aver un rilievo penale, in quanto costituisca un contributo causale di natura omissiva o commissiva alla produzione dell'evento.

Essendo investito di poteri pubblicistici, non solo istruttori, ed in specie di quello di manifestare la volontà della pubblica amministrazione – con il rilascio, il diniego od anche la sospensione o la revoca dell'autorizzazione: art. 18 D.M. cit. – il soggetto autorizzante riveste ed esercita oggettivamente una funzione pubblica, al di là della sua natura soggettiva di ente od amministrazione pubblica, svolgendo attività regolate da norme di diritto pubblico (art. 357 comma 2 c.p.), per cui riveste agli effetti della legge penale la qualifica di «pubblico ufficiale» (art. 357 comma 1 c.p.).

Ne consegue non solo che è sottoposto alla relativa disciplina e tutela, di cui al Titolo II del Libro Secondo del codice penale, con applicabilità dei delitti dolosi *in vi* previsti (dal peculato, alle corruzioni, all'abuso od omissione di atti d'ufficio, ecc., compresi quelli posti a sua tutela quali la violenza od oltraggio a pubblico ufficiale, ecc.), ma anche che assume una posizione di garanzia istituzionalmente definita, per gli specifici poteri e doveri di controllo che può e deve esercitare, sia in fase preventiva, che successiva, rispetto al rilascio dell'autorizzazione, in particolare quando riceva segnalazioni «circostanziate» di inadempienze, violazioni ed incidenti stradali, dovendo evitare che «il proseguimento delle sperimentazioni possa causare un rischio per la sicurezza della circolazione» (art. 18 D.M. cit.). Obiettivo evidentemente eccessivo, non potendosi certo azzerare *ogni* rischio, che è anzi espressamente riconosciuto e “consentito”, pur con tutte le cautele e disposizioni dirette a minimizzarlo, come già segnalato nella soprastante analisi.

In conclusione, anche questo soggetto potrebbe essere chiamato a rispondere, a titolo di colpa, per omesso impedimento di eventi avversi, *ex art. 40 capoverso c.p.*, data la sua posizione di garanzia normativamente disciplinata, laddove l'esercizio corretto e tempestivo dei predetti poteri-doveri di controllo ed intervento avesse potuto evitarli, ferma ovviamente la loro prevedibilità, necessaria ad imputare il fatto anche sul piano soggettivo della colpa.

Non pare invece in posizione tale da dar luogo a responsabilità penale il semplice «proprietario dell'autoveicolo», in quanto – se non fosse anche il soggetto richiedente l'autorizzazione – dovrebbe essere semplicemente indicato da questi, se da lui diverso, ai soli fini dell'eventuale responsabilità civile, compresa quella oggettiva o solidale, cui è ovviamente estranea quella penale (art. 11, comma 1, lettera a) D.M. cit.).

Infine, devono menzionarsi, ma soltanto in previsione dei futuri auspicabili sviluppi delle *Smart road* (vedi supra par. 3) i soggetti deputati a gestire le infrastrutture stradali ed in particolare le piattaforme di osservazione e monitoraggio del traffico, l'elaborazione dei dati e delle informazioni, i servizi avanzati da offrire ai gestori di dette infrastrutture, alla pubblica amministrazione ed agli utenti della strada, di cui all'art. 2 D.M. cit.

È evidente che anche le loro eventuali condotte omissive e colpose potrebbero essere fonte di responsabilità penale, *ex art.* 41 c.p., in quanto contribuiscano a cagionare o non impedire eventi lesivi, rientranti nella loro sfera di "garanzia" rispetto ai rischi della circolazione su dette strade, se riconducibili agli specifici obblighi che siano tenuti ad osservare.

##### 5. *Considerazioni finali e prospettive de jure condendo*

Venendo ad un sintetico bilancio conclusivo, non si può sopravvalutare la portata giuridica della disciplina esaminata, avente dichiarata natura "sperimentale" e circoscritta ad un ambito relativamente esiguo di destinatari.

Tuttavia, essa offre lo spunto per una prima specifica analisi dei criteri di attribuzione della responsabilità anche eventualmente penale, che dall'ambito paradigmatico della circolazione dei veicoli a guida automatica (e tendenzialmente autonoma), può più ampiamente estendersi a quello degli agenti artificiali "intelligenti" e dei *robot*, che vengano ad interagire con i comportamenti ed i soggetti umani, come emerge dalla disciplina normativa che è stato necessario introdurre, per l'impatto che anche nella fase sperimentale detti veicoli hanno (o possono comunque avere) nella comune circolazione stradale.

È in particolare emerso in modo esplicito, a livello giuridico-normativo, il nodo problematico dei rapporti fra la sfera di attività e di controllo, e quindi di responsabilità, degli agenti umani, e quella invece degli agenti "intelligenti", capaci di acquisire autonomamente informazioni e dati anche dall'ambiente esterno, decidere di conseguenza ed attuare poi direttamente "comportamenti" che hanno un chiaro rilievo sociale, interagendo con i comportamenti di guida di altri soggetti e potendo cagionare offese "ingiuste" a diritti ed interessi di terzi, meritevoli di protezione giuridica, nella specie anche penale, in parallelo a quanto previsto nel caso di circolazione di veicoli a guida tradizionale.

Per stabilire il parametro di disciplina e, quindi, di responsabilità, applicabile alla circolazione dei veicoli a guida automatica, non è stata sufficiente una mera “estensione” dei precetti e divieti, creati ed indirizzati dall’ordinamento vigente ai soggetti umani, come ad es. quelli del codice della strada, che pur devono essere rispettati, sotto il profilo oggettivo, come espressamente stabilisce la normativa esaminata, come pure, ad es., la legge tedesca recentemente emanata in materia, che richiama il pieno rispetto delle prescrizioni relative alla circolazione stradale tramite inserimento di nuovi paragrafi nella legge in materia, che fissano più specifici “diritti e doveri” (§ 1b StVG) dei “conducenti di veicoli con funzioni altamente o totalmente automatizzate”, individuati nelle loro peculiari caratteristiche tecniche dalla stessa legge (§ 1a StVG).<sup>10</sup> L’agente artificiale non ha una “personalità” direttamente suscettibile di percepire il “rimprovero” collegato alla sanzione prevista per la violazione di disposizioni formulate ed indirizzate alle persone umane, che sono dirette a controllarne ed eventualmente ri-orientarne il comportamento.

L’agente artificiale è guidato da algoritmi, che ne determinano la possibilità e capacità di decisione, compreso l’adattamento progressivo all’esperienza acquisita sulla base di sistemi di *machine learning*. Per cui risponde a logiche interne a detti sistemi, che non abbracciano (almeno allo stato attuale delle applicazioni tecnologiche) la capacità di autodeterminarsi *diversamente*, in forza delle sanzioni previste per i comportamenti umani.

D’altronde, nell’ambito della circolazione stradale, come in ogni ambito prevedibile della vita sociale, l’introduzione sempre più massiccia di veicoli ed agenti intelligenti determina una convivenza ed interazione via via più estesa con la realtà dei comportamenti sociali ed, in specifico, di quelli degli altri partecipi della circolazione, a partire dai veicoli a guida tradizionale, non certo un’integrale sostituzione di tutte le attività umane.

Per cui le regole di comportamento, in un contesto condiviso, devono essere compatibili con le caratteristiche di entrambe le categorie di “destinatari” dei precetti da osservare, così da garantire reciprocamente la prevedibilità dei comportamenti altrui.

Di qui la necessità di una disciplina in grado di tener conto di questa complessa realtà, che si proietta negli anni futuri, per favorirne un equilibrato sviluppo, senza bloccarlo per l’eccessivo timore della nuova tipologia di rischi che si possono prospettare, quale sembra allo stato connotare la normativa “sperimentale” italiana esaminata in questa sede, ma contenendoli ad un

---

<sup>10</sup> Dopo la riforma del 2017, le ultime modifiche apportate dalla c.d. “quarta legge di riforma della legge sulla circolazione stradale” sono state approvate dal Bundestag il 20 maggio e dal Bundesrat il 28 maggio 2021.

livello accettabile o, meglio, “adeguato”, così da minimizzarne l’impatto sulla sicurezza di tutti.

Nello specifico, anche assumendo il punto di vista delle possibili vittime, si deve infatti considerare che l’automazione è diretta ad elevare il livello complessivo di *sicurezza del traffico* ed a *ridurre* il numero degli incidenti, proprio evitando o limitando considerevolmente quelli causati da errori umani, che ne rappresentano la stragrande maggioranza.

I sistemi di guida tradizionale, alla luce delle statistiche disponibili, sono ben lungi dal garantire quella massima sicurezza, che si pretenderebbe invece, addirittura in termini di azzeramento dei rischi, dai nuovi sistemi di guida automatica (cfr. *supra*, par. 4). Del resto, se non si perseguisse (anche) l’aumento del livello complessivo di sicurezza dei trasporti, non avrebbe neppure una solida (o sufficiente) giustificazione l’immissione di questi veicoli nella comune circolazione stradale, come espressamente risulta anche dalle fonti sopranazionali che a breve si menzioneranno.

Queste confermano quanto emerge dall’analisi svolta: la complessità dei sistemi di guida automatica (e tendenzialmente autonoma) moltiplica e talora cumula differenti livelli di possibili soggetti umani “responsabili della sicurezza” e – quindi – rende necessario individuare, sul piano giuridico, corrispondenti “posizioni di garanzia”, in grado di controllare i diversi fattori della catena causale che può determinare un evento avverso, di cui non sempre sembrano definibili *a priori* i contorni. Una situazione di incertezza sulle sfere di competenza tecnica ed organizzativa al riguardo non solo non giova all’individuazione delle responsabilità, ma appare in specifico incompatibile con i principi che presidiano all’imputazione penale (cfr. *supra* par. 2) e può ostacolare indirettamente, per il *deficit* di sicurezza, lo stesso sviluppo delle applicazioni più avanzate e della produzione nel cruciale settore in esame.

Si dovrebbero dunque tipizzare, con una base legale definita, gli elementi essenziali per fondare, e nel contempo circoscrivere, queste indispensabili “posizioni di garanzia” facenti capo a soggetti umani (od enti ad essi riconducibili), che possano e debbano essere in grado di controllare adeguatamente le specifiche “fonti di rischio” per cui sono *competenti*, fino ai possibili esiti “imprevedibili” delle *decisioni* di comportamenti di guida concretamente prese ed attuate dai veicoli a guida automatica.

A seconda delle posizioni e funzioni svolte dagli enti ed agenti umani coinvolti nella catena multifattoriale richiamata, occorre poi stabilire *regole cautelari* chiare ed espresse, che circoscrivano il concreto *perimetro* della eventuale responsabilità di ciascuno per gli eventi avversi a titolo di colpa, da adattare alle peculiarità ed agli sviluppi delle tecnologie che vengano o

debbano essere applicate.

Regole cautelari che – a differenza del fondamento legale delle posizioni di garanzia – potrebbero anche essere di fonte *sub*-primaria, in quanto correlate strettamente ai contenuti tecnici delle misure da garantire ed adeguare costantemente, per circoscrivere i rischi (non certo fino al loro impossibile azzeramento) derivanti dalla circolazione dei veicoli a guida automatica.

Su basi giuridiche chiare e precise si potrebbe estendere la responsabilità penale anche a soggetti lontani dall'evento offensivo finale, diversi cioè dal "supervisore" (od utente/conducente) che pone materialmente in circolazione il veicolo, viceversa unico ad essere esplicitamente considerato "responsabile" della guida dalla normativa ministeriale interna, sopra esaminata. Rispetto ad esso, l'autonomia e possibile "imprevedibilità" di comportamento del veicolo a guida automatica dovrebbe anzi circoscrivere la sua personale sfera di responsabilità *penale*, se ad es. il comportamento di guida vada oltre l'ambito della sua concreta *possibilità* di doverosa previsione ed azione, in specie di tempestiva conversione dal sistema di guida automatica a quello manuale (cfr. *supra*, par. 4), che potrebbe eventualmente trasferirsi a monte, nel perimetro – che sia legalmente definito – di uno o più dei soggetti "garanti".

Il punto cruciale, per individuare l'ambito della responsabilità penale "personale" ed evitare la possibile moltiplicazione "cumulativa" di responsabili – accettabile piuttosto in sede civile – sembra essere quello della "prevedibilità" degli eventi avversi. Se da un lato, infatti, è proprio la capacità del veicolo automatizzato di decidere ed attuare tempestivamente comportamenti di guida adeguati alla concreta situazione che via via si presenta, non specificamente *previsti* né attuabili, in quel momento, dall'agente umano che ne è sostituito, tanto da costituirne il pregio specifico, dall'altro i parametri per determinarne la "prevedibilità", intesa quale *possibilità* concreta e doverosa di prevedere, valutando correttamente i rischi delle varie situazioni che si possano presentare, devono riferirsi alle *fonti* da cui i rischi stessi possono scaturire e, quindi, alle diverse "posizioni di garanzia" sopra richiamate, in cui si articola il loro controllo: da quella del disegnatore o programmatore, a quella del produttore, del manutentore, del controllore, restando tutto sommato residuale quella dell'utente finale o "conducente" materiale, proprio perché il comportamento è in gran parte (se non del tutto) "automatico".

Per delineare con certezza ed in modo armonizzato la delicata tela di una siffatta disciplina giuridica – quantomeno in ambito europeo, come richiede la dimensione strutturalmente sopranazionale di tale settore e del

corrispondente mercato – un determinante apporto *de jure condendo* non può che provenire dalle fonti dell’Unione, che da tempo si sta occupando della materia, data la sua rilevanza essenziale dal punto di vista non solo dello sviluppo futuro dell’industria nel campo dei trasporti, ma anche di quello primario della loro sicurezza per tutti gli utenti ed i cittadini europei, compreso il forte impatto ambientale.

Già in un’importante Comunicazione della Commissione del 2018 era stata sottolineata l’esigenza di accertare sempre «la causa effettiva del danno e dell’incidente [in quanto] decisiva per l’attribuzione della responsabilità»: per cui la Commissione proponeva «di dotare i veicoli automatizzati di registratori di dati per chiarire chi stesse conducendo (il sistema autonomo del veicolo o il conducente) in caso di incidente»<sup>11</sup>.

Ebbene, dopo un’ulteriore raccomandazione del Parlamento europeo del 2019, in cui si invitava la Commissione «a elaborare norme esaustive che definiscano le responsabilità e i diritti del costruttore, del conducente o dell’operatore a ciascun livello di automazione in tutte le modalità di trasporto» e si sottolineava che «tali responsabilità devono essere comunicate ai conducenti o agli operatori in modo chiaro ed evidente mediante l’etichettatura commerciale o altre forme di comunicazione», ritenendosi primario ed essenziale l’obiettivo di «garantire la sicurezza dei veicoli e la regolare manutenzione durante tutto il loro ciclo di vita»<sup>12</sup>, è stato emanato il Regolamento (UE) 2019/2144 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, entrato in vigore il 5 gennaio 2020 e che si applicherà in tutti gli Stati dell’Unione a partire dal 6 luglio 2022, diretto a definire un quadro unitario ed omogeneo per l’omologazione dei veicoli a motore, introducendo in particolare «requisiti tecnici armonizzati relativi alla sicurezza e all’efficienza ambientale dei veicoli a motore e dei loro rimorchi e sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli» (così il considerando n. 34), in sostituzione dell’attuale complesso sistema normativo di fonti diverse<sup>13</sup>. Di rilievo, in questa sede, è –

<sup>11</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Verso la mobilità automatizzata: una strategia dell’UE per la mobilità del futuro*, 17.05.2018, COM (2018) 283 final, in specie p. 12, nell’ambito del paragrafo: «Affrontare le questioni in materia di responsabilità». In argomento cfr. altresì la coeva

<sup>12</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2019 sulla guida autonoma nei trasporti europei (2018/2089(INI)), § 64.

<sup>13</sup> Regolamento (UE) 2019/2144 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo ai requisiti di omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché di sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, per quanto riguarda la loro sicurezza generale e la protezione degli occupanti dei veicoli e



oltre alla previsione di specifici obblighi di adottare misure e sistemi di assistenza alla guida per tutti i veicoli, quali definiti in generale dall'art. 2 e stabiliti specificamente dall'art. 6 dedicato ai «Sistemi avanzati per tutte le categorie di veicoli a motore» – soprattutto l'art. 11 riservato, in prospettiva anche futura, ai «requisiti specifici relativi ai veicoli automatizzati e completamente automatizzati»<sup>14</sup>.

Si tratta di una norma primaria, che delinea le funzioni ed i caratteri generali dei sistemi da adottare per queste categorie di veicoli, rinviando per i contenuti concreti alle «specifiche tecniche stabilite negli atti di esecuzione» che dovranno essere adottate in tempi successivi dalla Commissione e da organi tecnici<sup>15</sup>. Nondimeno, la disposizione appare idonea a delimitare le possibili *fonti di rischio*, in grado di fondare quelle “posizioni di garanzia” sul loro controllo preventivo, che potrebbe altresì dar luogo ad un'eventuale responsabilità penale, anche per omesso adempimento degli obblighi giuridici che vi si correlano (nel nostro ordinamento *ex art. 40, capoverso, c.p.*), se sia ravvisabile contemporaneamente l'elemento soggettivo della colpa, di cui sopra si è detto.

In specie, alla stregua delle previsioni contenute nel citato art. 11 del Regolamento, distinte sfere di responsabilità dovrebbero riguardare i soggetti umani ed enti competenti a produrre, installare, mantenere i diversi “sistemi” che: a) «sostituiscono il conducente nel controllo del veicolo, comprese le operazioni di segnalazione, sterzata, accelerazione e

---

degli altri utenti vulnerabili della strada, che modifica il regolamento (UE) 2018/858 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga i regolamenti (CE) n. 78/2009, (CE) n. 79/2009 e (CE) n. 661/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio e i regolamenti (CE) n. 631/2009, (UE) n. 406/2010, (UE) n. 672/2010, (UE) n. 1003/2010, (UE) n. 1005/2010, (UE) n. 1008/2010, (UE) n. 1009/2010, (UE) n. 19/2011, (UE) n. 109/2011, (UE) n. 458/2011, (UE) n. 65/2012, (UE) n. 130/2012, (UE) n. 347/2012, (UE) n. 351/2012, (UE) n. 1230/2012 e (UE) 2015/166 della Commissione.

<sup>14</sup> L'art. 2, che contiene l'elenco delle definizioni, qualifica al n. 21 il «veicolo automatizzato» come «un veicolo a motore progettato e costruito per muoversi autonomamente per determinati periodi di tempo senza una supervisione costante da parte di un conducente, ma riguardo al quale l'intervento del conducente è ancora previsto o necessario»; mentre considera al n. 22 quale «veicolo totalmente automatizzato» un «veicolo a motore progettato e costruito per muoversi autonomamente senza supervisione da parte di un conducente». Sulle in parte diverse classificazioni della SAE International cfr. *supra*, nota 3..

<sup>15</sup> Questo il testo del par. 2 dell'art. 11, da cui si evince l'obiettivo comunque primario di garantire la sicurezza di detti veicoli: «La Commissione adotta, mediante atti di esecuzione, disposizioni concernenti procedure e specifiche tecniche uniformi per i sistemi e gli altri elementi di cui al paragrafo 1, lettere da a) a f), del presente articolo e per l'omologazione di veicoli automatizzati e completamente automatizzati per quanto riguarda tali sistemi e altri elementi, al fine di garantire la sicurezza di funzionamento dei veicoli automatizzati e completamente automatizzati sulle strade pubbliche».

frenata»; b) «forniscono al veicolo informazioni in tempo reale sullo stato del veicolo e sulla zona circostante»; c) effettuano il «monitoraggio della disponibilità del conducente» (requisito ovviamente non richiesto per i veicoli «completamente automatizzati»; d) registrano i «dati di evento per i veicoli automatizzati»; e) riguardano i «formati armonizzati per lo scambio di dati, per esempio per la guida in convoglio (*platooning*) di veicoli di marche diverse»; f) sono «tesi a fornire informazioni sulla sicurezza ad altri utenti della strada».

È evidente che in questa complessa articolazione di funzioni e sistemi necessari a garantire la guida automatica, l'eventuale responsabilità penale per gli eventi avversi non può essere imputata al solo "utente" che pone materialmente in circolazione il veicolo, che appare anzi improprio definire "supervisore", data l'interazione di soggetti competenti, sul piano tecnico e quindi anche giuridico, che debbono garantire le diverse funzioni e componenti.

Il penalista non si può allora sottrarre allo specifico compito di ricostruire, muovendo dalle dinamiche dell'incalzante sviluppo tecnologico e sociale, che caratterizza il mondo in cui vive ed opera, il sistema della responsabilità penale, deve garantire un reale controllo delle diverse fonti di rischio, sulla base di una specifica regolazione tecnica capace di trovare chiara valenza giuridica, al fine di assicurare tutela effettiva dei beni giuridici e dei diritti fondamentali di tutti i partecipi della circolazione – e non solo – applicando le categorie e garanzie classiche della scienza giuridica.

Ed è a questo insegnamento che ha contribuito, con la Sua opera, l'amico che onoriamo, sempre attento alla regolamentazione anche extrapenale dei fenomeni nuovi, alla comparazione giuridica, in particolare con l'ordinamento tedesco, ed alla individuazione e trasferimento delle posizioni di garanzia penalmente rilevanti, per adeguare lo studio e la riflessione allo sviluppo incessante dei nostri tempi, e del tempo futuro.



Lucia Risicato\*

*Responsabilità medica e colpa di organizzazione:  
una breve riflessione de iure condendo*

SOMMARIO: 1. I rischi “di massa” strutturalmente colposi e le risposte dell’ordinamento giuridico – 2. L’estraneità della responsabilità medica da Covid-19 all’ordinario perimetro dell’art. 590 *sexies* c.p. – 3. I limiti di responsabilità dei vertici ospedalieri e delle aziende sanitarie locali tra responsabilità dell’ente e responsabilità di équipe – 4. Omicidio colposo commesso dal medico “nell’interesse o a vantaggio dell’ente”? – 5. La Corte EDU e la responsabilità statale per casi di *medical malpractice* dovuti a problemi organizzativi – 6. Considerazioni conclusive.

1. *I rischi “di massa” strutturalmente colposi e le risposte dell’ordinamento giuridico*

La diffusione su scala mondiale del COVID-19 ha determinato una situazione di emergenza sanitaria, reale e grave, senza precedenti. È stato correttamente osservato, a riguardo, che in questo caso un virus s’interseca con comportamenti umani irresponsabili ma quasi sempre involontari, dando vita a un rischio strutturalmente colposo che pone problemi di gestione e “contenimento”<sup>1</sup>: all’inedita restrizione delle nostre libertà fondamentali, mirata a contrastare le cause stesse dell’emergenza, si è accompagnata in un secondo momento (c.d. fase 2) dall’adozione di rigorose regole precauzionali volte a *limitare* la propagazione di un virus che potrà essere neutralizzato solo da un vaccino (o da sue imponderabili mutazioni *in mitius*). L’inadeguatezza conclamata della fase 2 sta ora aprendo ulteriori scenari assai limitanti (fase 3), senza prospettive temporali utili a comprendere se il virus sarà sconfitto o sconfiggerà (l’economia, oltre alla salute pubblica).

Nel caso della responsabilità del personale sanitario e delle relative strutture, questa tipologia di rischio si è declinata in una serie di conseguenze solo apparentemente paradossali, che rivelano – come vedremo – un tessuto

\* Ordinaria di Diritto penale, Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> Così, diffusamente, R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in «SP», 24 aprile 2020, p. 4.

normativo inadeguato o assente, sullo sfondo di scelte strategiche dello Stato (come i tagli progressivi e costanti al Sistema sanitario nazionale) che hanno reso oltremodo difficoltosa la gestione dell'emergenza.

Un discorso a parte va riservato alle strutture sanitarie e ai suoi soggetti di vertice, tanto in rapporto ai protocolli "interni" di prevenzione dell'errore e di gestione del rischio clinico che rispetto alla delicata previsione *de iure condendo* di una responsabilità di tutte le strutture sanitarie per colpa di organizzazione<sup>2</sup>.

Sotto il primo profilo, l'organizzazione della medicina sociale e l'aziendalizzazione degli ospedali hanno progressivamente generato, nel corso del tempo, un sistema complesso di regole cautelari finalizzate alla sicurezza delle terapie mediche e alla prevenzione dell'errore umano, specie nell'ottica del risarcimento del danno. Tale orientamento ha trovato il suo definitivo avallo prima nell'art. 14 del Codice di deontologia medica, che impone al medico *la rilevazione, valutazione e segnalazione degli errori al fine del miglioramento della qualità delle cure*, e – assai più di recente – nell'art. 1 della legge Gelli-Bianco, secondo cui la sicurezza delle cure *si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative*.

Sono così nati, all'interno delle strutture ospedaliere e dei vari ordini professionali (Aziende Sanitarie, Regioni, Ministero della Salute, etc.), specifici protocolli di prevenzione e gestione dell'errore - articolati sui tre livelli dell'organizzazione, della formazione e della responsabilità - fondati su due principi di fondo: *a)* l'individuazione della gestione degli errori organizzativi come attività professionale in senso stretto (*risk management*); *b)* il definitivo tramonto della colpa professionale come colpa singola, avulsa dal contesto organizzativo e strutturale in cui si svolge la prestazione medica.

Le Aziende sanitarie sono ormai organizzazioni plurisoggettive complesse, dove l'errore è sempre più spesso *sistemico*. Il *risk management* è per l'appunto deputato alla prevenzione dell'errore, alla sua ricerca e alla neutralizzazione delle sue conseguenze lesive. L'errore viene preliminarmente considerato quale comportamento umano "deviante" e successivamente contestualizzato come ipotesi di "fallimento del sistema". I meccanismi di incubazione dell'incidente, le "miopie organizzative", l'inadeguatezza della previsione «prospettano un modo diverso di vedere (e di non vedere) i fallimenti

---

<sup>2</sup> In argomento v. da ultimo l'interessante contributo critico di C. IAGNEMMA, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, ETS, Pisa2020 e A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020.

dell'attività organizzativa. Tutto questo ha a che fare con questioni più di affidabilità che soltanto di efficienza»<sup>3</sup>. Sta poi al penalista verificare quali siano i delicati limiti tra affidabilità del sistema e affidamento individuale, con importanti conseguenze sul piano dell'accertamento delle responsabilità e dei relativi limiti.

Sotto il secondo profilo, è inevitabile chiedersi se, nell'ambito di una materia complessa come quella della responsabilità penale del sanitario, residui spazio per la configurabilità di una colpa di organizzazione nei confronti delle strutture ospedaliere, anche pubbliche, per incongrua, inadeguata o errata gestione del rischio. La vicenda della pandemia da Covid-19 risulta, sotto questo punto di vista, addirittura paradigmatica: molti dei problemi legati all'emergenza pandemica trascendono la colpevolezza individuale per approdare a una responsabilità di tipo organizzativo (si pensi al disastroso contagio nelle RSA e alle misure di ristrutturazione momentanea dei normali reparti, che hanno evidenziato lo strettissimo legame tra eventi infausti e moduli organizzativi). È quindi lecito interrogarsi sull'opportunità politico-criminale di estendere la responsabilità degli enti, tema caro al Maestro che onoriamo<sup>4</sup>, anche alla *medical malpractice*: una riflessione *de iure condendo* non priva di insidie.

## 2. *L'estraneità della responsabilità medica da Covid-19 all'ordinario perimetro dell'art. 590 sexies c.p.*

La pandemia da COVID-19 risulta quasi ontologicamente estranea all'angolato perimetro applicativo dell'art. 590 *sexies* c.p. Nell'attuale momento storico, l'emergenza coronavirus non è ancora riconducibile a linee guida consolidate: è incerta la genesi – probabilmente zoonotica – del virus, imponderabile il potenziale lesivo del virus in rapporto alle risposte immunitarie individuali, meramente empirica la correlazione tra l'aggressività della patologia respiratoria da esso generata e fattori esterni come la densità abitativa o l'inquinamento, incerta la cura nonostante gli importanti progressi degli ultimi mesi. Nebulosi sono tuttora i protocolli

<sup>3</sup> Il tema degli errori sistemici è stato approfondito, in special modo, dai sociologi dell'organizzazione. Si veda, in proposito, l'interessante volume di M. CATINO, *Da Chernobyl a Linate. Incidenti tecnologici o errori organizzativi?*, Mondadori, Milano 2006, p. 251.

<sup>4</sup> Sul tema della colpa di organizzazione v. A. FIORELLA, *La colpa dell'ente per la difettosa organizzazione generale, Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, a cura di F. Compagna, Jovene, Napoli, 2012, p. 267.

terapeutici, tutti dotati di controindicazioni significative, i tempi di distribuzione del vaccino (per tacere dell'incognita della sua efficacia) e il monitoraggio del contagio al di fuori di generiche regole di prudenza che impongono distanze sociali e dispositivi in grado di limitare lo scambio di fluidi corporei.

Risulta soprattutto impossibile che le linee guida in materia, ancora fragili, vengano tempestivamente definite e accreditate ai sensi di legge: la diffusione di un'infezione nuova, contagiosissima e con un tasso di mortalità variabile in base all'interazione di fattori ancora sconosciuti, si riverbera in una fisiologica assenza di indicazioni cliniche consolidate e nella prescrizione – nelle more della sperimentazione di terapie *ad hoc* - di farmaci *off-label* pensati per la cura di altre patologie<sup>5</sup>. Beninteso, il Sistema Nazionale delle Linee Guida ha creato, nella sezione “buone pratiche” (sussidiarie rispetto alle linee guida), una pagina dedicata al *Corona Virus Disease*, ma la strada per l'applicazione proficua del 590 *sexies* è ancora tutta in salita<sup>6</sup> e infruttuosa rispetto alla frequente contestazione del delitto di epidemia colposa di cui all'art. 452 c.p. (escluso *a priori* dall'ambito applicativo dell'art. 590 *sexies*).

Anche gli altri elementi strutturali dell'art. 590 *sexies* c.p. sono inconciliabili con la contingenza sanitaria da coronavirus: l'imperizia da inadeguata gestione del rischio preventivo terapeutico da COVID-19 sarà infatti valutabile *ex post* sulla base di dati non conoscibili dagli stessi sanitari al palesarsi dei primi casi ufficiali.

Di grande utilità potrebbe invero rivelarsi il correttivo ermeneutico della rilevanza penale dei soli casi di imperizia grave *ex art.* 2236 c.c., proposto dalle sentenze “Tarabori”<sup>7</sup> e “Mariotti”<sup>8</sup> della Suprema Corte come criterio sistemico per la graduazione della responsabilità penale del sanitario. Esso, beninteso, dovrà meglio essere valorizzato in sede di colpevolezza, per limitare la rimproverabilità di condotte oggettivamente colpose realizzate in presenza di variabili contestuali imponderabili, legate alla mutevolezza del quadro patologico e all'esiguità delle risorse disponibili: condizioni sicuramente suscettibili nel concetto di *speciale difficoltà della prestazione* di

<sup>5</sup> Così G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in «SP», fasc. 5/2020, p. 14.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>7</sup> Cass., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017, n. 28187 (dep. 7 giugno 2017). Tra i numerosi commenti alla pronuncia *de qua*, v. L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, in «GI.», 2017, pp. 2201 e ss.; CALETTI, L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, in «DPP», 2017, pp. 1369 ss.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. SU, sent. 21 dicembre 2017 – 22 febbraio 2018, Mariotti, n. 8870.

cui all'art. 2236 c.c. e dotate, per loro natura, di un ambito di estensione assai più vasto di quello dell'art. 590 *sexies* c.p.

La dissociazione tra misura oggettiva e soggettiva della colpa trapela, in verità, anche nell'ultimo elemento costitutivo dell'art. 590 *sexies* c.p.: il riferimento all'adeguatezza delle cure al caso concreto è pertinente a casi in cui, in base a una valutazione *ex ante*, la scelta terapeutica appaia idonea a garantire il buon esito della cura.

Sin dall'entrata in vigore della disposizione, si discute nondimeno sulla soglia di errore *tollerabile* da parte del sanitario, che ci riporta all'emergenza sanitaria in corso: in presenza di una patologia le cui manifestazioni variano in modo drammatico da individuo a individuo, in cui il quadro clinico di un paziente "stabile" precipita in poche ore fino alla ventilazione assistita e alla morte, in cui l'esiguità delle risorse sanitarie pone il rianimatore nella necessità di scegliere quale paziente ventilare, l'adeguatezza delle cure è un dato assolutamente velleitario. Per i singoli medici e, ovviamente, anche per le strutture sanitarie, la cui corresponsabilità dovrà essere armonizzata con la difficile previsione di cui all'art. 590 *sexies* c.p.: in ambito medico non può parlarsi di un fatto commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ma di un fatto colposo (anche se non colpevole alla stregua dell'art. 590 *sexies* c.p.) che avrebbe potuto essere evitato con l'adozione di più stringenti protocolli organizzativi volti a prevenire errori e mancanze.

### *3. I limiti di responsabilità dei vertici ospedalieri e delle aziende sanitarie locali tra responsabilità dell'ente e responsabilità di équipe*

*Ex art. 113 c.p.*, una questione particolare si pone in rapporto alla responsabilità di coloro che ricoprono posizioni di vertice nell'ambito delle Aziende Sanitarie Locali. L'entrata in vigore del d.lgs. 502/1992 e successive modificazioni ha infatti trasformato l'Unità Sanitaria Locale in un'Azienda (dipendente dalla Regione ma) dotata di personalità giuridica pubblica e di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale e tecnica, individuando come responsabile dell'Azienda il Direttore Generale, coadiuvato dal Direttore Sanitario e dal Direttore Amministrativo.

Si ritiene, a riguardo, che l'individuazione di tali soggetti possa «permettere di attribuire responsabilità penali anche nel caso in cui, in presenza di danni ai pazienti, vi siano state (indipendentemente dalla correttezza comportamentale dei medici e degli infermieri) *carenze strutturali e organizzative* chiaramente attribuibili a queste figure, al cui



operato sembrerebbero applicabili i criteri della responsabilità d'«équipe»<sup>9</sup>. In giurisprudenza l'affermazione di una responsabilità penale nei confronti del personale dirigenziale, non direttamente impegnato nell'attività diagnostico-terapeutica, è rara ma non ignota. Secondo la Cassazione, ferma restando la responsabilità del direttore sanitario, va ascritta alla responsabilità penale del direttore amministrativo della struttura ospedaliera, a titolo di colpa, la morte della paziente in seguito a intervento chirurgico, nel caso in cui questi non predisponga un'organizzazione almeno sufficiente, e tale comunque da rendere possibile almeno quel minimo di assistenza notturna post-operatoria che tutti gli interventi chirurgici eseguiti in anestesia comportano. Nel caso di specie, si era verificata la morte di una paziente in una clinica, in conseguenza di un decorso post-operatorio assai delicato in un ambiente privo di assistenza e qualificata vigilanza, e soprattutto in assenza di ogni struttura di intervento immediato<sup>10</sup>.

In tempi assai più recenti, la Cassazione ha affermato la responsabilità per inadeguata organizzazione in capo al direttore sanitario di una casa di cura privata, sempre che il fatto non sia ascrivibile in via esclusiva ai soli operatori della struttura: «*al direttore sanitario di una casa di cura privata spettano poteri di gestione della struttura e doveri di vigilanza e organizzazione tecnico-sanitaria, compresi quelli di predisposizione di precisi protocolli inerenti al ricovero dei pazienti, all'accettazione dei medesimi, all'informativa interna di tutte le situazioni di rischio, alla gestione delle emergenze, alle modalità di contatto di altre strutture ospedaliere cui avviare i degenti in caso di necessità e all'adozione di scorte di sangue e/o di medicine in caso di necessità*»<sup>11</sup>.

In riferimento al problema specifico della morte del personale sanitario per inadeguata gestione del rischio pandemico, è vieppiù ipotizzabile una responsabilità diretta dei vertici delle strutture sanitarie, sebbene la questione si sposti sul territorio della sicurezza nei luoghi di lavoro e dei relativi garanti<sup>12</sup>.

Il passo verso una responsabilità diretta dell'ente ospedaliero pubblico per i reati colposi commessi nelle strutture sanitarie “disorganizzate” sembra, in prospettiva, sempre più breve.

<sup>9</sup> Così C. LORÈ, P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in «RIML», 1998, pp. 409 ss., i quali evidenziano come l'individuazione dei livelli di controllo e di intervento aziendale non esauriscano i profili di eventuale, ulteriore responsabilità regionale e nazionale (sia pure solo in casi estremi).

<sup>10</sup> Cfr. Cass. Sez. IV, 20 settembre 1995, Gazzara, in «Enti Pubblici», 1996, p. 908. Nello stesso senso, più di recente, Cass. Sez. IV, 24 maggio 2001, Romis, in «Guida Dir.», 2001, fasc. 48, p. 82.

<sup>11</sup> Cass. Sez., IV, 19 febbraio 2019, n. 32477.

<sup>12</sup> BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”*, cit., p. 107.

#### 4. Omicidio colposo commesso dal medico “nell’interesse o a vantaggio dell’ente”?

*Quid iuris* in caso di carenze strutturali e organizzative addebitabili a quei vertici dell’ente a cui sembrano già applicabili gli estremi della responsabilità di équipe? La colpa di organizzazione<sup>13</sup> è stata correttamente definita una categoria “polisensa” che attraversa trasversalmente la responsabilità amministrativa e penale delle persone fisiche e giuridiche<sup>14</sup>.

Questa specie di *culpa in vigilando*, concetto ontologicamente plurisoggettivo<sup>15</sup>, presuppone che il fatto si sia verificato grazie a una condizione di disorganizzazione – nella veste della mancata o inefficace predisposizione di modelli cautelari virtuosi – che ha agevolato la commissione del reato: la legge affida agli enti la previsione del reticolo di cautele e procedure volte ad impedire la commissione di reati, generando in capo alla *societas* l’obbligo di farsi garante dell’osservanza delle leggi penali da parte di coloro che operano nella sua compagine<sup>16</sup>. L’illecito realizzato dalla persona fisica *nell’interesse o a vantaggio dell’ente* deve essere quindi «la concretizzazione del rischio che le cautele omesse dall’ente miravano a minimizzare (o comunque limitare)»<sup>17</sup>: cautele che sono ben identificabili

<sup>13</sup> In argomento v. anche C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 363 ss.; G. DE SIMONE, *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 1883 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Parte generale*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 63 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 435 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in «RTDPE», 2002, pp. 571 ss.; ID., *La colpa di organizzazione e di impresa*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, BUP, Bologna, 2013, pp. 161 ss.; ID., *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., pp. 2049 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in «*La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*», 2006, pp. 167 ss.; A. SCARCELLA, *Colpa e nesso causale: dalla responsabilità individuale alla responsabilità dell’ente*, in *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell’ente*, a cura di A.M. Stile, A. Fiorella, V. Mongillo, Jovene, Napoli, 2014, pp. 73 ss.; A.F. TRIPODI, «*Situazione organizzativa*» e «*colpa in organizzazione*»: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell’economia, in «RTDPE», 2004, pp. 482ss.

<sup>14</sup> V. diffusamente IAGNEMMA, *Error in deliberando*, cit., pp. 179 ss.

<sup>15</sup> Così, ad es., M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in «Riv. Soc.», 2002, pp. 393 ss.

<sup>16</sup> DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., p. 170.

<sup>17</sup> IAGNEMMA, *Error in deliberando*, cit., p. 181.

anche nei protocolli di *risk management* oggi adottati dalle strutture sanitarie.

I modelli cautelari virtuosi sopra citati implicano la predisposizione di una ricca serie di garanti sui piani della gestione e della prevenzione del rischio-reato, i cui poteri di controllo riducono al minimo, intersecandosi, il pericolo della commissione di fatti penalmente rilevanti.

La tendenza alla moltiplicazione dei meccanismi di colpevolizzazione delle persone fisiche è certamente destinata ad accentuarsi nella prospettiva della possibile inclusione, nell'ambito dei reati-presupposto di cui al d.lgs. 231/2001, di significativi settori della criminalità colposa. È quindi pienamente condivisibile, in prospettiva *de lege ferenda*, l'auspicio di una redistribuzione legislativa tra agire individuale ed agire organizzato. Il primo ostacolo da superare è nondimeno rappresentato dalla previsione di cui all'art. 8 d.lgs. 231/2001, la cui portata attuale non consente di immaginare una responsabilità delle strutture sanitarie con autore anonimo o non imputabile che abbia colposamente cagionato morte o lesioni del paziente "nell'interesse o a vantaggio dell'ente". La disposizione in esame dovrebbe essere riformata nel senso di prevedere la responsabilità dell'ente anche quando l'autore-persona fisica non sia stato giudicato colpevole per il fatto commesso in presenza di imperizia non grave e a causa della disorganizzazione della *societas*<sup>18</sup>.

Per favorire, poi, l'adozione di politiche gestionali costruttive, potrebbero pensarsi – analogamente a quanto accaduto in altri sistemi giuridici<sup>19</sup> – misure premiali per le società che abbiano collaborato con l'autorità giudiziaria, adottando un approccio spiccatamente preventivo<sup>20</sup>. D'altronde, i protocolli di *risk management* devono leggersi proprio in questa direzione: essi, come già accennato in precedenza, mirano proprio alla ricerca dell'errore, alla sua prevenzione sistemica e alla neutralizzazione delle sue conseguenze lesive.

##### 5. La Corte EDU e la responsabilità statale per casi di medical malpractice dovuti a problemi organizzativi

Un'emergenza di tipo (anche) nazionale, come quella creata dal

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>19</sup> Si pensi al *corporate homicide* colposo introdotto nel sistema penale inglese dall'*Homicide Act* del 2007.

<sup>20</sup> IAGNEMMA, *Error in deliberando*, cit., p. 197 secondo la quale occorre riflettere su strategie preventive orientate a disinnescare le possibili fonti di rischio, ben prima che l'evento avverso si verifichi.

COVID, pone – in prospettiva europea – la questione della responsabilità statale per casi di *medical malpractice* legati a problemi organizzativi. L'art. 2 CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte, impone agli Stati di munirsi di apposita disciplina che vincoli le strutture sanitarie, pubbliche o private, ad adottare tutte le misure necessarie a proteggere la vita e l'integrità fisica dei pazienti. Tuttavia, la responsabilità degli Stati è stata progressivamente circoscritta per lo più al rifiuto di somministrazione di cure mediche in situazioni di emergenza, nonché ai malfunzionamenti organizzativi o strutturali dei nosocomi, non potendo lo Stato di norma rispondere di un singolo errore medico o di un difetto di coordinamento tra reparti ospedalieri.

La Grande Camera, a questo proposito, ha recentemente distinto tra mera negligenza medica e diniego di accesso alle cure, statuendo che solo il secondo implica una responsabilità statale<sup>21</sup>. Nelle ipotesi di "semplice" negligenza ricadrebbe sullo Stato unicamente un generico dovere di predisporre strumenti normativi efficaci in grado di vincolare le strutture sanitarie – pubbliche o private – ad adottare tutte le misure idonee a preservare la vita dei pazienti. In un'interessante *dissenting opinion*, tuttavia, il giudice Paulo Pinto de Albuquerque ha evidenziato la necessità di evitare lo iato tra il diritto alle cure e la mercificazione dei servizi sanitari. La scadente allocazione delle risorse in materia sanitaria rischia di degenerare, per i soggetti più deboli, in un sistema di cure scarsamente competitivo ed efficace: parole che, nella prospettiva della pandemia da COVID, fanno riflettere amaramente.

## 6. Considerazioni conclusive

*De iure condendo*, la possibile responsabilità diretta degli enti ospedalieri pubblici per illeciti colposi dovuti a gravi carenze organizzative sembra una naturale conseguenza dell'assetto proteiforme della colpa plurisoggettiva. Da un lato, infatti, cresce – specie in ambito medico - il parallelismo tra colpa ed errori organizzativi, dall'altro il c.d. errore sistemico è diventato una delle ordinarie forme di manifestazione della compartecipazione colposa.

Sotto il primo profilo, la crescente procedimentalizzazione della responsabilità medica attraverso linee guida, protocolli e *check-list* favorisce una lettura della colpa penale del personale sanitario in termini di ricerca

---

<sup>21</sup> Grande Camera, sentenza *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, 19 dicembre 2017.

e prevenzione dell'errore *diagnostico, umano ed organizzativo*. Superato il vaglio preventivo-cautelare, il grado dell'errore si riverbera poi sulla colpevolezza colposa, legandosi al problema della sua evitabilità/scusabilità.

Sotto il secondo aspetto, il superamento della colpa individuale è (anche) il frutto di importanti studi sociologici sulla teoria degli errori organizzativi, che indagano sui meccanismi che favoriscono – direttamente o indirettamente – la verifica di eventi lesivi<sup>22</sup> nell'intento di individuare una serie di pre-condizioni preventive o quanto meno riduttive dei margini di verifica dell'errore<sup>23</sup>.

Per i sociologi, la persistenza di un approccio “accusatorio” finalizzato all'individuazione del responsabile ostacolerebbe i tentativi messi in campo per ridurre le situazioni e le condizioni di rischio: la demonizzazione degli errori impedirebbe al medico di ammetterli e discuterli pubblicamente, perché questi potrebbero essere utilizzati contro di loro in un processo penale. Le prospettive di riduzione dell'errore in medicina non sarebbero quindi affidate né al giudice penale né ai sistemi assicurativi, ma dovrebbero essere considerate alla stregua di un problema organizzativo emancipato dalla c.d. *blame culture*. Questo approccio potrebbe essere utilmente adottato anche dai vertici delle strutture sanitarie, sia in un'ottica apprezzabilmente preventiva che nell'intento di ridurre i contenziosi penali per *medical malpractice*.

L'ente ospedaliero che adotta protocolli di prevenzione dell'errore e di adeguata gestione del rischio clinico non è più, in questa dimensione, una creatura mitologica apparentata con sistemi giuridico-penali diversi dal nostro, ma un modello virtuoso a cui guardare con interesse in attesa che l'assetto della colpa penale del personale sanitario in Italia trovi finalmente il giusto equilibrio tra istanze repressive e libertà terapeutica.

---

<sup>22</sup> In argomento B.A. TURNER, *Man-Made Disasters*, London, 1978; B. A. TURNER, N. PIDGEON, *Man-Made Disasters*, Oxford, 1997 (2<sup>a</sup> ed.); C. PERROW, *Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies*, New York, 1984; J. REASON, *L'errore umano*, ed. it. a cura di Rumiati, BUP, Bologna, 1994; K.E. WEICK, *Organizzare. La psicologia sociale dei processi organizzativi*, Torino, 1989; WEICK, K.M. SUTCLIFFE, *Managing the Unexpected. Assuring High Performance in an Age of Complexity*, San Francisco, 2001; D. VAUGHAN, *The Dark Side of Organisations: Mistake, Misconduct, and Disaster*, in *American Review of Sociology*, n. 25/1999, p. 271 e ss. Per gli studi italiani recenti in materia di sociologia dell'organizzazione si rinvia ancora una volta a CATINO, *cit.*

<sup>23</sup> Così, in special modo, REASON, *L'errore umano*, *cit.*, *passim*.

Gaetano Scalise\*

*L'accertamento della causalità nella responsabilità medica: un  
'nesso' inscindibile tra regolamentazione codicistica  
e giurisprudenza di legittimità*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il nesso eziologico nei reati omissivi impropri – 3. La posizione di garanzia del sanitario – 4. (*Segue*) La responsabilità d'*equipe* in campo medico – 5. La giurisprudenza di legittimità: profili applicativi in tema di responsabilità medica.

1. *Introduzione*

Il presente contributo ha l'obiettivo, ma non la pretesa, di raccogliere alcuni spunti di riflessione circa l'ampio dibattito che ha interessato il tema del nesso di causalità nella complessa tematica della responsabilità del sanitario, sulla scorta delle considerazioni elaborate dalla dottrina penalistica e dalla giurisprudenza, anche alla luce dell'opera di Antonio Fiorella cui questa raccolta di scritti è dedicata.

Nei prossimi paragrafi, senza pretesa di esaustività, saranno esaminati i principali e più significativi arresti della Giurisprudenza di legittimità, con specifico riferimento al tema della responsabilità per colpa medica.

2. *Il nesso eziologico nei reati omissivi impropri*

Prima di procedere ad una più approfondita analisi giurisprudenziale del tema, è opportuno evidenziare brevemente che le problematiche in tema di nesso di causalità si manifestano in particolar modo in quei casi in cui il soggetto agente si ponga in contrasto con un obbligo positivo di fare.

La casistica, come noto, è quella relativa ai c.d. reati omissivi impropri<sup>1</sup>

---

\* Avvocato.

<sup>1</sup> Ad essi, si contrappongono i reati omissivi propri, già dotati dal Legislatore di una for-

(o commissivi mediante omissione) per i quali si determina l'innesto del capoverso dell'art. 40 c.p. (clausola di equivalenza) sulle norme di parte speciale di volta in volta astrattamente applicabili. È in questi casi, infatti, che maggiormente si staglia sullo sfondo una problematica di accertamento del rapporto di causalità.

La giurisprudenza, sul punto, sembrerebbe aver accolto l'impostazione naturalistica evidenziando in particolare come, tanto nel caso di contegno attivo quanto in quello di contegno omissivo, sia «identico l'oggetto della spiegazione: un evento del passato; identico il giudizio che si deve compiere per individuare la condizione necessaria; il giudizio contro fattuale teso ad appurare se, senza la condotta attiva od omissiva, l'evento si sarebbe o non si sarebbe verificato; identico è il procedimento da impiegare, in via strumentale, per compiere il giudizio controfattuale: una spiegazione legata all'oggettivo sapere scientifico, che consenta di ricollegare l'evento lesivo ad una serie di condizioni empiriche antecedenti, variabili o statiche»<sup>2</sup>.

Tuttavia, affinché la causazione e il mancato impedimento di un evento risultino penalmente equivalenti, non è sufficiente la mera indagine in ordine alla sussistenza del nesso causale tra l'evento dannoso o pericoloso e la condotta omissiva.

In tal senso, infatti, l'art. 40, comma 2, c.p., nel riferirsi a tutto quel ventaglio di ipotesi riconducibili all'interno del concetto di 'posizione di garanzia', pone su un piano di omogeneità i concetti di azione ed omissione allorquando dalla inosservanza di un obbligo di fare discenda – in termini di *conditio sine qua non* – l'evento dannoso o pericoloso sebbene il soggetto agente fosse titolare dell'obbligo giuridico<sup>3</sup> di impedirne il suo verificarsi.

Nello specifico, la posizione di garanzia, sulla scorta di un criterio funzionale fondato sul contenuto materiale e sugli obiettivi perseguiti dalla posizione di garante può tradursi tanto in una posizione di protezione quanto in una posizione di controllo; la prima, che presuppone uno stato di minorata difesa di un dato bene giuridico per l'incapacità del suo titolare

---

mula in senso omissivo. Un esempio ne è il delitto di omissione di soccorso disciplinato all'art. 593 c.p.

<sup>2</sup> Si veda, da ultimo, Cass. Sez. IV, 15 marzo 2019, Dionisi, rv. 276340.

<sup>3</sup> Secondo la teoria formale, tradizionalmente accolta dalla dottrina penalistica italiana, tali obblighi di garanzia possono derivare esclusivamente da una fonte formale quale la legge, il contratto, la precedente condotta illecita o pericolosa, la *negotiorum gestio* e la consuetudine. Diversamente, la più recente teoria sostanzialistico-funzionale non rinvia la necessità di individuare la violazione di uno specifico obbligo formale ai fini dell'imputazione di un dato evento non impedito; bensì richiede la sussistenza di una posizione sostanziale di garanzia volta ad impedire l'evento e identificabile attraverso criteri materiali (o contenutistici) desunti dalla specifica funzione.

di proteggerlo autonomamente, ha lo scopo di preservare quello stesso bene «da tutti i pericoli che possono minacciarne l'integrità, quale che sia la fonte da cui scaturiscono»<sup>4</sup> laddove la seconda, invece, ha il diverso scopo di «neutralizzare determinate fonti di pericolo in modo da garantire l'integrità di tutti i beni giuridici che ne possono risultare minacciati»<sup>5</sup>.

In conclusione, è in ogni caso opportuno evidenziare come la titolarità di una posizione di garanzia e la sussistenza del nesso causale tra la condotta omissiva del garante e l'evento dannoso non comportino un automatico addebito di responsabilità colposa, essendo, infatti, necessario un accertamento in concreto della violazione, da parte del garante, di una regola cautelare (generica o specifica) e la prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (c.d. principio della concretizzazione del rischio).

È possibile ora delineare i tratti salienti della causalità omissiva impropria con specifico riferimento alla responsabilità per colpa medica, prendendo sinteticamente le mosse dal tema della posizione di garanzia dell'esercente la professione sanitaria per poi, nel successivo ed ultimo paragrafo, ripercorrere i principali arresti giurisprudenziali che hanno segnato il campo dell'indagine dell'accertamento del nesso di causalità nella materia de qua.

### 3. La posizione di garanzia del sanitario

In tema di posizione di garanzia si è ampiamente dibattuto in dottrina e, salvi i brevissimi cenni fatti nel precedente paragrafo, sul punto si rinvia ad una sede più opportuna<sup>6</sup>.

Nel presente paragrafo ci si soffermerà, dunque, unicamente sulla figura dell'esercente la professione medico-sanitaria giacché investito di una posizione di garanzia “in ragione dei compiti di tutela della salute connaturati all'attività svolta”<sup>7</sup>.

È necessario dapprima procedere all'identificazione delle fonti che

<sup>4</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, VIII ed., Torino, 2019, p. 652.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> F. STELLA, *Art. 40 c.p.*, in *Commentario Breve al Codice Penale*, a cura di A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, Cedam, Padova, p. 141.

<sup>7</sup> E. GRECO, *I profili di responsabilità penale e i reati commessi dagli esercenti le professioni sanitarie*, in *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, a cura di A. Oliva, M. Caputo, Giappichelli, Torino 2021, p. 383.



giustificano una posizione di garanzia in capo al sanitario, per comprenderne in un secondo momento contenuto e limiti.

In particolare, l'origine normativa è da rinvenire nella stessa Carta costituzionale, da un lato all'art. 2 laddove fissa i doveri di solidarietà sociale e dall'altro all'art. 32 nella misura in cui la tutela del diritto alla salute si pone quale corollario della relazione medico-paziente.

Ma a comporre la struttura delle fonti concorrono altresì l'accordo negoziale (tanto di natura contrattuale che di fatto) nonché le norme di diritto pubblico (nei casi, ad esempio, di ricovero ospedaliero), sebbene sul punto la Giurisprudenza di Legittimità abbia affermato come, in realtà, ciò conta sia l'instaurazione di una relazione diagnostico-terapeutica tra medico e paziente a prescindere dai «rapporti giuridici tra le parti»<sup>8</sup>.

In sostanza, trattasi di una ipotesi di posizione di garanzia che può manifestarsi sotto forma tanto di posizione di protezione nei confronti dei beni giuridici salute e vita del paziente, quanto di posizione di controllo in capo ai medici che ricoprono un ruolo apicale laddove ci si trovi a valutare l'operato dei loro sottoposti<sup>9</sup>.

In tali ultimi casi, inizialmente la Giurisprudenza di legittimità non ha mancato di avallare forme di responsabilità c.d. di posizione, ovvero radicata esclusivamente sulla mera circostanza che il medico rivestisse funzioni di vertice, così addivenendo ad esempio all'attribuzione al primario della responsabilità per l'intera vicenda terapeutica anche laddove nella stessa siano intervenuti più soggetti.

Successivamente, si è assistito ad un importante cambio di rotta che, ponendo talune limitazioni di contenuto alle attribuzioni del medico in posizione di garanzia, hanno condotto ad un utilizzo più moderato dei principi sopra indicati.

Più nello specifico sono stati individuati, in funzione di temperamento<sup>10</sup>: il riparto di competenze, al fine di rendere punibile esclusivamente la violazione dell'obbligo di fare che rientri nella sfera di specializzazione del sanitario, ad eccezione di quelle ipotesi in cui è richiesto un rigido dovere di controllo sull'operato altrui;

l'effettività dei poteri di impedimento sotto forma di concreta possibilità di scongiurare l'evento dannoso mediante una contro-azione<sup>11</sup>;

---

<sup>8</sup> *Ibidem*. Ma sul punto si veda anche Cass. Sez., IV, 19 febbraio 2013, n. 7967.

<sup>9</sup> In questi termini, di recente, Cass. Sez. IV, 29 settembre 2020, n. 28316.

<sup>10</sup> GRECO, *I profili di responsabilità penale e i reati commessi dagli esercenti le professioni sanitarie*, cit., p. 385.

<sup>11</sup> Da ultimo si veda Cass. Sez. IV, 29 marzo 2019, n. 17491.

la delega di funzioni – istituto di origine gius-lavoristica<sup>12</sup> – che permette il trasferimento dei compiti gestionali ed esecutivi dal garante originario ad un terzo che diviene soggetto delegato.

la gravità dell'errore altrui, secondo cui il medico è giuridicamente obbligato ad attivarsi esclusivamente allorquando l'errore commesso da un collega sia riconoscibile e manifesto.

#### 4. (Segue). *La responsabilità d'equipe in campo medico*

Ed è sullo sfondo dell'ultimo limite cui si è fatto poc'anzi cenno che si rivela il concetto di responsabilità d'*equipe*, ovvero di quella tipologia di attività medica caratterizzata dalla cooperazione di più operatori sanitari nella cura di un paziente.

In particolare, il quesito principale che si pone qui è fortemente legato alla portata applicativa del principio di affidamento alla stregua del quale «ciascun soggetto può e deve poter confidare nel corretto comportamento degli altri soggetti, cioè nel rispetto da parte loro delle “regole cautelari”, scritte o non scritte, proprie delle rispettive attività da essi svolte ed aventi la funzione preventiva di escludere o contenere la pericolosità delle stesse»<sup>13</sup>.

Nello specifico l'applicazione del principio di affidamento – seppure non inteso in termini assoluti – contribuisce a delimitare i doveri incombenti su ciascun sanitario, conciliando così il principio della personalità della responsabilità penale con la crescente specializzazione e divisione del lavoro in ambito medico.

Ci si è chiesti, dunque, quali siano i presupposti affinché il componente l'*equipe* medica risponda per un errore altrui.

Scongiurato ogni equivoco circa la possibilità di applicare il principio di affidamento in termini assoluti in quanto così facendo si giungerebbe alla determinazione di un effetto deresponsabilizzante in capo a ciascun sanitario che risponderebbe solo del corretto adempimento dei doveri di diligenza e perizia, si è addivenuti ad una formulazione ermeneutica maggiormente rispondente ai principi generali.

È stato così stabilito in sede giurisprudenziale che sussiste in capo a ciascun componente dell'*equipe* un obbligo di controllo e valutazione

<sup>12</sup> Su cui si veda, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze 1988, p. 119.

<sup>13</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in «RIDPP», 2009, p. 536.

dell'operato – che può financo tradursi in un intervento correttivo – esclusivamente qualora tale intervento abbia ad oggetto un errore evidente e non settoriale<sup>14</sup>, non potendosi configurare aprioristicamente una responsabilità di gruppo<sup>15</sup>.

Giungiamo così, a conclusione del presente lavoro, ad affrontare l'ultima grande tematica – cui già si è fatto cenno – relativa all'accertamento del nesso causale nelle ipotesi di colpa medica, segnatamente attraverso un'analisi delle principali pronunce della Corte di cassazione che ci permetteranno altresì di ripercorrere, seppur brevemente, le linee evolutive del pensiero giurisprudenziale in materia.

#### *6. La giurisprudenza di legittimità: profili applicativi in tema di responsabilità medica*

Abbiamo già accennato come, se è vero che alla base dell'accertamento del nesso causale tra condotta attiva od omissiva ed evento, vi sia la necessità, in virtù dell'orientamento ad oggi dominante, di fare riferimento alle leggi scientifiche o universali di copertura, è altrettanto vero come tali verifiche non possano sempre ed inequivocabilmente raggiungere il grado della certezza.

Ciò posto, il vero problema diventa allora quello di capire quale sia il grado di probabilità necessario e sufficiente per poter affermare la sussistenza del nesso causale nelle ipotesi di colpa medica.

Nel tempo a questo interrogativo è stata data una risposta differente a seconda che si trattasse di causalità attiva ovvero di causalità omissiva, sebbene sia opportuno evidenziare sin da subito come le più significative pronunce in tema di nesso causale siano intervenute nell'ambito della trattazione di situazioni riferibili a condotte omissive.

Nello specifico, per il caso di condotta di azione la dottrina riteneva che, al fine di poter attribuire l'evento al soggetto agente, fosse necessario che, in mancanza del comportamento dallo stesso posto in essere, l'evento con alto grado di probabilità, non si sarebbe verificato.

Nel caso di condotta di omissione, invece, in ossequio alla concezione

---

<sup>14</sup> Esemplificativa in tal senso, Cass. Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329, rv. 264366, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>.

<sup>15</sup> Cass. Sez. IV, 21 novembre 2019, n. 49774, rv. 277422, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>; Cass. Sez. IV, 12 febbraio 2019, n. 30626, rv. 276792, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>.

normativa della causalità omissiva di cui prima si è trattato, si diceva che non fosse possibile esigere lo stesso livello di rigore richiesto nell'ambito del nesso causale attivo; ci si doveva dunque accontentare della prova che l'azione doverosa, supposta mentalmente come realizzata, sarebbe valsa ad impedire l'evento con una probabilità non necessariamente vicina alla certezza.

Su questo secondo punto, la Corte di legittimità ha infatti tradizionalmente elaborato degli indirizzi giurisprudenziali particolarmente severi al fine di garantire una massima tutela a beni quali la vita e l'incolumità individuale.

L'ambiguità venutasi a creare fu terreno fertile per l'intervento delle Sezioni Unite nella nota sentenza n. 30328 del 2002, Franzese, ad oggi punto di riferimento indiscusso in tema di interpretazione delle modalità, in concreto, di accertamento del rapporto di causalità.

Al fine di rispondere all'interrogativo posto loro<sup>16</sup>, i Giudici di legittimità, sulla scorta dell'idea che debba essere rifiutato qualsiasi automatismo in ordine all'accertamento dell'evento, hanno recepito la distinzione tra probabilità statistica e probabilità logica, affermando in particolare che: per probabilità statistica dovrà intendersi l'individuazione della frequenza percentuale caratterizzante una data successione di eventi; per altro verso, la probabilità logica, si presenterà come una «verifica aggiuntiva che consiste nella attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale».

Da qui la conclusione che ne trae la Corte, alla stregua della quale i coefficienti di probabilità non prossimi ad uno potranno comunque, se corroborati dall'insussistenza di fattori eziologici alternativi, portare all'affermazione dell'esistenza del nesso causale. Viceversa, qualora nonostante l'altissimo livello probabilistico il quadro probatorio risultasse inidoneo a consentire la rilevanza di condotte alternative a quella, in concreto, posta in essere dal sanitario, tale circostanza non potrà da sola giustificare di per sé la sussistenza del rapporto causale.

Viene qui in rilievo il concetto di giudizio controfattuale, diretto a stabilire se l'azione o le condotte positive ritenute doverose e invece omesse, nel caso concreto, ove ipotizzate come poste in essere dall'imputato, sarebbero state idonee a evitare l'evento o a ritardarne significativamente la sopravvenienza,

<sup>16</sup> Se «in tema di reato colposo omissivo improprio, la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento, con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale del medico - chirurgo, debba essere ricondotta all'accertamento che con il comportamento dovuto ed omesso l'evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità "vicino alla certezza", e cioè in una percentuale di casi "quasi prossima a cento", ovvero siano sufficienti, a tal fine, soltanto "serie ed apprezzabili probabilità di successo" della condotta che avrebbe potuto impedire l'evento».

posto comunque che l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano l'esito assolutorio del giudizio<sup>17</sup>.

È stato osservato come tale verifica deve in concreto operarsi, in termini di 'alto grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica', secondo tutte le circostanze che connotano il caso, e non già in termini di mera probabilità statistica pur rivelatrice di 'serie e apprezzabili probabilità di successo' per l'azione impeditiva dell'evento<sup>18</sup>.

Posta in questi termini la questione, 'l'alta o elevata credibilità razionale' di cui alla sentenza de qua, secondo alcuni autori rischierebbe di dissolvere la rilevanza del tasso di probabilità nel libero convincimento del giudice, a nulla rilevando la possibilità di verificare la presenza di una eventuale causa diversa e ulteriore, giacché risulterà difficilmente utilizzabile in tutti quei casi ad esempio in cui l'insufficienza di conoscenze scientifiche non permetta di stabilire quali fattori abbiano potuto generare l'evento dannoso, con conseguente rischio di eccessiva responsabilizzazione in capo al medico<sup>19</sup>.

La giurisprudenza subito successiva alla sentenza Franzese ha recepito pressoché in toto i principi ivi enunciati<sup>20</sup>, fissando un nucleo di fondo intangibile rappresentato dalle leggi di copertura.

Inoltre, con lo scopo di meglio definirlo, si è tentato di 'rimaneggiare' quanto in precedenza autorevolmente stabilito dal Supremo Consesso, ad esempio affermando come il criterio della probabilità logica possa essere sussunto nella formula della 'ragionevole umana certezza', con contestuale ampio rilievo dato alla verifica dell'evento dannoso così come in concreto si è realizzato<sup>21</sup>.

Più di recente, la Corte di cassazione sembra si stia orientando verso una apertura, più aderente ai principi di diritto, nella definizione del concetto, da una parte di probabilità e, dall'altra, di valutazione dell'evento in concreto.

Sotto il primo profilo, va segnalata, anzitutto, la sentenza n. 24922

<sup>17</sup> Cfr., di recente, Cass. Sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 2865.

<sup>18</sup> In questi termini si veda, altresì, Cass. Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 20650.

<sup>19</sup> FIORELLA, *La struttura del diritto penale*, cit., p. 268.

<sup>20</sup> A tal proposito si veda, a titolo di esempio, la sentenza n. 4177 del 2017 nell'ambito della quale si è confermato che la risposta sulla sussistenza o meno del nesso eziologico non può essere, «*esaustivamente e semplicisticamente trovata, sempre e comunque, nelle leggi statistiche*», sebbene non si possa in ogni caso trascurarle, essendo «*solo uno degli elementi che il giudice può e deve considerare, unitamente a tutte le altre emergenze del caso concreto*».

<sup>21</sup> Così, Cass. Sez. IV, 12 novembre 2013, n. 8073.

del 2019, dove gli Ermellini, decidendo un ricorso proposto ed illustrato in udienza dal Prof. Fiorella e da chi scrive, sono intervenuti chiarendo «che una percentuale intorno al 59% non può costituire indice di “elevata probabilità” di sopravvivenza, non fosse altro perché residuerebbe una altrettanto elevata percentuale di morte della paziente pari al 41%». A tal proposito, la Corte non ha poi mancato di rilevare, sulla scorta di insegnamenti oramai consolidati, come sia necessario «corroborare i dati statistici provenienti dalle leggi scientifiche utilizzate, con precisi elementi fattuali, di carattere indiziario, idonei a comprovare, con elevato grado di credibilità razionale, che una tempestiva diagnosi dei medici avrebbe certamente salvato la vita della paziente».

D'altro canto, in tema di struttura controfattuale, con una successiva decisione<sup>22</sup> ha posto in evidenza come, per stabilire rilievo alla condotta umana (nella specie: l'effetto salvifico delle cure omesse), il giudizio debba fondarsi «non solo su affidabili informazioni scientifiche ma anche sulle contingenze significative del caso concreto, dovendosi comprendere: a) qual è solitamente l'andamento della patologia in concreto accertata; b) qual è normalmente l'efficacia delle terapie; c) quali sono i fattori che solitamente influenzano il successo degli sforzi terapeutici».

Da ultimo, occorre porre alcuni cenni alla problematica inerente all'interruzione del nesso causale nel caso di negligenze sopravvenute da parte di operatori sanitari, ovvero in quelle ipotesi in cui, alla catena eziologica che ha portato alla morte/lesione della persona offesa/paziente, si aggiungano successive condotte colpose con cui vengono omessi gli interventi necessari a evitare il decesso/lesione della vittima.

Sul punto, si è registrata una scissione giurisprudenziale della problematica in due questioni separate e distinte, l'una riferibile all'intervento di un fattore di interruzione del nesso causale *ex art. 41*, secondo comma c.p., e l'altra al c.d. principio di affidamento, ovvero il generale obbligo cautelare di prevenire l'inosservanza delle regole e delle *leges artis* da parte degli altri soggetti.

In merito al primo profilo, un orientamento giurisprudenziale, servendosi dei principi affermati in materia di abnormità della condotta della persona offesa e di rapporto eziologico tra comportamento colposo ed evento, ha precisato che ha efficacia interruttiva la causa sopravvenuta che inneschi un rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto a quello attivato dalla prima condotta<sup>23</sup> o, comunque, estranea alla

<sup>22</sup> Cass. Sez. IV, 4 marzo 2020, n. 10175.

<sup>23</sup> Cass. Sez. IV, 6 giugno 2017, n. 33770; Cass. Sez. IV, 16 maggio 2017, n. 28010.

sfera di rischio gestita dal garante<sup>24</sup>.

In ordine a questo secondo aspetto, più in particolare, l'allusione va a quell'orientamento, che come si è visto affonda le proprie origini nell'ambito della tematica della sicurezza sul lavoro, secondo il quale non è necessario il sopraggiungere di un fattore eccezionale al fine di accertare l'interruzione del nesso causale, ma, piuttosto, che il comportamento del soggetto agente sia qualificabile come 'eccentrico' rispetto al rischio che il 'garante' è chiamato a governare.

A tal proposito, la Suprema Corte<sup>25</sup> declinando il criterio di cui si discute nell'ambito del rischio terapeutico<sup>26</sup>, ha osservato che «la teoria del rischio, evocata dalle Sezioni unite nel 2014, offre strumenti di analisi determinati e penetranti basati: sull'individuazione del rischio quale chiave di volta per la lettura degli intrecci causali; sull'analisi dei fattori sopravvenuti la cui concausalità è determinante e di significato tale da assorbire la spiegazione giuridica esclusiva dell'evento; e sulla comparazione valoriale tra i diversi rischi». In tale ambito ricostruttivo, si è chiarito che il criterio ermeneutico in esame ben può risolvere le situazioni di cui qui oggi si discute, nelle quali il fattore aggravante insorge nell'ambito dell'attività di cura posta in essere da diversi professionisti.

Al riguardo, si è considerato che l'approccio fondato sulla comparazione dei rischi consente di selezionare l'imputazione causale dell'evento, per 'interruzione' del nesso causale, quando la condotta colposa del medico intervenga dopo che il pericolo originario era stato debellato da precedenti cure; ovvero, nel caso in cui al primo sanitario che ebbe in cura il paziente, che pure tenne una condotta terapeutica inappropriata sulla base di un errore non grave, faccia seguito un ulteriore errore, ad opera di altro sanitario, tale da innescare un rischio nuovo, incommensurabile e letale”.

Diversamente, in tema di principio di affidamento, i Giudici di legittimità, sulla scorta di precedenti insegnamenti, hanno invece chiarito che «non può parlarsi di affidamento sull'operato altrui quando colui che si affida sia in colpa per aver violato determinate norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che

---

<sup>24</sup> Cass. Sez. IV, 25 febbraio 2020, n. 22691, rv. 279513, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>; Cass. Sez. IV, 29 novembre 2017, n. 13312; Cass. Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329.

<sup>25</sup> Cass. Sez. IV, 14 aprile 2016, n. 15493.

<sup>26</sup> Sul punto si veda anche, Cass. Sez. IV, 5 maggio 2015, n. 33329, rv. 264365, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>. Con riferimento alla posizione dello specializzando si veda di recente, Cass. Sez. IV, 6 marzo 2019, n. 20270, rv. 276238, in <<http://www.italgiure.giustizia.it>>.

gli succedono nella stessa posizione di garanzia, eliminino la violazione o pongano rimedio alla omissione, con la conseguenza che qualora, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto o potuto impedire, esso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo assurgere a fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento»<sup>27</sup>.

Il principio di affidamento, infatti, consente di perimetrare la responsabilità del sanitario che operi all'interno di un'équipe, rendendo tale forma di responsabilità compatibile con il principio personalistico della responsabilità penale espresso dalla Costituzione, e assicurando al medico di poter operare in serenità, concentrando la propria attenzione sugli specifici compiti allo stesso affidati in base alla propria specializzazione; d'altra parte, però, il limite della manifesta inaffidabilità del terzo, imponendo al sanitario di attivarsi qualora riscontri la grave imperizia di un collega, realizza quella esigenza di garanzia della salute del paziente - a cui la normativa in materia di attività medico-chirurgica mira - che verrebbe sacrificata qualora il principio di affidamento si spingesse fino a escludere la responsabilità del sanitario che abbia tenuto un atteggiamento sciatto e indifferente rispetto al bene giuridico tutelato.

In conclusione, risulta evidente l'orientamento ormai consolidatosi in materia di responsabilità medica nella valutazione del nesso di causa dalla sentenza *Franzese* in poi.

L'aspetto essenziale perché il giudice possa effettuare il c.d. giudizio controfattuale, oltre all'individuazione della legge di copertura, diventa la ricostruzione di tutti gli aspetti che caratterizzano il singolo caso concreto, a partire dalle caratteristiche del paziente (condizioni fisiche, età, malattie concomitanti), e dallo sviluppo della malattia (cause, effetti, tempistiche, eventuali terapie) nonché, in alcuni casi, le caratteristiche stesse della realtà ospedaliera in cui si sia verificato l'evento infausto, fino ad arrivare a tener conto anche degli altri fattori che possono interrompere la relazione causale, laddove inneschino un rischio nuovo, incommensurabile e letale, o le condotte di altri operatori su cui l'agente ha fatto 'affidamento'.

Solo la valutazione globale di tutti questi elementi può consentire di addivenire ad un corretto giudizio sulla sussistenza del nesso causale, ove si raggiunga un 'elevato grado di probabilità logica' di derivazione causale tra la condotta doverosa contestata al sanitario e l'evento lesivo, non interrotta da altri fattori.

La valutazione relativa alle probabilità salvifiche della condotta doverosa

<sup>27</sup> Cass. Sez. IV, 26 gennaio 2018, n. 3869.



deve, così, essere effettuata tenendo conto non solo del mero coefficiente di probabilità statistica della legge di copertura, ma della specifica caratterizzazione del fatto storico, dando rilievo alla valutazione delle peculiarità del caso concreto anche al fine di individuare la reale efficacia condizionante dell'azione/omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo.

Mario Trapani\*

*“Elementi negativi a contenuto negativo”?*  
*Contributo ad una analisi strutturale del “fatto di reato”*

SOMMARIO: 1. Gli elementi costitutivi della struttura del fatto di reato. Elementi positivi e negativi. Le diverse tipologie di elementi negativi – 2. Gli elementi negativi a contenuto negativo. Il ruolo delle “presunzioni” – 3. Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nei reati di pericolo presunto – 4. Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nella colpa specifica e nei reati aggravati dall’evento – 5. L’elemento negativo a contenuto negativo come oggetto di prova contraria rispetto alla presunzione.

*1. Gli elementi costitutivi della struttura del fatto di reato. Elementi positivi e negativi. Le diverse tipologie di elementi negativi*

Nell’analisi “strutturale” degli elementi costitutivi del “fatto di reato”<sup>1</sup>, già da tempo la migliore dottrina penalistica italiana<sup>2</sup>, aggruppando detti elementi nelle due categorie concettuali basiche del “fatto oggettivo” e

\* Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Roma Tre.

<sup>1</sup> L’importanza di un approccio “strutturale” ai fini di una corretta comprensione del fenomeno giuridico è sottolineata da A. FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979, p. 13 ss.; più ampiamente, da ultimo, ID., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, Giappichelli, 2018, *Premessa*; Autore che con questo scritto si intende omaggiare. Già in precedenza, fondamentali in questa direzione metodologica sono, nell’ambito della dottrina penalistica, i lavori di P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, Cedam, 1972, rist., spec. p. 37 ss. e di M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952 (XX), p. 227 ss., laddove – nell’individuazione della natura giuridica e della conseguente posizione sistematica delle cause di giustificazione – ricorrono, rispettivamente, secondo un metodo tipicamente strutturale, al concetto di “limite della norma-base” e di “elemento negativo” del fatto di reato.

<sup>2</sup> GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, Torino, Giappichelli, 2020, spec. pp. 225-227, 287-288, 307-310, 399-403, 436-438. In precedenza, per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16<sup>a</sup> ed. aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*, sulla scia della tradizione italiana della Scuola Classica da Carmignani a Carrara.

dell'“elemento soggettivo”, ha poi – in questa prospettiva “bipartita” – correttamente distinto, nella duplice dimensione sia oggettiva che soggettiva, tra “elementi positivi”, la cui “presenza” è necessaria per l'integrazione del reato, ed “elementi negativi”, che debbono viceversa “mancare”. Più in particolare, in questa stessa logica, si è ulteriormente distinto, nell'ambito degli elementi positivi, tra “elementi positivi costruiti positivamente” (o “a contenuto positivo”), algebricamente rappresentabili con la formula  $+$  ( $+ X$ ), come ad es. la morte di un uomo nel delitto di omicidio doloso, ed “elementi positivi costruiti negativamente” (o “a contenuto negativo”), algebricamente rappresentabili con la formula  $+$  ( $- X$ ), come ad es. il mancato consenso nel delitto di violazione di domicilio. Diversa struttura che si riverbera anzitutto sull'“oggetto del dolo”: nel senso che, per l'integrazione del dolo, trattandosi di elementi positivi “a contenuto positivo”, è necessaria la “positiva rappresentazione” della loro “(oggettiva) esistenza”; mentre, per gli elementi positivi ma “a contenuto negativo”, occorre la “positiva rappresentazione” della loro “(oggettiva) mancanza”.

I problemi sorgono per gli “elementi negativi”. Ciò, non solo perché l'idea – a mio avviso l'unica “logica” in una corretta prospettiva di analisi “strutturale” degli elementi costitutivi del fatto di reato – del ricorso alla categoria degli “elementi negativi” del reato, sotto la quale vengono anzitutto ricondotte le “cause di giustificazione” come requisiti appartenenti al “tipo di illecito”, è accolta – quale necessaria conseguenza di certe premesse – dai sostenitori della teoria della c.d. “bipartizione”, oggi minoritaria nella dottrina penalistica viceversa ancora saldamente ancorata alla visione c.d. “tripartita” (fatto tipico, antigiuridicità oggettiva, colpevolezza; ovvero, secondo una visione più raffinata *post-welzeliana*, illecito, composto, da un lato, da fatto tipico – oggettivo e soggettivo – e antigiuridicità oggettiva, dall'altro, dalla colpevolezza depurata dal dolo e dalla colpa); ma anche per una errata interpretazione di quanto dovrebbe logicamente discendere dalla effettiva “natura giuridica” di ciò che deve *propriamente* intendersi come “elemento negativo” del fatto di reato.

È noto infatti come una delle principali obiezioni da sempre ripetute contro la riconduzione delle “cause di giustificazione” fra gli “elementi negativi” del “tipo di reato” sia che, se le cause di giustificazione facessero realmente parte del “fatto di reato” sia pure come suoi “elementi negativi”, essendo necessario per aversi “dolo” (elemento soggettivo basato su processi psichici *effettivi*) la (positiva) “rappresentazione” di tutti gli elementi costitutivi del fatto stesso, ne discenderebbe allora, per potersi parlare di dolo, la positiva “rappresentazione” della “mancanza” di tutte le cause

di giustificazione previste dall’ordinamento; il che (a parte ogni altra considerazione) sarebbe, con ogni evidenza, “psicologicamente” assurdo<sup>3</sup>.

Ora, una tale obiezione dimostra, con ogni evidenza, la mancata percezione della effettiva “natura” di ciò che, sul piano logico, viene definito come “elemento negativo”. “Elemento negativo” in senso proprio, algebricamente rappresentabile – se “a contenuto positivo” – con la formula – (+ X), riferito al “fatto di reato”, è, dal punto di vista strutturale, un requisito che deve oggettivamente “mancare” e soggettivamente “non essere rappresentato”<sup>4</sup> perché venga integrato il “fatto tipico” di reato (doloso). Chi afferma viceversa – al fine di escludere la correttezza logica della teoria della “bipartizione” – che l’elemento negativo è quel requisito, non di cui, per aversi dolo, (“in negativo”, appunto) “non ci si deve rappresentare la presenza”, ma di cui (“in positivo”) “ci si deve rappresentare la mancanza”, *confonde palesemente ciò che, sul piano logico, costituisce “elemento negativo” con l’“elemento positivo costruito negativamente”* (come il mancato consenso nella violazione di domicilio)<sup>5</sup>.

Questa confusione concettuale deriva dalla circostanza che il lemma “elemento negativo” è, di per sé considerato, dal punto di vista squisitamente linguistico, un *termine del tutto generico*. Infatti, il termine “elemento negativo”, inteso genericamente – meglio: atecnicamente –, come qualcosa che deve “mancare” (per la verifica di qualcosa), può assumere *almeno tre significati* assolutamente distinti tra loro nella prospettiva della integrazione di un “fatto di reato”. Anzitutto, come “*elemento positivo a contenuto negativo*”, ossia elemento che – in quanto comunque “positivo” – non solo deve oggettivamente mancare (più esattamente: deve esserne “presente” la

<sup>3</sup> Di “rappresentazione della mancanza” di “tutte” le cause di giustificazione per aversi dolo parlava già R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum*, Giessen, A. Töpelmann, 1907, p. 533 ss. (nel primo lavoro che, nella moderna dottrina tedesca, segna il passaggio dalla concezione “psicologica” a quella “normativa” della “colpevolezza”, intesa come “rimproverabilità”). Questa affermazione di Frank, che – a proposito della posizione sistematica delle cause di giustificazione nella struttura del reato come “elementi negativi” – confonde gli elementi negativi in senso proprio con gli elementi positivi a contenuto negativo (*infra* nel testo), è stata, come noto, frequentemente utilizzata da larga parte della dottrina tedesca – ma non solo – come uno degli argomenti per escludere la correttezza della concezione delle cause di giustificazione quali “elementi negativi” della “tipicità” del fatto.

<sup>4</sup> Più specificamente, un elemento di cui deve oggettivamente “mancare la presenza” e soggettivamente “mancare la rappresentazione”.

<sup>5</sup> GALLO, *Diritto penale*, cit. pp. 287-288. Palese questa confusione in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 221 e 384.

“mancanza” per la integrazione del “fatto oggettivo” di reato) e di cui ci si deve “rappresentare la mancanza” (per aversi “dolo”), come si ricava dalla formula algebrica  $+ (- X)$ , ma di cui, processualmente, si deve altresì positivamente “provare la mancanza”, sia sul piano oggettivo che soggettivo (oltretutto, trattandosi di elemento di “addebito” ai fini dell’“imputazione” processuale, «al di là di ogni ragionevole dubbio»: art. 533 comma 1 c.p.p.), per potere ritenere un soggetto autore di un “fatto di reato”. In secondo luogo, come ciò che possiamo stipulativamente definire “*elemento negativo-impeditivo*”, ossia elemento la cui presenza “nega”, in quanto appunto “impedisce”, la integrazione di un qualunque “elemento positivo”<sup>6</sup>, sia oggettivo che soggettivo (si pensi ad es. all’errore sul fatto di reato quale elemento negativo-impeditivo del dolo e al “fattore eccezionale sopravvenuto” quale elemento negativo-impeditivo del nesso causale penalmente rilevante). Infine, come “*elemento negativo*” che potremmo anche stipulativamente definire “*in senso stretto o proprio*”, ossia di elemento che “*si aggiunge*” agli elementi positivi sia pure con valenza “negativa”; nel senso che, come detto, per l’integrazione del “fatto oggettivo di reato”, deve oggettivamente “mancare” (più esattamente: ne deve “mancare” la “presenza”), di cui, per aversi “dolo”, ci si deve “non rappresentare la presenza”, come si ricava dalla formula algebrica  $- (+ X)$ , e di cui processualmente deve “mancare” del tutto la “prova dell’esistenza” sia sul piano oggettivo che soggettivo.

“Elementi negativi in senso proprio” generalmente identificati, dalla stessa dottrina “bipartita”, con le “cause di giustificazione”, che tuttavia, a mio parere, non ne esauriscono la categoria. Come in altra sede ho già cercato di dimostrare, deve infatti essere logicamente considerato “elemento negativo” in senso stretto anche l’“*elemento specializzante-differenziale*” con riferimento al “fatto di reato” c.d. “generale” (si pensi alla relazione strutturale intercorrente tra l’omicidio doloso e l’omicidio del consenziente, dove l’elemento specializzante-degradante costituito dal consenso della vittima rappresenta un “elemento negativo”, sia pure “*implicito*”, del “fatto” di omicidio doloso comune, con conseguente “incompatibilità” tra i due “tipi” di reato)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Non mancano tuttavia anche “elementi negativi-impeditivi” di “elementi negativi” in senso stretto: si pensi, ad es., al «particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo» la cui presenza “impedisce” la integrazione della scriminante dello stato di necessità (art. 54 comma 2 c.p.). Ma anche – come vedremo *infra*, par. 4 – “elementi negativi-impeditivi” di “elementi negativi a contenuto negativo”. Breve: a ciascuna tipologia di elementi del fatto di reato, positivi o negativi, corrisponde simmetricamente una categoria di elementi negativi-impeditivi.

<sup>7</sup> M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, I, Torino, Giappichelli, 2006,

È noto, a sua volta, come quest’ultima categoria degli “elementi negativi in senso proprio” – in particolare, se riferita alle cause di giustificazione – sia stata, viceversa, spesso confusa da parte anche di autorevole dottrina ora con la categoria degli “elementi negativi-impeditivi”<sup>8</sup>, ora con la categoria degli “elementi positivi a contenuto negativo”<sup>9</sup>.

Con riferimento specifico alle cause di giustificazione, queste sono viste come “elementi negativi in senso proprio” dai teorici della “bipartizione” nel senso che è la loro oggettiva “presenza” e la loro positiva “rappresentazione” ad *escludere* l’integrazione del “fatto tipico di reato” (rispettivamente, dal punto di vista dell’elemento oggettivo e di quello soggettivo doloso: arg. *ex* art. 59 commi 1 e 4 c.p.); così come, per l’accertamento processuale del fatto di reato, è necessaria la *assoluta “mancanza di prova” della loro “presenza”*, nel senso, in particolare, che basta l’insinuazione anche del semplice “dubbio” sulla loro esistenza per escludere la verifica del fatto di reato (arg. *ex* art. 530 comma 3 c.p.p.).

Ma, anche muovendo dalla prospettiva della “tripartizione”, le “cause di giustificazione” costituiscono pur sempre “elementi negativi”, non tuttavia del “tipo” ma della c.d. “antigiuridicità oggettiva”, in particolare come suoi elementi “negativi-impeditivi”. Nel senso che, secondo i tripartiti, le scriminanti sarebbero elementi che debbono “mancare” per l’esistenza dell’“antigiuridicità”, più esattamente, della valutazione – definitiva – di “antigiuridicità” del “fatto tipico” (per suo contrasto con l’intero ordinamento giuridico), “impedendone” appunto l’integrazione.

Questa diversa collocazione delle cause di giustificazione sul piano sistematico secondo la dottrina bipartita e quella tripartita, se non comporta alcuna conseguenza pratica sul piano dell’aspetto “oggettivo” dell’illecito, si riverbera viceversa – e in modo radicale – sull’elemento “soggettivo” del reato. Infatti, anche a prescindere dalla circostanza che la maggioranza dei tripartiti, almeno da Welzel in poi, ritiene necessaria, per l’integrazione della scriminante o, come pure anche si dice, del “tipo di permesso-liceità”, altresì la positiva rappresentazione del fatto che la costituisce (ad es., per l’operatività della legittima difesa occorrerebbe che l’agredito si rappresenti l’aggressione, agendo conseguentemente col c.d. *animus defendendi* e

---

p. 220 ss.

<sup>8</sup> Si veda infatti ad es. G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930, p. 34 ss., secondo cui le cause di giustificazione non potrebbero considerarsi “elementi negativi” del “tipo” di illecito in quanto non escluderebbero – appunto “negandola” – l’esistenza di nessuno degli elementi “positivi” costitutivi del fatto di reato (come la condotta, l’evento o il nesso causale).

<sup>9</sup> *Retro*, note 3 e 5.

quindi – si aggiunge – con la consapevolezza di agire “lecitamente”; il che, sia detto per inciso, contrasta palesemente con la disciplina dettata dal nostro art. 59 comma 1 c.p.)<sup>10</sup>, in caso di “supposizione erronea” della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione (riconosciuta dall’ordinamento), ritenendo la scriminante “elemento negativo” (in senso stretto) del “fatto tipico” di reato, detto errore escluderebbe il “dolo” (così come stabilito espressamente, non a caso, nell’ordinamento italiano dall’art. 59 comma 4 c.p.); mentre, ritenendola “elemento negativo” del requisito dell’“antigiuridicità”, detto errore, incidendo su un requisito “esterno” al “fatto tipico”, comporterebbe (il che non sarebbe a mio avviso comunque corretto)<sup>11</sup> – almeno a volere essere coerenti con le premesse<sup>12</sup> – la (erronea) rappresentazione della “liceità” di un comportamento viceversa “illecito” sia oggettivamente che soggettivamente, traducendosi quindi non in un “errore sul fatto tipico” (limitato, secondo i tripartiti, ai suoi soli requisiti “positivi”) ma in un vero e proprio “errore sul divieto”, “scusabile” quindi solo se “inevitabile”, ossia “incolpevole” (ai sensi, nell’ordinamento italiano, dell’art. 5 c.p.).

Se dunque, considerando le cause di giustificazione “elementi negativi” del “tipo di illecito”, esse debbono oggettivamente “mancare” perché si abbia il “fatto oggettivo” di reato, soggettivamente essere “non rappresentate” perché si abbia il “dolo” e di cui deve assolutamente “mancare” la “prova” per l’affermazione processuale dell’esistenza di un fatto di reato al completo dei suoi requisiti costitutivi, ciò significa, logicamente, che le cause di giustificazione debbono essere considerate *strutturalmente* “*elementi negativi a contenuto positivo*”, algebricamente rappresentabili – come detto – con la formula – (+ X).

<sup>10</sup> Secondo l’art. 59 comma 1 c.p., infatti, «Le circostanze che [...] escludono la pena sono valutate a favore dell’agente *anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti*».

<sup>11</sup> Nel senso che la rappresentazione della presenza dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione, non importa se solo erroneamente supposta ovvero anche oggettivamente esistente, non si accompagna necessariamente anche con la rappresentazione della “liceità” del proprio comportamento si veda GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 433.

<sup>12</sup> Come è il caso di Welzel e dei welzeliani di stretta osservanza, che riconducono questa situazione ad un “errore di proibizione”. Non mi sembra viceversa coerente con le premesse teoriche da cui muove quella parte della dottrina tripartita *post-welzeliana* di lingua o di ascendenza culturale tedesca che, ravvisando una “similitudine strutturale” nell’oggetto dell’errore tra la supposizione erronea dei presupposti “di fatto” di una causa di giustificazione e l’errore sugli elementi che costituiscono “in positivo” la descrizione del “fatto di reato”, ritengono applicabile la stessa disciplina dell’“errore sul tipo” di illecito, con conseguente *esclusione* anche in questo caso del “dolo”, quantomeno in via “analogica”.

## 2. Gli elementi negativi a contenuto negativo. Il ruolo delle “presunzioni”

A questo punto si impone però una domanda: esistono, nella struttura del “fatto tipico” di reato, accanto agli “elementi positivi a contenuto positivo”, agli “elementi positivi a contenuto negativo” e agli “elementi negativi a contenuto positivo”, anche requisiti *strutturalmente* qualificabili come “elementi negativi a contenuto negativo”?

La domanda, che a mio parere merita risposta affermativa, consente, come subito vedremo, di risolvere nel modo più logico tutta una serie di problemi che da tempo costituiscono oggetto di attenta riflessione dommatica (e sistematica) da parte della dottrina penalistica.

Dal punto di vista strutturale, gli “elementi negativi a contenuto negativo”, in quanto rappresentabili algebricamente con la formula  $-(-X)$ , sono logicamente quelli di cui deve *oggettivamente* “mancare la mancanza” per l’affermazione dell’esistenza del “tipo oggettivo”, *soggettivamente* essere “non rappresentata la mancanza” per l’esistenza del “dolo” e di cui deve *processualmente* “mancare la prova” della loro “mancanza”, sia sotto l’aspetto oggettivo che soggettivo, per potere ritenere una persona autore del fatto di reato.

L’obiezione che si potrebbe a questo punto immediatamente porre è che, siccome, dal punto di vista logico, due negazioni si elidono reciprocamente, parlare di “mancanza di mancanza” di qualcosa significherebbe in realtà, alla fine, richiederne la effettiva “presenza”: algebricamente infatti  $-(-X)$  è uguale a  $+X$ . Con la inevitabile conseguenza che il c.d. “elemento negativo a contenuto negativo”, risolvendosi allora in un vero e proprio “elemento positivo” (“a contenuto positivo”), nell’analisi degli elementi costitutivi del fatto di reato perderebbe qualunque “autonomia”, oltre che logica, “sistematica”.

A questo proposito, occorre tuttavia notare come, nell’accertamento di determinati “fatti di reato”, *per come sono strutturati* non è la “positiva” presenza di una certa situazione di fatto a determinare l’integrazione dell’illecito e quindi a “fondare” la punibilità del suo autore ma, tutt’al contrario, la sua “mancanza” ad “escluderla”. Il che significa, ragionando *ex adverso*, come, per “fondare” in questi casi la responsabilità dell’autore del fatto, sia logicamente necessaria la verifica della *situazione opposta*, ossia appunto la “mancanza della mancanza” di quell’elemento. Situazione dunque da non confondere con la “mancanza” di un elemento negativo ma “a contenuto positivo”, come avviene per le cause di giustificazione, posto che in questo caso è la “mancanza della presenza” ( $- [+X]$ ) di un certo



elemento che “fonda”, non: “esclude”, la punibilità.

Diversità di conseguenze determinata proprio dal *diverso* “contenuto” delle due specie di “elementi negativi”, rispettivamente “a contenuto positivo” e “a contenuto negativo”, ossia di elementi che, pur essendo entrambi “negativi” *in senso proprio* – ossia elementi che *si aggiungono*, sia pure con “valenza negativa”, agli elementi “positivi”, *appartenendo quindi anch’essi alla “struttura” del “fatto tipico di reato”* – si muovono tuttavia in direzioni non solo diverse ma addirittura *opposte* (secondo una rappresentazione algebrica, rispettivamente  $- [+ X]$  e  $- [- X]$ ): nel senso che, *per “fondare” la punibilità*, nel caso dell’elemento “negativo a contenuto positivo” occorre la “mancanza” della sua “presenza” (come per le scriminanti); mentre, nel caso dell’elemento “negativo a contenuto negativo”, occorre la “mancanza” della sua “mancanza”.

Per intendere correttamente la “funzione” svolta dagli “elementi negativi a contenuto negativo” nell’economia dell’illecito, occorre preliminarmente sottolineare come, nella *tecnica di costruzione* del “fatto di reato” e della, più ampia, “fattispecie di punibilità” (comprensiva anche delle eventuali condizioni obiettive di punibilità, della conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto e della imputabilità del suo autore)<sup>13</sup>, il legislatore faccia assai spesso ricorso al *meccanismo della “presunzione”* dell’esistenza di un certo elemento necessario per la punibilità; “presunzione”, in genere fondata su quelle “massime di esperienza” fondamentali ai fini della semplificazione dell’onere probatorio e quindi della “regola di giudizio” utilizzabile dal giudice ai fini dell’obbligo di motivazione. “Presunzione” ovviamente *iuris tantum*, in quanto “superabile” dalla – positiva – “prova contraria” dell’“inesistenza” dell’elemento di cui si presume l’esistenza<sup>14</sup>.

Si pensi ad es., fra gli “elementi positivi” della “fattispecie di punibilità” di cui il legislatore “presume” l’“esistenza”, alla “coscienza e volontà” della condotta, requisito del fatto di reato “presunto” sulla base di massime di esperienza – nel senso che, per l’affermazione di responsabilità, non se ne deve dare la prova positiva dell’esistenza –, sempre che dagli atti del giudizio non emerga almeno un principio di prova della presenza di situazioni, costitutive di elementi negativi-impeditivi – come la forza maggiore, il costringimento

<sup>13</sup> Più precisamente, per l’integrazione della “fattispecie di punibilità”, accanto alla presenza di un “fatto di reato” al completo dei suoi requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, occorre la positiva presenza delle eventuali condizioni di punibilità e, *in negativo*, l’ignoranza inescusabile (= derivata da colpa) di violare la norma incriminatrice e la mancanza di quelle situazioni tassativamente previste dal codice penale come “cause di esclusione” dell’imputabilità.

<sup>14</sup> *Infra*, par. 5.

fisico e l'incoscienza involontaria –, da cui possa viceversa desumersi la sua mancanza. E ancora si pensi alla “conoscenza o conoscibilità del disvalore penale” del fatto che si commette, requisito “presunto” fino a che non si dimostri l'ignoranza inevitabile della norma incriminatrice; e lo stesso vale per l'“imputabilità”, elemento della fattispecie di punibilità “estraneo” al fatto di reato, “presunta” fino a che non si provi l'esistenza di una delle situazioni, *tassativamente* previste dal legislatore nel codice penale, che la escludono. Ma si pensi anche al criterio soggettivo di imputazione della c.d. “colpa specifica”, in cui la “presunzione” di “prevedibilità” di un evento costitutivo di un reato colposo insita nella inosservanza di una “norma” scritta a finalità cautelare, e dunque *in astratto*, può essere “superata” dalla prova positiva della “imprevedibilità” e/o “inevitabilità” dell'evento *concretamente* realizzato ai sensi dell'art. 45 c.p.<sup>15</sup>; o ai c.d. “reati aggravati dall'evento”, in cui è insito nel fatto-base la “presunzione” del “pericolo” di verifica dell'ulteriore evento aggravatore (da intendere come evento “naturalistico”) e quindi della sua “prevedibilità” *in astratto*, presunzione ancora una volta “superabile” laddove l'evento aggravatore sia *in concreto* “imprevedibile” e/o “inevitabile” alla stregua di quanto stabilito, ancora una volta, dall'art. 45 c.p.

### 3. Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nei reati di pericolo presunto

Il ruolo fondamentale svolto dal meccanismo della “presunzione *iuris tantum*” si riscontra anche con riferimento alla categoria degli “elementi negativi a contenuto negativo”, ossia di cui deve “mancare la mancanza”, nella dinamica della loro previsione. “Presunzione”, infatti, qui “superabile” dalla “prova contraria” della “presenza della mancanza” di quell'elemento: in una parola, dalla “*positiva dimostrazione*” *in sede processuale della sua “mancanza”*, con conseguente “esclusione” della punibilità.

<sup>15</sup> In generale, sul significato e la portata dell'art. 45 c.p. come “valvola di sicurezza” idonea ad escludere qualunque tipo di responsabilità penale nel caso in cui il fatto di reato realizzato non rientri nella sfera soggettiva di “dominabilità” da parte del suo autore, conformemente a quanto disposto dall'art. 27 comma 1 Cost., si rimanda a TRAPANI, *La divergenza*, cit., pp. 78-84. A differenza però da quanto ritenuto da autorevole dottrina (A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 358 ss.), l'art. 45 c.p., stabilendo espressamente che «*Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore*», deve essere letto nel senso che non è la positiva “prevedibilità” ed “evitabilità” del fatto di reato a “fondare” la punibilità, ma, *in negativo*, è la sua concreta “imprevedibilità” ed “inevitabilità” ad “escluderla”.

Come esempio paradigmatico di quanto stiamo dicendo, si pensi alla struttura e alla posizione sistematica del requisito del “pericolo” nella tipologia di reati – non a caso da sempre oggetto di vivace e approfondita discussione – c.d. di “pericolo presunto”.

Autorevole dottrina ha acutamente visto nel “pericolo”, di cui in questi casi si “presume” l’esistenza, un requisito *in mancanza* del quale verrebbe meno, “in concreto”, l’“offesa” contenuto del reato, con conseguente sua mancata integrazione *ex art. 49 comma 2 c.p.* (c.d. “reato impossibile”)<sup>16</sup>.

Se tuttavia il “reato” è teoricamente definibile come “*fatto offensivo*” dell’interesse tutelato dalla norma incriminatrice che lo prevede e, a sua volta, l’interesse specificamente tutelato da una qualunque norma incriminatrice – ossia la sua *ratio* identificabile con lo “scopo politico” dell’incriminazione<sup>17</sup> – si ricava dall’*insieme di tutti, indistintamente, gli elementi costitutivi* del fatto di reato da essa descritto, che ne *delimitano* in tal modo l’ambito della tutela in quanto tutti necessari alla produzione della risposta sanzionatoria<sup>18</sup>,

<sup>16</sup> GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 5-9. Tale tesi è oggi sostanzialmente accolta dalla giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale, che viene in tal modo a superare quelle prese di posizione che avevano viceversa escluso *tout court* la legittimità costituzionale dei reati di pericolo presunto, appunto per violazione del principio costituzionale di “offensività” (per la loro incostituzionalità F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1977, XIX, pp. 86-87). Al contrario, la “presunzione del pericolo” nei reati di pericolo presunto è viceversa intesa ancora oggi come “presunzione assoluta”, ossia *iuris et de iure*, da buona parte della dottrina e della prassi giudiziale (quest’ultima tendenzialmente “fedele”, tra l’altro, al principio di “politica giudiziaria” palesemente *contra Constitutionem*, in particolare al suo art. 13, – principio non scritto ma generalmente praticato – che, tra due possibili interpretazioni, deve essere “privilegiata” quella “a sfavore” dell’indagato-imputato). In dottrina, nel senso che, nei reati di pericolo c.d. “presunto”, la presunzione del pericolo non sia superabile dalla “prova contraria” della “mancanza del pericolo” (in concreto), a meno di non vanificare la stessa *ratio* politico-criminale di questo modello di incriminazione come “forma anticipata” di tutela, quantomeno nei settori in cui questa tecnica di tutela appare come l’unica efficacemente utilizzabile, vedi per tutti, in dottrina, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, Zanichelli, 2001, pp. 180-184.

<sup>17</sup> Della tutela di un certo interesse come dello “scopo ragionevole” perseguito dal legislatore nella previsione di una qualunque norma incriminatrice parla esplicitamente, da ultimo, GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 553 ss.

<sup>18</sup> Posto che è dall’insieme di *tutti* gli elementi costitutivi del reato, oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, che discende un certo tipo e *quantum* di pena criminale, ossia la *specifica conseguenza* – e quindi “dimensione” – giuridica ricollegabile a quel fatto; con la logica conseguenza che ogni norma incriminatrice tutela un distinto interesse, ossia ha una sua specifica *ratio*. In questo senso, fondamentale, GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 207 ss. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda a TRAPANI, *La divergenza*, cit., pp. 26, 35, 334. Diversa è viceversa, come noto, la posizione della dottrina dominante che vede nel

ne consegue che qualunque “elemento” che comunque contribuisce alla “dimensione offensiva” dell’illecito, in via diretta o indiretta (nel senso, in particolare, che la sua “presenza” *fonda* la punibilità e la sua “mancanza” la *esclude*), *deve logicamente fare parte del “fatto di reato” come suo “requisito costitutivo”*. Dove il problema diventa allora solo vedere *come* ciascun elemento costitutivo operi nel “fatto di reato”; ossia, quale è la sua corretta “collocazione sistematica” nella “struttura” dell’illecito. Il che dipende, da un lato, dalla “natura” dell’elemento, se positivo o negativo, dall’altro, dal suo “contenuto”, se positivo o negativo.

Da queste considerazioni, discende allora come non possa, neppure teoricamente, ipotizzarsi la realizzazione di un “tipo” di reato ma “non offensivo”, ossia la “dissociazione” tra “tipicità” e “offensività”: l’offesa *non* è infatti un *elemento “sostanziale”*, di “contenuto”, che *si aggiunge* a quelli “*formalmente*” previsti nella “descrizione” del “fatto di reato”<sup>19</sup>. Ciò non significa però (come viceversa ritiene parte della dottrina)<sup>20</sup> che, laddove un fatto corrisponda nel suo aspetto esclusivamente “formale” – direi meglio: meramente “esteriore” e quindi, alla fine, solo “apparentemente” – allo “schema tipico” di un reato, lì ci sia *necessariamente anche l’offesa* all’interesse “astrattamente” tutelato dalla norma incriminatrice che lo prevede. In realtà, se un “tipo di illecito” è tale perché, *nella sua astratta previsione normativa*, è “offensivo” di un certo interesse – offesa che coincide con la “*ratio*” dell’incriminazione (ossia con lo “scopo politico” della norma) –,

---

“bene giuridico” un *quid* preesistente alla incriminazione, che fungerebbe anche da “limite di incriminazione” per lo stesso legislatore, per cui diversi reati potrebbero tutelare lo stesso bene giuridico, distinguendosi solo per le diverse “modalità di lesione” (un esempio potrebbe essere rinvenuto nei “delitti contro la vita”). A ben vedere, tuttavia, mi sembra che, così ragionando, si confondano due piani che debbono rimanere viceversa assolutamente distinti, ossia il piano “ontologico-naturalistico” e quello della “valutazione-qualificazione normativo-giuridica” (o, in altri termini, l’“oggetto di valutazione” e la “valutazione dell’oggetto”). Un “bene *pre*-giuridico”, che ha un suo valore sociale (magari anche di morale sociale) assume rilevanza *normativa* come “bene giuridico” *solo se e nei limiti* in cui l’ordinamento giuridico o una sua branca (ad es. il diritto penale) lo assuma come specifico oggetto di tutela (nel caso dell’ordinamento penale, attraverso il tipo e il *quantum* di pena criminale previsti per la sua “offesa”).

<sup>19</sup> Così viceversa, ad es., F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 2007, p. 180; parlano dell’offesa come “elemento costitutivo del fatto penalmente rilevante” MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto penale*, cit. pp. 220 e 255 ss.

<sup>20</sup> In questa direzione si muovono viceversa, fra gli altri, F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in «RIDPP», 1973, pp. 28-34; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I (artt. 1-84), 3<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 514. Nello stesso senso, in precedenza, sostanzialmente anche B. PETROCELLI, *L’antigiuridicità*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, Cedam, 1966, p. 142.

un fatto “concreto” per risultare “tipico” alla stregua di quella norma deve *anche esprimere la stessa offesa “in concreto”*, ossia essere riconducibile alla stessa “*ratio* di tutela” per cui il legislatore ha previsto quel certo fatto come “illecito penale”, esprimendone il “significato normativo”. “*Ratio*” della norma incriminatrice che è costituita appunto dal *prevenire l’offesa ad un certo interesse*, ritenuto “meritevole” di tutela, “vietando” o “comandando” una certa condotta. Corretto è dunque dire che un fatto non è “tipico”, più precisamente: “conforme al tipo”, se non è altresì “concretamente offensivo” dell’interesse protetto; ma *non* è altrettanto corretto affermare che l’offesa all’interesse tutelato è comunque *sempre inevitabilmente compresa* nella “astratta” descrizione del fatto (nel senso che il legislatore non può avere previsto la descrizione di un fatto di reato che non sia altresì sempre offensiva di un certo interesse). Se viceversa, *sia pure eccezionalmente* rispetto a quell’*id quod plerumque accidit* che sta alla base di qualunque “presunzione”, manca in concreto l’offesa, significa che quel fatto concreto non è riconducibile alla “*ratio*” dell’incriminazione e dunque non è – già alla stregua di una corretta “interpretazione teleologica” della norma incriminatrice – *giuridicamente* qualificabile come “tipico”.

A ben vedere, la – errata – separazione tra “tipicità” e “offensività” deriva, ancora una volta, dalla confusione, spesso operata, tra il piano “naturalistico”, ossia l’“oggetto della qualificazione giuridica” (come potrebbe essere anche l’“evento naturalistico” che rappresenta *solo uno* dei requisiti essenziali, oltretutto non sempre presente, del fatto oggettivo di reato), e il piano “normativo”, ossia la “qualificazione giuridica dell’oggetto” (come l’“evento giuridico”, rappresentato dall’“offesa all’interesse tutelato” dalla norma incriminatrice, che si ricava viceversa da *tutti* – e solo – i requisiti essenziali del fatto di reato e che non può mai mancare in nessun tipo di illecito).

Così, ritornando alla categoria dei reati di “pericolo presunto”, occorre anzitutto sottolineare come il “pericolo” di cui si presume l’esistenza non vada riferito – come viceversa comunemente si fa – all’“offesa” (posto fra l’altro che l’offesa all’interesse oggetto di tutela logicamente consiste *sempre nella sua effettiva “lesione”* e non nella sua semplice “messa in pericolo”)<sup>21</sup>,

<sup>21</sup> Se infatti ogni norma incriminatrice tutela un interesse specifico e detto interesse si ricava dall’insieme di tutti gli elementi essenziali del fatto di reato, ne consegue logicamente che, se il reato è l’offesa di questo interesse, l’offesa non può teoricamente consistere in un mero “pericolo di lesione” dell’interesse protetto, ma solo nella sua “effettiva lesione”. Ciò che può *variare*, a ben vedere, è infatti *solo la “struttura”* dell’interesse oggetto di tutela (alla individuazione del quale può contribuire, ad es., anche una situazione di pericolo di verifica di un evento naturalistico). In questo senso GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 454; TRAPANI, *La divergenza*, cit., p. 340 e nota 148.

ma – come avviene nei reati di pericolo concreto (nei casi in cui il pericolo si riferisca ad un *quid successive* rispetto alla condotta)<sup>22</sup> – ad un “evento naturalistico” *estraneo* tuttavia al “fatto oggettivo” di reato (la cui effettiva verifica *non* è quindi richiesta ai fini dell’integrazione dell’illecito) e collegato alla condotta da un mero nesso di “causabilità” (ossia appunto di – quantomeno apprezzabile – “possibilità di causazione”)<sup>23</sup>.

Inteso in questi termini, dunque, il “pericolo concreto” di verifica di un “evento naturalistico” esterno rispetto al fatto “tipico” e oggetto di “presunzione” nei reati di “pericolo presunto”, *contribuendo* anch’esso alla individuazione della dimensione “offensiva” (e quindi alla “*ratio*” dell’incriminazione) di questa particolare tipologia di illeciti penali, rappresenta logicamente, nella loro “struttura”, un “elemento essenziale” del “fatto tipico”, anche se – almeno a prima vista – indubbiamente peculiare; in particolare, un “elemento negativo a contenuto negativo”, di cui deve cioè “mancare la mancanza” per la integrazione del reato (algebricamente – [- X]).

Più specificamente, ciò significa allora che, per l’integrazione del “fatto di reato” di c.d. “pericolo presunto”, sul piano “*oggettivo*” deve, in concreto (ossia nella situazione oggetto della concreta imputazione), “mancare” la “mancanza del pericolo”. Per cui se, viceversa, è “*presente*” la “mancanza” del *pericolo in concreto* (ossia manchi in concreto *quel* pericolo che *contribuisce* a costituire – senza però esaurirla<sup>24</sup> – la “*ratio*” dell’incriminazione) *non si è realizzato il fatto “oggettivo” di reato*.

Affinché poi, sul piano “*soggettivo*” (= dell’imputazione soggettiva del fatto), ci sia “*dolo*”, occorre la “mancata rappresentazione” della “mancanza del pericolo”. Per cui se, viceversa, il soggetto agente – positivamente – “*si rappresenta*” la “mancanza” del *pericolo in concreto non c’è il “dolo”*<sup>25</sup>.

Sul piano processuale della “*prova*”, a sua volta, conformemente alla

<sup>22</sup> Per la diversa posizione che l’elemento del “pericolo” può presentare nella “struttura tipica” dei reati di “pericolo concreto” vedi GALLO, *I reati di pericolo*, cit., pp. 2-5.

<sup>23</sup> Definisce il “pericolo sotto il profilo naturalistico” non come “probabilità” (sul piano matematico o statistico) ma come “apprezzabile grado di possibilità di un evento temuto” GALLO, *I reati di pericolo*, cit., p. 2.

<sup>24</sup> Ciò, dal momento che, come detto in precedenza, l’interesse tutelato, ossia la *ratio* dell’incriminazione, si ricava dall’*insieme di tutti* gli elementi costitutivi del reato e *non* solo da uno o più elementi (come appunto, nel nostro caso, l’“elemento negativo a contenuto negativo”).

<sup>25</sup> La “rappresentazione della mancanza” di un “elemento negativo a contenuto negativo” del fatto di reato, in quanto *esclude* il dolo, non va ovviamente confusa con la “rappresentazione della mancanza” di un “elemento positivo costruito negativamente” che, trattandosi appunto di elemento “positivo”, è viceversa necessaria per l’*esistenza* del dolo.

logica del meccanismo “presuntivo” (che dispensa il giudice dal motivare sull’esistenza di un certo elemento necessario per pervenire ad una valida condanna), occorre, *in assoluto*, la “mancata prova della mancanza” del “pericolo in concreto” (sia sul piano oggettivo che soggettivo); per cui, al contrario, la “prova positiva della mancanza” dell’elemento del “pericolo in concreto” *esclude la responsabilità* dell’imputato. Al concetto di “elemento negativo” in senso proprio dal punto di vista “sostanziale” corrisponde qui dunque, con perfetto parallelismo, quello di “prova negativa” (da intendere, più precisamente, come “mancanza di prova”)<sup>26</sup> sul piano “processuale”. Piuttosto, ci si deve a questo punto chiedere qual è, in presenza di un elemento negativo a contenuto negativo (come il “pericolo in concreto”), il “quantum di prova” necessario per *escludere* la responsabilità dell’imputato. Non mi sembra che, per l’esclusione della condanna, occorra la piena prova positiva “al di là di ogni ragionevole dubbio” della mancanza di quell’elemento<sup>27</sup>. Infatti – essendo comunque l’elemento “negativo a contenuto negativo” un elemento “negativo in senso proprio” – se deve, conseguentemente, *in assoluto* “mancare la prova della mancanza” di quel certo elemento, *basta allora la semplice insinuazione del “dubbio” sulla sua “mancanza”* (o, il che è lo stesso, trattandosi dell’altra faccia della medaglia, l’insinuazione del “dubbio” sulla sua “presenza”), nel nostro esempio: il dubbio sulla mancanza del pericolo in concreto, per “escludere” la responsabilità dell’imputato.

Dalle considerazioni sin qui svolte, e ricapitolando, si desume che, nella “struttura” del “fatto” dei reati c.d. di “pericolo presunto”, elemento costitutivo, idoneo a “fondarne” la “punibilità”, non è la positiva “presenza” del “pericolo” (come nei reati c.d. di “pericolo concreto”, con i quali, se

<sup>26</sup> Utilizza viceversa il concetto di “prova negativa” come sinonimo di “prova positiva della mancanza” del pericolo per escludere l’“offensività” del fatto in concreto e quindi l’integrazione del reato di pericolo presunto *ex art. 49 comma 2 c.p.* M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1440-1442. In realtà, facendo qui l’Autore riferimento alla – positiva – “prova contraria” rispetto alla “presunzione di pericolo” (pericolo – a mio avviso – da intendere viceversa, propriamente, come “elemento negativo a contenuto negativo” del fatto di reato di pericolo presunto), è allora dommaticamente preferibile chiamarla, non “prova negativa”, ma “prova positiva a contenuto negativo” (in quanto avente come “contenuto-oggetto”, appunto, la “mancanza del pericolo”).

<sup>27</sup> *Contra*, sottolineando la necessità di una piena “prova negativa” – intesa come (positiva) “prova contraria” (*retro*, nota 26) – della “mancanza del pericolo” “al di là di ogni ragionevole dubbio” ai fini dell’esclusione della punibilità, CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., pp. 1439 e 1441. La piena prova positiva della mancanza “al di là di ogni ragionevole dubbio” è viceversa richiesta, ai fini però della condanna e non del proscioglimento, per gli “elementi positivi a contenuto negativo” in quanto elementi comunque “positivi” e quindi di “addebito” su cui si fonda l’“imputazione”.

così fosse, i reati c.d. di “pericolo presunto” finirebbero sostanzialmente per identificarsi)<sup>28</sup>, ma, *in negativo* e quindi preceduta dal segno “meno”, la “mancanza” della sua “mancanza” (algebricamente,  $- [-]$ ); formula però che – sulla base della *apparentemente logica* considerazione che due negazioni si elidono in una affermazione – non può però risolversi, come abbiamo visto, nella “positiva presenza” di quell’elemento, a meno di non scivolare, ancora una volta, nella (sempre presente) *confusione* tra elementi “negativi in senso proprio” ed elementi “positivi”, non importa poi se a contenuto “positivo” o “negativo”. Confusione che, come detto, porterebbe fra l’altro all’assurda conclusione, sul piano di una corretta “interpretazione sistematica”, della *identificazione* tra i reati di pericolo “presunto” e i reati di pericolo “concreto” nei quali, come è noto, per potersi parlare di integrazione del “fatto di reato”, l’elemento del “pericolo” deve essere *oggetto di “prova positiva”* “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Breve: con riferimento agli “elementi negativi costruiti negativamente”, non è la loro “positiva presenza” a “fondare” la punibilità, ma la “mancanza della loro mancanza”; e quindi, *a contrario*, la “presenza della loro mancanza” ad “escluderla”.

#### 4. Presunzioni ed elementi negativi a contenuto negativo nella colpa specifica e nei reati aggravati dall’evento

Nella stessa “logica presuntiva”, quale ulteriore esempio paradigmatico di “elemento negativo a contenuto negativo”, si pone poi anche il requisito della concreta “prevedibilità” del fatto realizzato, “prevedibilità presunta” in quella “inosservanza di legge” – e dunque “in astratto”, data la struttura di qualunque “norma” – che sta alla base del criterio soggettivo di imputazione della colpa c.d. “specifica”. Posto infatti che anche detta “presunzione di prevedibilità”, per sua natura “astratta”, può essere “superata” dalla “prova contraria” della “imprevedibilità” del fatto “concretamente” realizzato, come si argomenta sistematicamente dalla presenza nell’ordinamento penale dell’art. 45 c.p.<sup>29</sup>, ne consegue che la *concreta “prevedibilità”* è un elemento di

<sup>28</sup> Se infatti fosse anche qui necessaria la prova positiva – magari “piena” – della presenza in concreto del pericolo si finirebbe per determinare l’applicazione della fattispecie di responsabilità per il reato di pericolo presunto *al di fuori* dei “limiti logici” (e “politici”) per cui il legislatore la ha prevista, consistenti in una sostanziale “semplificazione” della “regola di giudizio” e del conseguente “obbligo di motivazione” da parte del giudice, non adempiendo dunque alla sua specifica “funzione” giuridica.

<sup>29</sup> Sulla rilevanza del “caso fortuito” ex art. 45 c.p. ai fini della ricostruzione del criterio



cui, per l'integrazione del fatto di reato colposo, deve "mancare la mancanza", ossia, strutturalmente, un "elemento negativo a contenuto negativo". Ciò significa, in altre parole, che, per "fondare" la punibilità di un fatto di reato a titolo di "colpa specifica", occorre la "mancanza" della "mancanza della prevedibilità" (in concreto), ossia la "mancanza della imprevedibilità". In conseguenza, non è, "in positivo", la "prevedibilità" del fatto concretamente realizzato a "fondare" la punibilità a titolo di colpa specifica (posto che, se così fosse, non ci sarebbe più alcuna differenza con la colpa generica) ma, al contrario, "in negativo", la sua "imprevedibilità" in concreto ad "escluderla". Rilevanza della "imprevedibilità" come situazione la cui presenza determina la mancanza della colpa specifica e quindi l'esclusione della punibilità espressamente prevista, nell'ordinamento italiano (come detto), dall'art. 45 c.p. A ben vedere, anzi, se la "presunzione" ha qui ad oggetto la "prevedibilità in astratto" dell'evento-fatto vietato con la conseguenza che la sua "prevedibilità in concreto" deve essere un requisito di cui deve allora "mancare la mancanza", l'"imprevedibilità" del fatto concretamente realizzato come "causa di non punibilità" espressamente e *autonomamente* prevista dall'art. 45 c.p. rappresenta, propriamente, un "elemento negativo-impeditivo" dell'"elemento negativo a contenuto negativo" costituito dalla sua "prevedibilità in concreto", dal momento che è la "presenza" della "imprevedibilità in concreto" ad *impedire* la integrazione del requisito della "prevedibilità in concreto" quale elemento di cui deve "mancare la mancanza".

Posto poi, a sua volta, che la colpa specifica si basa sull'inosservanza di una norma giuridica "a finalità preventiva" con riferimento ad eventi del "tipo" di quello che si è in concreto verificato, ossia sulla "prevedibilità in astratto" della realizzazione di fatti di un certo tipo tuttavia "prevenibili", sempre "in astratto", osservando quella particolare regola scritta di diligenza, ciò significa, a ben vedere, che alla "prevedibilità" dell'evento da prevenire "presunta" nell'inosservanza della norma a finalità cautelare corrisponde logicamente, sul piano oggettivo, una situazione di "pericolo" con riferimento

---

soggettivo di imputazione della "colpa specifica" vedi GALLO, *Diritto penale*, cit., pp. 502-504. Nel senso che la disposizione dell'art. 45, prevedendo la "non punibilità" di *qualunque fatto di reato – a qualunque titolo di responsabilità imputato* – se commesso per "caso fortuito" o "forza maggiore", ossia se in concreto "imprevedibile" o "inevitabile" alla stregua del parametro di un uomo medio *eiusdem conditionis*, costituisce la regola "di chiusura" del sistema dell'imputazione "soggettivo-personale" nell'ordinamento penale italiano, TRAPANI, *La divergenza*, cit., pp. 78-84 (vedi anche *retro*, nota 15). La dottrina dominante non riconosce viceversa all'art. 45 c.p. questa funzione "centrale" nel sistema, come disposizione in grado di escludere la punibilità – per mancata integrazione del "tipo" di illecito – in tutti i casi in cui il fatto di reato realizzato non sia in concreto "dominabile" dal suo autore.

ad un evento di quel “tipo”, “pericolo” sempre “presunto”<sup>30</sup>. Onde, alla fine, si può ancora una volta concludere nel senso che *anche* la inosservanza della norma giuridica a finalità cautelare che sta alla base della c.d. colpa specifica può essere ricondotta alla logica del “pericolo presunto”<sup>31</sup>.

Alla stessa logica di “presunzione del pericolo” risponde a sua volta anche la categoria dei reati c.d. “aggravati dall’evento”. Nella astratta figura del c.d. “fatto di reato-base” è infatti con ogni evidenza insito l’elemento del “pericolo” di verifica di un evento (naturalistico) del tipo di quello “aggravatore”, pericolo di cui pertanto si “presume” l’esistenza. Che sia così, si desume logicamente dalla considerazione che, se il fatto del reato-base non fosse, secondo l’*id quod plerumque accidit*, già astrattamente portatore *in sé* del “pericolo” di verifica di “quel” particolare tipo di evento (aggravatore) previsto dalla norma incriminatrice e “ulteriore”, e quindi “estraneo”, rispetto allo stesso fatto-base non si potrebbe razionalmente spiegare perché il legislatore abbia previsto espressamente, sempre in astratto, proprio “quel” particolare tipo di evento naturalistico – e non altri – come “probabile” (meglio: “possibile in modo apprezzabile”) conseguenza della condotta costitutiva del fatto-base<sup>32</sup>. Muovendo da questa prospettiva,

<sup>30</sup> Che la condotta colposa integri sempre una situazione di “pericolo” con riferimento ad un evento “naturalistico”, *interno o esterno* al fatto di reato non importa (rispettivamente, a seconda che si tratti di reato colposo ad evento naturalistico ovvero di mera condotta), è affermazione comune in dottrina. Per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 502-518, *passim*. Si noti poi come la formula della “colpa presunta” sia generalmente utilizzata in dottrina *in maniera impropria*, ossia non con riferimento alla violazione di una regola di condotta legislativamente costruita per evitare un evento prevedibile del “tipo” – e quindi appunto “in astratto”, secondo la logica connessa alla struttura di una qualunque regola normativa – di quello che si è in concreto verificato, *ma alla violazione di una qualunque regola giuridica*, anche penale, da cui sia comunque derivato un evento previsto dalla legge come costitutivo di un reato colposo.

<sup>31</sup> Anche se qui non c’è ovviamente alcuna relazione con le problematiche specificamente connesse ai “reati di pericolo presunto”, posto che la “norma giuridica” la cui inosservanza costituisce in colpa l’autore del fatto può essere non solo una norma “incriminatrice” – il che avviene quando la situazione di “pericolo presunto” è contenuta in un fatto di reato “contravvenzionale” (si pensi alle contravvenzioni in materia di prevenzione di infortuni sul lavoro) – ma anche una norma di “diritto punitivo amministrativo” (come avviene per la maggioranza delle violazioni previste dal codice della strada); purché, ovviamente, si tratti sempre di norme che hanno la finalità di “prevenire” eventi del “tipo” di quello che si è in concreto verificato, costitutivo di un delitto colposo (in genere, omicidio colposo o lesioni colpose).

<sup>32</sup> Nel caso in cui, viceversa, un certo fatto preveduto dalla legge come “delitto doloso” creasse non in astratto, *ma solo per le sue concrete modalità di realizzazione* una situazione di “pericolo” con riferimento agli eventi naturalistici di morte o di lesioni, l’ordinamento italiano prevede – come disposizione “di chiusura” dei delitti contro la vita e l’incolumità personale – l’art. 586 c.p.

è allora facile ravvisare nella struttura dei reati aggravati dall'evento una *forte analogia* con la struttura della colpa specifica (ovviamente nei soli casi in cui l'evento aggravatore sia altresì costitutivo di un delitto colposo come ad es. avviene con gli eventi naturalistici di morte o di lesione). Ora, posto che ad una situazione di "pericolo" oggettivo di verificazione di un evento corrisponde la sua "prevedibilità", ne consegue che, nella struttura del reato aggravato dall'evento, illecito previsto da una fattispecie incriminatrice *autonoma e diversa* rispetto a quella del reato-base<sup>33</sup>, la concreta "prevedibilità" dell'evento aggravatore costituisce un "elemento negativo a contenuto negativo", nel senso che – per l'integrazione dell'illecito c.d. aggravato – ne deve "mancare la mancanza". Ciò significa che la punibilità è esclusa laddove venga provata, nel caso concreto, la "presenza della mancanza" della "prevedibilità" dell'evento c.d. aggravatore, ossia la sua concreta "imprevedibilità", come fra l'altro espressamente stabilito dall'art. 45 c.p.

##### 5. *L'elemento negativo a contenuto negativo come oggetto di prova contraria rispetto alla presunzione*

Un'ultima puntualizzazione, ma della massima importanza. Proprio in quanto elementi appartenenti alla "struttura" del "fatto tipico di reato", non v'è dubbio che *anche gli "elementi negativi a contenuto negativo"*, al pari degli altri elementi essenziali-costitutivi della struttura del fatto di reato (positivi, a contenuto positivo o negativo, negativi a contenuto positivo), *rientrano sicuramente, in sede giudiziale, tra i "fatti" che costituiscono "oggetto di prova"* ai sensi dell'art. 187 c.p.p. Ciò significa anzitutto che la "presunzione" su cui si basano non può logicamente che essere una "presunzione relativa", ossia *iuris tantum*, superabile cioè da quella "*prova contraria*" ammissibile per tutti, *indistintamente*, gli elementi essenziali del "fatto di reato" (art.

<sup>33</sup> Che l'evento aggravatore costituisca *elemento essenziale* di una diversa figura di reato rispetto a quello base e non una sua circostanza aggravante è dimostrato dalla considerazione sistematica che, se così non fosse, l'art. 42 comma 3 c.p. non avrebbe più alcun ambito applicativo autonomo (se non in casi marginali) rispetto al criterio soggettivo di imputazione delle aggravanti di cui all'art. 59 comma 2 c.p.; ciò anche considerando che, storicamente, sono stati sempre i reati aggravati dall'evento a essere ricondotti sotto l'ambito applicativo dell'art. 42 comma 3 c.p., specialmente quando tale disposizione era indicativa di un'ipotesi di "responsabilità oggettiva". Per la dimostrazione, in particolare, della riconducibilità della tipologia dei "delitti dolosi aggravati da una conseguenza non voluta" sotto lo schema normativo del "delitto preterintenzionale" di cui all'art. 43 c.p. si rimanda a TRAPANI, *La divergenza*, cit., pp. 312-315.

495 comma 2 c.p.p.); “prova contraria” che, data la struttura di elemento di cui, per l’esistenza del reato, deve “mancare la mancanza”, non può che consistere nella prova *positiva* della “presenza della mancanza” (ad es. la prova della mancanza in concreto del pericolo nei reati di pericolo presunto o dell’imprevedibilità in concreto dell’evento aggravatore nei reati aggravati dall’evento). Il che conferma altresì come, solo riconoscendo, in presenza di meccanismi “presuntivi”, la logica esistenza di “elementi negativi a contenuto negativo”, sia possibile affermare che – nel sistema penale – le “presunzioni” non possono che essere “relative” e mai “assolute” essendo queste ultime, per definizione, insuscettibili di prova contraria.

Scendendo poi, più in particolare, alla “collocazione sistematica” degli “elementi negativi a contenuto negativo” nell’ambito dei “fatti” che possono legittimamente costituire “oggetto di prova” *ex art.* 187 c.p.p., gli “elementi negativi a contenuto negativo”, per la loro natura intrinseca, non sono riconducibili al concetto – processuale – di “imputazione” (*ex art.* 417 lett. *b* c.p.p.), non trattandosi di “elementi di addebito” che, in quanto tali, “fondano” la “punibilità”, requisiti di cui si deve pertanto fornire la (piena) “prova positiva” della loro esistenza «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.); e di cui l’onere della prova mancante o insufficiente va pertanto a carico dell’accusa. In quanto viceversa comunque riconducibili alla categoria generale degli “elementi negativi” in senso stretto, la cui “mancanza” è cioè necessaria per l’integrazione del “fatto di reato” e quindi per “fondare” la “punibilità” del suo autore, anche gli “elementi negativi a contenuto negativo” sono allora riferibili al *concetto di “punibilità”* di cui all’art. 187 c.p.p., in quanto elementi del “fatto di reato” la cui “presenza” la “esclude”<sup>34</sup>, onde la sicura, in quanto logica,

<sup>34</sup> All’art. 187 c.p.p., e in particolare al requisito della “punibilità” per ammettere la “prova contraria” nei reati di pericolo presunto, fa riferimento anche CATENACCI, *I reati di pericolo presunto*, cit., p. 1436 ss. Mi sembra tuttavia che il ragionamento dell’Autore segua un *iter* argomentativo non risolutivo laddove non si muova dalla premessa – logica prima ancora che dommatica – che la “presunzione di pericolo” costituisca il fondamento di un vero e proprio “elemento negativo a contenuto negativo” della “struttura” dello stesso “fatto di reato” (rappresentato dalla “mancanza della mancanza” del “pericolo”) e quindi, in quanto suo requisito essenziale, per sua “natura” necessariamente (possibile) “oggetto di prova” *contraria*. Altrimenti ragionando, infatti, una volta che – correttamente – si afferma che non ci può essere “tipicità” senza “offesa” all’interesse protetto, interesse desumibile da *tutti e solo* gli elementi costitutivi del fatto di reato (*retro*, par. 3), non si saprebbe dove poggiare, sul piano strettamente dommatico, quella “relativizzazione” della “presunzione” del pericolo attraverso l’ammissione della “prova contraria” – come “diritto” dell’indagato-imputato – ritenuta dallo stesso Autore indispensabile per rendere “conciliabili”, armonizzandole, le – opposte – “esigenze di tutela” politico-criminali che stanno dietro alla tecnica dei reati di pericolo presunto con le “esigenze di garanzia” di coloro che ne sono indicati come autori.

ammissibilità della “prova contraria” della “presenza” della loro “mancanza”; in particolare sottolineandosi come sia sufficiente, come *quantum* di prova, *anche l’insinuazione del semplice “dubbio”* (come si argomenta, in generale, per *tutte* le situazioni la cui presenza “esclude” la punibilità, dagli artt. 529-531 c.p.p., posto che si può condannare *solo* quando c’è la prova positiva

Piuttosto, e sempre con riferimento al “diritto alla prova contraria” (quale specifica espressione del “diritto di difesa”), occorre anche risolutamente sottolineare come non sia affatto corretta l’affermazione che appartenga alla “disponibilità esclusiva” dell’indagato-imputato il potere di fornire la prova della mancanza del pericolo in concreto (in quanto “parte interessata” alla sua verifica processuale) affinché detta prova possa considerarsi processualmente “rilevante”. Non si deve infatti confondere, come viceversa spesso si fa in dottrina, tra “onere della prova” e un – (preteso, in quanto ritenuto “correlativo”, ma *normativamente inesistente* – “potere di disposizione” della prova, nel senso che spetterebbe *in via esclusiva* alla parte onerata fornire la prova di qualunque fatto giuridicamente rilevante “favorevole” alla propria posizione processuale (V. ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, Jovene, 1965, p. 261 ss., spec. 264-265); per cui, nel processo penale, le prove “a carico” dell’imputato le dovrebbe fornire la pubblica accusa (per superare la “presunzione di innocenza”) mentre quelle “a discarico” la difesa (per pervenire all’assoluzione o alla improcedibilità). Il principio dell’“onere della prova”, che vale anche nel processo penale, è viceversa esclusivamente finalizzato a stabilire *su quale “parte processuale”,* accusa o imputato, graverà il “rischio” della “mancata prova” di un certo “elemento” appartenente alla “fattispecie di punibilità”, condizionando conseguentemente la “regola decisoria” (F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 987-997): nel senso, in particolare, che la mancata prova – “al di là di ogni ragionevole dubbio” – degli elementi che “fondano” la punibilità andrà a carico dell’accusa, mentre la mancata prova – anche sulla base della semplice “insinuazione del dubbio” – degli elementi che la “escludono” andrà a carico dell’imputato. Con la conseguenza che la parte onerata, pur non avendo il “potere di disposizione esclusivo” della prova favorevole alle sue pretese, ha pur sempre un “interesse di fatto” a fornirla in quanto parte che se ne avvantaggerebbe (interesse che si traduce nel c.d. “onere di allegazione”). Ciò significa allora che, se una prova è stata *validamente*, e quindi *legittimamente*, acquisita nell’ambito di un processo – si noti: di qualunque tipo (penale, civile o amministrativo) –, questa prova deve essere sempre presa in considerazione e quindi “utilizzata” dal giudice ai fini della decisione (art. 526 comma 1 c.p.p.), *indipendentemente* da chi sia la parte che la ha introdotta nel processo (e anche se andasse contro il suo interesse processuale). Che l’“iniziativa” di una certa prova possa provenire da qualunque parte processuale – e persino dal giudice (art. 507 comma 1 c.p.p.) – trova a sua volta una esplicita – e significativa – conferma, sul piano normativo-giuridico, nello stesso codice di procedura penale all’art. 358, laddove si prevede che il pubblico ministero ha il “*dovere*” di svolgere «*altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*» e quindi, in ultima analisi, di apportare al processo le eventuali prove a favore dell’imputato (tanto che si parla del p.m. come “organo di giustizia” – sul punto si veda *amplius* TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice” al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 337-339 – e non meramente di “accusa” come nei modelli processuali *adversary*).

della colpevolezza dell'agente “al di là di ogni ragionevole dubbio”); con la conseguenza che l'onere dell'assoluta mancanza di prova sull'esistenza degli “elementi negativi” – a prescindere dal loro “contenuto”, positivo o negativo e quindi anche nel caso degli “elementi negativi costruiti negativamente” – va sempre a carico dell'imputato.



PENA, MISURE DI SICUREZZA,

MISURE DI PREVENZIONE





Alì Abukar Hayo\*

*Il rapporto di tensione tra il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale simbolico-espressivo*

SOMMARIO: 1. L'attrito tra la funzione di garanzia della norma penale e la pretesa "educativa" del legislatore – 2. Le implicazioni del principio rieducativo – 3. Il diritto penale del nemico – 4. Il nuovo nemico – 5. Le "grida manzoniane" rinvenibili nella nuova fattispecie di corruzione internazionale.

1. *L'attrito tra la funzione di garanzia della norma penale e la pretesa "educativa" del legislatore*

Il diritto penale dei tempi moderni ha una tendenza espansiva che sembra irrefrenabile. Il moderno Legislatore penale da "precettore" è divenuto anche "educatore"; e da buon "educatore" oggi non rifugge dal ricorrere a messaggi "suggestivi" diretti all'opinione pubblica, non appagandosi di tutelare i beni essenziali della convivenza col semplice divieto delle condotte offensive. Si allarga dunque, in maniera preoccupante, il campo del diritto penale con connotazioni simbolico-espressive. Nei limiti del presente lavoro, proviamo innanzitutto a rinvenire le basi culturali di siffatta deriva "populistica" ed evidenziarne alcuni aspetti.

Il vero argine culturale, che può impedire la tracimazione del diritto penale in ambiti che non gli sono propri, ci sembra la "riscoperta" della funzione di garanzia della fattispecie penale e della sua incompatibilità logica con la funzione "educativa". All'uopo è necessaria qualche precisazione preliminare.

L'idea che il legislatore regoli, in regime di monopolio, i comportamenti umani non aiuta la comprensione della fenomenologia giuridica e finisce col mettere in secondo piano l'essenziale funzione di garanzia della fattispecie penale. In verità, i comportamenti umani si uniformano intorno

ad un modello condiviso sia per l'intervento diretto dell'autorità politica (*jus positum*), sia per l'evoluzione delle costumanze sociali, del

\* Ordinario di Diritto penale, Università di Mogadiscio.

sapere scientifico e tecnologico, nonché per l'interazione di fonti normative extralegislative<sup>1</sup>. I fattori che rendono obbligatori i comportamenti umani sono molteplici e l'idea che il legislatore possa precettarli in posizione monopolistica – e sia pure solo nello specifico campo penalistico – ci pare ingenua e riduttiva. Per di più, se il legislatore è ritenuto il precettore monopolistico dei comportamenti umani risulta consequenziale ritenere che la funzione primaria della fattispecie penale risieda nel “comando” e quella secondaria nella “garanzia”.

In quest'ottica, riesce poco comprensibile la dinamica del principio di legalità: il rigore logico imporrebbe di immobilizzare il precetto, che regola i comportamenti umani, nel tipo di legge; mentre l'evoluzione inarrestabile dei comportamenti umani obbligatori rende impossibile siffatta immobilità. Ne risulta, a nostro avviso, una certa confusione delle lingue, perché il paradigma precettivo sembra sottendere l'immobilità degli obblighi di condotta, dedotti nel “precetto” immobilizzato nella formula linguistica della legge; sicché, nell'ipotizzare un'immobilità impossibile, rischia di giustificare surrettiziamente ogni possibile eccezione.

Se, al contrario, si valorizza il connubio fra precetto e sanzione, il tipo legislativo non può che essere ravvisato, in primo luogo, come perimetro dei fatti punibili. Il suddetto connubio, infatti, postula al contempo, per necessità logica, la primaria e preminente funzione garantistica della fattispecie, essendo l'una e l'altro due facce della stessa medaglia. Descrivere fatti meritevoli di pena significa circoscrivere e tipicizzare l'area della punibilità, a “garanzia” della non punibilità dei fatti atipici, giacché il limite di punibilità segna – ovviamente – anche l'area della non punibilità. In questa logica, la funzione di garanzia della fattispecie penale assume il rango primario, proprio perché la norma penale non ambisce tanto a descrivere i comportamenti obbligatori, quanto a descrivere i fatti meritevoli di pena.

In altra sede, abbiamo espresso l'avviso che il paradigma della norma penale, diretta a descrivere fatti che violano regole extrapenali, piuttosto che a dettare nuove regole comportamentali, sia il più conforme ai principi liberali e coerente con i dettami del diritto penale costituzionalmente orientato<sup>2</sup>. In quest'ottica, risultano destituite di fondamento giustificativo tutte le pretese di “promozione sociale” affidate alla norma penale, funzionalmente diretta,

---

<sup>1</sup> cfr. M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, 2017.

<sup>2</sup> Per una disamina sulla funzione di garanzia della norma penale, v. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2009; Id. *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, p. 129 ss.; A. ABUKAR HAYO, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini culturali e normativi al potere coercitivo dello stato nella teoria del reato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, p. 301 ss.

invece, secondo il paradigma garantistico, a recingere i limiti del potere coercitivo dello Stato. Sicché, l'idea che il legislatore penale debba "educare" il popolo con norme-manifesto, o debba "promuovere" opportune forme di "socializzazione", è la più lontana possibile dalla concezione della norma penale in funzione garantistica e costituzionalmente orientata. Fatta questa breve premessa, proviamo, in questa sede, a trarre alcune conclusioni certamente opinabili, ma non gratuite, perché legate a una lettura non superficiale dei principi ispiratori della nostra Costituzione.

## 2. *Le implicazioni del principio rieducativo*

Assumere la funzione di garanzia della fattispecie penale a principio fondante, che trova espressione nell'articolato sistema delle garanzie costituzionali riguardanti la "materia" penale, non significa negare che la norma penale "di riflesso" sortisca un effetto di orientamento culturale e deterrenza della devianza comportamentale; si nega solo che lo strumento penale debba avere questo fine precipuo, in un ordinamento fondato sulla libertà della persona. Si possono proporre due argomenti a sostegno di questa lettura della funzionalità politica della norma penale.

Il primo argomento si può desumere dai principi costituzionali in materia di funzione politico-criminale della sanzione penale. La pena, per espressa previsione dell'art. 27 Cost., deve tendere alla "rieducazione" del condannato e ciò sembra escludere una sottostante, primaria funzione "educativa"<sup>3</sup>. Il diritto penale, nella sistematica costituzionale, interviene nella fase "patologica" dei rapporti sociali, giacché tende a "ripristinare" un nesso "fiduciario" interrotto tra il reo e il consorzio sociale. Se vogliamo

<sup>3</sup> In generale sulla funzione rieducativa della pena cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 21 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I, XVI ed., integrata ed Aggiornata a cura di L. Conti*, Giuffrè, 2003, p. 679 ss.; G. FIADACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, 2003, p. 15 ss.; G. FIADACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, 2014, p. 47 ss.; GALLO, *La regola e il giudizio tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Giappichelli, 2016, p. 11 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, 2017, p. 360 ss.; G. COSTANZO, *Principio di legalità, azione penale e trasformazioni dello stato di diritto*, Giuffrè, 2018, p. 1 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, Wolters Kluwer, 2020, p. 567 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020, p. 19 ss.; C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2020, p. 635 ss.; F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, Giappichelli, 2021, p. 29 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Giappichelli, 2021, p. 49 ss.

ricorrere a un'immagine banale, possiamo pensare al medico chiamato al capezzale dell'ammalato. Come la terapia medica presuppone la patologia, così la pena tende a "rieducare", proprio perché entra in gioco solo nella dimensione "patologica" dei rapporti sociali. Al contrario, nella dimensione fisiologica, la pena non ha ragion d'essere e la Costituzione, proprio per questo, ne codifica la funzione politico-criminale solo in quell'angolo dei rapporti di convivenza, in cui si palesa la necessità di un intervento "extra-ordinario".

Si può osservare inoltre che l'idea della funzione educativa del Legislatore di per sé entra in rapporto di tensione con la concezione laica<sup>4</sup> e liberale dell'ordinamento giuridico, la quale rifugge dai paradigmi dello Stato etico, sicché risulta accettabile in limiti molto ristretti e al di fuori dei rapporti di coercizione. Nel campo del diritto penale, la tensione muta dunque in palese incompatibilità: l'educazione coercitiva di Stato, affidata alla comminatoria di pena, contraddice i fondamenti stessi dello Stato di diritto, laico e liberale; contraddice poi, massimamente, il principio di frammentarietà, caposaldo della cultura penalistica condivisa. Se, infatti, la tutela penalistica dei beni giuridici non riguarda la totalità delle possibili aggressioni e dunque il diritto penale non tende, per sua natura, a disciplinare la "totalità" dei comportamenti che possano insidiare i beni tutelati, è chiaro che la norma penale non ha il fine precipuo di "educare", giacché, se così fosse, *ab initio* l'"educatore" si sarebbe autolimitato, avendo di mira un'educazione parziale e frammentaria. Mentre la pena frammentaria ha senso, l'educazione a frammenti non è sensata, almeno come finalità dell'educatore.

Ciò premesso, risulta evidente che la funzione di garanzia della fattispecie penale, eletta a principio fondante e canone interpretativo basilare dell'ordine penale, mal si concilia con il moderno gigantismo giuspenalistico, alimentato dalla frenesia di un incauto legislatore, pronto a rincorrere le molteplici "emergenze" quotidiane, ammonendo ed "educando" il mansueto popolo degli ignari<sup>5</sup>. Il moderno fenomeno che fa tracimare il diritto penale in ogni ambito dei rapporti sociali e

<sup>4</sup> MANNA, *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in «PdD», 1990, p. 222, critica le norme che sembrano «meno attagliarsi ad un moderno Stato sociale di diritto, ma piuttosto evocare forme proprie di uno Stato confessionale». Nelle osservazioni critiche dell'Autore, non può non leggersi la preoccupazione che il diritto penale simbolico possa stravolgere il volto laico dello Stato.

<sup>5</sup> Il diritto penale, pletorico e simbolico, ha le sue radici nella mania del legislatore di assecondare le spinte popolari emotive, amplificate dai mass-media; si è parlato in questo senso di diritto penale populistico; v. D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, p. 258 ss.

lo allontana progressivamente dal modello liberale dell'*extrema ratio*, nasce in quell'*humus* concettuale che pospone la funzione di garanzia della fattispecie penale alla funzione di orientamento culturale, portata fino alle estreme conseguenze simbolistiche. Il diritto penale acquista veste e finalità simboliche, proprio perché si ritiene di affidargli compiti "educativi" che non dovrebbero competergli, mentre lo Stato assume una nuova veste eticizzante, giustificata da intenti "iperprotettivi".

Di questo diritto penale simbolico si hanno diverse declinazioni ed accezioni, tutte comunque riconducibili alla comune radice genetica, ravvisabile nello smarrimento della bussola principale, costituita dalla preminente funzione di garanzia della fattispecie penale.

In un primo schema classificatorio, si potrebbe adottare un punto di vista, per dir così, "quantitativo", ossia relativo al *quantum* di visibilità del simbolismo; sotto questo profilo si potrebbero distinguere quattro classi di norme penali simboliche: in senso strettissimo e in senso stretto; in senso lato e latissimo<sup>6</sup>. Alla prima categoria si possono ricondurre le norme che incriminano "l'impiego di segni distintivi (simboli) riferibili a organizzazioni incostituzionali"<sup>7</sup>; qui la carica simbolica della norma incriminatrice è molto evidente, giacché l'oggetto incriminato è esso stesso un segno distintivo, che simboleggia il fenomeno da contrastare. Si considerano simboliche in *sensu stretto*, quelle norme nelle quali la dimensione simbolica costituisce l'obiettivo intenzionale e immediato, storicamente e attualmente perseguito; simboliche in *sensu lato*, quelle che tutelano beni giuridici reali e visibili e tuttavia producono effetti simbolico-negativi collaterali, comunque non irrilevanti; in *sensu latissimo*, quelle norme nelle quali l'oggetto giuridico è certamente costituito da un bene concreto, ma è ravvisabile comunque un simbolismo indiretto, di quell'*animal symbolicum* che è l'uomo<sup>8</sup>. Diciamo subito che l'ultima classe non possiede tratti distintivi molto precisi, sicché la sua inclusione nel *genus* del diritto penale simbolico potrebbe essere fuorviante, ai nostri fini, perché nella "confusione delle lingue" perde nitore quel comune denominatore, che si origina, a nostro avviso, dall'obliterazione

<sup>6</sup> Il criterio "quantitativo" è il nucleo, intorno al quale ruotano le varie classificazioni del simbolismo penale in P. NOLL, *Ideologie und Gesetzgebung*, in *Ideologie und Recht*, a cura di W. Maihofer, Frankfurt am Main, 1969, p. 69 ss. La quadripartizione proposta si ispira alla tripartizione adottata da PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, in «QC», 2010, p. 440.

<sup>7</sup> Al riguardo F.C. SCHROEDER, *Symbolisches Strafrecht – symbolische Straftaten*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, a cura di F. Herzog, U. Neumann, Heidelberg, 2010, pp. 619-620.

<sup>8</sup> M. NEVES, *Symbolische Konstitutionalisierung*, 1998, pp. 15 -16.

della funzione di garanzia della fattispecie penale. D'altronde, la prima classe individuata (delle norme simboliche in senso strettissimo) costituisce una sorta di *numerus clausus*, particolarmente rigida, in quanto vincolata a un oggetto specifico; ne consegue che le riflessioni più interessanti possono farsi intorno alle due classi di mezzo, la cui estensione è mobile, secondo l'opinabile discernimento dell'interprete.

Ciò premesso, sembra preferibile adottare una classificazione, nella quale sia commisurato, piuttosto che il *quantum* di astrattezza simbolica, neutra e avalutativa, il *quantum* di compatibilità tra la teleologia "educativa" della norma e il valore liberale-costituzionale della tutela dei beni giuridici reali.

Sotto questo profilo, è interessante la classificazione proposta, nel quadro di una ricerca scientifica ad ampio raggio, non strettamente vincolata all'ambito penalistico. Si distingue tra la legislazione che si immedesima ed esaurisce *nello* stesso messaggio simbolico, di cui si ravvisano esempi nell'autonoma incriminazione dell'incendio boschivo e nelle misure sanzionatorie in materia di stupefacenti, la legislazione che disciplina determinati rapporti sociali *mediante* il simbolo, finalizzata a risolvere "problemi" e soddisfare "esigenze particolarmente avvertite nel bacino sociale di riferimento", di cui si ravvisano esempi in materia di sicurezza stradale e immigrazione, e infine la legislazione *meta-simbolica* o "evocativa" la quale tende a «sviluppare una teoretica del bene e del male, in grado [...] di interiorizzare nei destinatari il sistema assiologico fondante l'ordinamento»<sup>9</sup>, di cui si ravvisano esempi nel campo della tutela dell'ordine pubblico internazionale. In quest'ultima categoria risiede il fenomeno più preoccupante, poiché vi si può ravvisare il rischio che il diritto sconfini nella morale e il legislatore indulga a curare una "pedagogia vivente del bene"<sup>10</sup>, piuttosto che tutelare beni giuridici effettivi.

Non dissimili – e ancora più espliciti – sono i rilievi critici, mossi da tanta parte della dottrina penalistica, verso la categoria delle *leggi simboliche di appello morale* (*Gesetze mit moralischen Appelcharakter*)<sup>11</sup>. A questa categoria si fanno afferire le fattispecie declamatorie o dirette a inculcare nella popolazione determinati stili o *standard* di vita, nelle quali

---

<sup>9</sup> E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI, *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 2009, p. 220; ID., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, 2008, p. 69.

<sup>10</sup> ID., *Recenti tendenze*, cit.

<sup>11</sup> Cfr. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, 2009, p. 357 ss.; H. KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, 2009, p. 230 ss.; S. SCHEERER, *Atypische Moralunternehmer*, in «*Kriminologisches Journal*», 1986, I supplemento), p. 133 ss.

il bene giuridico risulta piegato a scopi di educazione morale e sociale. Nell'ordinamento tedesco si ravvisano divieti moralistico-simbolici nei paragrafi 167 e 168 *StGB* (che tutelano le funzioni religiose e la quiete dei defunti) nei reati di apologia o di minimizzazione di fatti violenti (§ 130 e 131 *StGB*); nell'ordinamento spagnolo un esempio di previsione simbolico-moralistica si può ravvisare nell'art. 543, che incrimina le «offese alla Spagna»<sup>12</sup>; nell'ordinamento italiano, questo genere di fattispecie è stato ravvisato in materia di droghe e pornografia<sup>13</sup>.

Al *genus* del simbolismo penale vengono accostate pure le fattispecie *simboliche di situazione* (*gesetzgeberische Ersatzhandlungen*)<sup>14</sup>, nel cui novero si riconducono le leggi di “crisi”<sup>15</sup>, le quali puntano a risolvere le più gravi difficoltà politiche e sociali con l'inasprimento dei margini edittali, o le c.d. leggi “alibi”<sup>16</sup>, con le quali si tende a rassicurare l'opinione pubblica (*Signale der Beruhigung*) o quelle “reattive” o “di cambiamento”<sup>17</sup>; tutte accomunate dall'intento del legislatore di “dimostrare” l'immediatezza e l'efficienza della risposta penale alle varie “emergenze” situazionali.

Non l'intera e variegata casistica del simbolismo penale, qui appena accennata, può essere criticata sotto il profilo garantistico a noi più caro, giacché l'oggetto di tutela in molti casi è ravvisabile nelle sembianze di un bene giuridico concretamente accertabile. Ciò che caratterizza e qualifica il simbolismo penale, alla sua radice, ci pare consistere in una pericolosa sovrapposizione del “dimostrativo” sull’“effettivo”, nel senso che la *ratio*

<sup>12</sup> Tale esempio di norma simbolico-moralistica è proposto da J.M. PARADES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, 2013, p. 343.

<sup>13</sup> Per tutti C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in «RIDPP», 1992, p. 879 ss.; ID., *Lagorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 110.

<sup>14</sup> Cfr. P. NOLL, *op. cit.*, pp. 360-362; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 539; ID., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in «RIDPP», 2006, p. 59 ss.

<sup>15</sup> Sulla categoria delle *Krisengesetze* cfr. K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, p. 59; E. HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, 1982, p. 37.

<sup>16</sup> Sulla categoria delle *Alibigestze* cfr. K.L. KUNZ, *Zur Symbolik des Strafrechts*, in *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Fest. H. SCHOCH*, a cura di, D. Dölling, B. Götting, B.D. Meier, T. Verrel, Berlin, New York, 2010, p. 362; *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, p. 75; C. CUPELLI, *Il legislatore gioca col fuoco: gli incendi boschivi (art. 423 bis c.p.) fra emergenza e valore simbolico del diritto penale*, in «IP», 2002, pp. 181 ss.

<sup>17</sup> W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, p. 1004; R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, p. 60; F. MANTOVANI, *Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in «RIDPP», 2017, p. 1169.



*legis* pare più orientata a plasmare, ovvero assicurare, l'*opinione* del popolo, piuttosto che a difenderne *effettivamente* i beni primari. Si può perciò tentare di misurare la distanza del simbolismo penale dalla funzione di garanzia della fattispecie penale, in termini di ineffettività della norma.

Sotto questo profilo, può essere proposta una tripartizione, nella quale si distinguono: le leggi penali simboliche ad *ineffettività semplice*; le simboliche ad *ineffettività antinomica*; e infine quelle ad *ineffettività disnomica*<sup>18</sup>.

Nelle prime «il carattere simbolico si riduce alla pura e semplice inadeguatezza dello strumento-pena a conseguire lo scopo di tutela», per esempio a causa della “rarefazione” del bene, particolarmente gigantesco o eccessivamente astratto. L'ordine pubblico internazionale è stato citato come esempio di bene “ideale” e “astratto”; ma si può anche pensare alla fattispecie di aggioaggiamento comune, i cui estremi sono integrati dal fine “gigantesco” di «turbare il mercato interno dei valori e delle merci»; fine, peraltro, solitamente assente nel comportamento di chi fa speculazione nella sua nicchia, per il proprio profitto, non avendo cura dei modesti effetti collaterali sull'andamento dell'intero mercato.

Le seconde (ad effettività antinomica) si caratterizzano per il rapporto di contraddizione tra il bene che intendono tutelare e la minaccia di pena che finisce col dirigersi verso lo stesso oggetto tutelato; se ne rinviene un esempio nella criminalizzazione dell'aborto, poiché «volendosi tutelare la vita (del feto) si minaccia la vita (della madre)».

Le norme simboliche ad ineffettività disnomica, infine, sono quelle nelle quali risultano tipizzati “elementi antinomici paralizzanti”; si può pensare a talune incriminazioni penaleconomiche, penalamientali o in tema di stupefacenti. In quest'ultimo campo, si può rinvenire l'esempio paradigmatico nel quadro di un progetto di riforma che prevede il trattamento sanitario alternativo alla condanna. Sul punto, si osserva che solo la volontaria sottoposizione al trattamento sanitario può efficacemente risolvere il problema della tossicodipendenza e ovviamente la minaccia di pena “ostacola”, se non inibisce, l'autodeterminazione della persona.

La superiore rassegna, per quanto breve e sintetica, è sufficiente comunque a farci intendere che la dimensione pletorica della vigente legislazione penale si deve, in buona misura, al fraintendimento riguardante i destinatari del “messaggio” recato dalla norma. Nella prospettiva educativa, il “messaggio” si rivolge direttamente alla comunità sociale, giacché tutti indistintamente sono chiamati ad accogliere una determinata opzione di

---

<sup>18</sup> La classificazione è proposta da PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 529 ss.

valore o ad assumere un determinato “stile” di vita<sup>19</sup>. Al contrario, nella prospettiva garantistica, il “messaggio”, proprio in quanto esplicitamente “sanzionatorio” e solo implicitamente “precettivo”, si rivolge, in via diretta, solo al destinatario che aggredisce il bene tutelato, mentre il consorzio sociale, nella sua interezza, non deve uniformarsi ad alcun modello ideologico o comportamentale.

In sintesi, la funzione simbolica e la funzione di garanzia indirizzano la norma penale verso destinatari effettivi diversi. Emerge dunque, a nostro parere, la connessione tra l’obliquità del “messaggio simbolico-educativo”<sup>20</sup> e lo smarrimento della primaria funzione di garanzia della fattispecie penale; e, in definitiva, questa chiave di lettura ci permette di spiegare una buona parte della moderna elefantiasi penalistica.

### 3. *Il diritto penale del nemico*

Si può opinare che la *ratio* ispiratrice, esclusiva o prevalente, del diritto penale simbolico risieda nell’intento di assecondare e blandire l’opinione pubblica o di placarne le reazioni emotive in occasione di eventi, che destano grave allarme sociale; pertanto, il diritto penale simbolico può anche rappresentarsi in termini di diritto emergenziale. In verità, l’intera gamma delle emergenze non dà vita al simbolismo e l’intera gamma del simbolismo

<sup>19</sup> In fondo, a ben considerare, l’ineffettività della norma simbolica, consiste sostanzialmente in una “efficacia” deviata: non è necessario, tanto che la norma sia efficace nei confronti del colpevole, quanto che lo sia, in funzione simbolico-declamatoria, nei confronti della generalità dei *cives*. Tali caratteri si riscontrano in tutte le forme di manifestazione del simbolismo penale, variamente declinato, pur mentre differisce, com’è ovvio, la misura del *vulnus* arrecato al principio liberale del diritto penale del bene giuridico; la legislazione penale *simbolico-espressiva*, *demagogico-retorica*, *paternalistico-pedagogica*, le *fattispecie-manifesto* e le *norme-simulacro* sono comunque accomunate dall’“inganno”, che risiede nella scelta del legislatore di perseguire effetti epidermici e narcotici. In questo senso R. HEGENBARTH, *Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze*, In *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1981, p. 203; J.C. MÜLLER, *Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes*, in «*Kriminologisches Journal*», 1993, p. 86.

<sup>20</sup> Questa chiave di lettura ci permette di cogliere la radice “ingannatoria” del diritto penale simbolico. Nell’ambito del quale la norma incriminatrice «ama mentire sulla cerchia dei destinatari, rivolgendosi non al destinatario naturale, e cioè al potenziale autore, ma alla globalità della popolazione, per rassicurarla o, meglio, blandirla», sicché la «duplicazione di messaggi e di destinatari (reali e apparenti)» costituisce «il marchio di fabbrica del diritto penale simbolico». Così si esprime S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, 2018, p. 93.

non si giustifica con l'emergenza; tuttavia, è evidente la connessione tra l'uno (diritto penale simbolico) e l'altra (*ratio* emergenziale). Inoltre, si può osservare che le forme del diritto penale simbolico più distanti dal principio garantistico sono proprio quelle ufficialmente giustificate in nome di un'emergenza.

S'intende che, per fronteggiare l'emergenza, è necessario ricorrere a misure "eccezionali"; nasce così il diritto penale "eccezionale" che vuole debellare i nuovi nemici della *res publica*.

Ovviamente le "eccezioni" sono destinate a durare ben più dell'emergenza, vera o presunta, e pertanto il *diritto penale del nemico*, simbolico nelle intenzioni iniziali<sup>21</sup>, tende a diventare, ben più che un simbolo, un vero e proprio *corpus iuris*, solido e durevole, nel quale le nuove eccezioni si sovrappongono alle vecchie, che pure persistono.

Ben s'intende altresì che il "nemico" viene identificato mediante i tratti della sua personalità criminologica, i quali lo distinguono dal criminale comune, sicché il diritto penale del nemico tende sempre a naufragare nel campo della tipologia d'autore; ossia in quel campo dove la funzione di garanzia della fattispecie penale, fondata sulla tassativa tipicità del fatto, viene sacrificata, ovviamente in nome dell'emergenza, alle esigenze della "lotta" a una determinata tipologia criminosa<sup>22</sup>.

È bene precisare, tuttavia, che la dizione "diritto penale del nemico" non è univoca, giacché designa una congerie multiforme di paradigmi concettuali, molto controversi in dottrina, dai contorni imprecisi e poco definiti<sup>23</sup>. Si

<sup>21</sup> BONINI, *La funzione simbolica*, cit., pp.166 ss., riconduce espressamente il c.d. diritto penale del nemico nel *genus* del simbolismo. M. CANCIO MELLÀ, "Diritto penale" del nemico?, in *Un diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Giuffrè, Milano 2007, pp. 69 ss. fa riferimento, pur sempre, alla categoria del diritto penale simbolico, in senso lato, ma precisa che non si può parlare di simbolismo in senso tradizionale.

<sup>22</sup> Per quanto concerne il rapporto fra pratica dell'eccezione, emergenza e sicurezza statale nell'ordinamento italiano, si veda U. NAZZARO, *La funzione "emergenziale" della pena tra "castigo" e "premio": spunti di riflessione sulla recente "emergenza sicurezza"*, in «RP», 2009, n. 2, p. 277 ss.

<sup>23</sup> Le voci che in dottrina si sono interessate specificamente al tema sono innumerevoli, possono ricordarsi l'opera collettanea a cura di M. DONINI, M. PAPA, *Un diritto penale del nemico*, cit. e quella a cura di A. GAMBERINI, R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, con contributi, oltre che dei curatori, di Autori come C. Galli, V. Ruggiero, T. Padovani, F. Muñoz conde, G. Quintero-Olivares, G. Jakobs, M. Donini, G. Fiandaca, G. Cussac, D. Pulitanò, G. Insolera, G. Losappio, A. Cavaliere, R. Kostoris, L. Salas, B. Pavisic, E. Fronza, D. Gioia. Sul punto cfr. altresì PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, 2, p. 667 ss; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale*

possono estrapolare tre differenti categorie, accomunate dal richiamo a siffatta “qualifica” del reo, la quale – è bene precisare fin da subito – è frutto di elaborazione dottrinale, giacché la sua base “positiva” è ravvisabile solo nel diritto penale di guerra e non anche nel diritto penale di pace, che ci occupa: la prima sta a indicare quel diritto penale basato essenzialmente sulla figura dell’autore del reato (terrorista, mafioso etc.), attinto da misure di sicurezza; la seconda ricomprende i casi in cui si utilizza strumentalmente il diritto penale del fatto in funzione simbolico-espressiva, in modo che gli autori di certi delitti subiscano una sorta di *deminutio capitis*; la terza accezione qualifica come nemico quel soggetto, il cui comportamento è in tal grado ostile alla società da impedirne il riconoscimento come persona<sup>24</sup>.

Fin da subito è possibile cogliere il contrasto della prima prospettiva, vista nella sua purezza astratta, coi principi del nostro ordinamento giuridico, fondato sul diritto penale del fatto; allo stesso modo, appare chiaro di prim’acchito che la terza prospettiva stride con il principio di soggettività giuridica della persona umana; sicché prendiamo in considerazione soprattutto la seconda accezione di diritto penale del nemico, riconducibile al *genus* simbolico-espressivo, nel quale la *ratio* “emergenziale” e la finalità di orientamento culturale del legislatore sono più evidenti. Si riserva al reo (di determinati delitti) un trattamento sanzionatorio diversificato ed “eccezionale”, sia per additarlo come “nemico del popolo”, meritevole di uno stigma tendenzialmente permanente, sia per “educare” i *cives* alla conformità e “rassicurare” l’opinione pubblica sulla sollecitudine del legislatore a porre gli opportuni rimedi all’“emergenza”.

Verifichiamo in primo luogo se, alla normativa di questa tipologia, possa offrire una valida base teorico-domatica la dottrina di *Gunther Jakobs*<sup>25</sup>, la quale invero non si palesa del tutto nuova<sup>26</sup>. Nella sistematica *jakobsiana*, l’ordinamento penale è suddiviso in tre filoni: il *diritto penale del cittadino*, il *diritto penale di guerra* e il *diritto penale del nemico* (*Feindstrafrecht*). Alla

*dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in «RIDPP», 2007, 2, p. 472; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, 2008, p. 10.; P. BRUNETTI, *Diritto penale del nemico: una lettura critica dei presupposti filosofici*, in *Penale Diritto e Processo*, versione online, 29.05.2020.

<sup>24</sup> Le tre categorie sono indicate da PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, 2014, Pisa University Press, cit., p. 7 ss.

<sup>25</sup> Le origini dell’espressione “diritto penale del nemico” si riportano allo scritto di G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in ZStW 97, 1985, pp. 753 ss.

<sup>26</sup> PADOVANI, *op. cit.*, cit., pp. 11-12, osserva opportunamente che «le prospettive di *Jakobs* rappresentano una riedizione, piuttosto inquietante, di quelle elaborate nella Germania degli anni trenta»: «*Shaffstein* e *Dahm* teorizzavano le stesse cose in forma diversa».

prima categoria afferiscono gli istituti normativi e i paradigmi culturali della tradizione liberale classica, riguardanti il reo preso in considerazione come persona, per dir così, “redimibile”, “recuperabile” alla logica e alla dinamica della convivenza sociale; alla seconda categoria afferiscono gli istituti eccezionali, vigenti solo nel caso di guerra in corso, nel cui limitato arco temporale vengono sospese le garanzie del codice penale in tempo di pace; la terza e più controversa categoria contempla i fatti di reato posti in essere da un soggetto che si pone al di fuori del consorzio sociale, rifiuta i valori di civiltà che fondano la convivenza e non è disposto a intraprendere alcun percorso di “rieducazione”.

In altri termini, si teorizza l’esistenza di un “nemico” in tempo di pace, in qualche modo assimilabile al nemico in tempo di guerra. Invero, riesce difficile negare che taluni atti, raccapriccianti e sanguinari, di terrorismo internazionale equivalgono a una dichiarazione di guerra contro l’intera umanità e la civile convivenza; si può pensare che la guerra tra Stati, in qualche modo lineare e manifesta, avente una sua “regolarità”, sia pure tragica e crudele, sia stata oggi sostituita da una sorta di guerra asimmetrica, non già combattuta da uno Stato contro un altro, bensì da organizzazioni criminali e bande armate clandestine contro l’ordine stesso della civiltà umana. Non sarebbe scandaloso definire “nemici” dell’umanità coloro che attentano ai capisaldi della convivenza civile con efferati atti terroristici, tanto più se diretti, ciecamente e biecamente, contro inermi civili, colpiti a caso.

Tuttavia, la questione non è nominalistica e non attiene al linguaggio comune o al gergo giornalistico; si tratta di capire se, nell’ambito di un ordinamento penalistico fondato sui principi di libertà, l’“allarme” sociale, ancorché grave, possa giustificare la qualifica tecnico-giuridica di “nemico” in capo al reo di taluni delitti. A ben considerare, l’interrogativo apre la via a due distinte questioni: una dommatica, se la distinzione tra il cittadino (*civis*) e il nemico (*non-civis*) abbia un qualche fondamento nel vigente ordinamento dei principi e delle norme giuridiche; l’altra di politica criminale, se sia opportuno pagare un “prezzo” ai diritti di libertà individuale in vista di un particolare profilo della “sicurezza” sociale. Sul piano dommatico, il costrutto teorico di *Jakobs* appare confuso e molto fragile<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> A. PAGLIARO, “Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa, in «CP», 2010, 6, p. 2460, parla di *scarsa coerenza logica* delle enunciazioni formulate da *Jakobs*. In questo stesso senso, PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini, Orlandi, Monduzzi Editore, Milano 2007, pp. 238 ss.

La confusione è dovuta al fatto che manca alla nozione di “nemico” la necessaria chiarezza identitaria, poiché vi sono ricomprese le più variegata figure di soggetti ritenuti ostili al consorzio sociale, senza riferimento preciso alla tipologia di “guerra” da loro combattuta. Invero, nel diritto internazionale, il “nemico” è riconoscibile in funzione di una guerra tra Stati o di un conflitto interno, combattuto da una fazione armata per il controllo totale o parziale del territorio dello Stato (insurrezione armata). Laddove mancano i requisiti della guerra, i quali peraltro giustificano il vigore del codice penale in tempo di guerra, il “nemico” non è riconoscibile in base a parametri certi e dunque i contorni della sua figura rimangono comunque nebulosi, tali da non poter identificare una categoria concettuale scientificamente fondata<sup>28</sup>. Si può osservare poi che l’antinomia logica, del tipo A/non-A, sussiste non già nella coppia *cittadino/nemico*, bensì nella coppia *amico/nemico*; ma un diritto penale dell’amico, contrapposto al diritto penale del nemico, non ha alcuna ragion d’essere, poiché il diritto penale giammai può considerarsi “amichevole”<sup>29</sup>.

Si giunge, invero, alla contrapposizione, impropria dal punto di vista logico, *cittadino/nemico*, per le vie traverse segnate dal riconoscimento della qualifica di persona in capo al primo e dal disconoscimento in capo al secondo. Il cittadino è una persona, titolare di diritti e di doveri, in quanto appartenente alla comunità umana che riconosce e tutela quei diritti; il nemico invece è nient’altro che un “individuo”, cui non è riconosciuta la titolarità dei diritti a cagione della sua ostilità, e perciò estraneità, alla comunità umana che quei diritti riconosce e tutela. Si vede bene dunque che la contrapposizione *cittadino/nemico*, alla fine dei conti, si configura come contrapposizione *individuo/persona*, laddove la persona è il *civis*, mentre l’individuo è una non-persona ovvero *non-civis*.

Si tratta di una contrapposizione molto più radicale di quella *cittadino/straniero*, rilevante per esempio nel campo del diritto amministrativo. In quest’ambito, la posizione del cittadino può essere differenziata rispetto al non-cittadino (per quanto riguarda, ad esempio, l’elettorato attivo e passivo); ma si tratta di aspetti specifici e circoscritti della capacità d’agire; mentre, giammai può essere negata la personalità giuridica *tout court* a qualsiasi uomo, ancorché straniero. La condizione di uomo di per sé, senza alcuna appendice o ulteriore specificazione, conferisce la generale titolarità dei diritti e, primariamente, dei diritti della persona a fronte del

<sup>28</sup> In questo senso F. MUNOZ CONDE, *Der Kampf gegen dem Terrorismus und das Feindstrafrecht*, in *In dubio pro libertate (Festschrift für Klaus Volk)*, München, 2009, p. 495 ss.

<sup>29</sup> PAGLIARO, *op. cit.*, cit., p. 2461 ss.; G. LOSAPPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell’amico, nemici del diritto penale*, in *Delitto politico* cit., p. 258 ss.

potere coercitivo dello Stato<sup>30</sup>. In sintesi, la dogmatica del diritto penale del nemico, oltre che confusa, si rivela inconsistente, perché suppone il nemico come non-persona; il che equivale a supporlo come non-uomo, in contrasto con i principi fondanti della nostra millenaria civiltà giuridica<sup>31</sup>.

Non meno inconsistente si rivela una seconda antinomia, riguardante la funzionalità politica della norma penale, nella quale ha sbocco la contrapposizione tra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico. Il primo, nella sistematica di *Jakobs*, è caratterizzato da una pena, che sanziona il fatto, in relazione al passato e tende a ripristinare lo *status quo ante* secondo la logica “retributiva”; invece, il diritto penale del nemico, guarda al futuro, perché tende a preservare la società dai possibili futuri reati del “nemico”. Ebbene, quest’antinomia funzionale della sanzione penale, volta al passato oppure al futuro, secondo che il reo sia cittadino o nemico, non pare faccia i conti con l’indissolubile plurifunzionalità della pena, per un verso volta a “retribuire” il passato, ma per l’altro volta alla prevenzione generale e speciale<sup>32</sup>. Si può dunque concludere che il costrutto teorico-dommatico del diritto penale del nemico si rivela molto fragile.

In ragione dell’insufficiente coerenza logico-dommatica della teoria *jakobsiana*, pare opportuno restringere l’angolo di visuale alle sole questioni di politica criminale<sup>33</sup>, riassumibili nella domanda di fondo: se l’emergenza possa giustificare e fino a che punto – eventualmente – possa giustificare un diritto penale “eccezionale”, in rapporto di tensione coi principi basilari del

<sup>30</sup> Sia consentito rinviare al nostro precedente lavoro, nel quale si evidenzia che la persona umana, capace d’intendere e di volere, è dotata di per sé della soggettività in campo penalistico ovvero della c.d. *capacità penale*; cfr. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva*, Giappichelli, 2010. Nelle altre branche dell’ordinamento, sono ammissibili gradazioni della capacità giuridica, tuttavia vige pur sempre il principio secondo cui «unica condizione per essere subbietto di diritti è quella di essere uomo»; R. DE RUGGERO, F. MARINI, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano 1950, p. 167; PADOVANI, *op. cit.*, cit.

<sup>31</sup> PADOVANI, *op. cit.*, p. 10, cit. L’Autore osserva che la teoria di *Jakobs* «mette in crisi o pretende di mettere in crisi uno dei postulati su cui si reggono le società liberali democratiche, cioè che uomo, individuo o persona sono la stessa cosa, non esiste la possibilità di separarli».

<sup>32</sup> PAGLIARO, *op. cit.*, p. 2462, osserva che «la funzione del diritto penale è *sempre* (almeno doppia): contraddizione e insieme rimozione di un pericolo»; «il diritto penale guarda al passato ma, al tempo stesso, guarda sempre all’avvenire. Ogni norma penale ha questo duplice modo di operare. Non si può stare a distinguere se il destinatario ne sia il “cittadino” o il “nemico”».

<sup>33</sup> Dello stesso avviso, PAGLIARO, *op. cit.*, cit., p. 2461. L’Autore osserva che, «forse proprio a causa della sua inconsistenza scientifica, tale dottrina ha avuto notevoli riflessi sul dibattito in tema di politica criminale», pertanto «non è inopportuno provare a studiarla sotto questo profilo».

diritto penale costituzionalmente orientato (legalità, colpevolezza e finalità rieducativa della pena)<sup>34</sup>. È innegabile che le esigenze di difesa sociale, nei confronti della criminalità organizzata più pericolosa e aggressiva, impongano il ricorso a misure repressive e preventive, efficacemente dissuasive; incontrano, tuttavia, sempre e comunque il limite delle garanzie recate dalla fattispecie penale, nel quadro dei principi costituzionali. La tensione col principio di legalità si acuisce quando la misura, magari formalmente amministrativa, ma sostanzialmente punitiva, finisce col gravare sul “sospetto”, piuttosto che sul “reo”. La tensione col principio di colpevolezza si acuisce quando si anticipa la tutela penalistica fino al punto da incriminare gli atti preliminari, privi di offensività. S'intende che la teorica del diritto penale del nemico offre, appunto, la base giustificativa per acuire il rapporto di tensione fino al superamento del punto limite, segnato dal rispetto dei menzionati principi di legalità e colpevolezza<sup>35</sup>.

Ciò vale anche per il principio della finalità rieducativa della pena, il cui attrito coi dogmi del diritto penale del nemico è stato fin qui meno evidenziato in dottrina. Tale costruzione teorica suppone un soggetto (nemico) “irremovibile” e “irrecuperabile”, che rifiuta radicalmente le condizioni della pacifica convivenza, implicanti il riconoscimento della sovranità dello Stato, ed è assolutamente refrattario alle finalità di emenda e di rieducazione, proprie della pena. Questa supposizione ci pare infondata, perché non fa i conti con la reversibilità e “volatilità” dei convincimenti e delle intenzioni degli uomini. Anche il più incallito dei delinquenti può mutare i suoi programmi di vita e rieducarsi ai valori di civiltà, che costituiscono il fondamento etico-giuridico della comunità sociale; invece, la rappresentazione del reo come nemico dello Stato e della convivenza civile lo “immobilizza” e “cristallizza” in una tipologia d'autore, predefinita e marchiata indelebilmente. Appare evidente la frizione, se non l'aperto contrasto, con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena, che non ammette eccezioni per alcuna tipologia di fatto di reato ed, a maggior ragione, per tipologia d'autore.

<sup>34</sup> Di palese contrasto coi principi costituzionali parla G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Delitto politico* cit., p. 248, il quale osserva che «il diritto penale del nemico non è un altro diritto penale, è altro dal diritto penale».

<sup>35</sup> In questo senso, F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in «DQP», 2010, n. 10, p. 525 ss.



#### 4. *Il nuovo nemico*

Orbene, ci pare che proprio questo profilo del rapporto di tensione tra la politica criminale, volta alla lotta contro il “nemico”, e la logica garantistica del diritto penale costituzionalmente orientato, sia quello più rilevante nei tempi odierni. Si può fare l'esempio della nuova legislazione di lotta contro l'ennesima “emergenza”, rappresentata dalla corruzione. Il Parlamento, in tempi recenti, ha approvato la legge n. 3 del 9 gennaio 2019, denominata “spazzacorrotti”<sup>36</sup>, nell'immaginario linguaggio della politica e del giornalismo cartaceo e televisivo. La denominazione tradisce chiaramente il messaggio rassicurante e “narcotizzante” affidato dal legislatore-providenza a quest'ultima esemplare espressione del simbolismo penale<sup>37</sup>, eletto a criterio guida delle scelte di politica criminale, in attesa di un nuovo caso di “emergenza” nazionale, che richieda ovviamente un'ulteriore modifica della legislazione vigente.

I tratti del simbolismo penale emergono con molta evidenza nella fisionomia del “corrotto”, divenuta di fatto una categoria d'autore. Per costui vige ora una legislazione “speciale”, diversa da quella riguardante tutti gli altri *cives*; lo *status* penalistico differenziale elegge il “corrotto” a

<sup>36</sup> Tra i primi commenti, prevalentemente di segno critico e concernenti il d.d.l. genetico, presentato alla Camera dei Deputati il 24 settembre 2019, cfr. N. PISANI, *Il disegno di legge “spazzacorrotti”: solo ombre*, in «CP», 2018, p. 3589 ss.; R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in «GiuP», 2018, n. 10, p. 1 ss.; G. FLORA, A. MARANDOLA, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n.3 c.d. «spazzacorrotti»)*, Pacini Giuridica, 2019; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in «CP», 2019, n. 1, p. 44 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, IV ed., Giuffrè, 2019. Sui profili processuali, per tutti, A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, ivi, p. 1 ss.; PADOVANI, *La spazzacorrotti. La riforma delle illusioni e le illusioni della riforma*, «AP», 3/2018. L'insigne Autore, fin dagli albori della novella, ne evidenziò la radice “illusoria” e fors'anche “ingannatoria”, annoverandola nella categoria sempre più nutrita del *diritto penale simbolico-espressivo*. Questa tipologia di legislazione, sorretta da intenti populistici, appare caratterizzata dal fatto che la norma incriminatrice «ama mentire sulla cerchia dei destinatari, rivolgendosi non al destinatario naturale, e cioè al potenziale autore, ma alla globalità della popolazione, per rassicurarla o, meglio, blandirla», di guisa che la «duplicazione di messaggi e di destinatari (reali e apparenti)» costituisce «il marchio di fabbrica del diritto penale simbolico». Così si esprime BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Editoriale Scientifica, 2018, p. 93.

<sup>37</sup> PADOVANI, *La spazzacorrotti. La riforma delle illusioni e le illusioni della riforma*, cit., p. 1 ss., mette in evidenza, in primo luogo, l'inconsistenza del fondamento fattuale della nuova “emergenza”.

categoria criminologica a sé stante, introducendo pericolosi “strappi” nel tessuto dell’ordinamento penale liberale-classico, chiaramente ispirati alla logica della colpa d’autore. Ravvisiamo tale logica non solo e non tanto nella particolare severità sanzionatoria, ma anche e soprattutto nelle “eccezionali” modalità esecutive della sanzione, le quali vanno a configurare un percorso “rieducativo” del tutto speciale.

Ci limitiamo a segnalare i più significativi tratti di legislazione simbolico-espressiva, ispirata alla logica della lotta contro il “nemico”. I limiti edittali delle pene previste per i fatti di corruzione sono stati innalzati in misura rilevante, tanto da compromettere la proporzione con le pene previste per i reati similari. In base a un giudizio di disvalore enfatizzato a dismisura, sull’onda emozionale dell’ennesima “emergenza” nazionale, la corruzione risulta *a priori* “più grave” di altri delitti meno ricorrenti nelle cronache giornalistiche, a prescindere dal “danno sociale” effettivamente apportato<sup>38</sup>. Si compromette così la giustizia retributiva, fondata sulla proporzione, sulla misura e sul discernimento.

È stata introdotta, poi, la figura dell’“agente provocatore”, con licenza di istigare e determinare il pubblico ufficiale a commettere fatti di corruzione<sup>39</sup>. La Repubblica confida così nel provocatore-delatore, cui è

<sup>38</sup> Per una panoramica sul delitto di corruzione v. fra i molti C. BENUSSI, *I Delitti contro la pubblica amministrazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, p. 412 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol.1, Zanichelli, 2012, p. 325 ss; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, cit.; PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale - Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, Wolters Kluwer, 2020, p. 261 ss.; R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto Penale, Lineamenti di parte speciale*, Giappichelli, 2021, p. 480 ss.

<sup>39</sup> Teoricamente l’agente sotto copertura dovrebbe astenersi dal “provocare” la commissione del reato, ma nella pratica non sempre è facilmente distinguibile l’*infiltrato* dal *provocatore*. La linea di distinzione può risultare offuscata, perfino in relazione ai fatti di criminalità organizzata, per i quali tali strumenti investigativi sono in qualche modo collaudati; risulta assolutamente nebulosa, in relazione ai fatti di corruzione, i quali presuppongono un *pactum sceleris*, i protagonisti del quale possono essere indifferentemente istigati e istigatori. Sul punto A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in «AP» (web), 2018, 3. La Corte EDU ammette la figura dell’istigatore (Corte EDU, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italia e Germania*; 4 luglio 2017, *Matanovic c. Croazia*), ma non quella del provocatore (Corte EDU 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*; grande camera, 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*; 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; 1 luglio 2008, *Malininas c. Lituania*). Non è difficile dunque ipotizzare che l’Italia possa andare incontro all’ennesima censura della Corte, per il fatto che la legge c.d. spazzacorrotti legittima, in ultima analisi, la “provocazione” del *pactum sceleris*. A questa conclusione si deve infatti pervenire, in ragione del fatto che l’agente sotto copertura non può assumere un atteggiamento passivo, quale mero spettatore della condotta altrui, ma

garantita l'impunità, per punire "in maniera esemplare" il colpevole. In questa rinuncia a condannare uno dei protagonisti del *pactum sceleris* ci pare di cogliere, innanzitutto, una "confessione d'impotenza" dello Stato, incapace di punire tutti i responsabili di fatti illeciti, meritevoli di sanzione<sup>40</sup>. Si osserva, in secondo luogo, che, grazie all'introduzione del nuovo istituto dell'agente provocatore, si introiettano e istituzionalizzano "metodi" polizieschi "similsovietici" nel contesto di un ordinamento giuridico, dalle coordinate liberali-classiche. Tali metodologie "eccezionali" sono state "tollerate" per contrastare la criminalità organizzata più determinata e pericolosa; non pare saggio estendere l'"eccezione" in un campo così vasto, che riguarda la vita quotidiana del cittadino "comune", nella veste di utente o dipendente della pubblica amministrazione<sup>41</sup>.

La "lotta" al nuovo nemico, ravvisato nel corrotto, tocca poi il suo punto più alto con le modifiche apportate in sede di esecuzione della pena. Oggi, il corrotto è meritevole di una speciale "rieducazione": mentre tutti gli altri *cives* possono giovare dei benefici previsti dalla legislazione penitenziaria *erga omnes*, per i condannati per fatti di corruzione vige una sorta di legge penitenziaria *erga corruptos*. Nella fase esecutiva della pena, i corrotti sono costituiti *non-cives*, immeritevoli dei trattamenti diretti al reinserimento sociale valevoli per tutti gli altri *cives*. Sono loro preclusi l'assegnazione al lavoro esterno e gli altri benefici penitenziari, diretti a facilitare il percorso rieducativo e il reinserimento sociale del condannato<sup>42</sup>. Insomma,

---

deve sottoscrivere *attivamente* il *pactum sceleris*. Dello stesso avviso, S. SEMINARA, *Riflessioni sulla corruzione, tra repressione e prevenzione*, in *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto*, a cura di R. Bartoli, M. Papa, Giappichelli, 2018, p. 153. L'Autore osserva «che, in un illecito bilaterale di condotta come la corruzione, l'offerta o la dazione del denaro integra già l'art. 322, comma 1 o 2 c.p. e vale dunque a rendere il suo autore ben più che un agente provocatore».

<sup>40</sup> Non per nulla, in siffatta legislazione "emergenziale" viene ravvisato «l'ennesimo esempio di quella *giuridicità debole* sagacemente individuata da *Sabino Cassese* tra i caratteri costanti del nostro ordinamento»; cfr. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., p. 10.

<sup>41</sup> PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit, 4, sottolinea che la lotta alle mafie e al terrorismo è ben diversa dal contrasto alla corruzione; «*la circostanza che ad essi* (agenti sotto copertura e pentiti remunerati n.d.a.) *non si sia mai fatto ricorso per favorire l'accertamento di questo genere di reati avrebbe dovuto, di per sé, indurre qualche perplessa riflessione*».

<sup>42</sup> L'art. 4 *bis* della legge 26.7.1975 n. 354, come modificato dall'art. 1 comma 6 lett. a) e b) della legge 9 gennaio 2019 n. 3, preclude l'applicazione delle misure alternative alla detenzione e degli altri benefici penitenziari, eccezion fatta per la liberazione anticipata, ai condannati per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 *bis*, *ter*, *quater* primo comma, 320, 321, 322, 322 *bis* del codice penale. Allo stesso modo, l'art. 47, comma 12, della medesima legge, come modificato dall'art. 1 comma 7 della legge 9 gennaio 2019 n. 3, impedisce che l'esito favorevole dell'affidamento in prova ai servizi sociali estingua gli effetti

l'esecuzione della sanzione penale segue una via diversa da quella ordinaria, essendo "straordinari" i condannati, "rieducabili" appunto con mezzi "speciali". Si capisce bene che la *ratio* ispiratrice, magari non dichiarata e tuttavia ben visibile, non riguarda tanto il fatto di reato, quanto l'autore; proprio per questo, la legge differenzia l'autore della corruzione rispetto alla rimanente parte dei rei, aggravandone pesantemente il percorso rieducativo. Come non vedere nel nuovo sottosistema penale, vigente per i corrotti, qualche traccia del diritto penale del nemico, ispirato alla teoria della colpa d'autore?

In conclusione, ci pare di poter dire che nell'ordinamento penalistico italiano sono visibili rilevanti segni di pericolose incrinature, apportate – nella logica del diritto penale del nemico – alla coerenza della funzionalità garantistica del diritto penale costituzionalmente orientato. L'allarme del "nemico alle porte", suonato in occasione di tante "emergenze", ha indotto il legislatore a "tranquillizzare" l'opinione pubblica creando sottosistemi, in vigore per determinate tipologie d'autore. Nel campo delle misure di prevenzione, della lotta alla criminalità organizzata, comune e politico-terroristica, della legislazione penitenziaria "eccezionale" e "ostativa", il legislatore ha mostrato di essere sensibile alle sirene di due pericolose teorizzazioni – da una parte, la colpa d'autore, dall'altra, il diritto penale del nemico – allontanandosi dalla strada maestra, segnata dall'orientamento costituzionale, al cui centro è posta la funzionalità garantistica della fattispecie penale.

##### *5. Le "grida manzoniane" rinvenibili nella nuova fattispecie di corruzione internazionale*

Le nuove sembianze della fattispecie di corruzione internazionale, impresse dalla citata legge c.d. spazzacorrotti, costituiscono un ulteriore esempio di diritto penale simbolico espressivo<sup>43</sup>; anzi, per certi versi, possono

---

delle pene accessorie perpetue (previste per i reati dei "corrotti").

<sup>43</sup> In generale sulla fattispecie di corruzione internazionale, cfr. S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee per un'indagine penalistica*, Jovene, 1999; G. FORNASARI, N.D. LUISI, *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sopranazionali*, Cedam, 2003; V. PATALANO, *Profili problematici della corruzione internazionale*, in Id., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, 2003, p. 402; F. CENTONZE, F. DELL'OSSO, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in «RIDPP», 2013, p. 208; V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione*

ritenersi il più fulgido esempio di tale paradigma, pressoché assimilabile alle “grida” seicentesche di manzoniana memoria. Il legislatore del 2019 ha eliminato dal testo dell’art. 322 *bis*, 2° comma c.p. ogni riferimento alla

*internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; ID., *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative*, in «DPP», 10/2016, p. 1320; ID., *Corruzione internazionale e mercimonio di un atto conforme ai doveri d’ufficio*, in «DPP», 12/2016, p. 1623; MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, «DPC-RT», 2019, n. 5, p. 297 ss.; ABUKAR HAYO, *Spunti comparatistici in relazione al nuovo volto del delitto di corruzione internazionale ex art. 322 bis co. 2 c.p.*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, A.M. Stile, C. Roxin, K. Volk, Urbino University Press, 2020, p. 15 ss.; R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *op. cit.*, 480 ss.; A. ABUKAR HAYO, *The entry of expressive symbolic populism into the new case of international corruption pursuant to art. 322 bis co. 2 c.p.*, [ovvero] L’ingresso del populismo simbolico espressivo nella nuova fattispecie di corruzione internazionale ex art. 322 bis co. 2 c.p., in «RCGI», Roma, 2021, p. 115 ss. L’intera legge c.d. spazzacorrotti sembra obbedire, più che a meditati criteri di efficienza politico-criminale, a una logica rozzamente “emergenzialista” e all’intento politico di rassicurare l’opinione pubblica, circa l’efficienza delle misure di contrasto del fenomeno corruttivo; la stessa denominazione adottata (spazzacorrotti), nell’enunciare un programma per certi versi utopico, ma suggestivo, disvela chiaramente che il legislatore si rivolge molto più all’opinione pubblica che al reo. Sui caratteri generali della legislazione simbolica, *ex plurimis*, BONINI, *La funzione simbolica*, cit., p. 102 ss.; STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in D’ORLANDO, MONTANARI, *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 2009, p. 220; ID., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e “prassi”*, Torino 2008, p. 69; PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in «RIDPP», 1992, pp. 879 ss., pp. 920 ss.; ID., *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in «Criminalia», 2012, p. 110; ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, Napoli, 2011, p. 539; ID., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media*, in «RIDPP», 2006, pp. 59 ss. Nella letteratura d’oltralpe, NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., p. 357 ss.; KINDERMANN, *Symbolische Gesetzgebung*, cit., p. 230 ss.; SCHEERER, *Atypische Moralunternehmer*, in «Kriminologisches Journal», 1986, (I supplemento), pp. 133 ss. Alcune figure sintomatiche ci aiutano a riconoscere tale intento “rassicurante” perseguito dal legislatore: i preamboli *ad pompam*, che fungono da “manifesto” o “dichiarazione d’intenti” del legislatore, servono a occultare fini di tutela ben diversi da quelli ufficialmente dichiarati; un altro espediente consiste nella traslazione di fattispecie incriminatrici *intra moenia codicis* per motivi di facciata; la costruzione di fattispecie-doppione non ha altra utilità che quella di “rassicurare” l’opinione pubblica, circa la sollecitudine del legislatore a provvedere sulle questioni “urgenti”; l’inasprimento editale delle sanzioni costituisce lo strumento più comune, attraverso il quale si raggiunge l’effetto “ansiolitico” presso la società civile, senza peraltro alcun effetto concreto e visibile di prevenzione generale; anche l’anticipazione esasperata della tutela reca un messaggio “rassicurante”, giacché dimostra la volontà di estirpare *ab imo* le radici del crimine, a prescindere dalla concreta offensività delle condotte preliminari incriminate. Quando ricorrono tali figure sintomatiche, il legislatore penale cura molto di più la sua “immagine” politica al cospetto dei cittadini-elettori, che la reale salvaguardia dei loro beni. Le menzionate figure sintomatiche sono individuate da BONINI, *La funzione simbolica*, cit., pp. 102 ss.

finalità perseguita dal soggetto agente (corruttore), con l'intendimento di estendere l'ambito della punibilità precedentemente ristretta dal dolo specifico, con l'imbarazzante risultato che, teoricamente, si dovrebbe punire ogni corruttore internazionale che abbia, in maniera preordinata o anche accidentale, dato l'avvio in Italia a un *iter criminis* destinato a trovare compimento nell'atto di un pubblico ufficiale straniero (il quale tuttavia rimane esente da censura penale), con effetti nell'ordinamento straniero, senza alcun interesse dello Stato italiano nella vicenda. Solo il riferimento alla competizione economica internazionale radicava l'interesse dello Stato italiano a punire un fatto destinato a produrre effetti nell'ordinamento dello Stato estero; venuto meno tale riferimento, per effetto della legge c.d. spazzacorrotti, rimane in vita un programma "moralizzatore" dello Stato italiano, "gridato" *urbi et orbi*, non autorizzato da alcuna convenzione internazionale, destinato a rimanere lettera morta. Per cogliere l'enormità del "cortocircuito" innescato, nel corpo vivo dei principi generali di diritto interno e internazionale, dal "proclama" legislativo di perseguire i corruttori di tutto il mondo di passaggio dall'Italia, è necessario premettere un breve *excursus* storico.

L'originaria formulazione della fattispecie si deve all'art. 3 comma 1 della legge 29 settembre 2000 n. 300<sup>44</sup>, che introdusse, inserendolo nel codice penale all'art. 322 *bis*, il reato di «peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri», distinto in due fattispecie autonome: la prima, contemplata al primo comma dell'art. 322 *bis* c.p., estende le sanzioni previste dagli artt. 314, 316, 317, 320 e 322, terzo e quarto comma, del codice penale, ai fatti commessi da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, esercente le sue funzioni nell'ambito dell'Unione Europea<sup>45</sup>; la seconda fattispecie, contemplata al 2° comma, punisce la corruzione internazionale extra UE ed è quella che commentiamo in questa sede. Il suo contenuto dispositivo consiste nell'estendere la punibilità dei fatti previsti dall'art. 319 *quater*, secondo comma, 321 e 322, primo e secondo comma, del codice penale, ai casi in cui il pubblico ufficiale coinvolto (o incaricato di pubblico servizio) appartenga a uno Stato straniero extra UE (ovvero a organizzazioni internazionali). La differenza più vistosa

<sup>44</sup> La legge ratificò e diede attuazione a due Convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia: la Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997; la Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997; entrambe concernenti i mezzi di contrasto, in fase repressiva e preventiva, dei fenomeni corruttivi.

<sup>45</sup> Tale fattispecie è rimasta pressoché immutata; nel tempo il suo vigore è stato esteso alle nuove figure funzionali sopraggiunte, grazie all'incremento delle attribuzioni in capo agli organi dell'Unione ovvero alla creazione di nuovi organi.

con la prima fattispecie (intra UE) risiede nella circostanza che si punisce (al secondo comma) uno solo dei due soggetti del *pactum sceleris*, ossia il privato corruttore, mentre il soggetto pubblico corrotto non è punito, in virtù della sua appartenenza a un ordinamento estero; al contrario, al primo comma, è contemplata la sanzione penale anche per il soggetto pubblico appartenente all'Unione Europea<sup>46</sup>.

Nella formulazione originaria, la corruzione internazionale (extra UE prevista dal secondo comma) era punibile «qualora il fatto» fosse stato «commesso *per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali*». È ben chiaro che il dolo specifico del corruttore restringeva la tipicità del fatto entro l'area della competizione economica internazionale, in relazione alla *ratio* di preservare l'ordine di mercato, contrastando la concorrenza sleale su scala globale. Questa prima formulazione della fattispecie era la più fedele alla finalità ispiratrice delle Convenzioni internazionali, plasmate sul modello della legge statunitense FCPA.

Con la novella del 2009 fu aggiunto l'inciso «*ovvero al fine di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria*»<sup>47</sup>. Risulta evidente l'intento legislativo di ampliare il raggio della punibilità, mantenendola comunque limitata alla sfera dei rapporti economici internazionali. Ne risulta "attenuato" il nesso iniziale – che ispirò la normativa statunitense, le convenzioni internazionali ed a seguire tutte le legislazioni nazionali di ratifica e attuazione – tra i fatti incriminati e la competizione economica internazionale, relativa ai contratti d'appalto e fornitura stipulati e stipulandi tra le grandi compagnie multinazionali e gli Stati esteri; il nesso ovviamente persisteva, ma stemperato e scolorito nel *mare magnum* dei rapporti economici indifferenziati. L'"attività economica o finanziaria" cui fa riferimento il testo novellato (del 2009) ben potrebbe consistere nella gestione di un piccolo locale di ristorazione; se ne può arguire che il nesso con la competizione economica internazionale, se non scomparso del tutto, risulta comunque attenuato.

<sup>46</sup> La corruzione passiva risulta punita solo nell'ambito dell'UE. Il primo comma dell'art. 322 *bis* c.p. contempla i fenomeni corruttivi *intraUE*, per i quali è prevista la sanzione punitiva anche a carico del pubblico ufficiale (concussione, peculato, corruzione passiva). La ragione della differenza, rispetto al regime giuridico previsto al secondo comma, è ben evidente: l'Italia è parte interessata al buon andamento e all'imparzialità della struttura amministrativa dell'Unione, essendone parte integrante e contribuendo al suo bilancio; nessun interesse o cointeressenza coinvolge, invece, l'Italia, in relazione all'attività amministrativa dello Stato estero *extraUE*. Sul punto cfr. MONTANARI, *La normativa in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in «DPC-RT», luglio 2012.

<sup>47</sup> La legge 3 agosto 2009 n. 116 fu emanata per dare attuazione alla Convenzione internazionale di Merida adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 31 ottobre 2003.

Se la modifica legislativa del 2009 aveva mantenuto un parametro “economico-finanziario” di riferimento, la successiva del 2019 lo ha eliminato del tutto, giacché, nella formulazione attualmente vigente, l’incriminazione prescinde completamente da qualsivoglia finalità specifica del soggetto agente (corruttore). Ciò, a nostro avviso, ha importanti conseguenze, al punto da comportare una sorta di “snaturamento” del fatto inizialmente incriminato e rendere indecifrabile la ragione stessa della rilevanza penale del fatto.

La condotta del soggetto passivo della corruzione, ossia del pubblico ufficiale straniero, non è incriminata da alcuna legislazione nazionale, non già in quanto “giustificata” per qualche oscura ragione, ma in quanto offende un bene giuridico estraneo all’interesse nazionale e perciò al di fuori della sfera di vigore della legge nazionale<sup>48</sup>. Si tratta del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione dello Stato estero; e dunque un bene “indifferente” alla sfera d’intervento del legislatore nazionale. Ciò spiega ovviamente perché la corruzione (passiva) del pubblico ufficiale straniero non è punita dal legislatore nazionale, tenuto a rispettare la corrispondente sovranità del legislatore straniero, competente a tutelare l’organizzazione amministrativa domestica.

La cooperazione e le relazioni internazionali tra gli Stati si fondano sul riconoscimento reciproco della sovranità esercitata da ogni Stato sul proprio territorio a tutela degli interessi nazionali. Senza questo riconoscimento reciproco non si potrebbe avere alcuna cooperazione, né alcuna relazione pacifica tra gli Stati sovrani. Tale principio basilare può ammettere qualche piccola eccezione, convenzionalmente accettata, ma non tale da inficiare alla radice il principio stesso.

Le Convenzioni internazionali ammettono una sorta di “interferenza”

<sup>48</sup> «L’irrelevanza, *de lege lata*, della corruzione passiva di pubblici ufficiali di Stati non appartenenti all’UE è pienamente giustificata, non in forza di una logica etnocentrica o di una visione autarchica o statolatrica, ma perché *fattispecie penali non ancorate a interessi interni* afferrabili, radicati ed avvertiti nella comunità sociale, rappresentano più che un disincentivo efficace contro i comportamenti vietati, *il più sicuro viatico verso un diritto penale meramente simbolico*». MONGILLO, *La corruzione internazionale*, *op. cit.*, pp. 216-217. L’Autore aggiunge in nota che «non sembra che una fondazione positiva della tutela di beni giuridici esterni possa ricavarsi dall’art. 11 Cost.: ai fini della promozione della pace e della giustizia tra le Nazioni, tale disposizione ammette solo le “limitazioni di sovranità” a ciò necessarie e non l’utilizzo dello strumento punitivo, che rappresenta, all’opposto, una delle più incisive estrinsecazioni della sovranità statale». La tesi opposta avrebbe ragion d’essere, solo nel caso in cui il soggetto passivo della corruzione (pubblico ufficiale straniero) fosse compartecipe di una struttura criminale operante (anche) nel territorio nazionale. Entro questi limiti, potrebbero essere accolte le suggestive considerazioni di J.P. PIERINI, *La corruzione del pubblico ufficiale straniero. Repressione nell’ambito del contrasto della criminalità organizzata*, Giappichelli, 2016.



di uno Stato negli affari interni di un altro, solo entro limiti precisi e a determinate condizioni. Il primo limite è dato dalla punibilità della sola corruzione attiva. Se infatti la corruzione internazionale fosse punita anche dal lato passivo, il sistema del diritto internazionale andrebbe in “cortocircuito”, perché si dovrebbe ammettere che uno Stato, punendo il pubblico ufficiale straniero nell’esercizio e per l’esercizio delle sue funzioni, si prenda cura degli interessi esteri e cioè si surrogi allo Stato estero e dunque non ne riconosca la sovranità. Il secondo limite è dato dall’oggetto di tutela. La leale competizione economica internazionale in materia di contratti di appalto e fornitura è un bene “comune” che riguarda la comunità internazionale, cosicché si ammette l’incriminazione del soggetto attivo del rapporto corruttivo, la cui condotta rientra nella sfera d’interesse e di sovranità dello Stato nazionale, in virtù di un collegamento territoriale (per es. la sede legale della *company*). Il secondo limite attiene all’oggetto di tutela: lo svolgimento regolare e leale della competizione economica nel mercato globale è un interesse che supera i confini nazionali degli Stati. Ovviamente – ribadiamo – la stessa cosa non può dirsi per il prestigio, il buon andamento e l’imparzialità della pubblica Amministrazione, costituenti un interesse esclusivo dello Stato nazionale.

Orbene, poiché dall’art. 322 *bis* co. 2 c.p. è stato espunto qualsivoglia riferimento diretto o indiretto alla competizione economica internazionale, si potrebbe pervenire al paradosso che la giustizia italiana sia chiamata a tutelare il bene giuridico di uno Stato estero, senza alcuna delega da parte di quest’ultimo. L’Italia agirebbe in surroga dello Stato estero, senza che una norma internazionale, sovranazionale o un eventuale accordo di collaborazione bilaterale abbia autorizzato la surroga. Si supponga che il *corrotto* – lo si supponga italiano – incontri in Italia il *corrotto* e stipuli con lui un accordo riguardante, per esempio, il rilascio di un permesso di soggiorno illimitato nello Stato estero (*green card* statunitense)<sup>49</sup>, che dovrebbe essere rilasciato colà dal pubblico ufficiale nella fase successiva. Orbene, questo fatto, in base al principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, dovrebbe essere comunque perseguito dalla Giustizia italiana ai sensi dell’art. 322 *bis* co. 2 c.p., proprio per l’assenza di qualsivoglia finalità specifica. Ma un processo in Italia, riguardante il rilascio della *green card* statunitense, non violerebbe i principi basilari del diritto internazionale?

Nella nostra esemplificazione, il rilascio della *green card* dedotto nel patto corruttivo stipulato in Italia non offende l’Amministrazione italiana,

---

<sup>49</sup> Una sorta di permesso di soggiorno a lungo termine, molto ambito specialmente nelle aree povere del Messico e del Centro America.

in quanto è implicato il pubblico ufficiale straniero; non offende il bene internazionale, la cui tutela costituisce la *ratio* fondante delle Convenzioni internazionali; offende solo la pubblica Amministrazione statunitense. Cosicché un processo in Italia per siffatta corruzione internazionale sarebbe instaurato a prescindere da un interesse punitivo dello Stato Italiano. Il che configurerebbe, già di per sé, una grave anomalia nel sistema. Ma a questa se ne aggiunge un'altra. C'è uno Stato che ha un interesse punitivo nella vicenda; ed è lo Stato del pubblico ufficiale corrotto; sicché l'azione penale esercitata in Italia, non solo sarebbe priva di un interesse punitivo dello Stato italiano, ma inoltre andrebbe a ledere l'interesse punitivo dello Stato estero (nel caso esemplificato, gli Stati Uniti). Tale sostituzione avverrebbe senza alcun accordo bilaterale in tal senso e al di fuori dell'ambito di previsione delle citate convenzioni internazionali.

Si potrebbe addirittura verificare questo paradosso: che l'ipotizzato processo instaurato in Italia sia addirittura considerato, dagli organi dello Stato estero, lesivo del prestigio della propria pubblica Amministrazione e non sarebbe da escludere un eventuale incidente diplomatico. Lo Stato estero si potrebbe dolere che nel processo a carico del solo corruttore, il corrotto non potrebbe difendere la sua onorabilità, proprio perché estraneo al processo, e dunque la macchia del suo onore (dalla quale in ipotesi non ha potuto difendersi) andrebbe a maculare il prestigio dell'intera Amministrazione di appartenenza. Insomma, si perverrebbe alla stranezza, degna della penna di *Pirandello*, che il processo instaurato a difesa, invero non richiesta, del prestigio della pubblica Amministrazione altrui, sia considerato esso stesso la fonte primaria del nocumento arrecato a tale prestigio.

Se poi ipotizzassimo che il *pactum sceleris*, finalizzato al rilascio della *green card*, sia stipulato in Italia da due stranieri (corruttore messicano, corrotto statunitense) si avrebbe questo ulteriore paradosso: che gli organi della Giustizia italiana dovrebbero comunque promuovere l'azione penale in relazione a un fatto accaduto in Italia (accordo corruttivo, consistente in una promessa di pagamento, accolta dal pubblico funzionario per un atto del suo ufficio), ma si troverebbero nell'imbarazzante situazione di perseguire uno straniero (corruttore messicano) per un fatto che offende la pubblica Amministrazione di un Paese straniero (Stati Uniti) e pertanto non lede alcun bene giuridico posto sotto la protezione della Repubblica Italiana. Non è impensabile che siffatta azione penale possa innescare ben due incidenti diplomatici, anziché uno solo. Al tirar delle somme, parrebbe che il legislatore italiano abbia smarrito la linea di demarcazione tra il diritto e la morale e voglia perseguire penalmente non solo il reato, ma anche il

“peccato”<sup>50</sup>.

Parrebbe anche che siffatto legislatore “smarrito” non abbia fatto i conti con la realtà, dal momento che la sua pretesa punitiva, la quale esonda dai limiti di materia e di territorio riconosciuti in tutti gli altri ordinamenti, sembra destinata inesorabilmente a non trovare facile soddisfacimento.

Insormontabili difficoltà probatorie farebbero da riparo al patto illecito stipulato al di fuori di quello specifico ambito, circoscritto prima dal FCPA, poi dalle Convenzioni internazionali, dal *Bribery Act* e da tutte le legislazioni nazionali di attuazione, ossia l’ambito della concorrenza economico-finanziaria delle multinazionali; infatti solo la fase ideativa del (supposto) *pactum sceleris* potrebbe svolgersi in territorio italiano, ma è chiaro che l’*idea* ha minori evidenze fenomeniche, rispetto all’*atto esecutivo*, pertanto la sua prova giudiziaria è molto più ardua. D’altronde, se l’effettiva applicazione dell’art. 322 *bis* co. 2 c.p., negli anni passati, si è ridotta a pochissimi casi, non si può immaginare che la maggiore ampiezza della fattispecie tipica, dovuta alla soppressione del dolo specifico, possa dar luogo a una casistica giudiziaria particolarmente vasta. È prevedibile che la maggiore “ampiezza” teorica sia ben lontana dal divenire nei fatti maggiore “ampiezza” applicativa; e dunque non si traduca in corrispondente incremento della casistica giudiziaria, posto che il fatto del corruttore “individuale” (da noi esemplificato in *Tizio* che mira ad ottenere la *green card* statunitense) è certamente meno visibile e manifesto rispetto al fatto del corruttore “societario”; il primo non lascia le tracce del secondo, eventualmente rinvenibili nella contabilità societaria, nelle riunioni degli organi, nelle informazioni disponibili a una pluralità di persone etc..

Per veniamo dunque alla sconsolante conclusione che il legislatore italiano ha deciso di vestire i panni di una sorta di “don *Chisciotte* che combatte contro i mulini a vento”, pur di assecondare la sua pretesa educativa e moralizzatrice, per di più non ristretta all’interno dei confini nazionali, bensì valida, secondo il proclama, per tutti i corruttori del mondo, i quali abbiano intrapreso in Italia l’*iter criminis* diretto a corrompere i pubblici ufficiali di un qualunque Paese, comunque situato nell’orbe terraqueo, per qualunque ragione, ancorché assolutamente estranea agli interessi dell’Italia.

<sup>50</sup> La lotta alla corruzione è divenuta una nuova (presunta) “emergenza” nazionale, a giustificazione dell’ennesimo intervento del legislatore, che alimenta il moderno “gigantismo” penale. In altra sede, abbiamo osservato che «il diritto penale acquista veste e finalità simboliche, proprio perché si ritiene di affidargli compiti “educativi” che non dovrebbero competergli, mentre lo Stato assume una nuova veste *eticizzante*, giustificata da intenti “iperprotettivi”»; ABUKAR HAYO, *I Molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini culturali e normativi al potere coercitivo dello stato nella teoria del reato*, Edizioni Scientifiche italiane, 2019.

Fabio Basile\*

*Coloro che sono dediti a traffici delittuosi e  
coloro che vivono abitualmente di proventi di 'attività' delittuose.  
Le fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. a) e b)  
cod. Antimafia nel diritto vivente.*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'estensione della platea dei destinatari – 3. La sentenza della Corte EDU *De Tommaso contro Italia* – 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019 – 5. I problemi relativi alle fattispecie di pericolosità generica di cui alle lett. a) e b) ancora aperti – 5.1. La lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia sopravvive per le misure di prevenzione del foglio di via e dell'avviso orale? – 5.2. Qual è il destino delle misure di prevenzione in passato applicate sul fondamento della lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia? – 5.3. L'accertamento giudiziale delle fattispecie di pericolosità generica – 6. Non finisce qui.

### 1. *Introduzione*

La descrizione *legislativa* delle fattispecie di pericolosità c.d. generica dell'art. 1 d.lgs. n. 159 del 2011 (in prosieguo: il 'cod. antimafia') risale, sostanzialmente, alla formulazione contenuta nella legge n. 327 del 1988 (che a sua volta 'ripuliva' la formulazione delle stesse contenuta nella legge n. 1423 del 1956): dal 1988 ad oggi sono, infatti, intervenute solo minime modifiche del testo legislativo, che peraltro hanno interessato solo la lett. c).

Il contenuto *effettivo* di tali fattispecie va, invece, oggi ricercato nel diritto vivente, e in particolare nell'intensa rielaborazione giurisprudenziale, che, sfruttando le maglie larghe con cui il principio di tassatività si presenta nel diritto della prevenzione, ha finito per rimodellarne profondamente la fisionomia.

Questa operazione di *restyling* giurisprudenziale ha interessato, come subito vedremo, soprattutto le fattispecie di cui alla lett. a) e alla lett. b) dell'art. 1, ma ha riguardato, sia pur in misura decisamente minore,

---

\* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Milano.

anche la fattispecie di cui alla lett. c)<sup>1</sup>.

Per descrivere gli attuali contenuti delle fattispecie di pericolosità di «coloro che sono dediti a traffici delittuosi» (art. 1 lett. a), e di «coloro che vivono abitualmente, in tutto o in parte, di proventi di attività delittuose» (art. 1 lett. b) risulta, quindi, fondamentale, ripercorrere la produzione giurisprudenziale dell'ultimo decennio, in qualche modo sollecitata anche dalla Corte EDU e ampiamente avallata dalla Corte costituzionale<sup>2</sup>.

## 2. *L'estensione della platea dei destinatari*

Un primo aspetto del diritto vivente relativo alle fattispecie di cui alle lett. a) e b) che va opportunamente evidenziato riguarda l'estensione della platea dei relativi destinatari. Nelle fattispecie di pericolosità generica di cui alle lett. a) e b) – da sempre oggetto di frequente applicazione (ben maggiore di quella ricevuta dalla lett. c) – oggi non vengono, infatti, inquadrate solo le categorie 'tradizionali' dei piccoli spacciatori, degli autori di oltraggi e resistenze contro pubblici ufficiali, degli autori di microreati contro il patrimonio e di altri reati di criminalità da strada, giacché la giurisprudenza più recente si è 'accorta' che ad esse possono essere ricondotti anche i c.d. *colletti bianchi*, e in particolare i soggetti implicati a vario titolo nella commissione di reati economici e di reati 'da profitto' contro la pubblica amministrazione.

In particolare, guardando alla casistica giurisprudenziale dell'ultimo decennio, si può rilevare che alle fattispecie di cui alle lett. a) e b) sono stati ricondotti anche i professionisti e gli esercenti di attività finanziaria 'abusivi', gli usurai, gli evasori fiscali e i bancarottieri 'seriali', i truffatori in grande stile, i ricettatori e i riciclatori, gli autori di reati ambientali, i pubblici

<sup>1</sup> Sulla lett. c), v., in particolare, Cass., 21 aprile (2017, n. 21350, T., e Cass. Sez. V, 19 gennaio) 2018, n. 15492, Bonura.

<sup>2</sup> Rimangono estranee al presente lavoro le fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 cod. antimafia, giacché esse sono *del tutto diverse* dalle fattispecie di pericolosità generica: le prime sono, infatti, riferite a *specifiche* classi di reati, se non addirittura *specifici*, singoli reati, e sono costruite per lo più intorno alla nozione di «indizio»; le seconde, invece, fanno *generico* riferimento ad ampie tipologie di condotte criminose e sono costruite intorno alla nozione di «elementi di fatto». Per una recente, efficace sottolineatura della eterogeneità, non priva di ricadute nel sistema della prevenzione, tra pericolosità generica e pericolosità qualificata, v. V. D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, in *Liber Amicorum Adelmo Manna*, a cura di V. Plantamura, G. Salcuni, 2020, pp. 147 ss.

ufficiali adusi al mercimonio della loro funzione pubblica, i commercianti di prodotti con segni falsi o contraffatti<sup>3</sup>.

Come mai solo di recente la giurisprudenza riconduce tra i pericolosi generici anche i 'colletti bianchi'?

Un primo motivo può essere individuato nel processo di 'de-eticizzazione' delle fattispecie di pericolosità generica, avviato con la sentenza n. 177/1980 della Corte costituzionale (che cancella il riferimento ai «proclivi a delinquere»), e proseguito con la l. n. 327/1988 (che, nel solco delle indicazioni scaturenti dalla citata sentenza costituzionale, da un lato sopprime il riferimento agli «oziosi e vagabondi» e alla «morale pubblica e al buon costume», e dall'altro rimpiazza i «sospetti» con gli «elementi di fatto»).

Un secondo e forse ancor più significativo motivo va, tuttavia, individuato nella migliore accessibilità ai dati legislativi sulle misure di prevenzione, consentita dal codice antimafia. La 'collazione legislativa' (sarebbe troppo parlare di 'codificazione') operata nel 2011 ha reso, infatti, palese una possibilità in realtà esistente fin dal 1982: la possibilità, cioè, di applicare la *confisca* anche ai pericolosi generici<sup>4</sup>; e una volta presa consapevolezza, da parte degli organi inquirenti, di tale possibilità, si è subito intuita l'opportunità – all'interno di una più ampia strategia di contrasto e prevenzione della criminalità 'da profitto' – di ricondurre anche i colletti bianchi tra i soggetti a pericolosità generica di cui alla lett. a) e alla lett. b) dell'art. 1: i colletti bianchi, infatti, possono essere seriamente colpiti – più che dalle misure di prevenzione personali – dalle misure di prevenzione patrimoniale (*confisca in primis*), le quali annullano l'accumulazione patrimoniale perseguita con la loro attività delinquenziale.

La riconduzione dei colletti bianchi alle fattispecie di pericolosità generica in parola ha determinato un significativo mutamento politico-criminale della prevenzione personale dei pericolosi generici che, da strumento ottocentesco diretto a colpire le espressioni della marginalità sociale o del dissenso politico, si volge ora a presidiare anche le manifestazioni di pericolosità riferibili alle attività delittuose degli esponenti delle élites sociali ed economiche.

D'altra parte, è stata proprio questa estensione dell'ambito di applicazione delle fattispecie di cui alle lett. a) e b) a soggetti che, tra l'altro, hanno anche le risorse economiche per assicurarsi avvocati competenti e tecnicamente

<sup>3</sup> Per un'analisi di tali categorie di 'colletti bianchi pericolosi', si veda E. ZUFFADA, *Homo oeconomicus periculosus. Misure di prevenzione e criminalità da profitto, tra esigenze di effettività e crisi delle garanzie*, Tesi di Dottorato, UNIMI, a.a. 2018/2019.

<sup>4</sup> Sul punto sia consentito rinviare a F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione* (con la collaborazione di E. ZUFFADA), Giappichelli, Torino 2020, pp. 144 ss.

attrezzati, a richiamare l'attenzione della dottrina e a condizionare, in qualche modo, la produzione giurisprudenziale più recente.

### 3. *La sentenza della Corte EDU De Tommaso contro Italia*

Le fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. a) e lett. b) sono state di recente sottoposte a dura critica dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nella sentenza *De Tommaso c. Italia*, ha dato uno scossone senza precedenti alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali<sup>5</sup>.

Secondo la Corte EDU, infatti, la legge italiana sulle misure di prevenzione, proprio con le previsioni di cui all'art. 1 lett. a) e b) (oltre che – profilo tuttavia non rilevante nella presente sede – con alcune prescrizioni obbligatorie della sorveglianza speciale), violerebbe il diritto convenzionale alla libertà di circolazione, riconosciuto dall'art. 2 Prot. 4 CEDU.

Le restrizioni a questo diritto sono, infatti, consentite solo se «previste dalla legge», laddove tale clausola, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, impone non solo la presenza formale di una legge, ma anche determinati *standard di qualità della legge*, che ne assicurino la conoscibilità alle persone interessate e, quindi, la possibilità di prevedere le conseguenze che possono scaturire dalla sua violazione: *standard*, secondo la sentenza *De Tommaso*, non soddisfatti dall'art. 1, lett. a) e lett. b), che conterrebbero norme redatte «in termini vaghi ed eccessivamente ampi».

In particolare, secondo la sentenza *De Tommaso*, né la legge né la giurisprudenza (ordinaria e costituzionale) italiane sarebbero riuscite ad identificare chiaramente gli elementi fattuali e le specifiche condotte che devono essere presi in considerazione per la riconducibilità del soggetto nelle fattispecie di cui alle predette lett. a) e b). Le due fattispecie preventive in questione, pertanto, conferirebbero un'amplissima discrezionalità alle corti nazionali, giacché non sarebbero formulate con precisione adeguata a garantire il singolo contro interferenze giudiziarie arbitrarie e a consentirgli di prevedere in maniera sufficientemente certa l'imposizione di una misura di prevenzione.

La sentenza *De Tommaso* critica, pertanto, duramente le suddette

---

<sup>5</sup> CoEDU, Grande camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, su cui v., per tutti, V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in «DPP», 2017, pp. 1039 ss.

fattispecie di pericolosità generica, giacché la relativa previsione legislativa non conterrebbe «disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società».

Questa critica, mossa dalla Corte EDU (ma priva di effetto diretto all'interno del nostro ordinamento), è stata raccolta da tre giudici di merito (Napoli, Udine, Padova), che, con altrettante ordinanze, hanno sollevato, dinanzi alla Corte costituzionale, eccezioni di costituzionalità, esprimendo il dubbio che le generiche locuzioni contenute nella lett. a) e nella lett. b) dell'art. 1 non siano conformi ai requisiti di precisione, determinatezza e prevedibilità, necessari affinché le norme censurate possano assurgere a idonea «base legale» di provvedimenti limitativi dei diritti su cui le misure di prevenzione incidono.

#### 4. *La sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019*

Arriviamo così alla sentenza n. 24/2019, con cui la Corte costituzionale<sup>6</sup>, come è noto:

1) accoglie l'eccezione di costituzionalità in relazione alla lett. a) («traffici delittuosi»), la cui previsione viene ritenuta «affetta da radicale imprecisione», e quindi costituzionalmente illegittima:

– al metro dell'art. 13 Cost. e dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. 4 CEDU, per ciò che concerne la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale;

– al metro dell'art. 42 Cost. e dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. add. CEDU, per ciò che concerne le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

Va, peraltro, precisato che la declaratoria di incostituzionalità non riguarda direttamente la lett. a) dell'art. 1, bensì «l'art. 4, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II [sorveglianza speciale, semplice o qualificata] si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. a)»;

<sup>6</sup> C. cost., sent. 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 24, su cui v., per tutti, F. MAZZACUVA, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento su binari costituzionali?*, in «RIDPP», 2019, pp. 987 ss.; N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in «GC», 2019, pp. 322 ss.



2) respinge, invece, l'eccezione di costituzionalità in relazione alla lett. b) («attività delittuose»), la cui previsione viene ritenuta sufficientemente precisa grazie all'interpretazione che della stessa era stata fornita dalla più recente giurisprudenza 'tassativizzante' della Corte di cassazione<sup>7</sup>. Secondo la Corte costituzionale, infatti, grazie a tale giurisprudenza:

«la locuzione “coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose” è oggi suscettibile (...) di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli “titoli” di reato, quanto di specifiche “categorie” di reato.

*Le “categorie di delitto” che possono essere assunte a presupposto della misura sono in effetti suscettibili di trovare concretizzazione nel caso di specie esaminato dal giudice in virtù del triplice requisito – da provarsi sulla base di precisi “elementi di fatto”, di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) – per cui deve trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito».*

La Corte costituzionale, quindi, *salva* la fattispecie di cui alla lett. b) dell'art. 1, *ma solo a condizione* che la stessa venga in futuro interpretata nei termini sopra riferiti: la sentenza della Corte, in altre parole, in relazione alla lett. b) va qualificata come sentenza interpretativa di rigetto, che fissa le condizioni alle quali la disposizione censurata potrà in futuro essere considerata costituzionalmente legittima<sup>8</sup>.

La giurisprudenza di legittimità successiva si è, in effetti, pienamente allineata a tali indicazioni, e ritiene quindi sussistente la fattispecie di cui alla lett. b) solo ove si riscontri l'effettiva presenza (da motivarsi debitamente) del predetto *triplice requisito*: delitti commessi abitualmente dal proposto che abbiano effettivamente generato profitti per il predetto, costituenti l'unico suo reddito o, quantomeno, una componente significativa dello stesso<sup>9</sup>.

Peraltro, la Cassazione ha precisato che le indicazioni scaturenti dalla sentenza n. 24/2019 costituiscono «un autorevolissimo avallo» ad

<sup>7</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione*, in «DPC», 20 luglio 2018.

<sup>8</sup> In tal senso, v. Cass. Sez. I, 1° aprile 2019, n. 27696, Immobiliare Peonia s.r.l.; Cass. Sez. II, 16 aprile 2019, n. 27263, Germanò; Cass. Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 11661, Pilato.

<sup>9</sup> Cass., 10 gennaio 2020, Pilato, cit.

un diritto vivente in realtà già in precedenza consolidatosi, e in quanto tali vanno applicate anche alle condotte antecedenti alla pronuncia del Giudice delle leggi<sup>10</sup>.

5. *I problemi relativi alle fattispecie di pericolosità generica di cui alle lett. a) e b) ancora aperti*

La sentenza della C. cost. n. 24/2019, e l'«autorevolissimo avallo» dalla stessa fornito alla giurisprudenza 'tassativizzante' della Cassazione, non hanno, tuttavia, risolto tutti i problemi connessi all'interpretazione e all'applicazione delle fattispecie di pericolosità generica di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1 cod. antimafia, e anzi ne hanno aperti anche di nuovi. Vediamo alcuni di questi problemi in dettaglio nelle pagine seguenti.

5.1. *La lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia sopravvive per le misure di prevenzione del foglio di via e dell'avviso orale?*

Un primo problema riguarda l'utilizzabilità, in futuro, della fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. a) («traffici delittuosi») ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione personali del foglio di via e dell'avviso orale.

In un passaggio della sentenza n. 24/2019 (segnatamente al § 6.1. dei *Considerato in diritto*) la Corte costituzionale afferma esplicitamente che non costituisce oggetto del suo esame il quesito se le previsioni di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1 cod. antimafia «possano legittimamente operare anche quale presupposto applicativo di altre misure tuttora di competenza dell'autorità di polizia (in particolare, foglio di via obbligatorio e avviso orale)».

Ciò significa che la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1, lett. a), cod. antimafia non si estende *de plano* anche alla sua applicabilità *quale presupposto* delle misure di prevenzione personali del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale, ma riguarda esclusivamente l'art. 1, lett. a), in quanto richiamato dall'art. 4, co. 1, lett. c), cod. antimafia, *quale presupposto* per l'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale e delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

Occorre, allora, domandarsi se la fattispecie di pericolosità di cui alla

<sup>10</sup> Cass. Sez. VI, 10 giugno 2020, n. 20557, Dezi.

lett. a) – pur essendo stata dichiarata costituzionalmente illegittima ai fini dell'applicazione della sorveglianza speciale e delle misure di prevenzione patrimoniali – sia invece rimasta in vita ai fini dell'applicazione delle misure personali del foglio di via e dell'avviso orale.

Una risposta positiva a tale quesito presupporrebbe il riconoscimento di *standard* differenti di 'precisione' richiesti alla legge quando essa disciplina la sorveglianza speciale e le misure di prevenzione patrimoniali (misure applicate dal giudice), rispetto a quelli richiesti alla legge quando la stessa disciplina, invece, il foglio di via e l'avviso orale (misure applicate dal questore). Tale differenziazione potrebbe, peraltro, trovare fondamento anche nei due differenti parametri di legittimità costituzionale cui tradizionalmente si riconducono, da un lato, la sorveglianza speciale (che dovrebbe rispettare i canoni stabiliti dall'art. 13 Cost. a tutela della libertà personale)<sup>11</sup> e, dall'altro, il foglio di via e l'avviso orale (che dovrebbero, invece, rispettare i canoni stabiliti dall'art. 16 Cost. a tutela della libertà di circolazione)<sup>12</sup>.

Alcune decisive considerazioni inducono, tuttavia, a fornire una risposta negativa al quesito circa la residua vigenza della lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia ai soli fini dell'applicazione delle misure di prevenzione del foglio di via e dell'avviso orale.

In primo luogo, è la stessa sentenza della Corte EDU *De Tommaso* ad aver fondato le proprie censure alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali sulla necessaria tutela della libertà di circolazione, predisposta dall'art. 2 Prot. 4 CEDU. Tali censure – in particolare, la carenza di 'prevedibilità' che connota la fattispecie di cui alla lett. a) – parrebbero, pertanto, riferibili alla disciplina di *tutte* le misure di prevenzione limitative di detta libertà di circolazione, compreso, quindi, sicuramente il foglio di

---

<sup>11</sup> Del resto, anche la sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019 ha affermato, al § 9.7.3. dei *Considerato in diritto*, sulla scia di una giurisprudenza costituzionale consolidata (sulla quale v. la nota successiva), che le misure della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, «in tanto possono considerarsi legittime, in quanto rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei «casi e modi» della restrizione) e la riserva di giurisdizione».

<sup>12</sup> Tale impostazione risale alla sentenza della Corte costituzionale n. 2/1956, ad avviso della quale la misura del rimpatrio con foglio di via obbligatorio comporta una limitazione delle libertà di circolazione e di soggiorno del proposto, rilevante nello spettro dell'art. 16 Cost., ma non una restrizione della libertà personale, rilevante nello spettro dell'art. 13 Cost. In senso analogo, v. C. cost., sent. 21-30 giugno 1960, n. 45; C. cost., sent. 20-30 giugno 1964, n. 68; C. cost., sent. 24 novembre-7 dicembre 1994, n. 419; C. cost., sent. 29-31 maggio 1995, n. 210

via, e forse pure l'avviso orale.

Inoltre, la circostanza che il foglio di via e l'avviso orale possano comportare, per lo meno come effetto eventuale in 'seconda battuta', conseguenze assai pregiudizievoli anche per la libertà personale di chi vi sia sottoposto<sup>13</sup>, dovrebbe indurre ad estendere anche ad essi gli *standard* più garantistici in punto di 'precisione' della relativa disciplina legislativa, elaborati dalla Corte costituzionale per la sorveglianza speciale.

Infine, anche dal punto di vista empirico-criminologico, sarebbe incoerente e privo di validità scientifica il risultato di ritenere affidabile e accurata una fattispecie di pericolosità *non* sulla base della sua previsione legislativa, *bensi* sulla base della risposta che la legge le ricollega: come se la lett. a) fosse capace di descrivere un'affidabile e accurata categoria criminologica di soggetti pericolosi solo se agli stessi si andrà ad applicare il foglio di via e l'avviso orale, mentre perderebbe tale capacità qualora il discorso riguardi la sorveglianza speciale.

Per tali motivi riteniamo, quindi, che la lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia non potrà essere utilizzata in futuro nemmeno per l'applicazione delle misure di prevenzione del foglio di via e dell'avviso orale, per quanto la Corte costituzionale non si sia pronunciata esplicitamente su questo specifico punto.

### *5.2. Qual è il destino delle misure di prevenzione in passato applicate sul fondamento della lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia?*

Un secondo problema, apertosi all'indomani della sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale, riguarda il destino delle misure di prevenzione (in particolare, sorveglianza speciale e confisca) applicate, prima della summenzionata pronuncia, a soggetti inquadrati nella fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia, oggi espunta dal nostro ordinamento.

A tal proposito sono prospettabili due ipotesi.

#### *i. Proposto inquadrato nella sola lett. a).*

La prima ipotesi – a dire il vero, assai rara nella prassi<sup>14</sup> – è quella di un

<sup>13</sup> All'avvisato sono applicabili, infatti, i divieti di cui all'art. 3 co. 4, cod. antimafia, la cui violazione è penalmente sanzionata, mentre al destinatario del foglio di via possono applicarsi le limitazioni e gli altri effetti negativi previsti dagli artt. 71-73, e 79-80 cod. antimafia).

<sup>14</sup> Come risulta da una recente ricerca criminologica condotta sulla prassi della Sezione

proposto originariamente inquadrato nella sola lett. a).

Ebbene, se il relativo procedimento di prevenzione è ancora aperto, non vi è alcun dubbio che nessuna misura di prevenzione potrà essergli applicata, salvo riconversione – ‘in corso d’opera’ – dell’inquadramento del proposto da lett. a) a lett. b) (riconversione a dire il vero non ostata dal diritto vigente, stante anche l’assenza, nel sistema delle misure di prevenzione, di un principio di correlazione tra imputazione e condanna).

Se, invece, è già intervenuto un provvedimento applicativo definitivo, al proposto dovrà essere consentito un qualche rimedio: rimedio individuabile o in un’applicazione analogica dell’art. 673 c.p.p. (incidente di esecuzione), oppure, nell’istanza di revoca (art. 11 co. 2 cod. antimafia) o di revocazione (art. 28 cod. antimafia): ma su tale alternativa rimandiamo a quanto diremo subito *infra*.

*i. Proposto promiscuamente inquadrato nella lett. a) e nella lett. b).*

L’ipotesi di gran lunga più frequente nella prassi, e oggi assolutamente più problematica, è, tuttavia, quella di un proposto originariamente inquadrato promiscuamente sia nella fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. a), che nella fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. b) di cui all’art. 1 cod. antimafia.

Rispetto a tale ipotesi conviene ulteriormente distinguere a seconda che il procedimento di prevenzione sia ancora aperto (b.1), o sia ormai concluso con provvedimento definitivo (b.2).

*b.1) Qualora il procedimento di prevenzione sia ancora aperto, il giudice del merito dovrebbe rivalutare i presupposti di applicazione della misura di prevenzione, adeguandosi al novum costituito dalla sentenza costituzionale, la quale non solo ha rimosso la fattispecie di pericolosità di cui alla lett. a), ma ha altresì fornito un’interpretazione costituzionalmente conforme della fattispecie di cui alla lett. b). Il giudice del merito dovrebbe, quindi, verificare se la misura di prevenzione, personale e/o patrimoniale, originariamente richiesta previo inquadramento del proposto anche nella lett. a), possa essere comunque applicata nonostante il venir meno della possibilità di inquadrarlo in tale fattispecie e previo riscontro del ‘triplice requisito’ necessario per il suo inquadramento nella (sola) lett. b).*

---

Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano, su 618 provvedimenti relativi a casi di pericolosità generica, emessi tra il 2012 ed il 2018, solo 15 hanno inquadrato il proposto nella sola lett. a) dell’art. 1 cod. antimafia: v. E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi*, Giuffrè, Milano 2021, p. 416.

In questo senso si è pronunciata la giurisprudenza prevalente in una serie di sentenze emesse all'indomani della sentenza costituzionale n. 24/2019, in cui si è stabilito che la Corte di cassazione, «qualora sia investita del ricorso avverso un provvedimento applicativo di misura che, prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. a) (...), abbia inquadrato la pericolosità sociale del proposto nelle fattispecie di cui alle lett. a) e b) del citato art. 1, è tenuta a disporre l'annullamento con rinvio di tale provvedimento, atteso che l'operazione di riqualificazione totale o parziale delle fattispecie di pericolosità implica un'attività di verifica che involge profili di merito e necessita la riapertura del contraddittorio tra le parti»<sup>15</sup>.

A tale orientamento, tuttavia, se ne è contrapposto da ultimo un altro, secondo il quale in caso di promiscuo inquadramento del proposto nelle lett. a) e b) dell'art. 1 cod. antimafia, la Corte di cassazione non sarebbe tenuta a disporre l'annullamento con rinvio al giudice del merito per una nuova valutazione del materiale probatorio, quando tale materiale, già delibato nel contraddittorio delle parti, risulti sufficiente per annoverare il proposto nella sola (residuale) fattispecie di cui alla lett. b) dell'art. 1 cod. antimafia<sup>16</sup>.

*b.2) Qualora, invece, il procedimento di prevenzione si sia ormai concluso con provvedimento definitivo, e quindi la misura, personale e/o patrimoniale, sia già stata applicata, la situazione risulta molto più complessa.*

Prima di tutto, infatti, occorre chiedersi se il proposto disponga di un rimedio per rimuovere la misura applicatagli e quale sia, eventualmente, tale rimedio.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, si dovrebbe consentire al proposto di proporre un *incidente di esecuzione*, previa applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., il quale contempla l'analoga ipotesi della revoca della sentenza di condanna per dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice<sup>17</sup>.

Questa soluzione, tuttavia, non solo si scontra con quella giurisprudenza

<sup>15</sup> Cass. Sez. I, 1° aprile 2019, n. 27696, Immobiliare Peonia s.r.l.; nello stesso senso, v. pure Cass. Sez. II, 8 marzo 2019, n. 11445, Lauri; Cass. Sez. II, 16 aprile 2019, n. 27263, Germanò; Cass. Sez. VI, 9 aprile 2019, n. 21513, Coluccia. In senso contrario, v. tuttavia Cass. Sez. V, 10 luglio 2019, n. 38737, Giorgitto; Cass. Sez. VI, 9 maggio 2019, n. 38077, Falasca.

<sup>16</sup> Cass. Sez. V, 13 novembre 2019, n. 49480, Pulpito; in senso sostanzialmente conforme, Cass. Sez. II, 15 gennaio 2020, n. 12001, Leuzzi.

<sup>17</sup> Così Cass. Sez. VI, 28 ottobre 2020, n. 36582, Iannuzzi.

che, in linea generale, nega l'accesso del proposto all'incidente di esecuzione<sup>18</sup>, ma parrebbe trovare un ulteriore ostacolo nel fatto che, in questa particolare ipotesi, non si tratta solo di registrare la caducazione di un presupposto di applicazione della misura di prevenzione (la lett. a), ma anche di verificare se la misura possa essere comunque conservata – in tutto, o anche solo in parte – sulla base della sola lett. b), per come reinterpretata dalla Corte costituzionale.

Un secondo orientamento giurisprudenziale ha, invece, individuato il rimedio esperibile in questa ipotesi nella *istanza di revoca della sorveglianza speciale*<sup>19</sup> o di *revocazione della confisca* (e della eventualmente connessa sorveglianza speciale)<sup>20</sup>, ritenendo che «tutte le esigenze di 'rivalutazione' di una decisione definitiva emessa in sede di prevenzione – siano le stesse correlate alla emersione di elementi di fatto che ad eventi di natura normativa – debbano trovare sede 'naturale' di verifica giurisdizionale nei procedimenti con vocazione revocatoria disciplinati nel medesimo d.lgs. n. 159 del 2011, rappresentati dalle procedure di cui all'art.11 (nella ipotesi di misura esclusivamente personale) e art. 28 (lì dove venga in rilievo, anche in rapporto alla valutazione di pericolosità soggettiva operata in cognizione, la revocazione della confisca)»<sup>21</sup>.

Anche questa soluzione, tuttavia, soprattutto in caso di confisca si scontra con alcuni ostacoli, primo fra tutti l'elencazione dei motivi di revocazione contenuta nel primo comma dell'art. 28 cod. antimafia, elencazione in passato ritenuta 'tassativa'<sup>22</sup>. Vi è, poi, il problema dell'asfittico termine di «sei mesi», previsto dal terzo comma dell'art. 28: termine che parrebbe ormai decorso abbondantemente rispetto alla data di pronuncia/deposito/pubblicazione della sentenza della C. cost. n. 24/2019.

*b.1 + b.2)* Ad ogni modo, in entrambe le ipotesi – quindi, sia che si tratti di procedimento ancora aperto, sia che si tratti di procedimento ormai definito – appare assai incerto l'esito dell'operazione di rivalutazione della pericolosità del proposto, in passato promiscuamente inquadrato sia

---

<sup>18</sup> Cass. Sez. I, 13 giugno 2018, n. 40765, Balducci.

<sup>19</sup> Cass. Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 11661, Pilato; conf. – almeno in linea di principio – anche Cass. Sez. I, 1° ottobre 2020, n. 34026, Caroti.

<sup>20</sup> Cass. Sez. I, 1° ottobre 2020, n. 34027, Falaschi; nello stesso senso, Cass. Sez. II, 13 ottobre (dep. 27 novembre) 2020, n. 33641, Sabatelli; Cass. Sez. V, 8 ottobre 2020, n. 33146, Corvino.

<sup>21</sup> Cass., 1° ottobre 2020, Falaschi, cit.

<sup>22</sup> Così Cass. Sez. I, 21 marzo 2019, n. 18580, Giacchetti; nello stesso senso, Cass. Sez. I, 6 luglio 2020, n. 21958, marzo.

nella lett. a) che nella lett. b), ed ora eventualmente inquadrabile nella sola lett. b) previo riscontro del 'triplice requisito' richiesto dalla giurisprudenza costituzionale; e ciò:

– *non solo perché* le due fattispecie di cui alla lett. a) e alla lett. b) sembrano essere legate, a ben vedere, da un peculiare rapporto di 'compenetrazione' o, meglio ancora, di 'specie a genere', sicché quanto prima rientrava sotto la fattispecie dei «traffici delittuosi», oggi potrebbe continuare a rientrare sotto la fattispecie delle «attività delittuose»;

– *ma anche perché* quasi mai i provvedimenti applicativi specifica(va)no quali singoli indici di pericolosità fondano la riconduzione del proposto nell'una anziché nell'altra fattispecie di pericolosità, e parimenti quasi mai specifica(va)no quali prescrizioni della sorveglianza speciale o quali beni oggetto di confisca sono riconducibili all'una anziché all'altra fattispecie di pericolosità.

In particolare, poi, nel caso di confisca disposta con provvedimento ormai definitivo previo originario inquadramento del proposto nella lett. a) e nella lett. b), costui, anche in caso di vittoriosa proposizione di incidente di esecuzione/istanza di revocazione, difficilmente potrà ottenere la restituzione dei beni confiscatigli.

Bisogna infatti segnalare che, finora, la giurisprudenza ha assunto una posizione di chiusura rispetto al tema della restituzione dei beni confiscati a seguito di dichiarazione di incostituzionalità della norma che funge da presupposto per l'applicazione del provvedimento ablatorio. Il riferimento è ad una sentenza a Sezioni Unite della fine degli anni Novanta, con la quale la Cassazione aveva espressamente escluso che l'invalidazione della norma incriminatrice per intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale potesse comportare il venir meno della confisca (misura di sicurezza) in applicazione dell'art. 673 c.p.p., dal momento che la misura patrimoniale integra una situazione giuridica che deve considerarsi esaurita<sup>23</sup>. Tale orientamento è stato per lungo tempo seguito dalla giurisprudenza prevalente e, solo recentemente, è stato parzialmente messo in discussione da alcune sentenze emesse dalle sezioni semplici della Suprema Corte. In particolare, in un primo gruppo di pronunce relative ad ipotesi di confisca per equivalente, la Cassazione è giunta ad ammettere la revocabilità della sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., anche nella parte relativa alla misura ablatoria, facendo leva proprio sulla natura di 'pena' della confisca di valore<sup>24</sup>, e individuando, quale unico limite alla restituzione,

<sup>23</sup> Cass. SU, 28 gennaio 1998, n. 2, Maiolo.

<sup>24</sup> La natura sanzionatoria della confisca per equivalente è stata confermata – e da allora



l'intervenuta esecuzione della medesima<sup>25</sup>. Più recentemente, è stata invece affermata *tout court* la caducazione della confisca in caso di revoca del giudicato a seguito di abolizione parziale del reato, a prescindere dalla natura diretta o per equivalente e, quindi, dalla natura sanzionatoria o meno della misura patrimoniale, nonché a prescindere dalla già intervenuta esecuzione della confisca<sup>26</sup>. Si tratta, quindi, di vedere se quest'ultimo orientamento potrà prendere piede anche in relazione alla confisca di prevenzione.

Infine, se anche si dovesse arrivare ad ammettere la restituibilità delle cose confiscate ai soggetti originariamente inquadri anche nella lett. a), rimarrebbe comunque di particolare complessità l'individuazione dei beni da restituire, dal momento che, come abbiamo già detto poco sopra, nei decreti di confisca è praticamente impossibile rinvenire una motivazione a tal punto accurata da ricollegare ciascun bene alla relativa fattispecie di pericolosità; né, peraltro, gli artt. 20 e 24 cod. antimafia richiedono una tale correlazione della *res* confiscata con questa o quella fattispecie di pericolosità, sicché i beni *ieri* confiscati sul presupposto dell'inquadramento del proposto sia nella lett. a) che nella lett. b), potrebbero risultare *oggi* confiscabili sul presupposto del suo inquadramento nella sola lett. b).

### 5.3. L'accertamento giudiziale delle fattispecie di pericolosità generica

Un terzo ed ultimo problema che la sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019 non ha risolto – né poteva risolvere, non rientrando esso nella questione da decidere – riguarda l'accertamento giudiziale delle fattispecie di pericolosità generica e, in particolare, le fonti di prova a tal fine utilizzabili. A tale questione la sentenza n. 24/2019 dedica solo alcune fugaci osservazioni:

*«occorre subito eliminare ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale, relativa al thema probandum, e quello di cosiddetta tassatività processuale, concernente il quomodo della prova. Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità (...), inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova,*

---

non più messa in discussione dalla successiva giurisprudenza di legittimità – anche dalla Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione nel caso *Lucci*. Cfr. Cass. SU, 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci.

<sup>25</sup> Cass. Sez. III, 10 maggio 2016, n. 38857, Maffei; Cass. Sez. III, 4 ottobre 2016, n. 51915, Levantesi.

<sup>26</sup> Ci riferiamo a Cass. Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 8421, Di Tondo, in «DPC-RT», 8 maggio 2018, con nota critica di S. FINOCCHIARO, *Gli effetti dell'abolitio criminis e della dichiarazione di incostituzionalità sul giudicato e sulla confisca*, fasc. 5/2018, pp. 49 ss.

*il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un "giusto processo" ai sensi, assieme, dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU – i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame. Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali "elementi di fatto") suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle "fattispecie di pericolosità generica" descritte dalle disposizioni in questa sede censurate»<sup>27</sup>.*

La selezione delle possibili fonti di prova sulla scorta delle quali inquadrare il proposto in una delle fattispecie di pericolosità generica rimane, quindi, tuttora integralmente affidata alla giurisprudenza, per quanto si tratti di un profilo di rilevanza fondamentale. Non è, infatti, certo la stessa cosa inquadrare il proposto in una delle fattispecie di pericolosità sulla scorta di meri sospetti e congetture personali, ovvero voci diffuse o lettere anonime, o ancora informative di polizia, accertamenti tributari, atti di indagine, precedenti sentenze, etc.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità più recente ha fornito una serie di pregevoli indicazioni, per quanto ancora non esaustive.

In primo luogo, infatti, la Corte di cassazione ha sottolineato l'esigenza di una *base fattuale* per l'accertamento in parola, giacché «il giudizio di prevenzione, lungi dal consistere in una mera valutazione di pericolosità soggettiva (la parte prognostica del giudizio) si alimenta *in primis* dall'apprezzamento di *fatti storicamente apprezzabili* e costituenti a loro volta "indicatori" della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio)»<sup>28</sup>.

L'accertamento in parola va, quindi, basato su «elementi di fatto, vale a dire *circostanze obiettivamente identificabili*, controllabili, con esclusione di elementi privi di riscontri concreti, quali meri sospetti, illazioni e

<sup>27</sup> C. cost., sent. 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 24, § 12.1 dei *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

<sup>28</sup> Cass. Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, Mondini; nello stesso senso, più di recente, Cass. Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54119, Sottile; Cass. Sez. V, 19 gennaio 2018, n. 15492, Bonura.

congetture»<sup>29</sup>.

A questo punto rimane, tuttavia, ancora da precisare da quali fonti possa essere tratta la conoscenza di siffatte «circostanze obiettivamente identificabili». In proposito vi è stata una coraggiosa presa di posizione della Cassazione per quanto riguarda l'utilizzabilità, ai fini dell'accertamento delle fattispecie di pericolosità generica, di *precedenti sentenze*, posizione che rompe col passato e che, almeno in questo ambito, segna un superamento della regola, di elaborazione giurisprudenziale, della c.d. valutazione autonoma del giudice della prevenzione ('autonoma' rispetto agli esiti del procedimento penale riguardante il medesimo soggetto e i medesimi reati)<sup>30</sup>.

A tal fine la Cassazione parte dalla preliminare constatazione che, nella prospettiva dell'art. 1 cod. antimafia, il proposto non è un mero indiziato, a differenza dei propositi che rientrano, invece, in alcune delle fattispecie dell'art. 4 cod. antimafia<sup>31</sup>.

In effetti, che l'accertamento giudiziale delle fattispecie di pericolosità generica «*non possa limitarsi alla mera constatazione della condizione di indiziati per uno dei vari delitti da cui i proventi possono derivare, da un lato lo dimostra la differente struttura del sistema della pericolosità qualificata e dall'altro lo richiede la pressante esigenza di dare contenuto concreto alla nozione di pericolosità generica, al fine di delimitarne i confini e sottrarla ai rilievi critici di vaghezza e genericità, come tali suscettibili di attribuire margini di eccessiva discrezionalità ai giudici in violazione del principio di certezza del diritto*»<sup>32</sup>.

Il proposto, quindi, non è un mero indiziato, ma è un soggetto che in precedenza ha commesso dei delitti: ne consegue che, ai fini dell'accertamento giudiziale delle fattispecie di pericolosità generica, «non possono rilevare fatti rispetto ai quali sia intervenuta una *sentenza di assoluzione*»<sup>33</sup>. La sentenza di assoluzione intervenuta in relazione a determinati fatti costituisce, in altri termini, una preclusione assoluta alla successiva utilizzabilità, nel giudizio di prevenzione, di quei medesimi fatti per fondare la valutazione di pericolosità generica del proposto.

---

<sup>29</sup> Cass. Sez. VI, 15 giugno 2017, Cristodaro, n. 43446; conf. Cass. Sez. V, 19 gennaio 2018, n. 15492, Bonura.

<sup>30</sup> La regola della valutazione autonoma sembrerebbe, invece, essere stata mantenuta ferma, anche dalla giurisprudenza più recente, rispetto all'accertamento della pericolosità qualificata di tipo mafioso: v. Cass. Sez. V, 17 dicembre 2015 n. 1831, Mannina; Cass. Sez. V, 8 ottobre 2019, n. 48090, Ruggeri; Cass. Sez. II, 17 luglio 2020, n. 23813, Greco.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro; nello stesso senso, Cass. Sez. I, 15 giugno 2017, n. 349, Bosco.

<sup>32</sup> Cass. Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro.

<sup>33</sup> Cass. Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale.

Discorso in parte diverso riguarda, invece, le *sentenze di proscioglimento*, quali ad esempio le sentenze di proscioglimento per intervenuta prescrizione<sup>34</sup>, o per applicazione di amnistia, indulto, causa di non punibilità derivante da collaborazione volontaria di cui all'art. 5-*quater* l. n. 227/1990<sup>35</sup>: da esse, infatti, ben potrebbero essere desunti elementi fondanti la valutazione di pericolosità generica, purché il fatto – in relazione al quale è intervenuto proscioglimento – risulti delineato con sufficiente chiarezza o sia comunque ricavabile in via autonoma dagli atti<sup>36</sup>.

Risulta pacifico, invece, che i fatti rilevanti ai fini dell'inquadramento del proposto in una fattispecie di pericolosità generica possano essere desunti da precedenti *sentenze di condanna*<sup>37</sup>: anzi, nel diritto vivente, la 'carriera criminale' del proposto si è imposto come principale dato utilizzato dai giudici di merito ai fini dell'accertamento delle fattispecie di pericolosità generica.

## 6. *Non finisce qui*

Come si spera di aver messo in luce nelle pagine precedenti, il diritto vivente – e in particolare la giurisprudenza di legittimità, stimolata dall'estensione della platea dei destinatari, sollecitata dalla sentenza Corte EDU *De Tommaso* e infine avallata dalla sentenza costituzionale n. 24/2019 – ha profondamente rimodellato la fisionomia della pericolosità generica, rendendola indubbiamente più conforme ad alcune basilari esigenze di civiltà.

Questo percorso, tuttavia, non è esente da insidie: non solo perché mancano tuttora pronunciamenti a Sezioni Unite che possano definitivamente stabilizzare alcuni orientamenti e risolvere conflitti applicativi (si pensi, ad es., all'alternativa sopra vista: incidente di esecuzione o revoca/revocazione?)<sup>38</sup>, ma anche perché pure nel campo delle misure di prevenzione l'interpretazione 'non può tutto'.

In attesa, quindi, di un ripensamento complessivo del sistema delle misure di prevenzione da parte del legislatore – che ne valorizzi l'effettiva dimensione preventiva senza farne un doppione delle misure di sicurezza

<sup>34</sup> Cass. Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale.

<sup>35</sup> Cass. Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro.

<sup>36</sup> Così, esplicitamente, Cass. Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale.

<sup>37</sup> V., tra le tante, Cass. 14 giugno 2017, n. 36258, Celini.

<sup>38</sup> Mentre correggiamo le bozze di questo contributo, apprendiamo con soddisfazione che una siffatta questione è stata effettivamente rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza della Cass. Sez. I, 4 giugno 2021, n. 2007.

– è prevedibile che nei prossimi mesi e anni ci vorranno ancora molte sentenze di Cassazione per conferire un volto accettabile alle fattispecie di pericolosità generica.

Giovanni Cocco\*

Nothing works: *per il recupero della giustificazione liberale della applicazione e della esecuzione della pena*<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. La giustificazione liberale del sistema penale – 2. La giustificazione liberale unitaria della previsione, della applicazione e della esecuzione della pena – 3. La giustificazione della applicazione della pena nel caso singolo – 4. La giustificazione della esecuzione della pena – 5. Nella fase esecutiva non possono contrapporsi scelte risocializzanti alle esigenze di prevenzione generale – 6. Le linee guida del riformismo penitenziario degli ultimi cinque decenni – 7. L'esito della disintegrazione del sistema sanzionatorio classico – 8. La necessità di ripensare le misure alternative alla detenzione – 9. Una prima risposta ai problemi sono la depenalizzazione, più realisticamente l'elevazione a sistema delle cause di non punibilità, nonché l'ampliamento del catalogo delle sanzioni penali – 10. La critica alla delega al Governo per la riforma del sistema dell'esecuzione penale con l. 23.6.2017, n. 103 – 11. I limiti della assolutizzazione del principio rieducativo e il valore risocializzante della censura severa espressa dalla privazione della libertà per gli autori di gravi crimini – 12. La centralità anche nella fase esecutiva dell'illuministico principio della certezza della pena in unione con il principio rieducativo.

1. *La giustificazione liberale del sistema penale*

La giustificazione positiva di ogni sistema penale in una società liberale è costituita dai suoi effetti benefici di prevenzione della lesione dei beni giuridici, comunemente detta prevenzione generale, nella versione tradizionalmente definita negativa: attraverso il sistema penale tutti vengono egualmente avvertiti che mettono a rischio i propri diritti se tengono intenzionalmente specifici tipi di condotta lesiva. Fine a cui lo Stato liberale di diritto pone dei limiti volti alla tutela delle libertà dell'individuo nei confronti dello Stato.

\* Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Cagliari.

<sup>1</sup> Il saggio dedicato ad Antonio Fiorella viene qui pubblicato, per ragioni di brevità, senza le pur utili note ma arricchito dal sommario. La pubblicazione del testo con le note è stata effettuata su *L'Indice penale*, n. 2, 2020, 288 ss.

Abbiamo spiegato in altri saggi le ragioni di questa affermazione, qui vogliamo approfondire la giustificazione della applicazione e della esecuzione della pena, temi che nel dibattito contemporaneo stanno assumendo una rilevanza sempre maggiore, fin quasi a superare il classico interrogativo sulla giustificazione della previsione della pena. Si tratta, in particolare, di individuare quali principi o scopi determinano la applicazione e la esecuzione della pena a ciascun individuo e di come vada individuata la pena da infliggere e da eseguire, sotto il profilo dell'entità e della tipologia appropriate in generale e con riguardo a particolari crimini. Quest'ultimo tema concerne, in particolare, la c.d. *teoria del sistema di pene*, di cui sono oggetto la definizione e la determinazione degli strumenti operativi mediante i quali rendere possibile la realizzazione pratica dei fini della pena coerentemente con il fondamento e i principi che la legittimano, che comprende tre settori: il diritto dei tipi di pena, il diritto della applicazione e determinazione della pena, e il diritto della esecuzione della pena, quest'ultimo particolarmente dibattuto e al centro della scena politica attuale, su cui formuleremo qualche considerazione generale e qualche critica a specifici indirizzi di politica criminale.

## *2. La giustificazione liberale unitaria della previsione, della applicazione e della esecuzione della pena*

La non superata giustificazione della applicazione e della esecuzione della pena, nel contesto dello scopo general-preventivo riconosciuto all'ordinamento penale, afferma che, affinché la sanzione penale funzioni efficacemente come prevenzione contro la violazione della legge, deve essere percepita non solo come un avvertimento legittimo, perché protegge beni giuridici con la previsione di una pena adeguata contro l'aggressione colpevole, ma anche come un avvertimento credibile, perché ragionevolmente severa ed efficacemente applicata a chiunque non osservi la legge. Sul tracciato della posizione illuministica, fiduciosa da un lato in una legislazione mite, indulgente, umana e, pertanto, non bisognosa di clemenza, dall'altro preoccupata di un uso arbitrario dell'indulgenza. Pertanto, il passaggio dalla fase edittale a quella giudiziale è determinato dalla necessità di asseverare l'avvertimento della pena, mostrando così la credibilità del sistema, in tal senso può dirsi che la applicazione della pena ha lo stesso scopo della sua previsione.

Le esigenze di prevenzione generale non possono essere cancellate

nemmeno nella fase esecutiva dai fini di prevenzione speciale, perché altrimenti si priverebbe di ogni serietà l'avvertimento, cosicché, anche quando si voglia privilegiare la prevenzione speciale positiva, ovvero indirizzata al singolo reo, nella fase della esecuzione, se ne deve riconoscere la retrocessione quando risulti assolutamente incompatibile con le necessità generali di protezione della società. Mentre può accadere il contrario *in bonam partem*, ovvero la assenza di ragioni di prevenzione generale può escludere qualsiasi rilievo alle esigenze di risocializzazione, ad esempio nel caso della abrogazione della legge penale (cfr. art. 2 c.p.), ancorché possano permanere esigenze di risocializzazione con riguardo a chi comunque si dimostrò del tutto incurante della legge. Pertanto, anche la fase esecutiva è finalizzata essenzialmente alla prevenzione generale, mentre la risocializzazione costituisce semplicemente la modalità accettata dallo Stato liberal-democratico, o meglio dalle comunità politiche contemporanee, come lo strumento d'elezione in fase esecutiva per evitare la lesione dei beni giuridici da parte di chi se n'è già reso protagonista. D'altra parte, è chiaro che il principio di rieducazione o risocializzazione non può legittimare il sistema penale: alla domanda perché si punisce il reo non si può certo rispondere per rieducarlo, ovvero nel suo interesse. Non possono, dunque, distinguersi radicalmente le varie fasi della vita della pena: previsione (anche detta comminatoria legale), applicazione giudiziale ed esecuzione della condanna, attribuendo a ciascuna una distinta funzione della pena.

In breve, la funzione del diritto penale di tutela dei beni giuridici attraverso la prevenzione si sviluppa in due fasi: una prima attraverso la legge che prevede il fatto di reato e la sua sanzione, che motiva la generalità dei cittadini a non tenere condotte lesive o pericolose per i beni giuridici tutelati o a tenere condotte dirette ad evitare la loro lesione. Fallita siffatta prevenzione primaria a causa della violazione della norma, la funzione del diritto penale di protezione di beni giuridici per mezzo della prevenzione è soddisfatta secondariamente attraverso la applicazione e la esecuzione della pena. Per mezzo di esse si assicura la piena validità della norma che ha l'obiettivo di evitare la lesione o messa in pericolo del bene giuridico.

### 3. *La giustificazione della applicazione della pena nel caso singolo*

La giustificazione della applicazione della pena nel caso singolo – vale a dire la condanna del reo e la commisurazione della pena – correlata alla giustificazione dell'ordinamento penale, ovvero allo scopo di prevenzione



generale, non significa però che il giudice del singolo caso si debba porre in una prospettiva finalistica nella quantificazione della pena, in primo luogo perché non ha informazioni sufficienti sugli attuali o futuri effetti dell'inflizione dell'una piuttosto che dell'altra pena a un determinato reo e in un dato momento o, comunque, sulla stessa utilità per la collettività di una condanna rispetto ad una assoluzione.

L'attività concreta di applicazione della pena deve contentarsi di una giustificazione ampiamente procedurale della maggior parte delle pene che impone: se il sistema penale sul quale si basano è essenzialmente giusto, lo saranno anche le decisioni che esso assicura, fatta salva, chiaramente, la possibilità che i giudici non siano saggi. Vi è solo una vaga idea della pena meritata dal reo al di fuori dello schema sanzionatorio previsto dalle leggi di una società giusta. Si può dire che tutte e solamente le pene inflitte che costituiscono il prodotto di un sistema legislativo coerente con i limiti liberali imposti al perseguimento del fine general-preventivo siano meritate dal reo: pertanto, sono il risultato della 'pura giustizia procedurale'.

La pena meritata nel caso singolo è, dunque, quella autorizzata da un sistema sanzionatorio penale equo; l'attrazione perenne per un criterio indipendente e illusorio di meritevolezza in concreto della pena fondato sulla intuizione o su calcoli utilitari deve essere respinta. Così concepita la meritevolezza, chiunque sia responsabile merita di essere punito e, *ceteris paribus*, dovrebbe essere punito. È scorretto nei confronti di chi osserva la legge che chi la viola non subisca una qualche privazione approvata socialmente perché altrimenti si creerebbe una classe di *free riders* dannosi per la società, la quale deve investire una parte ragionevole delle sue risorse per prevenire e combattere il crimine.

In tal senso, la pena applicata nel caso singolo ha in sé elementi essenzialmente retributivi (può essere richiamata a tal proposito la tesi della retribuzione giuridica), concettualmente e normativamente, ciascun specifico atto sanzionatorio appare rigidamente retributivo per chi lo subisce, la decisione imposta è una privazione inflitta a un soggetto di cui è accertata la responsabilità, e non su chiunque altro, ed è imposta solamente a causa di quell'accertamento. Anche sul punto, dunque, va rimarcata una certa distanza dalle teorie miste che, nella vulgata contemporanea, che influenza anche la legislazione, sembrano ascrivere alla fase della applicazione la valorizzazione dei fattori personali e sociali concorrenti nella determinazione e nella esclusione della pena e dunque la prevenzione speciale. In realtà sono minimi gli strumenti in mano al giudice per valutare questo profilo e guardano tutti al passato e non al futuro, in particolare ai precedenti penali.

Tuttavia, pur essendo chiaro che la pena giusta, fin dalla comminatoria edittale e poi in quella applicativa, è quella retributiva ovvero proporzionata alla violazione, va ricordato che la giustezza della pena già nella impostazione illuministica è servente la prevenzione generale, non è la retribuzione ad avere effetti anche preventivi, cosicché la pena può essere certamente attenuata in considerazione delle minori esigenze di prevenzione generale, né avrebbe senso condannare ad una pena solo per ragioni retributive.

#### *4. La giustificazione della esecuzione della pena*

A maggior ragione, mancando gli scopi general-preventivi, non avrebbe senso eseguire la pena solo per ragioni di prevenzione speciale risocializzante. Anche nella fase della esecuzione della pena gli obiettivi della prevenzione speciale positiva riguardano in realtà la tutela di tutti i beni giuridici potenzialmente aggredibili in futuro da (tutti i) soggetti in esecuzione di pena, oltre che da tutti i cittadini, non i beni specificamente lesi in passato da ciascuno dei primi. Così come non ha senso giustiziare dopo lo scioglimento della società l'ultimo assassino abitante solitario di un'isola, come invece vorrebbe il retributivo Kant, nemmeno ha senso nella stessa situazione risocializzarlo.

Un sistema penale che abbia l'esclusivo scopo della (ri)socializzazione è il più illiberale dei sistemi possibili: un sistema puramente riformativo, che miri semplicemente a cambiare le intenzioni dei destinatari affinché vogliano in futuro rispettare la legge, non tratta i suoi sottoposti come agenti razionali, autodeterminantisi, ma come oggetti da riformare con qualunque tecnica efficiente individuabile, in ultima analisi si tratta del vecchio Stato di polizia che tratta i cittadini come sudditi da educare.

La esecuzione della pena, diversamente da quanto potrebbe superficialmente ritenersi a causa di una certa semplificazione ideologica presente nel dibattito contemporaneo, è il luogo principale di applicazione delle teorie utilitaristiche, perché non vi è altra ragione diversa dalla utilità sociale per eseguire la pena sui colpevoli. Se fossimo certi che da domani nessuno commetterà più reati o, più concretamente, se fossimo certi che una classe di individui da domani non commetterà più reati, ad esempio quelli correlati ad uno specifico scontro politico giunto definitivamente a composizione, il carcere sarebbe solo un costo inutile, in definitiva è ciò di cui prendono atto le generalizzate amnistie che seguono le riappacificazioni nazionali.

Resta dunque fermo nella fase esecutiva il ruolo della prevenzione generale: la pena minacciata deve essere credibile in quanto efficacemente applicata ed eseguita, ed in sinergica relazione con detto scopo può trovare applicazione in misura significativa la prevenzione speciale, secondo quanto comunemente affermano le teorie miste, sempre che non ne derivino automaticamente effetti di perturbazione dell'ordine sociale e la sfiducia nel diritto.

D'altra parte, anche la cd. prevenzione individuale positiva con la risocializzazione, in ultima analisi, è al servizio della prevenzione generale, sia sotto il profilo della prevenzione della recidiva, che riguarda specifici gruppi di popolazione (i cd. pregiudicati) in grado di muovere i più significativi attacchi ai beni giuridici, sia sotto il profilo della conferma per la totalità della popolazione della vigenza dell'ordinamento penale, che nel suo insieme anche e da ultimo con i suoi effetti risocializzanti dimostra di sapere adeguatamente tutelare i beni giuridici. In tal senso va evidenziato che le carte costituzionali europee (ad esempio in Italia e Spagna) riconoscono espressamente le finalità preventive speciali evidentemente, però, pensando agli interessi generali e non a quelli del singolo.

##### *5. Nella fase esecutiva non possono contrapporsi scelte risocializzanti alle esigenze di prevenzione generale*

La materia è estremamente delicata, anche ad ammettere che tra le opzioni con cui una società può reagire alla criminalità l'unica che si lasci razionalmente giustificare è una risocializzazione riuscita. Vanno sottolineate, da un lato, le incongruenze della risocializzazione praticata per la assenza (peraltro strutturale e non contingente) di adeguate risorse disponibili; dall'altro, le ambiguità sottostanti al concetto, perché risocializzazione può significare mera esigenza di non desocializzazione, fino al preoccupante programma di cambiare la personalità del reo, con nel mezzo soluzioni volte a offrire opportunità per una assunzione di responsabilità verso i valori sociali o a offrire un trattamento di tipo correzionale diretto a ottenere un comportamento conformista, riguardo a cui si parla di 'pedagogia alla nuova schiavitù della razionalità capitalistica'. Va, infine, rilevato che la risocializzazione trova un limite nell'essere le cause del delitto (anche) dovute a carenze soggettive di socializzazione, come può accadere per certe categorie di reati gravi ed in particolare con riferimento alla recidiva in materia di reati contro il patrimonio.

Ragioni teoriche e pratiche, dunque, impongono di evitare nella fase esecutiva scelte risocializzanti che si contrappongano alle esigenze di prevenzione generale – e con esse quel *quid* retributivo che le soddisfa racchiuso nel concetto illuminista della certezza della pena – che non possono in nessun caso essere ignorate se non a rischio di provocare nella società un sentimento di sfiducia nel diritto e nella protezione dei beni giuridici, che può sfociare in casi estremi in risposte sociali incontrollate. In altre parole, deve riconoscersi la retrocessione della prevenzione speciale positiva quando risulti assolutamente incompatibile con le necessità generali di protezione della società, a garantire le quali è posto l'ordinamento penale. Va valutata criticamente, dunque, la autorevole tesi secondo cui il conflitto tra esigenze di prevenzione generale e speciale, quando la esecuzione della pena comporti il rischio certo di distruggere le possibilità di risocializzazione, va risolto in favore di queste ultime, che si sostiene con l'esempio di un soggetto che la condanna colpisca dopo molti anni dai fatti causati dal suo consumo di droga, da cui nel frattempo si sia allontanato inserendosi nell'ambiente sociale, familiare e di lavoro. In realtà, in tale situazione ad essere in conflitto con la possibilità di risocializzazione sono mere esigenze retributive mascherate da finalità general-preventive, che invece sono evidentemente venute meno, non essendo più correlabile la mancata punizione al fallimento della minaccia, già realizzatasi in un passato remoto, mentre nel tempo presente si può prendere atto che l'ordinamento di una società giusta si è imposto di per sé al reo.

Può escludersi, invece, che la mera retribuzione possa dare contenuti e direttive alle politiche penitenziarie, è infatti superata la classica immagine delle carceri quali centri custodiali e dei condannati abbandonati alla sorte. Il principio retributivo è, in effetti, da sempre disapplicato nella fase dell'esecuzione a causa della grande varietà di regimi carcerari e, in particolare, appare messo definitivamente in crisi dall'introduzione delle misure alternative alla detenzione. Nel nostro ordinamento, in particolare, ancor prima del codice Rocco, la sospensione condizionale della pena e la liberazione condizionale vennero applicati con rigoroso automatismo in termini massicci. Mentre le misure alternative alla detenzione vennero introdotte dalla storica riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, di attuazione del dettato costituzionale, basata sull'idea rieducativo-trattamentale, ovvero sull'affidamento all'esecuzione penitenziaria della risocializzazione del reo – peraltro in contro tendenza rispetto al giudizio sul suo fallimento in particolare negli U.S.A. – mantenendo però la centralità della pena detentiva, rivisitata attraverso istruzione, lavoro,

religione, ricreazione e personale adeguato. Con dette misure – applicate nella fase esecutiva dal magistrato di sorveglianza in applicazione di principi e regole differenti rispetto alla commisurazione della pena nel giudizio di cognizione, essendo *an, quantum* e *quomodo* adeguati alle caratteristiche personali del reo, alla condotta in carcere e alle condizioni oggettive del suo ipotetico reinserimento – divenne regola la pena flessibile per sole ragioni specialpreventive positive secondo il modello correzionale, cioè fondato sul giudizio prognostico di non recidività, non rispondente a criteri di certezza e di razionalità.

Certamente estraneo, infine, al fondamento liberale della pena anche un puro sistema neutralizzatore, che mira semplicemente a impedire ai rei di commettere ulteriori crimini, il quale non lascia i sottoposti liberi – come dovrebbero essere gli agenti responsabili – di determinare la loro condotta futura, ma cerca di anticipare le loro scelte future neutralizzandoli, ancorché di fatto ne emergano tratti anche nelle discipline vigenti.

#### *6. Le linee guida del riformismo penitenziario degli ultimi cinque decenni*

Alla citata riforma del 1975 seguirono molte altre, superando la stessa prospettiva special-preventiva positiva, in particolare nel senso della dilatazione dei parametri d'accesso alle misure alternative, anche con finalità di contenimento del sovraffollamento carcerario determinato dal permanente e ampio utilizzo della sanzione detentiva vista come soluzione d'ogni problema di politica criminale e persino di politica sociale. In tal senso, in particolare la cd. legge Gozzini del 1986, in una ottica prettamente premiale finalizzata a suscitare nel condannato comportamenti ritenuti utili, ampliò l'ambito applicativo delle misure alternative esistenti e, consentendo l'affidamento in prova ai servizi sociali anche senza osservazione della personalità in spazi carcerari, gettò le basi di una negoziabilità della pena nella fase esecutiva sensibile alle ragioni, di natura meramente tecnocratica, di deflazione carceraria. Sulla scia del nuovo indirizzo, la legislazione emergenziale di contrasto alla criminalità organizzata, da un lato propose una politica penitenziaria rigorista, dall'altro ampliò i termini della negoziabilità fino a rinunciare a eseguire la condanna all'ergastolo a fronte di una collaborazione qualificata, utile nella lotta contro il fenomeno mafioso ma non altrettanto ai fini specialpreventivi. La riforma Simeone (l. 27.5.1998, n. 165), infine, proseguì nella strada della maggiore

flessibilità della esecuzione della pena, fino alla rinuncia di fatto a punire per fronteggiare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, ampliando notevolmente l'ambito applicativo delle misure alternative, senza peraltro rafforzare gli organi di polizia e del servizio sociale deputati al controllo e al sostegno del condannato.

In tale prospettiva, la l. 1.8.2003, n. 207 (sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni) introdusse un istituto, detto indultino non essendo una misura alternativa in senso proprio, che consente a chi abbia scontato almeno la metà della pena detentiva inflitta, di fruire della sospensione condizionata dell'esecuzione degli ultimi 2 anni della stessa, con la definitiva estinzione della pena a seguito del decorso favorevole di 5 anni dalla concessione della sospensione.

Ulteriori modifiche di segno ambivalente vennero introdotte dalla l. 5.12.2005, n. 251 (c.d. legge ex Cirielli), da un lato, restrizioni all'accesso a istituti di favore per il recidivo, in particolare per la recidiva reiterata, dall'altro, l'estensione dell'applicabilità della detenzione domiciliare al condannato alla reclusione il quale, all'inizio o nel corso dell'esecuzione, abbia compiuto 70 anni di età.

Nel complesso quadro normativo della detenzione domiciliare si inserì poi la nuova figura della esecuzione della pena presso il domicilio, introdotta in via temporanea da l. 26.11.2010, n. 199 (cd. l. Alfano) e in via definitiva dal d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014, concernente in particolare il periodo finale di detenzione eseguibile presso il domicilio, legge che, inoltre, introdusse il cd. affidamento in prova allargato per il condannato che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a 4 anni di detenzione.

In un contesto di sempre maggiore contrasto tra le finalità attribuite, da un lato, alla pena minacciata e applicata e, dall'altro, alla pena eseguita, negli ultimi anni hanno comunque assunto rilievo persino drammatico i dati concernenti il sovraffollamento carcerario costituente un *surplus* affittivo con il conseguente intervento della Corte edu con le sentenze Sulejmanovic e Torreggiani, di condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione. A cui hanno fatto seguito una serie di provvedimenti cd. svuota-carceri (d.l. n. 78/2013, conv. con mod. in l. n. 94/2013; d.l. n. 146/2013, conv. con mod., in l. n. 10/2014) intervenuti sulle misure alternative incuranti della coerenza con il disegno originario.

### 7. *L'esito della disintegrazione del sistema sanzionatorio classico*

L'esito del riformismo penitenziario descritto è la disintegrazione del sistema sanzionatorio classico. La progressiva autonomia della fase penitenziaria, per un verso, abbandona il modello illuministico e ribalta il principio di intangibilità del giudicato ispirato da una logica ancorata alla meritevolezza della pena, per l'altro, incrina il principio di eguaglianza, che costituisce uno dei principi essenziali del diritto penale liberale, ben oltre quanto richiesto dalla pena risocializzante, che deve essere individualizzata, quindi diseguale. Così compromettendo il valore della certezza formale del diritto penale nonché la centralità dell'azione delittuosa piuttosto che dell'attore criminale e causando una ineffettività strutturale – per alcuni financo fisiologica, al punto che la attuale richiesta di maggiore certezza della pena viene considerata nulla più che la pretesa di un aumento del valore simbolico della repressione in un'ottica general-preventiva positiva – ma che in realtà genera sconcerto nella considerazione della pubblica opinione, che si attende una coerente esecuzione, e non risponde alle necessità di un corretto funzionamento dell'ordinamento penale.

Deve constatarsi, in particolare, che l'incapacità di risolvere a monte il contrasto tra opposte istanze di politica criminale, causa anche del sovraffollamento carcerario, scarica sulla esecuzione la funzione di porle in equilibrio, sostanzialmente correggendo gli eccessi nell'esercizio dello *ius puniendi*, con la truffa delle etichette del richiamo alla ideologia special-preventiva, diventata un comodo alibi. Producendo però esiti inattesi, perché la attuale situazione carceraria (i detenuti sono costantemente per circa un terzo trasgressori delle leggi sulla droga) sembra in grado sostanzialmente di soddisfare esclusivamente esigenze di mera neutralizzazione dei soggetti pericolosi e non di prevenzione speciale positiva o di prevenzione generale stante la dimensione di massa della illegalità in questione. D'altra parte, per circa un terzo sono costantemente stranieri – marocchini, albanesi, rumeni, tunisini e nigeriani, etc. – dediti principalmente alle violazioni delle norme in materia di droga e ai reati contro il patrimonio e la persona, la cui presenza sul territorio è dovuta essenzialmente a tali fini, cosicché anche in tal caso evidentemente il carcere svolge esigenze di mera neutralizzazione. Sempre in termini di neutralizzazione *tout court* è orientata la legislazione riferita ai soggetti particolarmente pericolosi per i quali vale la pena indeterminata (a tale funzione sembra ancora assolvere l'ergastolo) in strutture di massima sicurezza (gli ergastolani sono complessivamente a tutto il 2019 poco meno di 1700 (e così negli anni precedenti); oltre 700 (2015) sono i sottoposti

al regime speciale cd. del 41**bis** della legge c.d. Gozzini), di cui si evidenzia la natura sempre più simile a misure di sicurezza per gli imputabili, vale a dire nella sostanza misure di natura politico-amministrativa fondate su valutazioni di pericolosità o che suppliscono a esigenze di contrasto e di controllo della criminalità.

In definitiva sembra nei fatti attuarsi, più che il programma della nuova difesa sociale, l'antico Programma di Marburgo (1882) di Von Liszt, critico nei confronti della concezione retributiva dominante all'epoca, che ritiene pena giusta quella necessaria per la protezione dei beni giuridici, volta verso il futuro, variabile a seconda del tipo di reo – con precedenti ma recuperabile, occasionale, irrecuperabile – da contrastare, rispettivamente, con la deterrenza, la riabilitazione (educazione) o la neutralizzazione.

#### *8. La necessità di ripensare le misure alternative alla detenzione*

La pericolosa crisi del sistema penale impone, pertanto, un ripensamento delle misure alternative alla detenzione, di cui da troppo tempo i cultori del diritto sostanziale si sono disinteressati a causa del distacco voluto dal legislatore dalla teoria dei tipi di pena ovvero dalla pena prevista nella comminatoria edittale – in cui è protagonista la pena detentiva – e dalla relativa commisurazione che presenta immancabili profili retributivi. Configurandole come strumento di attuazione nell'ordinamento penitenziario del finalismo rieducativo, o meglio risocializzante, della pena sancito dall'art. 27, co. 3 Cost. nonché del principio di umanità della pena, ma che in realtà sono divenute strumento duttile di politiche sanzionatorie motivate da esigenze contraddittorie e contingenti. Abbiamo visto, in effetti, che si è aggiunta e spesso sostituita alla loro funzione tipica, nella applicazione concreta, la finalità di contenimento del sovraffollamento carcerario, come evidenzia l'espressione leggi svuota carceri utilizzata per quelle che ne hanno negli ultimi anni ampliato l'applicazione.

Con esiti complessivi delle riforme penali che si sono susseguite negli ultimi decenni di notevole irrazionalità, giacché ai costanti aumenti delle pene edittali, finalizzati al contenimento della criminalità di maggiore allarme sociale o che suscita istanze retributivo-repressive e moralizzatrici, si è accompagnato – quasi ad annullare gli effetti dei primi – il progressivo ampliamento dell'ambito applicativo delle misure alternative.

È, pertanto, evidente che non si conosce e non si può fronteggiare la crisi



della sanzione penale senza approfondire il tema della pena effettivamente eseguita che, per una delle numerose truffe delle etichette a cui la materia ci ha abituato, è tutt'altra cosa di quella minacciata e di quella applicata proprio per l'ingresso in campo delle misure alternative, il cui uso non appropriato ha generato un diritto penale inefficace e produttore di eccessive diseguaglianze – pur inevitabili a causa della personalizzazione della pena, ma contenibili – nella fase della esecuzione. Esse rappresentano il lato oscuro della pena, sottratte come sono alla verifica pubblica del dibattimento penale ed affidate ad una ampia discrezionalità giudiziale, concausa della sempre maggiore sfiducia sull'effettività e sulla giustizia del sistema penale nel suo insieme, su cui occorre lavorare se si vuole fermare il pericoloso indirizzo che ha assunto l'attività legislativa, sballottata tra le opposte concezioni espresse da posizioni intellettuali elitarie, sorde alla realtà, e posizioni populiste che ne hanno una visione deformata, il cui esito disastroso deve e può essere evitato con l'adozione di posizioni liberali che la riconduca a razionalità.

*9. Una prima risposta ai problemi sono la depenalizzazione, più realisticamente l'elevazione a sistema delle cause di non punibilità, nonché l'ampliamento del catalogo delle sanzioni penali*

La prima risposta ai problemi di una eccessiva penalizzazione, a cui si risponde in modo raddomantico con il bilanciamento delle misure alternative, è quella classica della depenalizzazione e, più realisticamente, quella da noi proposta, cioè un diritto penale in cui già nella fase della comminatoria si affermi il principio di sussidiarietà, con l'elevazione a sistema delle cause di non punibilità quale presa d'atto della restaurazione del bene leso o della eliminazione del pericolo con riferimento alle numerose figure di reato di minore rilievo destinate a permanere nel catalogo penalistico, senza inseguire il mito del diritto penale minimo, ma quale frutto di pragmatica mediazione proprio di uno Stato genuinamente liberale, che consenta alla società di collocarsi in quello che matematici e fisici chiamano stato critico, in cui l'equilibrio tra ordine e disordine consenta la massima fluidità delle relazioni sociali e, di conseguenza, il maggior grado di soddisfazione delle persone che integrano la società, vale a dire in cui la libertà degli individui e la evoluzione sociale siano i maggiori possibili.

Unitamente alla depenalizzazione e all'ampliamento degli istituti della (non) punibilità, occorre fin dove è possibile, attingere alle misure alternative

per arricchire il catalogo delle sanzioni penali, elevandole a pene principali in quanto idonee «a svolgere, rispetto a determinate tipologie di fattispecie, tutte le funzioni della pena», con l'effetto di sottrarle alla discrezionalità giudiziale penitenziaria.

Interessanti a tal proposito gli esiti prodotti dalla critica alla natura discrezionale e sospensiva delle misure alternative. Discrezionale in quanto determinate, come detto, in sede esecutiva dalla magistratura di sorveglianza, in teoria adattandole alle caratteristiche personologiche del condannato, statuendo non solo su contenuto, prescrizioni, revoca ed esito, ma anche sull'*an.* Con l'effetto che la eccessiva discrezionalità, in assenza di rigorosi criteri orientativi, è soggetta all'influenza delle emozioni personali e delle situazioni sociali del momento, nel senso spesso della generalizzata indulgenza, rispondendo ad esigenze estranee alla personalità del reo e riferibili essenzialmente alla gestione carceraria ed in particolare al cronico sovrappollamento. Cosicché l'indulgenza giudiziale sostituisce quella sottratta al legislatore ordinario dalla riforma costituzionale del 1992, *more solito* sostituendo ad un istituto applicato in maniera discutibile una pessima e irrazionale prassi, dando piena ragione delle preoccupazioni illuministiche sull'uso arbitrario dell'indulgenza. Sospensiva perché le misure alternative nascono, ancorché in modo non più esclusivo, e possono ricondurre alla detenzione, allorché l'esperimento risocializzativo non abbia successo.

Limiti, per il cui superamento si propone lo svincolo delle misure attualmente alternative dalla finalità personalistico-risocializzatrice che le caratterizza e che è illusorio siano concretamente capaci di svolgere, limitandosi di fatto a contenere l'efficacia desocializzatrice del carcere e soprattutto a svolgere la funzione di alleggerimento dell'affollamento carcerario, e la loro trasformazione, con particolare riferimento alla detenzione domiciliare, in nuove specie sanzionatorie ovvero in pene alternative non detentive, nel contesto di una riforma di ampio respiro che riformuli la cornice edittale delle fattispecie di parte speciale.

10. *La critica alla delega al Governo per la riforma del sistema dell'esecuzione penale con l. 23.6.2017, n. 103*

Il fallimento e la intrinseca contraddizione del modo di procedere legislativo segnalato non hanno, tuttavia, condotto a un ripensamento complessivo degli indirizzi bensì ad insistere sulla finalità rieducativa della

pena presentata come esclusiva finalità della esecuzione contrapposta alla sua serietà ovvero certezza, nella delega al Governo per la riforma del sistema dell'esecuzione penale con l. 23.6.2017, n. 103.

Va detto, prima di passare alle critiche, che una parte significativa delle affermazioni di principio e delle soluzioni proposte dalla Commissione per la riforma sono condivisibili, senonché è nella esclusiva valenza attribuita nella fase esecutiva al principio di rieducazione – erroneamente letto come confliggente la necessaria afflittività della pena detentiva, che invece a nostro avviso ne costituisce la base –, nonché nel mancato confronto e bilanciamento con la concreta complessiva situazione anche economica della società ed, in particolare, con gli effettivi, adeguati e personalizzati strumenti rieducativi disponibili, in definitiva nella astrattezza ideologica tipica di molte riforme progressiste storicamente fallite, che si annidano i limiti e i pericoli della riforma progettata ed infine sostanzialmente fallita tra mille polemiche.

Con una battuta si può dire che in un mondo ideale e senza limiti di risorse molte delle soluzioni proposte sarebbero auspicabili, ma verosimilmente non vi sarebbe più la tipologia di criminalità cui sono rivolte. Il dato ineludibile è però che viviamo in una società che ha difficoltà ad assicurare i diritti dei giovani ad un lavoro, degli anziani ad una assistenza adeguata, dei malati alle cure necessarie ed in cui è persino messo in discussione il diritto alla pensione, problemi tutti sottolineati ulteriormente dalla recente Pandemia coronavirus (Covid-19). Non vi sono le risorse per una adeguata politica di edilizia carceraria, ma non vi sono – fatto certo non meno grave – risorse adeguate per la sicurezza delle scuole, la sanità pubblica, la ricostruzione dopo eventi catastrofici, etc. A fronte di ciò modellare il sistema esecutivo sulla presunzione di idoneità a conseguire i risultati prefissati delle politiche risocializzatrici concretamente attuabili – e dunque sulla base della disponibilità dell'enormità di risorse richieste – da un lato pare illusorio e, dall'altro, pericoloso, perché a fronte della certezza del depotenziamento della finalità general-preventiva della pena – che comunque, diversamente dall'assunto alla base della riforma, deve avere un ruolo significativo anche nella fase esecutiva, come abbiamo evidenziato in precedenza – non è razionalmente prevedibile l'incremento degli effetti risocializzanti delle riforme praticabili. È lo stesso concetto di privazione che definisce la sanzione penale ad imporre che sia parametrata alla condizione generale della società.

Non diciamo in verità nulla di nuovo, già alla fine degli anni Settanta, mentre in Italia si facevano le riforme improntate sul modello correzionale,

quel modello si rivelò fallimentare nei Paesi in cui era stato adottato da tempo con la crisi dello Stato sociale e con esso dello scopo special-preventivo positivo. Sociologi, criminologi e penalisti dovettero, infatti, ricredersi sugli effetti di prevenzione, quella speciale (da misurarsi con la riduzione della recidiva) e quella generale, dei programmi riabilitativi a seguito di indagini sul campo che incrinarono la fiducia al riguardo. Inoltre, si evidenziò che i modelli di giustizia basati sulle idee preventive diffondevano nella società la immagine di una giustizia diseguale e arbitraria, per il peso che assumevano, al pari del fatto commesso, altri criteri come la pericolosità o la possibilità di risocializzare il condannato; e nella opinione pubblica si diffuse l'idea dell'eccessiva indulgenza del sistema penale e, comunque, la convinzione che nei confronti della criminalità organizzata – mafia e terrorismo – la risocializzazione è priva di effetti. D'altra parte, si evidenziò la scarsa incidenza degli sforzi terapeutici in confronto con gli ingenti costi sostenuti. Al centro del dibattito si pose, pertanto, di nuovo la responsabilità individuale rispetto alla corresponsabilità sociale, il motto divenne: *to condemn more and to understand less*. Negli U.S.A. già a metà degli anni '70 del Novecento venne meno lo strumento di politica penale dominante nel mezzo secolo precedente, cioè la pena di durata indeterminata al servizio dell'ideale della riabilitazione, sostituita dalle condanne uguali e determinate, per evitare gli esiti irrazionali dei fini irrealizzabili della riabilitazione ed assicurare la neutralizzazione ed eguale giustizia per tutti i rei. Il culmine di questo *trend* si ha con il *Sentencing Reform Act* del 1984, l'istituzione della *United States Sentencing Commission* e le *Federal Sentencing Guidelines* dalla stessa elaborate.

11. *I limiti della assolutizzazione del principio rieducativo e il valore risocializzante della censura severa espressa dalla privazione della libertà per gli autori di gravi crimini*

Va anche detto con chiarezza che se l'esecuzione della pena dovesse soddisfare esclusivamente esigenze di rieducazione ovvero di reinserimento sociale, il carcere non avrebbe senso alcuno rispetto a quelle persone, esponenti delle classi sociali elevate eppure responsabili di gravi reati finanziari o contro la pubblica amministrazione, le quali non hanno certo bisogno di apprendere come si fa una torta nel carcere di Padova o l'attore in una filodrammatica, secondo il modello rieducativo pubblicizzato

ed unico praticabile in definitiva senza invadere la sfera intima delle persone. Né, come già detto in linea di principio, è ammissibile un sistema puramente riformativo, che miri semplicemente a cambiare le intenzioni dei destinatari affinché vogliano in futuro rispettare la legge, perché apre la strada a qualunque tecnica efficiente a tal fine, con tutti i pericoli che alla lunga ne deriverebbero. Per i delitti economico-finanziari più gravi l'unica giustificazione liberale plausibile della detenzione è nel fine general-preventivo che si sostiene anche su una base retributiva-afflittiva della pena applicata ed eseguita.

Basta soffermarsi con sufficiente realismo sulla tipologia dei detenuti su cui si dovrebbero investire le ingenti risorse risocializzanti per avere conferma dell'astrattezza delle concezioni messe in campo: come già detto, tra le più significative concause del sovraffollamento carcerario è la presenza di detenuti stranieri responsabili di reati legati al traffico di stupefacenti, contro il patrimonio e contro la persona, ed è certo difficilmente pensabile che i cittadini accettino di sacrificare i loro più generali interessi (dalle nuove opportunità di lavoro per i giovani alla edilizia scolastica) all'investimento di ingenti risorse finalizzate alla rieducazione, comunque la si intenda, degli stranieri dediti al traffico di droga e agli altri reati, per la cui commissione si sono introdotti o comunque hanno trovato terreno fertile nel territorio dello Stato, o comunque dei soggetti dediti al traffico di stupefacenti (concernono la violazione della legge droga oltre un terzo: circa 21.000 al 2019, dei detenuti totali: circa 60.000 al 2019, e di quelli stranieri: circa 7.600 al 2019) e, comunque, le politiche, gli obiettivi e i relativi costi di risocializzazione per tali specifiche situazioni dovrebbero essere esplicitati e non occultati sotto il verbo costituzionale.

Argomento decisivo è che la effettiva esecuzione della pena detentiva (in un nucleo significativo) per i reati gravi ha in sé un fondamentale significato risocializzante, se non altro nel senso della comunicazione al reo dell'inaccettabilità per la comunità politica della condotta sanzionata commisurabile al diritto di libertà di cui viene effettivamente privato. Bisogna restituire il senso proprio alla espiazione della condanna a pena detentiva, che deve esprimere con il suo immancabile rigore anche la severa riprovazione sociale per condotte lesive dei beni altrui, la comprensione della cui illiceità ovvero della inaccettabilità per la comunità di appartenenza è alla base di ogni attività di risocializzazione che ad essa si voglia affiancare: senza la censura severa espressa dalla privazione della libertà non v'è risocializzazione degli autori di gravi crimini.

Tale indirizzo, occorre sottolineare, è seguito anche dalla giurisprudenza

della Corte edu, in particolare quella che si occupa di sistemi che prevedono meccanismi di revisione della condanna attivabili solo dopo periodi di tempo molto lunghi di detenzione, la quale considera la funzione retributiva della pena (che preferiamo leggere nel senso della giustizia della pena servente alla prevenzione generale e speciale) un *legitimate penological ground for incarceration*, peraltro evidenziando che tale funzione non può giustificare, di per sé sola, una reclusione di durata superiore a 25 anni, superata la quale occorre dare spazio alla funzione rieducativa, che però certo non si considera soddisfatta per il solo decorso del tempo ed in caso di suo fallimento restano ferme le esigenze di difesa sociale.

Vanno, d'altra parte, evidenziati i limiti degli *slogan* accattivanti quali 'palestre dei diritti' e 'carcere dei diritti', a fronte della privazione che il carcere rappresenta e deve rappresentare, financo controproducenti nella pubblica opinione perché contrastanti con la realtà di un Paese in difficoltà persino nel garantire i diritti sociali fondamentali (lavoro, pensioni, scuole e ospedali e, non ultimo, la sicurezza) e in grave *deficit* economico. Al riguardo è bene usare un vocabolario consono ed attestarsi sulla ben più condivisibile necessità dei limiti liberali del rispetto della dignità umana e del divieto di trattamenti inumani e degradanti, e cui vanno affiancate, nella consapevolezza dei limiti delle risorse disponibili, iniziative volte a favorire studio, lavoro, attività ricreative, etc., dei detenuti finalizzate alla risocializzazione.

## 12. *La centralità anche nella fase esecutiva dell'illuministico principio della certezza della pena in unione con il principio rieducativo*

Mantiene, in conclusione, un ruolo centrale anche nella fase esecutiva l'illuministico principio della certezza della pena, spesso mal citato e usato ma non per questo da accantonare, strettamente collegato alla finalità general-preventiva dell'ordinamento penale, con cui va temperato anche nella fase esecutiva della pena il principio rieducativo (o prevenzione speciale positiva), che è da escludere i Costituenti considerassero il fondamento e il fine della pena invece che un obiettivo della sua esecuzione.

Principio messo in crisi da un incremento non ponderato e interamente rimesso alla discrezionalità giudiziale della forbice tra pena comminata, pena applicata e pena eseguita, essenzialmente dovuto, al di là degli *slogan* di facciata, all'esigenza di contenere il sovraffollamento carcerario, con l'effetto

di scardinare il principio di intangibilità del giudicato – di cui certo non si deve essere ossessionati ma che non può superarsi con leggerezza – ancorato alla meritevolezza della pena e dunque a criteri oggettivi e verificabili, così compromettendo il valore della certezza formale del diritto penale, la centralità nell'ordinamento penale liberale dell'azione delittuosa piuttosto che dell'attore criminale, nonché il principio di eguaglianza.

Criteri oggettivi e verificabili – è bene sottolineare – che talvolta sono definiti automatismi e presunzioni che impediscono ovvero ritardano per i recidivi e per gli autori di gravi reati l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari e che si intendono eliminare nella fase esecutiva, ma che possono costituire la solida base della esecuzione della pena inflitta per un significativo periodo di tempo, e che dunque costituiscono o possono costituire – si tratta di misura – del tutto legittimamente l'affermazione legislativa del significato general preventivo – anche nei presupposti comunicativo-retributivo e risocializzante – della pena eseguita con riferimento a fatti delittuosi di rilevante gravità, insomma del principio della certezza della pena. Va a tal proposito evidenziato che una fitta rete di presunzioni ovvero di criteri normativi di valutazione, seppure non assoluti, riconduca opportunamente la discrezionalità del giudice in ambiti vincolati.

Questione delicata è poi distinguere l'opportuno riconoscimento del valore della pena applicata per la violazione commessa – che mai può definirsi presunzione ma è la base stessa della esecuzione della pena, né si riferisce a tipi d'autore ma al fatto illecito commesso da uno specifico autore e alla sanzione per esso applicata – dalla cui significativa esecuzione occorre partire nel percorso risocializzante secondo le indicazioni costituzionali, dall'utilizzazione di altri criteri e/o presunzioni legislativi, assoluti o meno, legislativi circa gli esiti di quest'ultimo percorso con riferimento a comportamenti che ne escludano progressi e per l'effetto la persistenza pericolosità del detenuto. Questi ultimi ammettono senz'altro una valutazione di ragionevolezza con l'effetto che le presunzioni assolute limitative di diritti fondamentali si pongono in contrasto con l'art. 3 Cost. laddove siano arbitrarie e irrazionali, ossia non rispondano a «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*».

Insomma. Una volta che siano stati selezionati con rigore i fatti meritevoli di pena detentiva, che la loro sussistenza sia stata accertata in via definitiva e che una sentenza di condanna applichi la pena meritata, appare immotivata l'affermazione che nella fase esecutiva non assumono rilievo il fatto accertato e la pena applicata con la sentenza definitiva di condanna

ma esclusivamente la personalità del reo, perché si basa sulla tesi irrealistica che siano idonei a difendere la società dal delitto programmi rieducativi personalizzati, in sostanza rispolverando le concezioni settecentesche di Grolman, non propriamente un gran progresso. Tale asserzione, inoltre, porta con sé due gravi conseguenze: da un lato, svilisce il senso della condanna a pena detentiva e quindi della stessa previsione edittale, potendo determinare l'insignificanza della affermata illiceità della condotta del reo; dall'altro, produce deroghe per singole fattispecie (ad esempio l'art. 4 *bis* ord. penit.) nonché il continuo aumento delle sanzioni edittali al seguito delle posizioni giustizialiste per compensare ed essere compensato dalle eccessive concessioni nella fase esecutiva affidate al giudice di sorveglianza.

Non si può condividere questo modo di procedere e ne va disvelata l'ambiguità e l'irrazionalità di fondo. Si può discutere sui meccanismi esecutivi nell'ottica di un lucido bilanciamento degli scopi della pena e, pertanto, valutare quali limiti possano essere posti nella fase esecutiva all'integrale dispiegamento delle esigenze general-preventive e special-preventive negative, in considerazione della possibilità concessa al reo di intraprendere un percorso risocializzante. Percorso che deve fondarsi – quale preconditione – sulla piena comprensione della gravità del fatto commesso determinata dalla esecuzione in parte significativa della pena detentiva per cui ha subito condanna (per fatti gravi) nonché sulla consapevolezza della serietà e della capacità di difendersi dal delitto da parte del contesto istituzionale e sociale in cui dovrà reinserirsi una volta espiata la pena. Con realismo e senza fughe in avanti dettate spesso da impostazioni ideologiche, non solo di per sé discutibili, ma che non tengono conto dei dati di realtà, usando *pro domo propria* i risultati di limitatissimi e onerosissimi esperimenti con esito scontato ma non estendibile alla realtà italiana.

Attività di bilanciamento degli interessi in campo, in cui sono certamente rilevanti le diverse impostazioni culturali e visioni del mondo – ovviamente anche la nostra – e che, dunque, va affidata nella misura più ampia possibile al legislatore che deve dettare i criteri decisionali, presunzioni *aut similia*, e non a giudici, assistenti sociali e professionisti dell'esecuzione in genere, sottraendoli anche da pressioni e rischi per la loro stessa incolumità.

Senza un significativo mutamento di rotta dovremmo continuare a rispondere alla domanda su cosa funziona in materia di esecuzione della pena che nulla funziona (*Nothing Works*).





Elvira Dinacci\*

*L'ineludibile riforma del sistema sanzionatorio  
tra illusione e realtà*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'adesione della Corte Costituzionale alla finalità rieducativa oltre la fase esecutiva – 3. Le antinomie dell'attuale normativa sanzionatoria – 4. La necessità di guardare oltre la pena detentiva – 5. Il sistema sanzionatorio nell'ottica di una tutela Costituzionale.

1. *Premessa*

Tra i tanti argomenti che hanno suscitato l'interesse scientifico e l'entusiasmo coinvolgente del Maestro e soprattutto amico Antonio Fiorella vanno annoverati, per centralità ed interesse, gli studi riguardanti l'attuale volto del sistema sanzionatorio. Senza mai distogliere l'attenzione dall'art. 27, co. 3 Cost., norma strategica e presupposto irrinunciabile per ogni indagine volta a delineare un sistema penale moderno ed umano, ne ha affrontato lo studio vincolando il contenuto dei divieti penali al rispetto di quei principi esplicitamente espressi nella Carta Costituzionale. Il diritto penale quindi, comprensivo della pena, assolve una funzione di tutela verso aggressioni a diritti fondamentali della persona, nei limiti dello stretto necessario; per cui anche la sanzione criminale segue il corollario di *extrema ratio*, che ne restringe il campo d'azione, eliminando qualsiasi trattamento contrario al senso di umanità, disciplinando solo quelli orientati nella direzione di un credibile reinserimento del condannato, nel pieno rispetto delle libertà costituzionali. Il rango preminente assegnato dall'art. 13 Cost., alla libertà personale, sta a significare che la sanzione penale, incidendo su tale massima libertà, deve essere prevista solo per la tutela di beni che siano almeno dotati di un rilievo costituzionale.

Questo sta a significare che «il principio di rieducatività (ed umanità) della pena deve permeare l'intero sistema, imponendo di collegare all'esigenza di un effettivo orientamento del destinatario, verso i beni valori tutelati, la posizione di norme conoscibili»; ne consegue che l'irrogazione

---

\* Ricercatrice di Diritto penale, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

della pena potrà scaturire solo dalla commissione «di un fatto offensivo realmente dominabile e per ciò stesso voluto e rappresentato [...] o almeno rappresentabile [...] negli effettivi contenuti di disvalore sociale»<sup>1</sup>. Solo così potrà prodursi quell'autentica adesione dei consociati alla legalità, da intendersi come consenso al rispetto delle norme, quindi scelta veramente personale, che in caso di trasgressione, si trasforma in assunzione consapevole di responsabilità verso l'illecito<sup>2</sup>.

Premessa, questa, che costituisce linea guida di ogni indagine riguardante il sistema penale, dovendo configurare un significativo punto di arrivo e insieme di partenza.

## *2. L'adesione della Corte Costituzionale alla finalità rieducativa oltre la fase esecutiva*

È evidente che ogni indagine tesa a ridisegnare in modo organico il sistema sanzionatorio penale, debba partire dall'art. 27, co. 3 Cost. e dal suo rivoluzionario contenuto normativo che, si badi bene, non stabilisce la quantità di pena necessaria a fini preventivi, bensì prescrive modalità coerenti col senso di umanità, quindi pensate per consentire il recupero del condannato alla vita civile. Modalità cioè, che dovrebbero assistere il sistema delle sanzioni sin dalla loro ideazione nella mente del legislatore. Quest'ultimo sarà vincolato nella formulazione della sanzione, a valorizzare il significato innovativo, senza eliminarne la precipua funzione intimidativa/

---

<sup>1</sup> A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in «AP», 1, 2018, p. 97. In ID., voce *Responsabilità penale*, in «ED», XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, p. 1289, si afferma con esattezza: «il destinatario dei precetti dello Stato democratico, a differenza che nello Stato autoritario, non può essere rappresentato da chi subisce modelli di comportamento, bensì da chi prende una posizione responsabile di fronte ai valori costituzionali che quei modelli rappresentano».

<sup>2</sup> L'allora Ministro della Giustizia Professoressa P. Severino, con decreto del 14 dicembre 2012, ha nominato una Commissione di studio presieduta dal Professore Fiorella, per la revisione del sistema penale introducendo norme di depenalizzazione; il Progetto elaborato dalla Commissione (23 aprile 2013), raccogliendo l'indicazione del Presidente Professore Fiorella introduce nell'articolato all'art. 21 una novità assoluta «l'ufficio dell'anagrafe dei reati» che, «consentendo finalmente di stabilire il numero esatto dei reati esistenti nel nostro ordinamento, permetterebbe di calibrare in modo razionale gli interventi di depenalizzazione». Ciò rappresenterebbe un fondamentale strumento per il cittadino come funzione di orientamento della norma. Il testo del Progetto è consultabile sul sito <<https://www.giustizia.it/>>.

afflittiva, circoscrivendone il raggio di intervento punitivo, orientandolo sul soggetto, per finalità compatibili con la rieducazione, nel rispetto delle libertà costituzionali<sup>3</sup>. Se ne deduce un ricorso alla pena detentiva in termini di intervento veramente indispensabile a tutelare quei valori che ne assicurano la sociale convivenza (*extrema ratio*). L'esigenza rieducativa cioè, deve essere perseguita dal legislatore ma anche ispirare il giudice sin dalla fase dell'applicazione giudiziale. È stato egregiamente sottolineato che la sanzione, soprattutto detentiva è «una parte essenziale e caratterizzante» del sistema penale che non può essere affidata «quasi integralmente alla legge penitenziaria»<sup>4</sup>.

Occorre rammentare che in passato, sul punto, la dottrina ha dato una interpretazione riduttiva dell'art. 27 co. 3, Cost., relegando la funzione rieducativa alla sola fase esecutiva<sup>5</sup>. La stessa Corte Costituzionale, in varie pronunce risalenti, nell'accogliere la c.d. concezione polifunzionale della pena, ha relegato il principio rieducativo soprattutto alla fase esecutiva<sup>6</sup>. Scelta questa bene evidenziata nella sentenza n. 12/1966, dove si enuclea la «vera portata del principio rieducativo», attraverso una lettura congiunta delle due parti di cui si compone il co. 3, dell'art. 27 Cost., in base al quale «la rieducazione del condannato pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane pur sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio». Tale impostazione è stata mantenuta in diverse successive pronunce dove si è negata esclusività alla finalità rieducativa, affermandosi che essa è «indicata come finalità ultima (e non unica) della

<sup>3</sup> In tal senso FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali della parte generale*, Giappichelli, Torino 2018, p. 35.

<sup>4</sup> G. VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in «RIDPP», 2002, p. 28. Bisogna dare atto che la questione penitenziaria, insieme a quella delle pene accessorie e delle misure di sicurezza, è stata fatta oggetto all'art. 1, commi 81, 82, 83, 85 della L. n. 103/2017, di una futura riforma penitenziaria; è noto però che il cambiamento politico non ha consentito sul punto la effettiva attuazione della delega, effettuando una inversione di tendenza rispetto a quanto era stato previsto nella L. n. 103/2017 ed a quelli che erano gli orientamenti della riforma; sul punto si rinvia ai D.Lgs. 2 ottobre 2018 nn. 123 e 124 che si sono limitati a prevedere poche rilevanti novità in tema di assistenza sanitaria, vita detentiva, e lavoro penitenziario, risolvendo l'intera 'questione penitenziaria' all'interno del carcere.

<sup>5</sup> In tal senso: M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1966; G. BETTIOL, *Sul mito della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, CEDAM, Padova 1964, p. 15; B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto del codice penale del 1949*, in «RIDPP», 1950, p. 593.

<sup>6</sup> In argomento si veda C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, ESI, Napoli 2006, p. 150.

pena dall'art. 27, terzo comma, della costituzione», e va riferita non solo e non tanto alla durata della stessa, quanto soprattutto, «*al suo regime di esecuzione*»<sup>7</sup>. Tale impostazione trova conferma in altre pronunce dove la rieducazione viene confinata alla sola fase esecutiva, affermandosi che «*il principio dell'emenda [...] costantemente interpretato [...] confligge con le altre funzioni della pena (afflittiva, di prevenzione) e si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto*»<sup>8</sup>. Su questa base si è affermato che alla radice della pena stiano dissuasione, prevenzione, difesa sociale, e che l'art. 27 Cost. «*non ha proscritto la pena dell'ergastolo [...] quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi*»<sup>9</sup>.

Un primo segnale di apertura verso la valorizzazione della finalità rieducativa oltre la fase esecutiva, viene affermato nella sentenza n. 204/1974, dove si qualifica «*il recupero sociale del condannato come fine ultimo e risolutivo della pena*», individuandosi così un «*diritto per il condannato a che [...] Il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo*»<sup>10</sup>. Il coinvolgimento

<sup>7</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 22/1971, dove si è giudicata non fondata la questione di legittimità della previsione dei limiti massimi di pena per i reati di furto. Nello stesso senso cfr. sentenze C. cost., sent. n. 119/1975, n. 102 e n. 169/1985.

<sup>8</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 167/1973; analogamente C. cost., sent. n. 237/1984 ribadisce che «*l'art. 27, terzo comma, Cost., si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto [...]. Mentre sfugge al controllo di legittimità l'indagine sull'efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore*»; sempre in tal senso si vedano le sentenze C. cost., sent. n. 107/1980, n. 104/1982 e n. 23/1985, per le quali ciò che conta per «*tendere alla rieducazione*» è dare largo spazio al trattamento individualizzato nell'ambito dell'ordinamento penitenziario. Le riflessioni svolte dalla Consulta stanno a significare che il principio di umanità da intendersi come principio di civiltà deve informare di sé «*la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque [...] tutta l'organizzazione carceraria e l'applicazione delle norme ad essa relative, come è ribadito nell'esplicito richiamo al dettato costituzionale, dell'art. 1, primo comma, dell'ordinamento penitenziario: «il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»*»: C. cost., sent. n. 165/1996.

<sup>9</sup> C. cost., sent. n. 264/1974, nell'affermare che la funzione e quindi la finalità della pena non può essere costituito dal solo riadattamento dei delinquenti, ritiene compatibile con l'art. 27, co. 3 Cost. la pena dell'ergastolo.

<sup>10</sup> Su queste basi la Corte afferma che l'istituto della liberazione condizionale, alla luce dell'art. 27, co. 3, Cost., assume un ruolo di particolare significato e peso, che deve essere considerato già nella fissazione legislativa dei suoi presupposti e dei suoi limiti.

poi della funzione rieducativa su un piano globale, e non limitato alla sola fase dell'esecuzione, lo si raggiunge con la storica sentenza n. 364/1988 che, nell'affermare «la necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa», e «l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (o indifferenza ai) valori della convivenza espressi dalle norme penali», traduce il principio di personalità della responsabilità penale in principio della responsabilità per fatto proprio e colpevole.

Si valorizza cioè il principio rieducativo già nella fase dell'applicazione della pena, richiedendosi ai fini della punizione l'accertamento di un reale contenuto di colpevolezza<sup>11</sup>. Il conseguenziale collegamento tra il principio di personalità della responsabilità penale ed i principi di legalità e di irretroattività della legge penale, attua compiutamente la funzione di garanzia che appunto la legalità deve assolvere; funzione che impone di «fondare la responsabilità penale su congrui elementi soggettivi», che impediscano la punizione di un soggetto incolpevole, realizzando così «il principio di colpevolezza il secondo aspetto del principio garantistico di legalità». Successivamente la Consulta superando le precedenti ambiguità, chiarisce che il principio concernente la finalità rieducativa della pena «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»; questo sta a significare che il terzo comma dell'art. 27 Cost. «vale tanto per il legislatore quanto per il giudice della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»<sup>12</sup>.

In altre pronunce il Giudice delle Leggi, completando il raggio di azione dell'indagine, scolpisce il momento esecutivo della sanzione, affermando l'incostituzionalità della retroattività in *malam partem* anche per questa fase, in relazione al principio di progressività trattamentale, considerando irragionevole ed incompatibile con la funzione rieducativa

<sup>11</sup> In dottrina egregiamente F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in «NDI», XIX, UTET, Torino 1973, p. 53; D. PULITANÒ, voce *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in «ED», XX, Giuffrè, Milano 1970, p. 36; FIORELLA, *Rieducatività della pena, ed orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., p. 99.

<sup>12</sup> C. cost., sent. n. 313/1990, superando poi ogni equivoco afferma «se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

della pena una disciplina che non tenesse conto del raggiunto grado di rieducazione, adeguato al beneficio richiesto, ovvero che comportasse una regressione incolpevole del trattamento<sup>13</sup>. L'esecuzione della pena cioè, costituisce il momento realizzativo del finalismo rieducativo adeguando la portata sanzionatoria del titolo al singolo individuo. Ciò coinvolge l'intero procedimento di esecuzione, assistito dall'immanente presenza del giudice per tutto ciò che riguarda decisioni sui diritti di libertà, comportando questo le medesime garanzie utilizzate nella fase cognitiva in punto di legalità e giusto processo.

Di qui l'affermazione anche per gli ergastolani, che certi automatismi relativi alla concessione dei benefici penitenziari non sono ragionevoli, e che «la progressività trattamentale e flessibilità della pena», costituiscono «diretta attuazione del canone costituzionale della rieducazione del condannato», e stanno a significare che «le presunzioni assolute specie quando limitano un diritto fondamentale della persona violano il principio di uguaglianza»<sup>14</sup>; in questo caso, l'irragionevolezza consiste proprio nel non poter formulare ipotesi contrarie alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. Sul solco tracciato da tale pronuncia, viene definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58 *quater*, co. 4 ord. penit. dichiarandone la illegittimità per contrasto con gli artt. 3, 27 co. 3, Cost., posto che il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari, impedisce qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal soggetto, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna<sup>15</sup>. Tale orientamento è coerente con quanto affermato dalla Corte Edu, che pronunciandosi sulla legittimità dell'ergastolo ostativo, ha dichiarato che esso è contrario al divieto di trattamenti inumani e degradanti

<sup>13</sup> Cfr. sentenze C. cost., sent. n. 504/1995, n. 445/1997, n. 137/1999.

<sup>14</sup> Per il superamento degli automatismi e delle preclusioni assolute per la concessione dei benefici penitenziari anche con riferimento a chi è stato condannato all'ergastolo, si è affermata la illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 27, co. 3, Cost., dell'art. 58-*quater*, co. 4, ord. penit., nella parte in cui subordina l'accesso ai benefici da parte degli ergastolani per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p., ove avessero cagionato altresì la morte del sequestrato, alla effettiva esecuzione di 26 anni di pena; la disciplina risultava «intrinsecamente irragionevole avuto riguardo alla funzione rieducativa che la pena deve necessariamente perseguire nel nostro ordinamento»: C. cost., sent. n. 149/2018.

<sup>15</sup> C. cost., sent. n. 229/2019, la sentenza in oggetto rappresenta il naturale completamento della precedente (n. 149/2018) sancendo l'integrale illegittimità costituzionale del regime previsto dall'art. 58-*quater*, co. 4, ord. pen., in relazione ai condannati per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, «regime che configurava un vero e proprio doppio binario nel doppio binario, aggiungendosi alla già gravosa disciplina di cui all'art. 4-bis ord. pen.».

di cui all'art. 3 Cedu, in quanto lesivo della dignità dell'individuo, valore questo che orienta la tutela dell'intero sistema convenzionale e non ammette deroghe neanche a fronte di contesti di emergenza<sup>16</sup>. Tale percorso argomentativo viene sviluppato e completato anche nei confronti dei condannati per associazione di stampo mafioso, dalla recente Sentenza della Corte Cost. n. 253/2019 che, dichiarando l'incostituzionalità dell'art.4-*bis* co. 1 ord. penit., nella parte in cui non prevede che questi possano usufruire dei permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, ribadisce l'inammissibilità delle preclusioni assolute il cui effetto è quello di arrestare «qualunque valutazione in concreto sulla pericolosità del condannato». In tutte queste decisioni, risalta il riconoscimento di un obbligo costituzionalmente imposto al legislatore ordinario di prevedere istituti funzionali e in grado di garantire l'attuazione del percorso rieducativo. Istituti cioè, che non sovvertono la logica gradualistica che costituisce il fondamento del principio di progressività trattamentale, attraverso la effettiva partecipazione all'azione rieducativa che, proiettandosi nel tempo, deve consentire a tutti di alimentare la speranza di un futuro reinserimento.

Occorre sottolineare ancora, la rilevanza della relazione temporale per l'attuazione della finalità rieducativa, oltre ogni formalismo o presunzione assoluta. Ciò che si vuole evidenziare è il senso che lega la connessione tra il 'prima' ed il 'dopo', e cioè, tra il tempo necessario al soggetto per staccarsi dal delitto commesso ed intraprendere un cammino di allontanamento e di reinserimento nel sociale. È proprio la qualificazione temporale, da intendersi come necessaria flessibilità della pena, a consentire quel giudizio contingente ma anche assoluto, quindi giuridico, che consiste in un periodo (tempo definito), di osservazione da parte del Giudice di sorveglianza dello stato attuale della personalità del soggetto. In tema di punibilità, pur restando ancorati al principio di stretta legalità, occorre rifuggire da tutto ciò che paralizzando il cambiamento/l'evoluzione, rimane fisso ed immobile; è stato esattamente detto «il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta veramente una frattura dell'esperienza giuridica: al posto dell'esperienza e del suo libero movimento si pone una falsa esperienza, cioè l'immobile vuoto, che si tratta come cosa salda, modellandolo in forme che, essendo forme del vuoto, hanno il pregio di essere infinite».<sup>17</sup> L'art.

<sup>16</sup> Così CoEDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 130.

<sup>17</sup> Cfr. S. SATTA, *Il mistero del processo*, ADELPHI, Milano 1994, p. 86. Le Sezioni Unite, seguite da una costante giurisprudenza di legittimità hanno aderito ad un approccio fortemente formalistico, concordando nell'affermare la natura processuale delle modalità esecutive della pena irrogata e quindi sottraendo le misure alternative alla detenzione al divieto di applicazione retroattiva: Cass. SU, 17 luglio 2006, n. 24561; Cass. Sez. I, 6



27, co. 3, Cost. impone una pena in concreto, cioè una individualizzazione sanzionatoria che presume un tempo di osservazione sulla personalità del detenuto. Ne discende la incompatibilità ed irragionevolezza di qualsiasi automatismo o presunzione di pericolosità che non abbia fondamento su congrui e specifici elementi.

Sembrirebbe evidente che la finalità rieducativa debba assistere la pena sia essa edittale, ovvero esecutiva, misure alternative; non vi è del pari dubbio, che queste ultime costituiscano «il punto di emergenza del trattamento rieducativo in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta». La finalità rieducativa quindi deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria, la quale deve determinare «modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore che, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito dalla rieducazione»<sup>18</sup>. Di qui, escludere dal beneficio una categoria di soggetti che ne avevano già maturato l'applicazione, secondo la precedente normativa, costituisce una interruzione ma soprattutto la vanificazione di quell'*iter* rieducativo a favore di una esigenza meramente repressiva che determina la violazione dell'art. 27 co. 3, Cost. Infine il Giudice delle leggi

---

giugno 2019, n. 25212; Cass. Sez. I, 26 settembre 2019, n. 39609; l'orientamento è stato rivisto dalla recente giurisprudenza di legittimità, che ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6, lett. b), della L. n. 3/2019, nella parte in cui inserisce gli artt. 314 e 319-*quater*, co. 1, c.p., nei delitti di prima fascia, assolutamente ostativi all'accesso dei benefici penitenziari, mancando quei connotati idonei a sostenere un'accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità dell'autore, paragonabile a contesti di criminalità organizzata; cfr. Cass. Sez. I, 18 luglio 2019, n. 31853. Sempre con riferimento alla L. n. 3/2019, che ha esteso i reati ostativi al fenomeno corruttivo, precludendo così la possibilità di ottenere l'ordine di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (art. 656, co. 5, c.p.p.); cfr. Cass. Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, che nell'affermare la non rilevanza ai fini della decisione, ne evidenzia il contrasto con gli artt. 7 Cedu e 117 Cost., «laddove si traduce [...] nel passaggio – “a sorpresa” e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata ‘senza assaggio di pena’ ad una sanzione con necessaria incarcerazione».

<sup>18</sup> C. cost., sent. n. 282/1989 e n. 532/2002. Si veda pure C. cost., sent. n. 79/2007 dove si afferma l'incostituzionalità dei co. 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. penit. (commi introdotti dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251), nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari indicati possano essere concessi sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della L. n. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

in una recentissima sentenza di accoglimento interpretativo<sup>19</sup>, collegandosi direttamente all'art. 25, co 2, Cost., ha dichiarato l'incostituzionalità di una interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in tema di concedibilità delle misure alternative alla detenzione, aderendo a quella impostazione sostanzialistica sviluppata dalla giurisprudenza della Corte Edu, in ordine all'estensione della garanzia dell'art. 7 Cedu<sup>20</sup>, alle modifiche delle norme sull'esecuzione della pena quando determinano «una ridefinizione o modificazione della portata applicativa della 'pena' imposta dal giudice». Si afferma quindi che la novella legislativa n.3/2019 (c.d. legge 'spazzacorrotti'), abbia apportato modifiche idonee ad incidere direttamente sulla natura afflittiva della pena, di fatto tramutata da «alternativa» in «detentiva», con effetti concretamente peggiorativi sul regime della sanzione inflitta; effetti la cui natura non può che essere sostanziale, tale da rendere inapplicabile retroattivamente la norma in questione. La scelta operata, sicuramente rivoluzionaria, nel dichiarare la illegittimità costituzionale di ogni applicazione retroattiva di norme di sfavore che appartengano a situazioni di soggezione del condannato alla pena, ricomprende nella «legalità della pena» necessariamente anche le misure alternative alla detenzione che pertengono comunque ad esigenze di tutela dei diritti il cui riferimento normativo non può che essere l'art. 25, co. 2 Cost., come espressione di garanzia della libertà. Il riferimento questa volta senza passare dagli artt. 27, co. 3, e 3 Cost., è esplicitamente diretto allo spettro applicativo dell'art. 25 Cost., in una prospettiva di verifica empirica sugli effetti prodotti sui diritti di libertà.

Sempre nell'ottica della legalità della pena la cui preminente finalità è quella della rieducazione, si sono espresse anche le Sezioni Unite, attraverso un ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione, superando il dogma della intangibilità del giudicato. Le pronunce, è noto, riguardano il caso Ercolano, in relazione alla possibilità di dare attuazione alla Sentenza Scoppola c. Italia della Corte Edu<sup>21</sup>. Si afferma che i principi enunciati

<sup>19</sup> C. cost., sent. n. 32/2020.

<sup>20</sup> La giurisprudenza europea ha evidenziato più volte il volto convenzionale della pena, secondo il principio di umanizzazione, quindi, nel rispetto della dignità della persona anche condannata. Di conseguenza «quando le misure adottate dopo la pronuncia di una pena definitiva, o durante l'esecuzione di quest'ultima, portano ad una ridefinizione o ad una modifica della portata della 'pena' inflitta, a tali misure si deve applicare il divieto di retroattività delle pene sancito dall'art. 7 § 1, Cedu»: *leading case*, CoEDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

<sup>21</sup> CoEDU, 17 settembre 2019, *Scoppola c. Italia*, dove si dispone l'applicazione di anni 30 di reclusione al posto della pena dell'ergastolo, quale effetto dell'applicazione della disciplina penale più favorevole vigente al tempo della proposizione della richiesta di

dalla Corte Edu, rilevando un contrasto con il diritto interno, vanno applicati anche ai processi diversi da quello relativo alla nota pronuncia; se così non fosse, vi sarebbe una evidente «violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica situazione»<sup>22</sup>. Viene immediatamente dopo esplicitato che «il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto dei diritti fondamentali della persona [...] quale certamente è quello che incide sulle libertà»<sup>23</sup>.

Da quanto esposto, si deduce chiaramente che il piano delle garanzie costituzionali e sovranazionali non può essere mai disatteso; il monito è alla politica, cioè ad un legislatore ultimamente troppo attento ad esigenze elettorali, spesso tradotte in populismo penale, dimentico di essere anch'esso soggetto al principio di legalità e di avere l'obbligo di dare piena attuazione ai diritti individuali di libertà. Diritti che, bisogna rammentarlo al di là di esigenze preventive di politica criminale, appartengono anche a chi si trova in stato di detenzione. Affermazione questa le cui radici vanno ricercate nella giurisprudenza della Corte Edu<sup>24</sup>, e soprattutto nelle istanze del principio di umanità della pena, che pervade l'intero *iter* sanzionatorio e ne impone una rivisitazione globale e non limitata ad una riforma penitenziaria.

### 3. *Le antinomie dell'attuale normativa sanzionatoria*

Le chiare indicazioni suindicate, sembrerebbero affermare che il principio di umanità nella direttiva rieducativa, per realizzarsi effettivamente, debba assistere la pena sin dall'astratta previsione legale, nel momento della inflizione in concreto, fino alla sua espiazione, seppur con intensità diverse. Tale principio deve cioè, coinvolgere il legislatore ed il giudice sia della cognizione che dell'esecuzione in un unico progetto comune che coordini i vari momenti/fasi della punibilità, dando vita ad un vero sistema sanzionatorio così come prescrive la nostra Carta fondamentale. Il criterio teleologico, così ben enunciato all'art. 27, co. 3 Cost., valorizzato

---

giudizio abbreviato.

<sup>22</sup> Cass. SU, 19 aprile 2012, n. 34472.

<sup>23</sup> Cass. SU, 24 ottobre 2013, n. 18821.

<sup>24</sup> Per tutte, si veda CoEDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, definita dagli stessi giudici come 'sentenza pilota' per quanto riguarda il problema strutturale del disfunzionamento del sistema penitenziario italiano e la questione del sovraffollamento carcerario, questione che viola l'art. 3 della Cedu, dando luogo a trattamenti inumani e degradanti.

da quei principi fondamentali di cui agli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2, 27, co. 1, Cost., indica che la reale funzione della pena non potrà mai derogare a quell'impianto personalistico di cui è diretta espressione<sup>25</sup>. Tale funzione è fortemente ancorata ad un'idea di giustizia, quindi di proporzionalità, rispetto ad un fatto di elevato disvalore, tale da giustificare proprio l'impiego della più grave delle sanzioni. È richiesta cioè, una effettiva 'esigenza di pena' da applicare con parsimonia ed equilibrio, mai in contrasto con le garanzie di libertà, o quantomeno, mai aprioristicamente contraria al recupero sociale. In un'ottica moderna la concezione della pena non può ridursi a mera vendetta o ad essere finalizzata a tormentare o ad affliggere, bensì deve «impedire il reo di far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»; il riferimento è alla prevenzione generale ed a quella speciale, temperate però, da alcuni requisiti fondamentali egregiamente focalizzati: legalità, eguaglianza, personalità, proporzionalità, prontezza, quindi efficacia nell'applicazione, seguita da 'dolcezza', da intendersi come contenimento della risposta sanzionatoria, in termini di effettiva giustizia<sup>26</sup>. Il rapporto tra entità della pena e gravità del reato, principio di proporzione, comprensivo di un disvalore oggettivo (danno o pericolo), e soggettivo (colpa o dolo), sublimato in termini di garanzia, attraverso il collegamento con la funzione generalpreventiva, supera l'antica teoria retributiva intesa come mera afflittività satisfattiva, e diviene un freno insuperabile per il legislatore nella comminatoria edittale. È palese che tale concezione della pena, i cui tratti garantistici rispecchiano i nostri principi fondamentali, è opera del grande Pensatore Cesare Beccaria, che in tempi antichi (1764), ha completamente rivoluzionato i rapporti fra Stato ed individuo, apportando un radicale mutamento di prospettiva sul come e perché punire, ispirando così le successive Costituzioni degli Stati liberali, fino a considerare polo di riferimento e fine ultimo di ogni attività statale, la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo. Il Beccaria nel costruire la sua attualissima visione della pena, in termini semplici e chiari si è ispirato a criteri di giustizia e ragionevolezza, nell'ottica di un diritto penale minimo, in attuazione di un'uguaglianza sostanziale che solo la sottoposizione al testo normativo può garantire.

Nonostante un così chiaro messaggio, ben ribadito dalla Carta Costituzionale, il nostro legislatore, nella fase della comminatoria edittale, non ha ritenuto discostarsi dall'idea carcerocentrica già fatta propria dal

<sup>25</sup> In tal senso con chiarezza S. MOCCIA, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Giuffrè, Milano 2018, p. 146.

<sup>26</sup> I riferimenti e l'inciso sono chiaramente ripresi dal noto 'libriccino' di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § XII°.

codice Rocco. E non solo, la privazione della libertà personale, massima pena per l'individuo, continua ad essere l'unica privilegiata risposta al reato, che non sempre rispecchia nel contenuto l'adeguato disvalore. Persiste una penalizzazione sconsiderata nella parte speciale ed in quella, sempre più inflazionata, legislazione complementare, che ha dato vita a vari 'tipi eccezionali' di diritto penale, il cui esito è stato la perdita d'identità dell'intero sistema, innanzitutto sanzionatorio. Si è inteso diffondere, in sfregio al canone della *extrema ratio*, un panpenalismo diffuso, enfatizzato da una illusoria minaccia di pena detentiva esemplare, diretta questa a compensare ciò che manca, cioè la certezza di applicazione, quindi di efficacia. In tal modo, almeno apparentemente, l'effetto è quello di assicurare la collettività, prospettando il carcere come unico strumento per contrastare la continua emergenza criminale<sup>27</sup>. A ciò avrebbe dovuto conseguire, quale tributo minimo per la nostra Carta Costituzionale, una seria ristrutturazione carceraria almeno nei termini di 'capienza regolamentare' che consentisse, a chi versa in stato di costrizione, quella anche se esile, aspettativa di un possibile recupero. La sentenza Torreggiani della Corte Edu, condannando l'Italia per l'inumana situazione carceraria, conferma che nessuna modifica realmente significativa è intervenuta a migliorare gli stabilimenti di detenzione. Insomma, è mancata la tanto attesa riforma globale, diretta da un lato ad un'opera di riordino, connessa alla previsione di una effettiva «riserva di codice»<sup>28</sup>, per meglio agevolare la conoscenza della legge penale

<sup>27</sup> Solo a titolo esemplificativo si cita la L. n. 251/2005, la cui disciplina prevedeva l'obbligatorietà generalizzata della recidiva, attenuata poi dall'intervento salvifico della C. cost., sent. n. 185/2015; la L. n. 103/2017, seppur ispirata ad una riforma penitenziaria lodevole, inasprisce il trattamento sanzionatorio per alcuni delitti contro il patrimonio; la L. n. 3/2019, inasprisce il trattamento sanzionatorio per tutte le fattispecie riconducibili al fenomeno corruttivo inserendo questi delitti tra quelli di prima fascia, ostativi alla concessione dei benefici di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., parificandoli ai delitti di criminalità organizzata; nella medesima ottica la L. n. 36/2019 che oltre a modificare la norma sulla legittima difesa, ha aumentato le pene per alcuni reati contro il patrimonio; la L. n. 43/2019, che, modificando l'art. 416-*ter* c.p., ne ha aumentato le pene, parificandole a quelle del partecipe al reato associativo di stampo mafioso, rimuovendo quel principio di proporzione base fondamentale del sistema penale.

<sup>28</sup> Bisogna dare atto che tutti i progetti di riforma del Codice penale dal 1988 in poi, contenevano un riferimento esplicito seppur con legge ordinaria alla «riserva di codice»; per esemplificare emblematico nel progetto Pagliaro, l'inserimento della riserva di codice, tra i principi di codificazione (art. 2, co. 3), così da imprimerle un valore precettivo che non può essere disatteso; definizione poi ripresa e completata nei progetti Grosso (art. 3, co. 1), e Pisapia (art. 5) dove si stabiliva che «le nuove disposizioni penali siano inserite nel codice penale ovvero nelle leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso

già nel momento della sua comminatoria, assicurando maggiormente la funzione rieducativa; e dall'altro, allo sfoltimento mirato ad una ordinata depenalizzazione<sup>29</sup>, a cui avrebbe dovuto fare seguito una serie di mutamenti

contenuti». Com'è noto, il legislatore con l'art. 1, D.Lgs. n. 21/2018, ha inserito nel codice penale l'art. 3-bis, «Principio della riserva di codice», dando seguito alla delega del co. 85, lett. q), art. 1, L. n. 103/2017 (riforma Orlando), che appunto disponeva «l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio di riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena [...]». L'ambizioso progetto purtroppo si è rivelato carente sul piano dell'attuazione risolvendosi in un meccanico trasferimento piuttosto disordinato, all'interno del codice penale di poche figure di reato che sicuramente non raggiungono l'auspicato riordino. Sul punto non può non apprezzarsi la costruttiva interpretazione del Professore Fiorella data all'art. 3-bis c.p. per il quale costituisce «una riaffermazione e un potenziamento della centralità del codice nel definire la disciplina penalistica, confermando il suo ruolo di polo di «riferimento e coordinamento dell'intero sistema»», e, aggiunge, «con consequenziale rilevanza costituzionale, sia pur mediata, con effetti non insignificanti in rapporto alla verifica del rispetto dei principi costituzionali di rieducatività e personalità della pena»: FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., p. 99; nello stesso senso M. DONINI, *La riserva di codice (art.3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in <http://www.lalegislazionepenale.eu>, 2018, p. 12.

<sup>29</sup> Anche il tema della depenalizzazione un tempo in auge sembra aver perso interesse; se ne parla dal 1967, con la legge n. 317 che trasformò in illeciti amministrativi, i regolamenti dei comuni e delle province e alcuni articoli del codice della strada del 1959; successivamente con la L. n. 706 del 1975, la depenalizzazione fu estesa quasi a tutte le contravvenzioni sanzionate con la sola pena dell'ammenda; com'è noto la normativa per eccellenza in materia di depenalizzazione è data dalla L. n. 689 del 1981, che disciplina in modo organico la materia ispirandosi al libro I del codice penale, estendendo la depenalizzazione a tutti i delitti puniti con la sola pena della multa; i successivi interventi in materia (a titolo esemplificativo si vedano D.Lgs. n. 758/1994 e D.Lgs. n. 507/1999, nonché la L. n. 85/2006 in materia di reati di opinione), hanno conseguito risultati deflattivi modesti, anche ad opera di una parallela e continua produzione legislativa complementare che ha aggravato l'ipertrofia del diritto penale. Merita invece di essere nuovamente citato, per centralità e completezza d'indagine, il progetto presentato dalla Commissione diretta dal Professore Fiorella, nominata dal Ministro della giustizia Professoressa P. Severino, per la revisione del sistema penale del 23 aprile 2013; con esso si sono gettate le basi di alcuni dei vari provvedimenti con finalità deflattiva; l'orientamento è nel senso di una significativa depenalizzazione sia in astratto che in concreto, escludendo dalla materia penale figure «desuete e non più conformi a principi di laicità e pluralismo del nostro ordinamento costituzionale»; si prevedeva anche una estensione della punibilità a querela, l'esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto (introdotta poi dall'art. 131-bis c.p. con D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28), e l'estensione dell'oblazione ai delitti, nonché l'estinzione del reato a seguito del compimento di condotte riparatorie. La nuova L. n. 67 del 2014, muovendosi sulla via tracciata dal progetto ministeriale Fiorella, ha mostrato di dare inizio ad una effettiva politica di decarcerizzazione, introducendo nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, e delegando il governo in

normativi ed organizzativi che ne avrebbero assicurato efficacia anche in termini di deflazione carceraria. Mutamenti da un lato diretti a ridurre i livelli massimi edittali, armonizzandoli con le regole sanzionatorie dettate nella parte generale, al fine di moderare nell'esecuzione la disapplicazione sistemica della pena inflitta; dall'altro, ad elargire politiche di reale e concreto impegno sociale ed economico, rafforzando la rete di controlli preventivi, diretti quantomeno a diminuire la 'criminalità di strada', produttiva di quella insicurezza collettiva che vede nel diritto penale, ormai ridotto a solo carcere, l'unica soluzione a tutti i problemi criminali. Programma questo, che avrebbe potuto trovare un inizio di attuazione con la previsione di una disciplina di sistemi sanzionatori alternativi flessibili già nel giudizio, diretti a marginalizzare la pena detentiva, e ove quest'ultima fosse strettamente necessaria, attribuirle quella dignità minima, irrinunciabile per qualsiasi essere umano.

La risposta politica invece, si è espressa attraverso il solito contraddittorio pluralismo normativo, diretto ad ampliare a dismisura le cornici edittali con previsioni massime rigorosissime, che nel concreto poi, non trovano applicazione, potendo il giudice svolgere un ruolo quasi legislativo (supplenza giudiziaria), usufruendo di ampi spazi di discrezionalità conseguenti alla disciplina della commisurazione della pena, delle circostanze e del concorso di reati<sup>30</sup>. Anche l'introduzione delle sanzioni sostitutive, ad opera della L. n. 689/1981, non ha sortito rilevanti effetti sotto il profilo applicativo e funzionale del tutto irrisorio, privilegiandosi, soprattutto in sede di riti alternativi, l'istituto della sospensione condizionale che consente la chiusura anticipata del procedimento con rinuncia alla esecuzione della pena<sup>31</sup>. Quindi, sempre in modo frammentario, producendo inevitabilmente intasamenti tra istituti analoghi, si è ridotto il carico sanzionatorio e giudiziario, con provvedimenti inseriti nella parte generale, alcuni dei quali

---

materia di pene detentive non carcerarie (in particolare la reclusione e l'arresto domiciliare) e di riforma del sistema sanzionatorio; si introduce poi con i D.Lgs. 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8 una inedita sanzione pecuniaria civile, trasformando in illeciti amministrativi quasi tutti i reati puniti con sanzioni pecuniarie ed anche alcuni reati previsti dal codice penale e dalla legislazione speciale, punibili con pene detentive. Sempre in sintonia con il progetto ministeriale Fiorella, la L. n. 103 del 2017, ha previsto l'effetto estintivo delle condotte riparatorie con l'introduzione appunto del nuovo art. 162-ter c.p., delegando poi il governo per una estensione della procedibilità a querela per alcuni reati contro la persona e il patrimonio.

<sup>30</sup> Sul punto *ex multis*, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena detentiva*, CEDAM, Padova 1979, p. 383.

<sup>31</sup> Cfr. DOLCINI, PALIERO, voce *Sanzioni sostitutive*, in «ED», XLI, Giuffrè, Milano 1989, p. 523.

probabilmente apprezzabili, in quanto ben inquadrati in quella 'missione risocializzante' attribuita dalla Carta Costituzionale alla materia penale.

Si pensi all'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., oppure alla introduzione delle condotte riparatorie ex art.162-*ter* c.p., nonché all'istituto della messa alla prova mediante sospensione del procedimento di cui agli artt.168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p. (c.d. *probation* giudiziale per l'adulto), il cui esito positivo, dà luogo all'estinzione del reato. Tale ultimo istituto anch'esso emanato nell'ottica deflattiva, presenta elementi di sicura novità e completezza, collegando gli effetti della messa alla prova (estinzione del reato), ad una rivalutazione del sistema sanzionatorio, nell'ottica di una effettiva reintegrazione già nel corso del processo (artt. 464-*bis*, 464-*ter* c.p.p.), evitando il più possibile il sacrificio per la libertà personale. Il richiamo è alla giustizia riparativa, alternativa alla pura repressione, che privilegiando la ricomposizione del conflitto, conferisce alla pena detentiva un ruolo marginale, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova, attuando nel concreto, il principio di *ultima ratio*. L'autore del reato in questo caso, finalmente assume un ruolo nuovo, dinamico, diventa effettivo partecipe nell'opera di mediazione, orientandola attraverso l'effettivo adempimento dell'obbligo risarcitorio, alla conciliazione con la vittima del reato che diviene la protagonista assoluta del periodo di messa alla prova. È mancata però, anche in questo caso, l'auspicata opera di razionalizzazione con quanto previsto da istituti con caratteristiche comuni, lasciando all'imputato la non sempre chiara scelta tra strategie processuali a volte sovrapponibili. Sul piano riformistico era necessaria un'operazione non più settoriale, orientata all'idea riparativa, che avrebbe dovuto attribuire effettiva centralità alla materia, sottolineandone la preminenza nella sperimentazione, così da incentivare l'interesse dello stesso imputato e stimolarlo ad intraprendere un percorso virtuoso, realmente sostitutivo della tradizionale giustizia punitiva. Si pensi alla situazione dell'imputato che, consentendogli le condizioni, alla luce della sistematica tendenza in giudizio di irrogare in concreto pene contenute su livelli minimi, immaginasse di potersi avvalere della sospensione condizionale della pena, difficilmente sceglierà di sottoporsi al programma di trattamento di cui all'art. 464-*bis* c.p.p. sicuramente più oneroso; l'istituto poi del lavoro di pubblica utilità, indefettibile fiore all'occhiello del programma di trattamento ex art. 464-*bis*, co. 4, lett. b), c.p.p., è previsto in vari istituti tra cui per esempio all'art. 165 c.p. quale obbligo correlato alla sospensione condizionale della pena; il discorso vale anche rispetto ad altri esiti del processo, anch'essi imperniati sull'imposizione di obblighi lavorativi meno gravosi rispetto a quelli imposti



dalla messa alla prova (per es. la sentenza del giudice di pace applicativa del lavoro di pubblica utilità). Bene sarebbe stato, visti l'espansione ed i contenuti davvero rieducativi dell'istituto del lavoro non retribuito a favore della collettività, attribuirgli un ruolo primario, unitario e graduabile a seconda della gravità del reato, inserendolo nel catalogo delle pene principali (non solo del giudice di pace), come effettiva modalità alternativa alla pena carceraria. Il «delitto riparato»<sup>32</sup>, in un'ottica compensatoria e seppur limitandolo ai reati minori, per i quali ci sembra possa realmente trovare un suo senso, merita un sicuro approfondimento sistematico; costituisce un importante segnale nella direzione della rieducazione, che guarda a quei comportamenti del reo susseguenti ed in contrasto con la precedente condotta criminosa, rilanciando così la possibilità di un agire responsabile per il futuro.

A contribuire alle aporie del sistema, è necessario citare l'introduzione di quei meccanismi premiali processuali con fini esclusivamente deflattivi, il cui ambito di operatività si è dilatato enormemente, producendo arbitrarie 'manovre' sulla pena, svuotandola della fondamentale funzione di prevenzione generale; ciò evidenzia profili di reale ineffettività che inevitabilmente, violando i principi di uguaglianza e giustizia, contribuiscono a quella 'disintegrazione'<sup>33</sup> dell'attuale sistema sanzionatorio.

La situazione non migliora in sede esecutiva dove, nonostante i buoni propositi che ne hanno ispirato la riforma, è mancata anche qui, quella rigorosa impostazione sistematica diretta a conciliare attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, gli obiettivi di politica criminale nelle varie fasi processuali. Si assiste quindi, all'opera autonoma del giudice della sorveglianza, che vanifica/disfa quanto deciso dal giudice della cognizione, quasi le due posizioni perseguissero obiettivi diversi e discordanti e non fossero destinate a convergere verso l'unico scopo ispirato alla riduzione dell'area di intervento del diritto penale, nel rispetto della tutela sia della vittima ma anche dell'indagato/condannato, riconducendo il carcere nel solco di misura di *extrema ratio*.

<sup>32</sup> Ritiene potersi parlare di delitto riparato come figura autonoma, con autonoma pena edittale in grado di rivedere la teoria del reato e della pena puntando preliminarmente alla riparazione: DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozi e G.A. Lodigiani, Il MULINO, Bologna 2015, p. 138.

<sup>33</sup> Il termine 'disintegrazione', icasticamente coniato con riferimento all'attuale situazione sanzionatoria appartiene al Professore T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «RIDPP», 1992, p. 419.

Inizialmente la riforma dell'ordinamento penitenziario<sup>34</sup>, costituiva l'unico terreno per attuare nel concreto il principio rieducativo a fronte dell'immobilismo della pena principale detentiva.

L'introduzione delle misure alternative alla detenzione, la cui precipua finalità special-preventiva, doveva consistere nel recupero del detenuto attraverso la sperimentazione di nuovi percorsi extramurari, rappresentò un'effettiva trasformazione nel concepire la punizione, rese cioè flessibile, dinamica la sanzione, oltre il giudicato. Tale encomiabile obiettivo riformatore che vedeva nella fase esecutiva della pena la sede naturale per il trattamento individualizzato del colpevole ha subito una serie di arresti ed incongruenze che ne hanno vanificato la concreta realizzazione. Infatti, in quello stesso periodo, il paese funestato dalla grave emergenza terroristica riscoprì esigenze di difesa sociale che il legislatore tradusse nella legge Reale n. 152/1975, producendo un forte inasprimento della legislazione penale a scapito delle garanzie. Negli anni 90 poi, la recrudescenza del fenomeno mafioso, portò il legislatore ad esasperare il trattamento penitenziario attraverso una copiosa produzione legislativa che ha visto nell'esecuzione della pena lo strumento di lotta contro la criminalità organizzata. Si è assistito, da un lato all'irrigidimento dei percorsi penitenziari attraverso preclusioni automatiche collegate al tipo di reato, dall'altro a generosi sconti di pena con facile accesso ai benefici penitenziari per chi invece avesse collaborato con la giustizia (art.4-*bis*, ord. penit.)<sup>35</sup>. Insomma si è adottato un regime penitenziario differenziato: generale, quasi indulgenziale per la delinquenza comune, orientato alla minima desocializzazione teso a trasformare la pena detentiva nel corso dell'esecuzione se non addirittura prima che questa inizi, in altra pena alternativa; speciale, per un certo tipo di criminalità organizzata, caratterizzato da forte rigidità, orientato ad un'esecuzione della

<sup>34</sup> L'apertura nella direzione della rieducazione, viene avviata dalla legge di riforma n. 354/1975, modificata poi dalla L. n. 663/1986 ed a sua volta rivisitata dalle leggi n. 165/1998 e n. 231/1999. Con queste ultime normative il legislatore ha operato una notevole apertura per la concessione delle misure alternative alla detenzione, anche nei confronti di reati connotati da seria gravità.

<sup>35</sup> Sul punto tra gli interventi più significativi si veda la L. n. 663/1986, c.d. legge Gozzini, che ha da un lato ampliato la possibilità di adire alle misure alternative alla detenzione ed ai permessi premio e, dall'altro, ha introdotto nell'ordinamento l'ergastolo ostativo *ex* 41-*bis* ord. penit. Il D.Lgs. n. 8/1991 (convertito in L. n.82/1991), introduce nel nostro ordinamento un sistema premiale per i collaboratori di giustizia per i delitti di stampo mafioso; il D.Lgs. n. 152/1991 (convertito in L. n. 203/1991), detta norme sul regime delle pene e sul trattamento penitenziario nonché disposizioni per l'imputato che si dissocia; il D.Lgs. n. 306/1992 (convertito in L. n. 356/1992) inasprisce il regime carcerario e modifica la disciplina sulla protezione dei collaboratori di giustizia.

pena in forma chiusa tendente alla neutralizzazione del reo, salvo che non operi una scelta collaborativa, utile ai fini delle indagini, scissa però, da qualsiasi autentica partecipazione ad un processo di rieducazione indicativo di un reale cambiamento<sup>36</sup>. Ciò che si evidenzia è la trasformazione delle misure alternative, formalmente subalterne alla pena detentiva, in misure sostanzialmente autonome, separate cioè, da quella che era la funzione originaria di evitare il carcere al destinatario di una pena detentiva medio-bassa, e realizzarne un utile reinserimento sociale. Si pensi all'art. 656, co. 5, c.p.p. che prevede la sospensione senza assaggio di pena, con conseguente applicazione dell'affidamento in prova, allorché la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a tre anni, quattro nei casi previsti dall'art. 47-ter, ord. penit.; pena quest'ultima, che risulta difficile considerare 'breve' e tantomeno 'tenue', anche alla luce degli ulteriori sconti di pena previsti per la scelta di riti speciali. Insomma, pare che, indipendentemente dai contenuti gravi o non delle pene di riferimento, l'orientamento sia stato nel senso di evitare la risposta carceraria *tout court*, in un'ottica che guarda esclusivamente alla riduzione di quella risposta, svilendo così ulteriormente la funzione risocializzante così limpidamente imposta dalla Costituzione.

Si potrebbe anche condividere l'impostazione che rifugge la pena detentiva, se a sostituirla vi fossero state misure afflittive in grado di soddisfare quelle irrinunciabili istanze di prevenzione generale e speciale, entrambe presupposti necessari per l'attuazione del reinserimento sociale del condannato. La situazione attuale però, evidenzia profili di ambiguità tali, da svuotare di contenuto il trattamento sanzionatorio anche nella fase esecutiva, ridotto ormai a finalità esclusivamente deflattive, prive quindi di quella capacità diretta a costruire percorsi rieducativi individualizzati efficaci<sup>37</sup>. Si aggiunga poi quanto già evidenziato, e cioè l'assenza di qualsivoglia 'comunicazione' tra le diverse fasi del processo: di cognizione, che applica la pena detentiva in carcere, e di esecuzione/sorveglianza che, in seguito al giudicato, adotta le misure alternative, seguendo una direzione non coincidente con la prima, neanche sotto il profilo di logiche di politica criminale. Si ottiene così, un'incoerente duplicazione

<sup>36</sup> Sottolinea con grande chiarezza «il rischio di soggettivazione [...] accentuato dalla visione premiale connessa al c.d. fenomeno del pentitismo» dove è evidente che «conta meno, molto meno il fatto commesso e la sua gravità di quel che soggettivamente il reo concede in termini di un (supposto) ravvedimento e di una [...] collaborazione processuale», FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano 1996, p. 270.

<sup>37</sup> In tal senso, M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in «RIDPP», 2013, p. 1150.

processuale<sup>38</sup> produttiva di quel tanto lamentato senso di ineffettività della pena, generatrice di forti insicurezze nella collettività. La pena detentiva irrogata, viene neutralizzata nella fase dell'esecuzione attraverso l'automatica sostituzione con le misure alternative. Nondimeno, il giudice della cognizione e quello della sorveglianza sono tenuti, nell'esercizio del potere discrezionale attraverso l'obbligo della motivazione, al rispetto di vincoli normativi coerenti con quelli che sono i criteri finalistici indicati nell'art. 27, co. 3, Cost.<sup>39</sup>. La stretta relazione che deve unire i diversi momenti che perfezionano il complesso *iter* di composizione della pena sta a significare nella fase giudiziale, che il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost.), non consente alla pena di eccedere la misura della colpevolezza (meritevolezza); ben potendo invece risultare ad essa inferiore per quelle ragioni di prevenzione speciale che dovrebbero costituire il presupposto di ogni punizione. Ragioni che poi troveranno adeguato sviluppo e centralità nella fase esecutiva, costituendo questa il punto nodale e finale, per raggiungere in concreto il recupero del soggetto. Solo un disegno comune/unitario, che accompagni la formazione della pena in tutte le varie fasi dinamiche, a partire da quella edittale che delimita la potestà punitiva attraverso il principio di proporzione, potrà garantire la tenuta del sistema, lasciando intravedere e prevedere alternative flessibili, ragionevoli ed idonee a realizzare una effettiva prevenzione speciale nel rispetto sempre dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.). Proprio l'assenza di coerenza interna al sistema sanzionatorio, ha vanificato l'autentico significato di quell'accertamento in capo al giudice di sorveglianza, volto a modificare, rivedere se del caso, la durata o la modalità della pena inflitta, umanizzandola/plasmandola a seconda dei progressi raggiunti dal singolo detenuto. Di qui la trasfigurazione dell'autentico significato del percorso rieducativo, trasformato ormai in strumento meccanico di deflazione giudiziaria, utile per contrastare gli incrementi sanzionatori assolutamente slegati da qualsiasi collegamento con i principi costituzionali. La *ratio* del succitato art. 656, co. 5 c.p.p., sospendendo automaticamente l'esecuzione della pena per adire direttamente alle misure alternative dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare,

<sup>38</sup> Cfr. sul punto V.N. D'ASCOLA, *Ineffettività e incompletezza di un sistema sanzionatorio superato*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*. In memoria di Giuliano Vassalli, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, Sapienza Università Editrice, Roma 2018, p. 391.

<sup>39</sup> Così G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Conferenze-Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari (10 maggio-27 giugno 1957)*, t. II, Giuffrè, Milano 1958, p. 741.

prescinde proprio dalla necessaria verifica/valutazione, circa la sussistenza di quei presupposti legittimanti, individualizzati sulla personalità del reo<sup>40</sup>. Lo stesso irragionevole meccanismo, diretto questa volta, in senso diametralmente opposto, a potenziare l'inasprimento esecutivo, viene disposto dalla L. n. 3/2019, all'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p., che vieta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva *ex art. 656, co. 5, c.p.p.*, per i reati previsti all'art.4-*bis*, co. 1, lett. e), ord. penit. Norma quest'ultima il cui carattere inizialmente eccezionale, trovava giustificazione nelle peculiari caratteristiche di un certo tipo di criminalità, vede ora l'ampliamento del regime ostativo per una serie di delitti che, slegati dalla *ratio* legittimante la presunzione di pericolosità, fanno nascere seri dubbi di costituzionalità; e non solo in relazione alla finalità rieducativa, ma anche sotto il profilo dell'irragionevolezza, mancando un fondato supporto empirico che qualifichi come adeguata tale scelta di politica criminale.

Il sistema dell'esecuzione, che l'impronta personalistica della Costituzione indirizza all'integrazione sociale ma che l'assenza di una prospettiva razionale di sistema, ha ridotto a strumento di mera deflazione giudiziaria, ovvero a mezzo di lotta sempre più esteso in ragione di situazioni settoriali e contraddittorie, sembrerebbe aver fallito il suo scopo. È noto che la questione penitenziaria, come futura riforma, è stata fatta oggetto di particolare attenzione nell'art. 1, co. 85, legge delega n. 103/2017, con particolare riferimento alla riduzione delle automatiche preclusioni penitenziarie, alla valorizzazione della discrezionalità del giudice di sorveglianza nel modulare pene flessibili ed al potenziamento di misure extramurarie. La perdurante crisi politica che affligge il nostro paese non ha consentito al legislatore delegato di dare attuazione alla tanto auspicata riforma e, nonostante l'orientamento Costituzionale fornito dalle autorevoli pronunce della Consulta e della Corte Edu, si è effettuata una inversione di tendenza con l'obiettivo di rafforzare le pene detentive, riproponendo un sistema sanzionatorio carcerocentrico, dove la stessa finalità rieducativa si risolve all'interno del carcere. Ancora una volta è mancata una reale strategia riformatrice, capace di traghettare la politica criminale nei momenti di forte criticità. La 'perenne' emergenza criminale però, comunque la si voglia intendere, non può eliminare coerenza e razionalità al sistema penale, perché ciò costituirebbe rinunciare definitivamente al sistema.

---

<sup>40</sup> Sul punto cfr. il D.L. n. 78/2013 (c.d. 'svuota carcere'), che in linea con la legge c.d. Simeone n. 165/1998, consente l'accessibilità immediata alle pene alternative. Per completezza di indagine deve essere citata la L. n.9/2012, recante «*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*», introduttiva nell'ambito dell'esecuzione dell'istituto della detenzione domiciliare.

#### 4. *La necessità di guardare oltre la pena detentiva*

L'apparato sanzionatorio così descritto appare molto fragile e inconsistente, soprattutto non esercita alcuna efficacia, né generalpreventiva, né tantomeno specialpreventiva. Da un lato minaccia pene detentive draconiane spesso slegate dal disvalore attribuito al reato, a cui seguirà (cronaca di una morte annunciata), l'applicazione di pene diverse/miti, il più delle volte sospese, spesso per scopi deflattivi collegati a scelte processuali, piuttosto che a ragioni sostanziali; dall'altro, si assiste ad una esecuzione che rivede automaticamente la condanna, a volte senza neanche iniziarla, e utilizza misure sospensive, 'pene alternative', prive di reale contenuto. E non basta, occorre ricordare la profonda incoerenza che ha contraddistinto la legislazione emergenziale in materia di contrasto al fenomeno della criminalità mafiosa dal 1991 in poi. Legislazione questa che nel tempo estendendosi ad una serie variegata ed eterogenea di reati, ha neutralizzato i motivi ispiratori della riforma penitenziaria, diretti al promovimento ed alla partecipazione attiva del condannato verso l'integrazione sociale, il cui esito positivo si sarebbe riflesso sulla durata/esecuzione della pena. L'inasprimento del circuito trattamentale è stato ulteriormente aggravato attraverso l'introduzione di fattispecie ostatiche non sempre riconducibili alla criminalità mafiosa<sup>41</sup>, producendosi un'assimilazione tra fatti ontologicamente diversi e non sempre compatibili con la salvifica collaborazione e col principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*<sup>42</sup>. Insomma, è stato creato un vero e proprio sottosistema che, ispirandosi a tipi d'autore variabili a seconda dell'allarme sociale del momento, deroga a quelle che sono le fondamentali garanzie costituzionali, senza assicurare effettività alla pena.

A fronte di un disordine normativo così evidente e sedimentato, si continua a ricorrere ad interventi legislativi di carattere contingente,

<sup>41</sup> La rubrica ed il co. 1 dell'art. 4-*bis*, ord. penit., sono stati dapprima sostituiti dall'art. 15, co. 1, del D.L. n. 306/1992, in tema di criminalità mafiosa, convertito con modificazioni nella L. n. 356/1992, la cui genesi ha attratto al suo interno variegata ipotesi criminose tra cui anche alcune fattispecie commesse a danno dei minori (D.L. n. 11/2009 convertito in L. n. 172/2012); sul punto si rimanda a F. DELLA CASA, G. GIOTTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, Padova 2019, p. 49.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. C. cost., sent. n. 253/2019, laddove si afferma che l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, trasformandosi la libertà di non collaborare, garantita nel processo, in un gravoso onere di collaborazione; richiamando poi l'ordinanza n. 117/2019, ribadisce che il diritto a mantenere il silenzio da parte degli imputati o condannati costituisce un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost.».

dettati dall'emotività del momento che vanno comunque ad innestarsi su di un sistema penale vecchio, fondato sul monopolio assoluto della pena detentiva, riscoperta/vivificata anche nell'esecuzione, e manipolata al punto da non riuscire più ad esprimere alcuna efficacia di tipo preventivo in termini di ragionevolezza/omogeneità di sistema.

Una effettiva riforma della sanzione, orientata all'attuazione del dettato costituzionale, avrebbe consentito la comunicazione tra la minaccia di pena cristallizzata nel principio di proporzione, e la sua inflizione non troppo distante da quella, ma adeguata al caso concreto, fino alla sua esecuzione, ottimizzata tramite il trattamento alternativo generato dall'osservazione del detenuto.

Di tale necessario coordinamento tra fasi dirette ad unirsi in un unico risultato: la sanzione polifunzionale, non vi è traccia nemmeno a livello di 'idoneo tentativo', requisito questo, minimo per poter realmente dichiarare il fallimento dell'idea rieducativa, e restaurare un sistema tutto fondato sulla pena detentiva intramuraria<sup>43</sup>.

Eppure, come chiaramente ricordato dal Professore Fiorella, sul punto è possibile beneficiare di 'un ampio patrimonio di risultati' frutto dell'impegno prodigato da studiosi ed operatori del diritto nei diversi progetti di riforma del codice penale, presentati dalle varie Commissioni ministeriali, avvicendate dal 1988 in poi<sup>44</sup>.

Bisogna riconoscere che tutti i progetti si attestano su una linea di equilibrio, segnata dalla previsione di pene meno afflittive, caratterizzate comunque da effettività. Il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena, ha guidato i lavori di tutte le commissioni, promuovendo una tendenza alla parcellizzazione, caratterizzata da notevole flessibilità del modello sanzionatorio, dove la reclusione diventa veramente *extrema ratio*, nel senso che deve essere utilizzata soltanto quando appare assolutamente necessaria in relazione alla gravità del reato ed alla pericolosità del delinquente.

---

<sup>43</sup> Sul punto si rinvia alle pregevoli considerazioni di MOCCIA, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, cit., p. 146.

<sup>44</sup> Si rammenta la proficua partecipazione del Professore Fiorella alla Commissione per la riforma del codice penale, presieduta dal Prof. A. Pagliaro unica a consegnare i lavori completi della parte generale e della parte speciale nel 1991; nonché alla commissione presieduta dalla Dott. C. Nordio che ha predisposto un progetto comprensivo della parte generale nel 2005 e speciale nel 2006. Con specifico richiamo al Progetto Pagliaro ed alla necessità di un effettivo rinnovamento della codificazione penale da intendersi come maggiore aderenza ai principi generali imposti dalla Costituzione, si richiama l'interessante lavoro del Professore FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, cit., p. 265.

Non vi è dubbio che è necessaria una riforma organica dell'apparato sanzionatorio che inizi dalla gamma delle pene principali e si sganci da quella visione carcerocentrica ancora dominante ed in contraddizione con l'idea personalistica/solidaristica espressa dai nostri Padri costituenti. Una gamma diversificata di pene principali consente di tenere conto sin dall'inizio di esigenze preventive differenti collegate al tipo di illecito ed alle peculiarità dell'autore, creando un formidabile raccordo con quella che sarà la fase esecutiva. Ancora, renderebbe veramente efficace e non solo simbolica la punizione per certe tipologie di reati (si pensi a reati economici-finanziari, colposi ovvero ambientali); e, in certi casi, valorizzerebbe l'esigenza di annullare i vantaggi derivanti da illeciti commessi per finalità di lucro (è il caso del delitto riparato). Sotto il profilo specialpreventivo poi, l'introduzione di pene non detentive è l'unica modalità attuativa sostanziale del dettato costituzionale, che vuole come ulteriore elemento della pena, un'afflittività orientata all'integrazione sociale del condannato e mai alla sua neutralizzazione<sup>45</sup>. Non c'è dubbio che l'anticipazione della flessibilità della risposta sanzionatoria già attraverso la previsione edittale, bilancia il rapporto tra prevenzione generale e istanze di prevenzione speciale, indicando una specificità delle conseguenze afflittive, nel rispetto del principio di proporzione adeguando la pena alle caratteristiche del caso concreto in conformità alla colpevolezza dell'agente. Di qui la necessità di prevedere un'ampia gamma di tipologie sanzionatorie, senza rinnegare la pena detentiva, bensì circoscrivendone la portata esclusivamente al 'mondo' dei delitti, per i quali sarebbe utile e probabilmente ragionevole mantenere la pena carceraria, rivedendo le cornici edittali, secondo criteri orientati esclusivamente alla necessaria proporzione tra delitto e pena, e non come accade nella prassi normativa, ad obiettivi diversi di natura processuale. Obiettivi anche questi di sicura rilevanza, che proprio l'introduzione di pene diverse da quella detentiva potrebbe aiutare a raggiungere; per esempio attraverso una differenziazione dei riti che senza tradire lo scopo fondamentale di carattere sostanziale che la pena deve mantenere in ogni sua espressione, porterebbe un effetto di maggiore efficienza/velocità nell'ambito

<sup>45</sup> Si legge nella relazione al progetto di codice elaborato dalla Commissione Pisapia, al punto XXIII, che «l'orientamento all'integrazione e alla responsabilizzazione non deriva da esigenze umanitarie, ma è un vero e proprio elemento strategico finalizzato alla prevenzione. Nulla come l'avvenuto 'recupero' del condannato rafforza l'autorevolezza dei precetti penali e, dunque, la stessa prevenzione generale». Sostiene con forte convinzione in ordine allo scopo perseguito dalla pena il superamento del criterio della proporzionalità orientata in senso generalpreventivo, nella logica del *malum pro malo*, DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in «RIDPP», 2013, p. 1162.



processuale. Insomma parrebbe ormai indilazionabile la necessità di prevedere «vere sanzioni non detentive in grado di sottrarre clienti al carcere, senza compromettere le irrinunciabili esigenze di prevenzione generale»<sup>46</sup>. Un intervento, volto a recuperare strumenti innovativi mediante la previsione di nuove specie di pene principali non carcerarie, è obiettivo possibile ma soprattutto per il legislatore dovere ineludibile. Se vi fosse la reale volontà di rivedere il sistema, sarebbe bastato attingere ai succitati Progetti di riforma di Codice e allo Schema presentato dalla Commissione presieduta dal Prof. Palazzo, per la redazione di principi e criteri in materia di riforma del sistema sanzionatorio (2013); nonché si sarebbe data attuazione alla L. n. 67/2014, nella parte in cui delegava il governo ad introdurre pene principali domiciliari, il cui comune denominatore era la ricerca e l'arricchimento delle tipologie sanzionatorie principali<sup>47</sup>. Sempre nel rispetto di una sanzione di contenuto afflittivo, proporzionata al reato commesso, determinata da minimi e massimi per garantirne la individualizzazione e quindi la giusta commisurazione, si è a lungo parlato: 1) di pene interdittive che, oltre al contenimento dell'ingestibile sovraffollamento carcerario, certamente consentono un intervento mirato su presupposti relativi ad un certo tipo di reato, senza quell'effetto desocializzante tipico della pena detentiva; 2) prescrittive, strumenti questi fondamentali che, senza togliere contenuto afflittivo alla pena, si orientano o sulla riduzione della libertà di locomozione 'libertà limitata', del condannato in relazione alle peculiari caratteristiche del caso, ovvero favorendo per alcune tipologie di illecito, condotte conciliative/riparative, indicative di un ruolo propulsivo verso un percorso virtuoso di concreto reinserimento; 3) pecuniarie/ablativo, al cui interno dovrebbe inserirsi la disciplina della confisca anche in considerazione della natura poliedrica che la figura ha acquisito nel tempo assumendo, soprattutto quella per equivalente, la consistenza di vera e propria pena, dispensando una funzione ripristinatoria della situazione economica della vittima<sup>48</sup>. Tutte le varie Commissioni di riforma, seppur con intensità

<sup>46</sup> Così DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in «RIDPP», 2001, p. 848.

<sup>47</sup> Nella stessa direttiva dei Progetti di riforma del codice penale, si pone lo *Schema per la redazione dei principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013)*, ad opera della Commissione istituita con decreto del Ministro della giustizia del 10 giugno 2013 presieduta dal Professore F. Palazzo [<http://www.giustizia.it>]. L'introduzione della detenzione domiciliare, prevista pertanto dallo Schema del Professore Palazzo, avrebbe sicuramente rappresentato un forte segnale di rottura rispetto alle tradizionali pene principali, cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della l. 67/2014)*, in «RIDPP», 2016, p. 733.

<sup>48</sup> Sul punto cfr. Cass. SU, 31 gennaio 2013, n. 183; ha precisato la C. cost. con ord. n.

diverse, hanno sviluppato i lavori seguendo la direzione di una revisione organica del sistema sanzionatorio. La Commissione del Professore Palazzo, ben consapevole dei limiti di mandato ricevuti, preclusivi di interventi sulla parte generale e speciale del codice penale, e delle difficoltà tecniche di innesto delle innovazioni proposte sul vecchio tessuto codicistico e di legislazione complementare, si è premurata di prevedere, attraverso l'entrata in vigore dei decreti delegati di attuazione dello Schema, la previsione di norme di equiparazione e di sostituzione di pene nonché di coordinamento capaci di sostituire le pene carcerarie originariamente previste, con le specie sanzionatorie di nuova istituzione (art.23), facilitando così il complesso cambiamento. Pertanto un'ampia diversificazione di pene principali a rigor di logica, dovrà comportare il superamento della distinzione tra queste e le pene accessorie, ovvero il loro coordinamento che produrrà un decremento di queste ultime, da contenere in un'ottica che privilegia la prevenzione speciale; ma anche questo aspetto è stato oggetto di approfondimento nelle varie Commissioni di studio<sup>49</sup>. Il recente intervento della Corte Costituzionale si muove in tal senso, auspicando una riforma del sistema delle pene accessorie da uniformare nella disciplina alle pene principali, al fine di renderle pienamente compatibili con i principi della Costituzione. Si afferma: «la durata fissa delle pene accessorie dei delitti di bancarotta non è compatibile con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio», né tantomeno può apparire convincente «una soluzione che ancori meccanicamente la pena accessoria a quella detentiva, privandola di ogni sua – peraltro costituzionalmente legittima – autonoma finalità»<sup>50</sup>. Procedendo su questa

97 /2009 che «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un 'rapporto di pertinenzialità' [...] tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca natura sanzionatoria che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 del codice penale»; mal si spiega la ricollocazione ad opera del D.Lgs. n. 21/2018 (riforma Orlando sulla riserva di codice), all'interno del codice penale tra le misure di sicurezza all'art. 240-*bis* c.p. «confisca in casi particolari», della confisca per equivalente e di valore.

<sup>49</sup> Conservano accanto alle pene principali anche quelle accessorie, funzionali a risultati sia di prevenzione speciale mediante incapacitazione, sia di prevenzione generale in ragione dell'efficacia deterrente, lo schema in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale Professore Palazzo ed i progetti di riforma di codice del Dottore Nordio e del Professore Pagliaro; ne prevedono invece l'abrogazione alla luce della vasta gamma di pene non detentive già previste come pene principali sia il progetto di riforma di codice Avvocato Pisapia, sia quello del Professore Grosso.

<sup>50</sup> In tal senso C. cost., sent. n. 222/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare) nella parte in cui dispone che «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la dura-

linea, le pene accessorie devono sempre di più assimilarsi e determinarsi nello stesso modo delle pene principali; per cui nei casi per i quali «la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.». È necessario cioè, il più possibile procedere ad un'autonoma commisurazione in concreto della durata della pena accessoria, che potrà avere un tempo diverso da quello della pena principale, purché contenuto entro i limiti fissati dalla norma di legge per quella specifica fattispecie<sup>51</sup>. Quello che si evince da questi interventi è che la pena accessoria, al pari di quella principale, per essere costituzionalmente legittima, deve anch'essa essere effettivamente proporzionata ed individualizzata quindi, priva di automatismi superflui, quale può apparire in taluni casi quello dell'art. 37 c.p. che, seppur agganciato alla misura della pena principale continua ad evidenziare «un sistema rigido di determinazione del trattamento punitivo»<sup>52</sup>.

È evidente che a fronte di nuove tipologie sanzionatorie al fine di garantirne l'efficacia, occorre prevedere credibili misure di controllo *ad hoc* per il reo che gestisce spazi di libertà seppur limitati; misure che comunque dovranno connotarsi in senso risocializzativo, senza indulgere al clemenzialismo, disponendo interventi produttivi in tal senso; interventi che torneranno<sup>53</sup> utili in quella verifica periodica i cui giudizi positivi, rappresenteranno un significativo rafforzamento del controllo nel tempo sul percorso effettuato, ed un importante stimolo alla revisione delle scelte comportamentali, che molto probabilmente nessun internamento carcerario potrebbe produrre. Tutto questo però, è stato già scritto, con sfumature diverse, ma tutte orientate ad un reale ripensamento dell'intero sistema carcerario, nella direzione dei principi costituzionali. La volontà politica, salvo qualche parziale intervento, continua a guardare alla esecuzione

---

ta di 10 anni l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché «fino a 10 anni». La stessa questione, precedentemente con sentenza C. cost., sent. n. 134/2012, è stata invece dichiarata inammissibile in quanto eccedeva i poteri di intervento della Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore in assenza delle c.d. 'rime obbligate'.

<sup>51</sup> Sul punto Cass. SU, 28 febbraio 2019, n. 28910, che aderendo all'interpretazione della sentenza della C. cost., sent. n. 222/2018, ritiene non applicabile la regola automatica di cui all'art. 37 c.p., bensì consente al giudice di «determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.».

<sup>52</sup> Cass. SU, 28 febbraio 2019, n. 28910, *cit.*

<sup>53</sup> In tal senso, *Relazione per la riforma del sistema sanzionatorio*, presieduta dal Professore Palazzo, *cit.*

della pena come unico e sicuramente più semplice rifugio «nel mondo delle riforme minimali possibili»<sup>54</sup>. Ormai la 'settorialità riformatrice', non basta più a soddisfare quelle esigenze di sistema che richiedono in generale l'attuazione dei principi di umanità e rieducazione. Riepilogando e utilizzando le stimolanti parole di Antonio Fiorella, «per registrare un miglioramento occorre l'abbandono della 'mistica dell'afflittività', spostando l'epicentro dal carcere a sanzioni diverse pur sempre rieducative, contribuendo così a quella «evoluzione decisiva del sistema penale nella giusta direzione dei principi costituzionali»<sup>55</sup>.

### 5. *Il sistema sanzionatorio nell'ottica di una tutela Costituzionale*

Si è visto come la revisione complessiva ed ineludibile del sistema sanzionatorio è dettata oltre che dalla constatata ineffettività preventiva, dal necessario rispetto dei principi così ben espressi dal dettato costituzionale. Riterrei sbagliato parlare di 'illusione dissolta' rispetto ad una strutturale, organica riforma delle sanzioni che finalmente restituisca valore e contenuto alla legalità della pena. Riterrei altresì necessario intervenire in tal senso come chiaramente hanno evidenziato sempre più incisivamente la Corte Costituzionale e la Corte Edu. E non solo, esimi studiosi dell'Accademia nonché esponenti dell'Avvocatura e della Magistratura, hanno prodotto un utilissimo materiale che si attesta sulla messa a punto di pene meno afflittive delle attuali, caratterizzate dalla ricerca della loro effettività, costituendo il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena l'indicazione programmatica da seguire. Materiale questo completo e a lungo sceverato, che ormai andrebbe solo realizzato ed utilizzato. Le molteplici proposte riguardano un cambiamento globale che, nel riformulare una sanzione penale nuova arricchendola di umanità, ne motivino l'applicazione solo per condotte rilevanti, in ossequio ai principi di materialità ed offensività che sono consustanziali ad ogni reato<sup>56</sup>. Principi quindi, immanenti al diritto penale del fatto che non potranno mai essere sganciati dalla sanzione effettivamente applicata. Insomma ciò che si evidenzia nelle varie Commissioni di studio,

<sup>54</sup> FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., p. 108.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Rifiuta qualsiasi forma di «allontanamento dai principi nel senso della (stessa) anticipazione della tutela o comunque quale affievolimento della materialità e offensività del reato», ID., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., p. 272.

nonché nei numerosissimi ed autorevoli interventi a convegni e scritti è che, presupposto di ogni intervento punitivo, è il riconoscimento nonché la comprensione quindi, per usare una terminologia cara a Strasburgo «la prevedibilità» della legge penale, dal momento che «Il codice penale non è un codice soltanto delle sanzioni, è un codice innanzitutto dei precetti e valori, ed allora è lì che l'ordinamento deve trasmettere il suo messaggio inequivocabile, affermando con forza il principio di chiarezza»<sup>57</sup>.

Per concludere, la norma penale per essere vera legge, e non frutto di ideologie o volubili manifestazioni di volontà del legislatore, deve essere intrinsecamente razionale e tendere al bene dell'uomo. Occorre sempre rammentarlo, lo Stato assume su di sé la tutela del bene comune come suo fine ultimo, comprensivo anche dei diritti del condannato, e agisce ponendo norme razionali per lo sviluppo e la tutela dell'uomo e la promozione della sua dignità. Questo sta a significare che la violazione della legge penale, non può non assumere un connotato riprovevole e quindi da condannare attraverso la irrogazione di una pena, da commisurare sempre «all'effettiva responsabilità individuale, il più possibile concepita per il recupero del reo»; non potendosi ignorare «che il reato è co-determinato da fattori ambientali, familiari e sociali senza i quali il singolo non lo avrebbe commesso»<sup>58</sup>.

In una visione laica, lo stesso concetto di rispetto della legge era stato bene espresso da Cicerone: «siamo schiavi delle leggi per poter essere liberi»<sup>59</sup>. La legge quindi, e più di ogni altra quella penale dove la persona è centrale, non solo fonda l'ordine sociale ma la sua condivisione e accettazione da parte dei consociati, garantendo la libertà di ognuno, in quanto l'intima convinzione della giustizia di una norma, garantisce il rispetto più di qualsiasi pena per la sua trasgressione. Di qui la necessità da parte della politica criminale, di rifuggire da relativismi intellettuali tendenti a negare quei valori fondamentali su cui si fonda la nostra democrazia, ed a strumentalizzare per finalità contingenti i diritti della persona. Esistono valori fondamentali, preliminarmente la libertà personale che tutti li racchiude, che non possono essere negati, né tantomeno aggirati attraverso sterili procedure dettate da particolari esigenze/emergenze criminali. A ben vedere nella materia penale è in gioco l'essere umano, meglio il rispetto della dignità dell'uomo e della sua libertà, vale a dire di quanto più intimo ed inviolabile possa esserci. La grande e, occorre dirlo, improcrastinabile riforma del sistema penale/

<sup>57</sup> Così ID., *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., p. 102.

<sup>58</sup> In tal senso Ivi, p. 104.

<sup>59</sup> Massima ciceroniana in «Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto 3», 2013, pp. 117-128.

sanzionatorio, vuole il rispetto dei valori Costituzionali, e quindi, la loro attuazione attraverso la legge, che significa precisione tecnico-legislativa e dominabilità del sistema.



Emilio Dolcini\*

*Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace.  
Non punire come scelta razionale,  
non punire per ineffettività della pena*

SOMMARIO: 1. I principi ispiratori della giustizia penale del giudice di pace – 2. Conciliazione e competenza per materia del giudice di pace – 3. La particolare tenuità del fatto *ex art. 34 d. lgs. 274/2000* – 4. L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie *ex art. 35 d. lgs. 274/2000* – 5. Sintesi – 6. L'arsenale sanzionatorio del giudice di pace – 7. Lo schiacciante predominio della pena pecuniaria nella giustizia penale del giudice di pace... – 8. (*Segue*): ... e la totale ineffettività di quella pena – 9. L'esito paradossale dell'itinerario attraverso la giustizia penale del giudice di pace.

*1. I principi ispiratori della giustizia penale del giudice di pace*

Un tratto saliente (probabilmente, *il* tratto saliente) della giustizia penale del giudice di pace risiede nella tendenza a favorire un approccio al reato diverso dall'inflizione di una pena: in particolare, a promuovere la ricomposizione del conflitto tra autore e vittima e a favorire la riparazione delle diverse forme di danno da reato, escludendo in ogni caso l'inflizione di pene sproporzionate alla gravità del reato. Un contesto nel quale la deflazione dei carichi gravanti sulla giustizia penale – di per sé rispondente ad esigenze di civiltà giuridica – trova un fondamento più alto, sul piano di principi che dovrebbero governare tutta la politica criminale e la politica del diritto penale.

Tra questi principi – nel quadro di un diritto penale liberale<sup>1</sup>, attento

\* Emerito di Diritto penale, Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> Come è noto, la parola 'liberale' è particolarmente esposta a quello che, con G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Rizzoli, Milano, 2010, può essere designato come un rischio di 'manomissione': lo attestano il linguaggio della politica, ma anche quello della dottrina giuridica. Per chiarire il significato in cui assumo la formula 'diritto penale liberale', rinvio ai *Principi di un diritto penale liberale*, enunciati in un documento – il *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo* – diffuso dall'Unione delle



cioè a garantire non solo la tutela delle condizioni essenziali di una vita sociale ordinata, ma anche i diritti della persona di fronte alla pubblica autorità<sup>2</sup> – si annoverano il principio di proporzione (o di meritevolezza di pena)<sup>3</sup> e il principio di sussidiarietà (o di necessità della pena)<sup>4</sup>: due principi dotati, entrambi, di rilevanza costituzionale, in relazione il primo alla funzione rieducativa della pena *ex art. 27 co. 3 Cost.*<sup>5</sup> e al principio di eguaglianza-ragionevolezza<sup>6</sup>, il secondo al carattere inviolabile della libertà personale *ex art. 13 co. 1 Cost.*<sup>7</sup>.

---

Camere Penali Italiane e presentato nell'Università degli studi di Milano il 10-11 maggio 2019, in «DPC-RT», 15 maggio 2019: in particolare, richiamo l'attenzione sui principi 3 («Liberalo è il modello di diritto penale che legittima l'intervento punitivo solo quando è strettamente necessario e proporzionato alle esigenze di tutela, oltre che rispettoso della persona che lo subisce») e 4 («Umanità e dignità sono valori irriducibili di ogni uomo, anche se colpevole»). In proposito, può vedersi E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in «DPC-RT», 22 maggio 2019. Nella più recente dottrina penalistica, per un ampio affresco su fondamento e limiti della pena nel quadro di un diritto penale liberale, con particolare attenzione ai principi di proporzione e di sussidiarietà, cfr. G. COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in «SP», 8 maggio 2020.

<sup>2</sup> Cfr. A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in «AP», 2018, pp. 97 ss.: l'A., muovendo da un'analisi delle recenti riforme che hanno interessato la legislazione penale italiana, sottolinea l'esigenza che al centro del sistema penale si collochi non lo Stato, bensì la «persona umana [...]», valore 'finale' per eccellenza», con conseguente valorizzazione, fra gli altri, dei principi di *extrema ratio*, di umanità e di rieducatività della pena.

<sup>3</sup> Cfr., fra molti, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, in <<http://www.cortecostituzionale.it>>; DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in «RIDPP», 2018, pp. 1667 ss., in particolare pp. 1676 ss.; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in «RIDPP», 2016, pp. 1426 ss. (e *ivi* ampia bibliografia); D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in «DPC-RT», 2, 2017, pp. 48 ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in «DPC-RT», 2, 2017, pp. 61 ss.

<sup>4</sup> Cfr. per tutti G. DEMURO, *Ultima ratio. Alla ricerca di limiti all'espansione penale*, in «RIDPP», 2013, pp. 1654 ss.

<sup>5</sup> Cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 15.

<sup>6</sup> Cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 42 ss.; G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 115 ss.; C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in «DP», IV, Utet, Torino, 1990, pp. 64 ss., in particolare p. 71.

<sup>7</sup> Cfr. *Ibid.*, nonché, da ultimo, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 16.

Sotto il profilo della proporzione, la pena si legittima a condizione che il fatto si collochi al di sopra di una soglia minima di gravità: solo offese sufficientemente gravi arrecate a un bene giuridico sufficientemente importante ‘meritano’ il ricorso alla pena.

Sotto il profilo della sussidiarietà, è necessario che la pena venga utilizzata solo come *ultima ratio*<sup>8</sup>: in assenza cioè di strumenti diversi, all’esterno o all’interno del sistema sanzionatorio, dotati quanto meno di pari efficacia ai fini della tutela del bene giuridico.

Ancora: un diritto penale liberale reclama, all’interno del sistema delle pene, un ruolo solo sussidiario per la pena detentiva, che dovrebbe trovare spazio entro limiti di stretta necessità, a condizione cioè che pene di contenuto diverso – pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale, pene prescrittive, pene interdittive – non siano in grado di assicurare un’adeguata tutela nei confronti di una determinata forma di aggressione al bene giuridico.

La giustizia penale del giudice di pace appare modellata, nei suoi tratti essenziali, proprio su queste idee: idee difficili da trasmettere alla pubblica opinione e di ancor più difficile attuazione, in tempi in cui la pena, e soprattutto la pena carceraria, vengono spacciati come la panacea dei mali che affliggono la nostra società<sup>9</sup>.

Il sistema penale del giudice di pace segna un passo significativo nella giusta direzione.

Da un lato, mette al bando la pena detentiva<sup>10</sup>: una scelta che esprime una valutazione globale di non necessità del carcere in una sfera di criminalità minore<sup>11</sup>.

D’altro lato, come si è detto, cerca di favorire un approccio al reato diverso dall’inflizione di una pena.

<sup>8</sup> Cfr., fra molti, R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in «DPC-RT», 4, 2016, pp. 185 ss. e pp. 194 ss.; DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in «RIDPP», 2019, pp. 3 ss., in particolare p. 9; F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano 2018, pp. 521 ss., in particolare p. 530.

<sup>9</sup> Per un’acuta analisi dei fattori che propiziano il persistere di una ‘monocultura carceraria’ nella nostra società, e nella risposta dell’ordinamento al fenomeno criminale, vedi per tutti PALAZZO, *Ivi*, pp. 521 ss.

<sup>10</sup> Da un reato di competenza del giudice di pace si può approdare alla pena della reclusione soltanto in caso di violazione degli obblighi inerenti alla permanenza domiciliare o al lavoro di pubblica utilità, configurata come autonoma figura delittuosa all’art. 56 d.lgs. 274/2000: di tale delitto conosce, d’altra parte, il giudice ordinario (art. 57 d.lgs. 274/2000).

<sup>11</sup> Cfr., in relazione al sistema penale nel suo insieme, FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., p. 110, per il quale «occorre che la detenzione in carcere sia drasticamente contenuta nei limiti dell’assolutamente necessario».

Parla in questo senso, in primo luogo, il ruolo della *conciliazione* nel procedimento davanti al giudice di pace<sup>12</sup>. A norma dell'art. 2 co. 2 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, «nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti»; per i reati perseguibili a querela, l'art. 29 commi 4 e 5 impone al giudice di promuovere nell'udienza di comparizione la conciliazione tra le parti, eventualmente rinviando l'udienza (per un massimo di due mesi) e avvalendosi di centri di mediazione<sup>13</sup>.

Al di là di tali espresse aperture alla conciliazione e alla mediazione, una logica almeno in parte analoga emerge dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, laddove, ai commi 2 e 3, si prevede che la «*particolare tenuità del fatto*» possa essere dichiarata: a) nel corso delle indagini preliminari, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento; b) dopo che è stata esercitata l'azione penale, solo se la persona offesa e l'imputato non si oppongono<sup>14</sup>.

L'art. 35 d.lgs. 274/2000, che reca in rubrica «*estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*», premia poi con l'esclusione della punibilità la riparazione del danno (civile) e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato: la disposizione porta così a sviluppi più radicali la logica che ispira, nel codice penale, la *circostanza attenuante dell'art. 62 co. 6*, e che sta alla base di previsioni in materia di *oblazione speciale* – l'art. 162 *bis* c.p. esclude l'applicabilità dell'istituto quando permangono conseguenze

<sup>12</sup> Sulla «finalità conciliativa» quale «obiettivo principale della giurisdizione penale affidata al giudice di pace», cfr. *Relazione allo schema di decreto legislativo recante «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace»*, in *La competenza penale del giudice di pace*, 2000, p. 327. In dottrina, fra molti, fondamentale L. EUSEBI, *Strumenti di definizione anticipata del processo e sanzioni relative alla competenza penale del giudice di pace: il ruolo del principio conciliativo*, in *Competenza penale del giudice di pace e 'nuove' pene non detentive*, a cura di L. Picotti, G. Spangher, Giuffrè, Milano 2003, pp. 55 ss. Da ultimo, cfr. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali, Atti del Convegno (Trento, 10 maggio 2019)*, a cura di S. Dalla Bontà, E. Mattevi, Università degli Studi di Trento, 2020.

<sup>13</sup> Cfr. P. BRONZO, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, 2017<sup>3</sup>, *sub* art. 2 D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, t. III, p. 1292: l'A. sottolinea come, nel quadro di una complessiva disciplina tesa a costruire «un modello alternativo di giustizia penale minore, improntato sulla vocazione conciliativa del giudicante, la configurazione data al tentativo di conciliazione dall'art. 29 co. 4 del decreto» faccia «della conciliazione un vero e proprio sub-procedimento».

<sup>14</sup> Cfr. *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., pp. 377 ss., dove si sottolinea che «la carenza di un interesse privato dell'offeso alla prosecuzione del procedimento valorizza [...] la prospettiva vittimologica, riconoscendo un'autonoma dignità agli interessi della persona offesa».

dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore – di *sospensione condizionale della pena* – l'art. 165 c.p. annovera le restituzioni, il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato tra gli obblighi ai quali può essere subordinata la sospensione condizionale della pena – e di *sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato* – l'art. 168 bis c.p. individua tra i contenuti inderogabili della messa alla prova sia «la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato», sia «ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato». Senza trascurare che la legge sull'ordinamento penitenziario, nella versione riformata nel 2018 (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123), all'art. 13 co. 3 (che reca in rubrica «individualizzazione del trattamento») prevede che nell'ambito dell'osservazione della personalità sia offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione, tra l'altro, sulle conseguenze prodotte dal reato nei confronti della vittima, nonché «sulle possibili *azioni di riparazione*»: una previsione coerente con quanto stabilito all'art. 27 co. 1 reg. penit., laddove si fa riferimento alle «possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa»<sup>15</sup>.

## 2. Conciliazione e competenza per materia del giudice di pace

Il ruolo attribuito alla conciliazione nel procedimento davanti al giudice di pace è coerente con le scelte compiute dal legislatore in ordine alla competenza per materia: quanto meno, è coerente con l'originaria competenza del giudice di pace.

Il legislatore delegato del 2000 aveva infatti attribuito al giudice di pace la cognizione su reati di modesta gravità prevalentemente espressivi di conflitti interindividuali<sup>16</sup>, spesso, trattandosi di delitti, procedibili a

<sup>15</sup> Cfr. A. MENGHINI, *Giustizia riparativa ed esecuzione della pena. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva*, in *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, a cura di G. Fornasari, E. Mattevi, Università degli Studi di Trento, 2019, pp. 211 ss., in particolare p. 217.

<sup>16</sup> Cfr. *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., pp. 328 ss.; in dottrina, fra gli altri, S. TURCHETTI, *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G.L. Gatta, vol. III, Wolters Kluwer, Milano, 2015<sup>4</sup>, sub art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, p. 2913. Cfr. C. cost. 16 maggio 2019, n. 120, punto 6 del *Considerato in diritto*, ove si evidenzia come la competenza del giudice di pace riguardi, di regola, «reati di ridotta gravità, espressivi, per lo più, di conflitti interpersonali a carattere privato».

querela: tra gli altri, percosse, lesioni lievi o lievissime (dolose o colpose), ingiuria, diffamazione (non commessa per mezzo della stampa), minaccia semplice, furti minori perseguibili a querela, sottrazione di cose comuni, appropriazione di cose smarrite, alcuni delitti contro il patrimonio immobiliare (ad es., usurpazione e invasione di terreni o edifici). Questa gamma di reati si è peraltro ridotta nel tempo, in parte per effetto della previsione, in luogo della sanzione penale, di una sanzione civile punitiva (è il caso, ad es., dell'ingiuria, della sottrazione di cose comuni e dell'appropriazione di cose smarrite, sui quali è intervenuto il d.lgs. n. 7 del 2016), in parte per effetto di una depenalizzazione (come nel caso del danneggiamento semplice, trasformato in illecito amministrativo dal d.lgs. n. 8/2016)<sup>17</sup>.

Per altro verso, nella competenza del giudice di pace rientravano *ab origine* alcune figure di reato sostanzialmente incompatibili con la conciliazione-mediazione o con altre forme di ricomposizione autore-vittima<sup>18</sup>.

Prevalentemente si tratta di reati che hanno un ruolo marginalissimo nella prassi giurisprudenziale: si pensi, ad es., ai reati – con i quali si apre l'elenco di cui all'art. 4 co. 2 d.lgs. 274/2000 (lett. *a*) – previsti dal t.u.l.p.s. (r.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 25) relativi alle funzioni religiose all'esterno dei luoghi destinati al culto<sup>19</sup>, o alle ipotesi di reato (contemplate alla lett. *b* dell'art. 4 co. 2) del componente dell'equipaggio di una nave o di un aeromobile che non esegue un ordine di arresto o si addormenta durante un servizio attinente alla sicurezza della navigazione (cod. nav. – r.d. 30 marzo 1942, n. 327, artt. 1096 e 1119). Ben diversa rilevanza prasseologica avevano invece (e hanno tuttora) la guida in stato di ebbrezza e la guida sotto l'azione di sostanze stupefacenti di cui all'art. 186 commi 2 e 6 e all'art. 187 commi 4 e 5 (*rectius*, art. 187 commi 7 e 8) cod. strada<sup>20</sup> (art. 4 co. 2, lett. *q* d.lgs. 274/2000): per tali reati, peraltro,

<sup>17</sup> Cfr. A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in «DPP», 2016, pp. 577 ss.

<sup>18</sup> Ne dà atto, quanto alle contravvenzioni codicistiche e alle figure di reato contemplate nella legislazione complementare, la stessa *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., p. 329.

<sup>19</sup> Altrettanto irrilevanti nella prassi altri reati che l'art. 4 co. 2 lett. *a*) d.lgs. n. 274/2000 attribuiva alla competenza del giudice di pace: reati in materia di iscrizione dei portieri e dei custodi di case in appositi registri (art. 62 co. 3 T.u.l.p.s.), di lì a poco aboliti per effetto della l. 24 novembre 2000, n. 340.

<sup>20</sup> Sull'evidente svista nella quale era incorso il legislatore del 2000, richiamando i commi 4 e 5 dell'art. 187 cod. strada, anziché i commi 7 e 8, cfr. BARTOLI, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Cedam, Padova, 2007<sup>2</sup>, sub art. 4 d.lgs. n. 274/2000, p. 1475.

la competenza del giudice di pace è venuta meno a partire dal 2003, per effetto del d.l. 25 giugno 2003, n. 151.

All'originaria gamma di reati di competenza del giudice di pace si sono successivamente aggiunti altri reati egualmente incompatibili con la conciliazione, ma dotati di grande rilevanza nella prassi: mi riferisco all'ingresso o soggiorno illegale nel territorio dello Stato (c.d. contravvenzione di clandestinità) e all'inosservanza dell'ordine di allontanamento da parte dello straniero espulso (artt. 10 *bis*, 13 co. 5.2 e 14 commi 1 *bis*, 5 *ter* e 5 *quater* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – t.u. immigrazione), entrati nella sfera di competenza del giudice di pace rispettivamente nel 2009 e nel 2011. Con riferimento, in particolare, all'art. 10 *bis*, va sottolineato che si tratta di una disposizione di dubbia compatibilità sia con la Costituzione, sia con il diritto dell'Unione europea<sup>21</sup>: quanto alla legittimità costituzionale della disposizione, seri dubbi riguardano in particolare il trattamento sanzionatorio della contravvenzione<sup>22</sup>, integrato da un'ammenda non obblazionabile e invece sostituibile con l'espulsione (da eseguirsi, a norma dell'art. 13 co. 4, lett. *f*, t.u. immigrazione, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica). Le ragioni di perplessità in ordine a tale contravvenzione – che secondo la legge-delega 28 aprile 2014, n. 67 avrebbe dovuto essere depenalizzata<sup>23</sup> – vanno dunque ben oltre l'attribuzione al giudice di pace della competenza a conoscere di questo reato<sup>24</sup>.

All'esito di questo complesso processo di assestamento, accade dunque che oggi i procedimenti davanti al giudice di pace abbiano spesso ad oggetto

<sup>21</sup> In dottrina, cfr., fra gli altri, A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in «CD», 2013, pp. 17 ss.; G.L. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis T.u. imm.) e la 'direttiva rimpatri'*, in «DPC-RT», 8 febbraio 2012; ID., *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in «RIDPP», 2015, pp. 189 ss.; L. MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Giappichelli, Torino 2009, pp. 27 ss.; ID., *Art. 10 bis e direttiva rimpatri dopo la sentenza Sagor della Corte di Giustizia*, in «DPC-RT», 28 febbraio 2013; VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in «DPC-RT», 7 dicembre 2012. A favore della legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* T.u. immigrazione si è peraltro pronunciata la Corte costituzionale, con la sentenza 5 luglio 2010, n. 250; a commento, cfr. M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in «QG», 4, 2010, pp. 147 ss.

<sup>22</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 496 ss.

<sup>23</sup> Cfr. C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di 'immigrazione clandestina': un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in «DPC-RT», 22 febbraio 2017.

<sup>24</sup> Per alcuni rilievi critici nei confronti di questa scelta, cfr. A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in «CP», 2011, pp. 446 ss., in particolare p. 453.

reati per i quali la conciliazione non è possibile: lo ha rilevato un giudice di pace di Bolzano<sup>25</sup>, sottolineando che nella sua esperienza – in una Regione lontana dall’epicentro dell’immigrazione clandestina – ben il 50% dei procedimenti, negli ultimi anni, riguardava reati in materia di immigrazione. Tra i reati di competenza del giudice di pace, quelli che si prestano ad essere oggetto di conciliazione-mediazione sono, oggi, fundamentalmente, la diffamazione, la minaccia semplice, le percosse e alcune ipotesi di lesioni personali<sup>26</sup>: nella prassi, una minoranza.

### 3. *La particolare tenuità del fatto ex art. 34 d. lgs. 274/2000*

Volgo ora l’attenzione all’art. 34 d.lgs. 274/2000, proponendomi di verificare l’entità del contributo che l’istituto dell’esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto può recare, a sua volta, al ridimensionamento dell’area coperta in concreto dalla pena, quale strumento di contrasto all’‘ipertrofia verticale’ del sistema penale<sup>27</sup> in attuazione di istanze espresse dal principio di proporzione.

Come è noto, con la disposizione dell’art. 34 d.lgs. 274/2000 il legislatore ha proseguito una sperimentazione avviata nella sfera del diritto penale minorile (con l’art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448) e approdata, successivamente, all’introduzione di un analogo istituto nel diritto penale generale<sup>28</sup>: mi riferisco all’esclusione della punibilità per particolare tenuità

<sup>25</sup> Cfr. A. DEMETZ, *La giustizia riparativa nella prospettiva del giudice di pace*, in «Giustizia Riparativa», cit., p. 207.

<sup>26</sup> Cfr. *Ivi*, p. 208.

<sup>27</sup> Cfr. BARTOLI, *L’irrilevanza penale del fatto*, in «RIDPP», 2000, pp. 1473 ss., e *ivi* ampi richiami a C.E. PALIERO, ‘Minima non curat praetor’. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, nonché ID., voce *Depenalizzazione*, in «DDP», III, Utet, Torino, 1989, pp. 426 ss.

<sup>28</sup> Cfr. *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., p. 371, dove si osservava che l’esordio della particolare tenuità nel sottosistema del giudice di pace poteva avere «il vantaggio di consentire un attento sondaggio sulla funzionalità dell’istituto, allo scopo di saggiare la praticabilità di eventuali, successive estensioni applicative». Va peraltro segnalato che l’istituto ora presente nel diritto penale generale all’art. 131 *bis* c.p. è talora oggetto di valutazioni politico-criminali fortemente critiche, che hanno addirittura portato a una proposta di legge volta ad abrogare la disposizione del codice penale (AC n. 2024): nella relazione che accompagna la proposta di legge si afferma che «l’istituto, introdotto nel 2015, rappresenta un *quid pluris* all’interno di un assetto normativo già colmo di istituti lassisti e favorevoli ai rei, la cui introduzione, nel corso degli anni, si ritiene abbia prodotto pericolosi meccanismi di disattivazione dell’effettività della pena». Esprime perplessità su

del fatto, di cui all'art. 131 *bis* c.p. (inserito nel codice dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, attuativo di una delega contenuta nell'art. 1 co. 1 lett. *m*, l. 28 aprile 2014, n. 67).

Dopo una fase di incertezza, attestata da un contrasto giurisprudenziale, è ormai consolidato l'orientamento che esclude l'abrogazione tacita dell'art. 34 d.lgs. 274/2000 per effetto dell'art. 131 *bis* c.p.<sup>29</sup> I due istituti, dunque, coesistono e hanno distinte aree applicative, che riguardano rispettivamente la giustizia penale del giudice di pace e il diritto penale generale: ne segue, fra l'altro, che in ipotesi in cui nella sfera di competenza del giudice di pace risulta inapplicabile l'art. 34, ma potrebbe essere applicato – in linea teorica – l'art. 131 *bis* (quando, ad es., il comportamento non sia occasionale, come richiede l'art. 34, ma nemmeno abbia connotati di abitualità, che si opporrebbero all'applicazione dell'art. 131 *bis*), in presenza di tutti gli elementi costitutivi del reato il giudice di pace dovrà comunque pronunciare una sentenza di condanna<sup>30</sup>.

Da un confronto fra i criteri ai quali la legge affida l'individuazione dei fatti di particolare tenuità ad opera del giudice emerge come l'art. 34 richieda al giudice «una valutazione più ampia, arricchita da elementi ulteriori»<sup>31</sup> rispetto a quanto previsto dalla corrispondente disposizione del codice penale.

Il giudice togato decide della punibilità del fatto in base a due criteri, relativi l'uno all'offesa (tale criterio peraltro, per espressa indicazione legislativa, rimanda non solo all'entità del danno o del pericolo cagionato al bene giuridico, ma anche alle modalità della condotta), l'altro al carattere

---

questa proposta di legge GATTA, *La proposta di legge per l'abrogazione dell'art. 131 bis c.p.*, in «SP», 19 dicembre 2019.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. SU, 22 giugno 2017, n. 53683, Perini, CED 271587. In dottrina, M. GAMBARDILLA, *Lo 'splendido isolamento'. Ai reati di competenza del giudice di pace non si applica l'art. 131 bis c.p.*, in «CP», 2018, pp. 480 ss.; S. LARIZZA, *Nel rispetto della legalità: le Sezioni Unite negano l'applicabilità dell'art. 131 bis nei procedimenti innanzi al giudice di pace*, in «DPP», 2018, pp. 1021 ss.

<sup>30</sup> Di qui una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 131 *bis* c.p. sollevata con riferimento al principio di eguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost. La questione è stata peraltro dichiarata infondata dalla Corte costituzionale (sent. 16 maggio 2019, n. 120), che ha sottolineato il carattere peculiare del procedimento davanti al giudice di pace, peculiarità attestata, fra l'altro, proprio dai diversi presupposti individuati dalla legge per l'applicazione dell'art. 34 rispetto all'art. 131 *bis*. Per una attenta ricostruzione della questione, e per una critica alle conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale, cfr. E. TURCO, *La Consulta sigla l'incompatibilità dell'art. 131 bis c.p. con il microsistema del giudice di pace. Un'occasione mancata per affermare la superiorità dei valori costituzionali sottesi alla disciplina codicistica*, in «RIDPP», 2019, pp. 2180 ss.

<sup>31</sup> Così C. cost., 16 maggio 2019, n. 120, *cit.*, punto 6 del *Considerato in diritto*.



non abituale del comportamento.

Anche il giudice di pace deve guardare innanzitutto all'entità del danno o del pericolo prodotto all'interesse tutelato, indicatore primario del carattere più o meno tenue del fatto<sup>32</sup>, e inoltre ad un criterio – l'occasionalità del fatto, da valutarsi in relazione alla storia personale del soggetto e a una prognosi sui suoi comportamenti futuri – che si apparenta alla non abitualità, ma ha una maggiore capacità selettiva.

A tali criteri l'art. 34 affianca alcuni ulteriori elementi di valutazione. Premesso che la particolare tenuità del fatto non potrà mai essere dichiarata, a mio avviso, se non in relazione ad un danno o ad un pericolo esiguo, in presenza di tale requisito la pronuncia *ex art. 34* potrà essere preclusa dal grado della colpevolezza dell'agente (si pensi, ad esempio, a un'offesa esigua prodotta con dolo di premeditazione o con colpa grave)<sup>33</sup>. L'art. 34 chiede inoltre al giudice di tener conto del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato. Non si tratta di «una condizione ineludibile per il riconoscimento della particolare tenuità del fatto»<sup>34</sup>: è una sorta di richiamo al giudice perché, nella decisione finale sulla tenuità, sia in qualche modo 'più generoso' quando la prosecuzione del procedimento si porrebbe in conflitto con esigenze di vita dell'indagato o dell'imputato, ad esempio mettendo a rischio la sua posizione di lavoratore<sup>35</sup>. Il giudizio di (im-) meritevolezza di pena si proietta così su un piano più ampio di quello della gravità del fatto, che «riguarda in fondo l'adeguatezza della pena alle sue finalità rispetto alla complessiva e concreta vicenda criminosa»: lo ha rilevato Francesco Palazzo a proposito dell'art. 131

<sup>32</sup> Cfr. *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., p. 374. In dottrina, cfr. F. SGUBBI, *L'irrilevanza del fatto quale strumento di selezione dei fatti punibili*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, cit., pp. 159 ss., in particolare p. 164.

<sup>33</sup> Cfr. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in «DPP», 2001, pp. 172 ss., in particolare p. 178; S. CORBETTA, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Wolters Kluwer, Milano 2017, vol. III, *sub art. 34 d.lgs. 274/2000*, p. 1480; TURCHETTI, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G.L. Gatta, cit., *sub art. 34 d.lgs. 274/2000*, p. 2940. È unanime, e ineccepibile, il rilievo che il grado della colpevolezza vada accertato in relazione non solo all'intensità del dolo o al grado della colpa, ma anche al grado di conoscibilità del precetto penale e alla presenza di quasi-scusanti o di cause di diminuzione dell'imputabilità.

<sup>34</sup> Lo sottolinea la *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., p. 376.

<sup>35</sup> Sul ruolo marginale di questa previsione nell'applicazione dell'art. 34, e sulla sua dubbia coerenza con la *ratio* che ispira l'istituto, cfr. per tutti BARTOLI, in *Commentario breve*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, cit., *sub art. 34 d.lgs. n. 274/2000*, p. 1543.

*bis* c.p.<sup>36</sup>, ma l'osservazione vale *a fortiori* per il corrispondente istituto del giudice di pace.

Il quadro delle considerazioni alle quali la legge subordina il provvedimento *ex art.* 34 del giudice di pace si completa con una duplice preclusione: come già ho ricordato, nel corso delle indagini preliminari l'archiviazione può essere disposta «solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento»; dopo che è stata esercitata l'azione penale, «la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono».

In conclusione: il provvedimento *ex art.* 34 risulta subordinato ad una serie complessa di condizioni, che conferiscono alla norma un ambito applicativo piuttosto ristretto.

Dalla giurisprudenza vengono peraltro alcuni segnali della volontà di valorizzare, ovviamente entro i limiti imposti dalla legge, il ruolo della particolare tenuità del fatto. Qualche esempio. Da tempo, sono stati superati i dubbi relativi all'applicabilità dell'art. 34 alla contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* t.u. immigrazione<sup>37</sup>. La giurisprudenza tende a dare scarso peso ad alcuni fattori – in primo luogo, il grado della colpevolezza – che potrebbero ostacolare l'applicazione dell'istituto<sup>38</sup>. La mancata comparizione in udienza della persona offesa non è considerata di ostacolo alla declaratoria di particolare tenuità di fatto: lo ha stabilito la Corte di cassazione a Sezioni unite<sup>39</sup>, sottolineando che l'opposizione, prevista come condizione ostativa dall'art. 34 co. 3 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, «deve essere necessariamente espressa e non può essere desunta da atti o comportamenti che non abbiano il carattere di una formale ed inequivoca manifestazione di volontà in tal senso»<sup>40</sup>.

A integrare le considerazioni relative alla normativa e agli orientamenti giurisprudenziali, sarebbe estremamente utile disporre di dati statistici aggiornati relativi al ruolo dell'art. 34 nella prassi del giudice di pace. Sono peraltro a conoscenza di dati nazionali, forniti dal Ministero della giustizia, relativi soltanto all'arco di tempo 2002-2012<sup>41</sup>: quei dati evidenziano un

<sup>36</sup> Così PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in «SP», 19 dicembre 2019.

<sup>37</sup> Cfr. TURCHETTI, *sub art.* 34 d.lgs. 274/2000, cit., p. 2927, con richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. 8 luglio 2010, n. 250).

<sup>38</sup> Cfr. BARTOLI, *sub art.* 4 d.lgs. n. 274/2000, in *Commentario breve*, cit., p. 1542.

<sup>39</sup> Cass. SU, 16 luglio 2015, n. 43264, Steger, CED 264547.

<sup>40</sup> In senso adesivo, cfr. CORBETTA, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., *sub art.* 34 d.lgs. 274/2000, p. 1483.

<sup>41</sup> Cfr. TURCHETTI, *sub art.* 34 d.lgs. 274/2000, cit., p. 2946.

graduale incremento del numero di procedimenti definiti *ex art. 34*, con una punta massima di 1070 applicazioni nel 2012, per una quota dell'1,26%. Un'indagine svolta sulla prassi del giudice di pace di Milano relativa agli anni compresi tra il 2003 e il 2009<sup>42</sup> mostra un'analogia tendenza all'incremento dei casi risolti con l'applicazione dell'art. 34, che rappresentano comunque una quota modesta: l'ultima rilevazione, riferita al secondo semestre 2008 e al primo 2009, mostra un 3% di declaratorie di particolare tenuità del fatto. Ho notizia, infine, di un'indagine sulla giurisprudenza del giudice di pace nella Regione Trentino-Alto Adige relativa agli anni 2002-2007<sup>43</sup>: ancora una volta la quota più elevata si registra nell'ultimo anno della rilevazione ed è pari al 1,29%, un dato quasi perfettamente coincidente con quello nazionale del 2012.

Piccoli numeri, quote modeste: tuttavia, mi sembra, numeri e quote coerenti con il ruolo che la legge conferisce all'istituto della tenuità – nella giustizia del giudice di pace come nel diritto penale comune –, volto ad escludere l'infrazione della pena in casi-limite, nei quali l'offesa è presente, ma eccede in misura minima il livello di gravità che legittima il ricorso alla pena.

#### 4. *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie ex art. 35 d.lgs. 274/2000*

Ad ulteriore conferma della vocazione della giustizia penale del giudice di pace a proporsi quale luogo di sperimentazione di soluzioni destinate anche al diritto penale generale, l'art. 35 d.lgs. 274/2000 prevede l'«*estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*», istituto che prelude a quello introdotto nel 2017 nel codice penale, all'art. 162 *ter*.

Entrambe le cause estintive danno rilievo alla riparazione del danno

---

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> L'indagine, che non mi risulta pubblicata, è stata svolta da Elena Mattevi, ricercatrice di Diritto penale nell'Università di Trento. Va sottolineato che la Regione Trentino Alto Adige dedica una particolare attenzione al giudice di pace, attestata fra l'altro da una stabile collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, nel quadro della quale è stato costituito l'Osservatorio sulla giustizia di pace, conciliativa e riparativa, da ultimo rinominato Centro di giustizia riparativa. Il Centro promuove convegni scientifici, pubblicazioni e attività di formazione per i giudici di pace. In questo rapporto di collaborazione si inserisce inoltre l'istituzione di un catalogo massimato della giurisprudenza dei giudici di pace della Regione, che può essere consultato sul sito <<http://www.giurisprudenzadipace.taa.it/ricerca.php>>.

civile da reato, realizzata mediante le restituzioni o il risarcimento, e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, che riguardano invece, evidentemente, l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice: l'estinzione del reato potrà essere dichiarata, *ex art. 35* o *ex art. 162 ter*, «sentite le parti e l'eventuale persona offesa» (*tout court* «persona offesa» nell'*art. 162 ter* c.p.).

I due istituti presentano peraltro una serie di elementi differenziali, tra i quali spiccano quelli relativi all'*ambito di applicazione* e quelli relativi alla *struttura* dell'istituto.

Quanto al primo profilo, l'*art. 35* non prevede nessuna esclusione tra i reati di competenza del giudice di pace, mentre l'*art. 162 ter* c.p. si applica ai soli delitti perseguibili a querela soggetta a remissione, una categoria recentemente ampliata ad opera del d.lgs. 36/2018<sup>44</sup>.

Sul piano strutturale, l'istituto del giudice di pace appare caratterizzato da ampi margini di discrezionalità, assenti, o comunque assai ridotti, nell'istituto del codice penale. A fronte di una tempestiva e integrale riparazione del danno e dell'eliminazione delle conseguenze del reato, il giudice ordinario è tenuto *ex art. 162 ter* c.p. a dichiarare l'estinzione del reato. L'*art. 35* d.lgs. 274/2000 chiama invece il giudice di pace a un'ulteriore valutazione, relativa all'idoneità delle condotte riparatorie «a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione»: una valutazione – non semplice<sup>45</sup> – che guarda alla capacità delle condotte riparatorie di soddisfare la domanda di punizione che si leva dalla generalità dei consociati<sup>46</sup> e di rappresentare una 'lezione' sufficientemente dissuasiva per l'autore del reato<sup>47</sup>. In altri termini, il giudice di pace è chiamato a

<sup>44</sup> Per una lettura critica del d.lgs., cfr. M.N. MASULLO, *Ampliati gli spazi della procedibilità a querela per i reati che offendono la persona e il patrimonio: valorizzato (adeguatamente) l'interesse privato alla punizione del colpevole?*, in «DPC-RT», 26 aprile 2018. Per alcuni ulteriori rilievi critici, cfr. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, cit.: l'A. osserva, fra l'altro, che «la perseguibilità a querela è stata incongruamente prevista anche per reati caratterizzati da profili pubblicistici di offensività (artt. 615, 619 e 620 c.p.)», con la conseguenza che «ulteriormente e ancor più gravemente incongrua è la conseguente possibilità di estinguere quei reati mediante condotte riparatorie, che consistono sostanzialmente nel risarcimento del danno e solo «ove possibile» nell'eliminazione delle conseguenze del reato».

<sup>45</sup> Cfr. P. PISA, *La disciplina sanzionatoria*, in *La competenza penale del giudice di pace*, cit., pp. 209 ss., in particolare p. 245: l'A. sottolinea come si tratti di «una valutazione tutt'altro che facile, salvo che si ipotizzi il consolidamento di un atteggiamento indulgenziale analogo a quello maturato finora in materia di sospensione condizionale della pena».

<sup>46</sup> Cfr. TURCHETTI, *sub art. 34* d.lgs. 274/2000, cit., pp. 2960 ss.

<sup>47</sup> Di una «lezione in grado di dissuadere il soggetto dal commettere in futuro ulteriori

valutare se residuino esigenze di prevenzione generale e di prevenzione speciale<sup>48</sup>; ponderando tutti gli interessi in gioco, pubblici e privati, deve accertare che non ci sia più *nessun bisogno di pena*.

Ulteriori elementi differenziali riguardano il carattere integrale della riparazione del danno e il carattere eliminabile delle conseguenze dannose o pericolose del reato, espressamente richiesti dal solo art. 162 *ter* c.p.: l'istituto del giudice di pace potrà dunque trovare applicazione, ad esempio, anche nel caso in cui il risarcimento non sia stato integrale, ma l'autore del reato si trovi in condizioni di particolare disagio economico e abbia fatto tutto quando in suo potere per risarcire il danno<sup>49</sup>.

Questi diversi connotati dei due istituti, oltre alla peculiare complessiva fisionomia della giustizia penale del giudice di pace, portano ad escludere, in assenza di un'apposita disciplina di coordinamento, che l'art. 162 *ter* c.p. possa trovare applicazione nella sfera del giudice di pace<sup>50</sup>. Va comunque sottolineato che davanti al giudice di pace l'estinzione del reato per condotte riparatorie entra in concorrenza con altri istituti del diritto penale comune, che sono pacificamente applicabili ad opera del giudice onorario e che pure consentono di approdare all'esclusione della punibilità.

Per i delitti perseguibili a querela, all'estinzione del reato per condotte riparatorie fa concorrenza la *remissione della querela ex* artt. 152 ss. c.p., il cui effetto – propriamente, l'esclusione della procedibilità – si produce indipendentemente da qualsiasi considerazione del giudice relativa a istanze di prevenzione generale e speciale; per altro verso, l'art. 35 può trovare applicazione anche in assenza di remissione della querela. Proprio questo

---

reati» parla PISA, *La disciplina sanzionatoria*, cit., p. 245. In senso critico sul punto, vedi BARTOLI, *sub* art. 35 d.lgs. n. 274/2000, cit., p. 1548.

<sup>48</sup> Cfr. *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., pp. 324 ss., in particolare p. 383, dove da un lato si collegano le esigenze di riprovazione e di prevenzione del reato agli «obbiettivi di prevenzione generale e di prevenzione speciale» insiti nel sistema penale, dall'altro si fa riferimento espresso, oltre che alla prevenzione, alla retribuzione. Di una «valenza retributiva» delle condotte riparatorie si parla talora anche in giurisprudenza: cfr. Cass. Sez. V, 26 febbraio 2009, n. 12736, Giaracuni, CED 243337-01.

<sup>49</sup> Cfr. G. FLORA, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, cit., p. 149 ss., in particolare pp. 153 s.

<sup>50</sup> In questo senso si era espressa – in motivazione – già Cass. SU, 22 giugno 2017, n. 53683, Perini, CED 271587 (specificamente dedicata, come si è detto, ai rapporti tra art. 34 d.lgs. 274/2000 e art. 131 *bis* c.p.): la questione è stata poi direttamente affrontata da Cass. Sez. IV, 15 marzo 2019, n. 25843, Schiavo, CED 276370, per la quale «la causa estintiva del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 *ter* c.p. non è applicabile nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace per i quali opera la specifica causa di estinzione di cui all'art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274».

sembra anzi l'ambito privilegiato di applicazione dell'istituto, destinato ad operare soprattutto in situazioni in cui la riparazione c'è stata, ma lo spirito di rivalsa della persona offesa ha impedito la remissione della querela: un aspetto, questo, che accomuna l'istituto del giudice di pace a quello del diritto penale generale<sup>51</sup>.

Nella sfera delle contravvenzioni, con l'art. 35 d.lgs. 274/2000 concorre l'*oblazione*, ordinaria e speciale<sup>52</sup>. La scelta per l'uno o l'altro istituto da parte dell'imputato rifletterà soprattutto considerazioni relative ai costi economici delle due soluzioni (risarcimento del danno a confronto con il pagamento della somma dovuta a titolo di oblazione), nonché alla presenza di conseguenze dannose o pericolose eliminabili (presenza che preclude sia l'applicazione dell'art. 35, sia l'oblazione speciale *ex art.* 162 *bis* c.p., ma non l'oblazione ordinaria *ex art.* 162 c.p.): nei rapporti tra oblazione ordinaria e estinzione del reato per condotte riparatorie potrà pesare, inoltre, l'incertezza relativa all'accoglimento dell'istanza *ex art.* 35 d.lgs. 274/2000, in ragione dell'ampio margine di discrezionalità che tale disposizione attribuisce al giudice di pace.

Quanto alla prassi, prendo in considerazione gli ultimi tre anni (2010-2012) ai quali si riferiscono i dati nazionali a me noti<sup>53</sup>: nel 2010, su 84.013 procedimenti definiti, l'art. 35 è stato applicato in 1.930 casi, la remissione della querela in 16.205, l'oblazione in 564; nel 2011, su un totale di 83.183 procedimenti, a fronte di 1.797 procedimenti definiti con l'estinzione del reato per condotte riparatorie, se ne registrano 15.213 nei quali è stata rimessa la querela e 526 nei quali è stata applicata l'oblazione; infine, nel 2012, su un totale di 84.823 procedimenti, alle 1.957 ipotesi di applicazione dell'art. 35 si contrappongono 14.412 casi in cui è intervenuta la remissione della querela e 410 casi in cui è stata fatta

<sup>51</sup> A proposito dell'art. 162 *ter* c.p., cfr. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, cit., il quale rimprovera all'istituto del diritto penale generale di «realizzare un evidente 'sacrificio della vittima' (che viene 'sentita' senza poter bloccare il meccanismo) che, pur avendo evidentemente presentato la querela e pur non avendola rimessa, si vede negata la tutela penale, degradata a quella civile».

<sup>52</sup> Sui rapporti tra estinzione del reato per condotte riparatorie *ex art.* 35 d.lgs. 274/2000 e oblazione, cfr. fra gli altri BARTOLI, *sub art.* 35 d.lgs. n. 274/2000, cit., p. 1549 ss.; CORBETTA, *sub art.* 35 d.lgs. 274/2000, cit., p. 1501; N. GALANTINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in *Verso una giustizia penale conciliativa*, cit., pp. 217 ss., in particolare pp. 227 s.; PISA, *La disciplina sanzionatoria*, cit., p. 246; S. QUATTROCOLO, *Art. 35 - Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in «LP», 2001, pp. 203 ss., in particolare pp. 214 s.; TURCHETTI, *sub art.* 34 d.lgs. 274/2000, cit., pp. 2963 ss.

<sup>53</sup> Attingo questi dati da *Ibid.*, p. 2964.

oblazione. L'applicazione dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 si attesta dunque tra il 2% e il 2,3% dei procedimenti, la remissione della querela tra il 17% e il 19,3%, l'oblazione tra lo 0,48% e lo 0,67%.

Quanto alla Regione Trentino-Alto Adige, il ruolo dell'art. 35 nella giurisprudenza del giudice di pace appare più rilevante rispetto al dato nazionale: nel 2007 i procedimenti definiti *ex art. 35* rappresentavano il 3,78% del totale.

Nei rapporti tra condotte riparatorie *ex art. 35* d.lgs. 274/2000 e remissione della querela, si registra dunque una prevalenza netta e costante di quest'ultimo istituto: il che mi sembra coerente con la finalità dell'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie, volto ad «evitare certe deformazioni indotte dalla perseguibilità a querela remissibile, che si producono allorquando l'allungamento dei tempi processuali sia dovuto al poco commendevole mercanteggiamento tra autore e persona offesa in ordine all'ammontare del risarcimento»<sup>54</sup>. Per contro, nel sottosistema del giudice di pace l'oblazione cede terreno all'estinzione del reato per condotte riparatorie.

Mettendo a confronto gli istituti caratteristici della giustizia penale del giudice di pace, emerge che l'istituto dell'art. 35 ha un ruolo statisticamente più rilevante rispetto a quello dell'art. 34<sup>55</sup>. Merita poi di essere sottolineato il significativo ruolo della remissione della querela, che risponde all'intento del legislatore di privilegiare – anche e soprattutto nel quadro della giustizia penale del giudice di pace – la conciliazione tra autore e vittima del reato.

## 5. Sintesi

È possibile a questo punto abbozzare una prima conclusione: la conciliazione, la tenuità e le condotte riparatorie producono un effetto apprezzabile in termini di razionalità del sistema, ma relativamente modesto sul piano quantitativo; alla prova dei fatti, per l'autore di un reato di competenza del giudice di pace l'esito 'normale', di gran lunga più probabile, rimane l'infrazione di una pena<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Così PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, cit.

<sup>55</sup> Il dato empirico conferma un rilievo formulato in dottrina, allorché si osservava che tra gli istituti di cui agli artt. 34 e 35 d.lgs. 274/2000 il secondo si prospettava «con potenzialità operative sicuramente più consistenti». Cfr. GALANTINI, *La disciplina processuale*, cit., pp. 225 s.

<sup>56</sup> Appare eccessiva l'attesa, espressa nei lavori preparatori del decreto legislativo, che

## 6. L'arsenale sanzionatorio del giudice di pace

A norma degli artt. 52 ss. d.lgs. n. 274/2000, l'arsenale sanzionatorio del giudice di pace si compone di tre elementi: *pena pecuniaria* (multa o ammenda), *obbligo di permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità*. Dunque, una pena 'classica' e due nuove pene principali<sup>57</sup>: i contenuti di queste ultime sono modellati, in un caso, sulla misura alternativa della detenzione domiciliare *ex art. 47 ter ord. penit.* (salvo eseguirsi di regola il sabato e la domenica), nell'altro, sul lavoro sostitutivo, originariamente previsto (art. 105 l. 24 novembre 1981, n. 689) come sanzione da conversione della pena pecuniaria e ora presente nell'ordinamento in molteplici ruoli, tra i quali spicca, nella prassi, quello di sanzione sostitutiva – della pena detentiva e della pena pecuniaria – per la guida in stato di ebbrezza o sotto l'azione di sostanze stupefacenti, quando non si verifichi alcun incidente stradale (art. 186 co. 9 *bis* e art. 187 co. 8 *bis* cod. strada), nonché per i 'reati di droga' di lieve entità, quando la condanna sia pronunciata nei confronti di un tossicodipendente o di un assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73 co. 5 *bis* d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – t.u. stup.)<sup>58</sup>.

Nel procedimento davanti al giudice di pace multa e ammenda continuano ad applicarsi nell'ammontare previsto nella norma incriminatrice; per i reati originariamente puniti con le pene della reclusione o dell'arresto (comminate in via esclusiva, congiuntamente o alternativamente a multa o ammenda), la permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità subentrano alla pena detentiva secondo una griglia delineata nell'art. 52 co. 2 d.lgs. n. 274/2000,

---

l'approdo all'irrogazione della sanzione costituisse «un esito eccezionale, derivante dall'insuccesso di tutti i numerosi meccanismi destinati a favorire una definizione anticipata del processo»: così *Relazione allo schema di decreto legislativo*, cit., p. 406.

<sup>57</sup> Osserva, a ragione, che le nuove pene avrebbero potuto trovare posto nel catalogo dell'art. 17 c.p. P. PITTARO, *sub art. 53 d. lgs. 274/2000*, cit., p. 1544.

<sup>58</sup> Il lavoro di pubblica utilità è inoltre previsto: nel quadro della sospensione condizionale della pena e della sospensione del procedimento con messa alla prova; come elemento del trattamento rieducativo nell'ambito della pena detentiva; come pena accessoria per i reati in materia di discriminazione razziale; quale sanzione amministrativa accessoria per reati in materia di circolazione stradale. Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 732, nonché (in relazione alla prassi applicativa) pp. 735 ss. Sottolineano la «natura giuridica proteiforme» di questa sanzione, della quale illustrano la progressiva espansione nell'ordinamento, A. MENGHINI, E. MATTEVI, *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, in «DPC-RT», 2, 2014, pp. 117 ss.



che prevede in ogni caso l'alternativa tra la pena pecuniaria ed entrambe le nuove sanzioni. È tale rimane il trattamento sanzionatorio anche nel caso in cui un reato di competenza del giudice di pace sia giudicato, per ragioni di connessione, dal giudice ordinario: quando cioè all'imputato si addebiti di aver commesso con una sola azione od omissione sia un reato di competenza del giudice di pace, sia un reato di competenza del giudice ordinario (artt. 6 e 63 d.lgs. n. 274/2000).

A completare il quadro delle sanzioni a disposizione del giudice di pace, va infine rammentata un'ulteriore componente, il cui ingresso nel sistema risale al 2009 (art. 62 *bis* d.lgs. n. 274/2000, introdotto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94): l'*espulsione dello straniero*, che può essere disposta quale sostitutivo della pena pecuniaria (ammenda o multa) per alcuni reati in materia di immigrazione (artt. 10 *bis*, 14 co. 5<sup>ter</sup> e 14 co. 5 *quater* t.u. imm.). Una singolarissima sanzione sostitutiva: è assai più afflittiva della pena a cui si sostituisce e rappresenta l'«unica ipotesi in cui il giudice di pace può infliggere una sanzione [...] gravemente incidente sulla libertà personale»<sup>59</sup>.

Grande assente, in questo panorama, la *pena detentiva*, che entra nuovamente in scena – ove contemplata nelle comminatorie originarie – soltanto quando siano presenti nel caso concreto alcune circostanze aggravanti, per effetto delle quali il reato torna alla competenza del tribunale (art. 4 co. 3 d.lgs. n. 274/2000): aver commesso il reato per «finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico» (art. 270 *bis*.1 c.p.), ovvero «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale, religioso ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità» (art. 604 *ter* c.p.), o, ancora, aver commesso il reato avvalendosi della forza di intimidazione esercitata da un'associazione mafiosa ovvero al fine di agevolare l'attività di una tale associazione (art. 416 *bis*.1 c.p.).

Due sottolineature.

Il lavoro di pubblica utilità è applicabile esclusivamente su richiesta dell'imputato, in armonia con il divieto di lavori forzati o obbligatori di cui all'art. 4 CEDU.

Il sistema sanzionatorio del giudice di pace non conosce la sospensione condizionale della pena (art. 60 d.lgs. n. 274/2000)<sup>60</sup>. La logica che sta

<sup>59</sup> Così MASERA, *sub* art. 10 *bis* d.lgs. 286/1998, *cit.*, p. 2648.

<sup>60</sup> Cfr. PALAZZO, *La sospensione condizionale tra giudice di pace e riforma del codice penale*, in «DPP», 2000, pp. 1557 ss. Sul tormentato percorso attraverso il quale il legislatore è giunto a tale soluzione, cfr. PISA, *La disciplina sanzionatoria*, *cit.*, p. 233 ss., il quale osserva, conclusivamente, che «alla luce di una disciplina sanzionatoria dal volto

alla base di questa scelta legislativa è stata ben evidenziata dalla Corte costituzionale<sup>61</sup>: ad avviso della Corte, «i tratti d'assieme dell'apparato sanzionatorio dei reati di competenza del giudice di pace, composto da sanzioni con modesto tasso di afflittività e carenti di effetti desocializzanti, da un lato; le peculiari coordinate del procedimento all'esito del quale dette sanzioni sono applicate, volte a privilegiare soluzioni deflattive e conciliative, anziché repressive, dall'altro: sono questi gli elementi che [...] impediscono di scorgere nella preclusione denunciata un *vulnus* al principio di eguaglianza».

### *7. Lo schiacciante predominio della pena pecuniaria nella giustizia penale del giudice di pace...*

Da quanto detto sin qui emerge che – in astratto – tutti i reati di competenza del giudice di pace possono essere sanzionati con la sola *pena pecuniaria*: vuoi perché si tratti dell'unica pena prevista nella comminatoria legale, vuoi in quanto la pena pecuniaria, prevista in alternativa alla permanenza domiciliare e al lavoro di pubblica utilità, venga scelta dal giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale.

Nella seconda ipotesi il giudice di pace farà riferimento, in assenza di una disciplina *ad hoc*, alla disciplina generale dettata agli artt. 132 e 133 c.p. Non diversamente da quanto si verifica nella commisurazione della pena ad opera del giudice togato, sia nella determinazione dell'ammontare della pena, sia nella scelta tra pena detentiva e pena pecuniaria, anche il giudice di pace manifesta una forte predilezione per il trattamento più mite<sup>62</sup>: privilegia dunque nettamente la pena pecuniaria. La permanenza domiciliare ha un ruolo del tutto marginale nella prassi. Scarsamente significativo anche il ruolo del lavoro di pubblica utilità, che presuppone, come si è detto, una richiesta da parte dell'imputato: il che, verosimilmente, accade assai di rado.

La legge sul giudice di pace, all'art. 52 commi 3 e 4, individua soltanto un'ipotesi in cui la pena pecuniaria è messa fuori gioco a favore della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità: si tratta dei casi di recidiva reiterata infraquinquennale di cui all'art. 99 commi 4 e 2 n. 2

---

benevolo l'aggiunta della sospensione condizionale avrebbe tolto ulteriore credibilità al nuovo sistema».

<sup>61</sup> Cfr. C. cost., 13 marzo 2014, n. 47.

<sup>62</sup> V. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 751 ss.

c.p., a condizione che non sussistano – in concreto – circostanze attenuanti ritenute dal giudice prevalenti o equivalenti<sup>63</sup>, che il reato non sia punito con la sola pena pecuniaria e che originariamente il reato non prevedesse una comminatoria alternativa di pena, con pena detentiva fino a sei mesi. Un'ipotesi dai contorni molto ristretti, che non intacca in nessun modo il ruolo dominante della pena pecuniaria nella giustizia del giudice di pace.

Ho fatto alcuni generici riferimenti alla *prassi* sanzionatoria del giudice di pace. Cerco ora di precisare quelle affermazioni, nei limiti in cui mi è consentito dalle fonti di cui dispongo.

Un dato nazionale relativo al 2016: secondo una comunicazione informale del Ministero della Giustizia, in quell'anno il giudice di pace avrebbe pronunciato circa 13.000 condanne alla pena pecuniaria, mentre le condanne al lavoro di pubblica utilità sarebbero state 93 e le condanne alla permanenza domiciliare 36<sup>64</sup>. In questo quadro, le condanne a pena pecuniaria rappresenterebbero dunque il 99% del totale. Un valore percentuale che non si discosta da quelli rilevati negli anni precedenti<sup>65</sup>: ad es., nel 2010 le condanne a pena pecuniaria pronunciate dal giudice di pace si attestavano infatti al 98,7%, nel 2012 al 99,47%.

Un'ulteriore, più recente comunicazione (anche in questo caso, informale) del Ministero della Giustizia sembra peraltro correggere al ribasso, in misura rilevante, il dato relativo al numero delle condanne pronunciate nel 2016 dal giudice di pace: nel 2016 le condanne sarebbero state complessivamente 9.751, di cui 9.700 a pena pecuniaria<sup>66</sup>. Importa peraltro sottolineare che anche secondo questa rilevazione statistica la percentuale delle condanne a pena pecuniaria rispetto al totale delle condanne pronunciate dal giudice di pace rimane superiore al 99%. Una quota superiore al 99% viene anzi segnalata dal Ministero per l'intero arco temporale (2012-2019) a cui si riferiscono i dati statistici oggetto della comunicazione, che spaziano da un minimo di 99,1% nel 2017 a un massimo del 99,7% nel 2019.

---

<sup>63</sup> Sulla lettura che si deve dare oggi dell'art. 52 co. 3 d.lgs. 274/2000, dopo che la legge n. 251/2005 (c.d. legge *ex Cirielli*) ha modificato l'art. 69 c. 4 c.p. e dopo una serie di interventi della Corte costituzionale che hanno a loro volta inciso su quest'ultima disposizione, dichiarando costituzionalmente illegittimo il divieto di prevalenza di alcune circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, cfr. TURCHETTI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 2972 s.

<sup>64</sup> Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 717.

<sup>65</sup> Cfr. TURCHETTI, *sub* art. 34 d.lgs. 274/2000, cit., p. 2977.

<sup>66</sup> Faccio riferimento al 2016, benché i dati oggetto della comunicazione abbraccino il periodo 2012-2019, in quanto la stessa fonte ministeriale segnala una scarsa attendibilità dei dati più recenti, sottolineando che le sentenze di condanna possono essere non definitive o comunque non ancora iscritte nel Casellario giudiziale.

Quanto al rapporto tra permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità, non disponendo di dati più recenti, segnalo che tra il 2010 e il 2012 – diversamente da quanto rilevato nel 2016 – si registrava una prevalenza numerica della prima sanzione sulla seconda: nel 2010 la permanenza domiciliare è stata applicata (o sarebbe stata applicata...) in 117 casi contro 82 in cui è stato applicato il lavoro di pubblica utilità; nel 2011 le applicazioni sono state 96 contro 67; nel 2012 122 contro 32.

Sempre, comunque, valori assoluti molto modesti e quote percentuali irrisorie.

Nella prassi del giudice di pace di Milano<sup>67</sup>, tra il 2007 e il 2016 le sentenze di condanna alla permanenza domiciliare sono state soltanto 6, le ultime delle quali pronunciate nel 2013. Ancora più povero il quadro relativo al lavoro di pubblica utilità: nello stesso arco di tempo, il lavoro di pubblica utilità è stato disposto una sola volta (nel 2014). Il rapporto tra le diverse tipologie sanzionatorie nella prassi milanese non sembra, d'altra parte, mutato in modo significativo rispetto a quello rilevato in uno studio condotto sul periodo compreso fra luglio 2007 e giugno 2009<sup>68</sup>: a fronte di 226 condanne a pena pecuniaria (su 1032 procedimenti definiti), in due soli casi vi era stata condanna alla permanenza domiciliare ed in nessun caso al lavoro di pubblica utilità. In ultima analisi, anche a Milano la pena pecuniaria ha un ruolo pressoché esclusivo nella giurisprudenza penale del giudice di pace.

Da ultimo, un cenno alla prassi sanzionatoria del giudice di pace nella Regione Trentino Alto Adige: nel 2007 su 100 procedimenti definiti, quelli approdati a una condanna a pena pecuniaria sono stati il 10,98%, con la consueta, nettissima preponderanza sia sulla permanenza domiciliare – applicata nello 0,28% dei procedimenti – sia sul lavoro di pubblica utilità – applicato nello 0,09% dei procedimenti –.

#### 8. (Segue): ... e la totale ineffettività di quella pena

Lo sfondo sul quale si colloca la 'pena pecuniaria del giudice pace', in una condizione di sostanziale *monopolio* rispetto alle altre tipologie sanzionatorie, è quello di un sistema sanzionatorio penale generale nel quale la pena pecuniaria occupa invece una posizione *minoritaria*. In tempi

<sup>67</sup> Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 717 s.

<sup>68</sup> Cfr. TURCHETTI, *sub art. 34 d.lgs. 274/2000*, cit., p. 2976.

recenti, la quota più elevata di condanne alla sola pena pecuniaria in Italia è stata registrata nei primi anni di questo millennio: si tratta del 49%, raggiunto nel 2000. Successivamente – nel 2015 e nel 2016 – le condanne alla sola pecuniaria si sono attestate intorno al 30%, per scendere, infine, nel 2018, al 25%<sup>69</sup>. Un significativo termine di raffronto è offerto dalla Germania, dove nel 2016 le condanne alla sola pecuniaria rappresentavano il 77% del totale delle condanne.

La riluttanza del legislatore italiano a fare ricorso alla pena pecuniaria ha motivazioni molteplici, che si sono verosimilmente modificate nel tempo, almeno in parte: oggi parrebbe avere un peso decisivo il bassissimo grado di effettività di questa pena<sup>70</sup>. Le pene pecuniarie eseguite ‘volontariamente’, senza cioè che si sia proceduto all’esecuzione forzata sui beni del condannato, rappresentano all’incirca l’1% del credito dello Stato derivante da multa e ammenda; le pene pecuniarie eseguite (anche a seguito di esecuzione forzata) corrispondono al 3% del totale<sup>71</sup>.

Anche l’istituto della conversione della pena pecuniaria (art. 136 c.p. e art. 102 l. n. 689/1981) latita nella prassi, un fenomeno che si è fortemente accentuato negli ultimi anni: le pene pecuniarie riscosse per effetto della conversione sono passate dal 3,3% nel 2016 allo 0,3% nei primi dieci mesi del 2019<sup>72</sup>. Questo dato si spiega soprattutto con il carattere farraginoso del meccanismo di riscossione: nel 2013 era stata avanzata da Paola Severino, Ministro della Giustizia nel Governo presieduto da Mario Monti, la proposta di affidare la riscossione, attraverso una gara pubblica, ad una banca specializzata nel recupero crediti, ma la proposta non aveva avuto successo; dal 2016 la riscossione è affidata all’Agenzia delle entrate, una scelta criticata in un documento datato 2017 della Corte dei Conti, che auspicava invece un meccanismo incentrato sul controllo del Ministero della Giustizia, e non su quello del Ministero dell’Economia<sup>73</sup>. Il punto

<sup>69</sup> Cfr. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in «RIDPP», 2018, pp. 402 ss. Il dato relativo al 2018 è tratto da M. GABANELLI, S. RAVIZZA, *Criminalità, Quei 6 miliardi di euro che l’Italia regala ai condannati*, in <<http://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli>>, 1 dicembre 2019.

<sup>70</sup> Sull’ineffettività della pena pecuniaria nel nostro ordinamento, cfr. per tutti L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Giuffrè, Milano 2008, in particolare, pp. 123 ss. (e *ivi* ampia bibliografia); EAD., *L’effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in «DPC-RT», 13 novembre 2012.

<sup>71</sup> Cfr. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, cit., p. 402.

<sup>72</sup> Cfr. M. GABANELLI, S. RAVIZZA, *Ivi*.

<sup>73</sup> Cfr. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*,

cruciale sembra comunque risiedere nell'insoddisfacente collegamento tra l'organo della riscossione e l'autorità giudiziaria competente a procedere alla conversione, alla quale l'inesigibilità della pena pecuniaria viene per lo più comunicata dopo che è maturata la prescrizione della pena<sup>74</sup>.

Ora, la pena pecuniaria irrogata dal giudice di pace soggiace ad una disciplina peculiare per quanto riguarda la conversione in caso di insolubilità<sup>75</sup>. Le peculiarità riguardano sia la tipologia delle sanzioni da conversione (accanto al lavoro sostitutivo, nel sistema del giudice di pace compare non la libertà controllata, bensì la permanenza domiciliare), sia la disciplina dell'inosservanza delle prescrizioni inerenti alla sanzione da conversione (che nella giustizia del giudice di pace, a norma dell'art. 56 d.lgs. n. 274/2000, integra un'autonoma figura delittuosa, sanzionata con la reclusione fino ad un anno)<sup>76</sup>. La procedura di riscossione della pena pecuniaria è però quella ordinaria, come prevista nel diritto penale comune: è dunque altamente verosimile che anche in questa sfera l'istituto della conversione trovi applicazioni del tutto sporadiche e non incida in modo significativo sulla effettiva riscossione delle somme dovute a titolo di pena pecuniaria.

D'altra parte, il desolante quadro, accennato poco fa, di una pena pecuniaria sistematicamente ineseguita ricomprende anche le pene pecuniarie irrogate dal giudice di pace. La recente comunicazione informale del Ministero della Giustizia alla quale facevo riferimento in precedenza evidenzia infatti che delle 9.700 condanne a pena pecuniaria pronunciate dal giudice di pace nel 2016 solo 196 sono state eseguite; l'importo complessivo delle pene pecuniarie irrogate era di oltre 59.000.000, l'importo riscosso di 88.000 euro. La riscossione si realizza dunque soltanto nel 2% dei casi; la quota riscossa del credito dello Stato derivante dalle condanne pronunciate dal giudice di pace non raggiunge lo 0,15%!

### 9. *L'esito paradossale dell'itinerario attraverso la giustizia penale del giudice di pace*

Accade in definitiva che l'unica sanzione realmente operante nella sfera del giudice di pace – affiancata solo sulla carta dalla permanenza domiciliare e dal lavoro di pubblica utilità – sia una pena pecuniaria afflitta da un *deficit*

cit., p. 403.

<sup>74</sup> Cfr. *Ibid.*

<sup>75</sup> V. per tutti MARINUCCI, DOLCINI, GAITA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., p. 725 ss.

<sup>76</sup> In proposito, v. le osservazioni critiche di PITTARO, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., t. III, *sub* art. 55 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, p. 1548.

di effettività tale da azzerare i pregi che da sempre la dottrina riconosce a questa sanzione. Questo *l'esito paradossale* del mio itinerario attraverso la giustizia penale del giudice di pace: dove l'inflizione di una pena avrebbe una precisa ragion d'essere, si realizza – di fatto – l'*impunità*.

Con un'eccezione – che, secondo i dati ministeriali, parrebbe peraltro statisticamente marginale – relativa ai reati in materia di immigrazione. In questa sfera non può parlarsi di impunità: la pena pecuniaria inflitta non viene eseguita, ma viene sistematicamente sostituita con l'espulsione (ciò che nel 2016 ha interessato 435 condanne, per un importo complessivo di 2.500.000 euro), che diventa così la 'vera pena' per i reati in questione<sup>77</sup>: salvo un ulteriore interrogativo circa l'effettiva esecuzione della stessa espulsione.

Al di là di questo particolarissimo settore, trova dunque conferma nei fatti quello che agli albori della giustizia penale del giudice di pace veniva avvertito come un rischio: che il giudice di pace si trasformasse in una «tigre di cartapesta»<sup>78</sup>.

Anche dall'angolo di osservazione del giudice di pace torna dunque ad imporsi il più ampio tema della ineffettività della pena pecuniaria nell'ordinamento italiano, ciò che da tempo reclama una radicale riforma sia della struttura della pena, sia delle procedure di riscossione. Alle proposte della dottrina<sup>79</sup> il legislatore, impermeabile all'esigenza di riequilibrare, nel sistema, il rapporto tra pena detentiva e pena pecuniaria, oppone da sempre un totale disinteresse: l'esigenza di limitare il ricorso al carcere viene infatti avvertita del tutto occasionalmente, sotto la stretta di pronunce di condanna da parte della giurisprudenza sovranazionale, ma subito dopo viene prontamente rimossa.

Quanto alle procedure di riscossione della pena pecuniaria, ai richiami rivolti dalla dottrina al legislatore si unisce quello, autorevolissimo, della Corte costituzionale. La Corte è stata chiamata, di recente, a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una disposizione del Testo unico sulle spese

<sup>77</sup> Così GATTA, *Il reato di 'clandestinità' e la riformata disciplina dell'immigrazione*, in «DPC-RT», 2009, p. 1317, in particolare p. 1324; MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino*, cit., p. 46; ID., *sub art. 62 bis d.lgs. 274/2000*, in *Codice penale commentato*, cit., p. 3009.

<sup>78</sup> Cfr. *Relazione allo schema di d.lgs.*, cit., p. 406, nonché PISA, *La disciplina sanzionatoria*, cit., p. 234.

<sup>79</sup> Cfr. per tutti DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, cit., pp. 416 ss.; GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, cit., p. 367 ss.; EAD., *Le pene pecuniarie: storia, comparazione, prospettive*, in «DPC-RT», 22 novembre 2017, pp. 21 ss.; M. MIEDICO, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, EGEA, Milano, 2008, pp. 155 ss.

di giustizia (art. 238 *bis* d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), nella quale – al fine di evitare che l’inerzia dell’agente della riscossione possa paralizzare il procedimento di conversione della pena pecuniaria – si equipara l’omissione (o la palese inutilità) dell’esecuzione forzata sui beni all’esito negativo dell’esecuzione, stabilendo che il pubblico ministero, una volta decorsi ventiquattro mesi dalla presa in carico del ruolo da parte dell’agente della riscossione, debba attivare comunque la procedura di conversione presso il magistrato di sorveglianza. I parametri costituzionali invocati dal giudice remittente erano offerti dagli artt. 3, 24 e 27 co. 3 Cost.: l’obiettivo, quello di rafforzare, nell’ambito del procedimento di conversione, le garanzie offerte al condannato a pena pecuniaria (con l’effetto, peraltro, in caso di accoglimento della questione, di rendere la procedura ancora più complessa rispetto all’oggi).

La Corte costituzionale si è pronunciata per l’infondatezza delle questioni sottoposte al suo giudizio<sup>80</sup>: di particolare rilievo la sottolineatura che in nessun caso la conversione si realizza nei confronti di un soggetto inconsapevole. Lungi, dunque, dall’indulgere ad un appesantimento della procedura di riscossione della pena pecuniaria, la Corte ha dato un’indicazione di segno opposto, concludendo la propria pronuncia con un rilievo che riporto testualmente: «Il procedimento di esecuzione della pena pecuniaria, del quale i provvedimenti di conversione costituiscono uno dei possibili esiti, è oggi ancor più farraginoso di quanto non lo fosse nel 1987» – allorché la Corte aveva denunciato i difetti presenti nella disciplina processuale della conversione<sup>81</sup> – «prevedendo l’intervento, in successione, dell’ufficio del giudice dell’esecuzione, dell’agente della riscossione, del pubblico ministero e del magistrato di sorveglianza. A tutti questi soggetti sono demandati plurimi adempimenti più o meno complessi, che tuttavia non riescono, allo stato, ad assicurare né adeguati tassi di riscossione delle pene pecuniarie, né l’effettività della conversione delle pene pecuniarie non pagate. Tale situazione, oggetto di diagnosi risalenti in dottrina, fa sì che la pena pecuniaria non riesca a costituire in Italia un’alternativa credibile rispetto alle pene privative della libertà, come accade invece in molti altri ordinamenti».

Considerazioni di questo tenore sono state ribadite dalla Corte costituzionale in un’ulteriore, ancor più recente sentenza<sup>82</sup>, nella quale la Corte ha auspicato «un complessivo intervento... volto a restituire effettività

<sup>80</sup> C. cost., 20 dicembre 2019, n. 279.

<sup>81</sup> C. cost., 7 aprile 1987, n. 108.

<sup>82</sup> C. cost., 11 febbraio 2020, n. 15.



alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale».

Se i moniti della Corte costituzionale, tesi ad ottenere una riforma che semplifichi la disciplina della riscossione della pena pecuniaria e ne garantisca l'effettività, troveranno una risposta adeguata da parte del legislatore, se ne gioverà non solo la giustizia del giudice di pace, ma l'intero sistema penale.

Raffaello Magi\*

*Principio di tassatività e misure di prevenzione  
Un circuito virtuoso tra le corti negli anni 2014-2019*

SOMMARIO: 1. La giusta diffidenza della dottrina verso lo strumento preventivo italiano – 2. La risposta delle Alte Corti e il tentativo di espandere le garanzie – 3. La linea evolutiva della giurisprudenza di legittimità ed il confronto con Strasburgo – 4. La stabilizzazione del paradigma della tassatività – 5. La Corte costituzionale rilegge il sistema con la sentenza 24 del 2019 – 6. Un fronte rimasto aperto.

1. *La giusta diffidenza della dottrina verso lo strumento preventivo italiano*

Il territorio delle misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali, è da sempre visto con *sospetto* dalla dottrina penalistica italiana, sulla base di solide e condivisibili ragioni storiche.

Se paragoniamo il sistema di controllo giurisdizionale delle condotte devianti ad un fabbricato per civili abitazioni, chi si occupa di misure di prevenzione sa di dover scendere nel sottoscala, negli scantinati dove si tengono nascosti gli strumenti più efficaci per il taglio dell'erba cattiva, strumenti che proprio per essere tanto efficaci sono anche taglienti e pericolosi, sì da doverli tenere nascosti alla vista dei minori.

Ai piani superiori troviamo – invece – raffinate elaborazioni concettuali sul dolo, in mansarda una avanzata rassegna di ipotesi sul nesso causale nei reati omissivi, al piano terra volumi e volumi su tassatività e divieto di retroattività delle norme incriminatrici.

Al netto dei rischi di 'cattiva applicazione' delle norme, la griglia di protezione del cittadino verso le tentazioni autoritarie del legislatore in campo penale è solida e robusta, saldamente agganciata ai principi di legalità (art. 25 co. 1 Cost.), personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.) e alle ricadute del finalismo rieducativo della pena (art. 27 co. 3 Cost.).

---

\* Consigliere presso la Corte di Cassazione.

Ma l'intero apparato normativo di controllo dell'arbitrio giudiziale – rafforzato dalla evoluzione del modello processuale verso stili rispettosi del principio del contraddittorio – rischia la censura di complessiva *ineffettività*, se attraverso gli strumenti presi dal sottoscala si possono raggiungere analoghi risultati (di controllo della ipotizzata devianza) con tecniche e modalità prettamente poliziesche e antiformaliste.

Questa l'osservazione preoccupata di molti, in ambito forense ed accademico.

Al tempo stesso, sul piano storico, l'esistenza di un sotto-sistema di controllo della devianza – a metà strada tra le misure amministrative di polizia e forme di inibizione comportamentale *controllata* dalla giurisdizione – ha rappresentato (almeno dal 1982 in avanti, dopo l'entrata in vigore della legge Rognoni-La Torre) un argine alla pervasiva tendenza espansiva delle organizzazioni mafiose, tese a condizionare pesantemente l'ordine economico e la stessa democrazia, diventando un laboratorio – spesso molto avanzato – di intervento giurisdizionale specialistico sul contrasto alle accumulazioni patrimoniali illecite.

## *2. La risposta delle Alte Corti e il tentativo di espandere le garanzie*

Con l'attenuazione di alcune emergenze (non è mai opportuno parlare di superamento) e con la crescita di consapevolezza (anche all'interno della magistratura italiana) delle plurime criticità correlate all'uso indiscriminato dello strumento delle misure di prevenzione, si è però creato – a parere di chi scrive – un circuito virtuoso tra le Corti regolatrici, essenzialmente finalizzato ad un recupero di legalità nel settore preventivo ed alla necessità di riposizionamenti concettuali utili a collocare lo strumento preventivo a pieno titolo nell'ambito costituzionale e convenzionale.

Del resto, nessuno dubita – meno che mai la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale italiana – della obiettiva necessità (anche in funzione di potenziale surroga alla pena) di strumenti giuridici di intervento inibitorio e/o recuperatorio, che siano capaci di inquadrare non già la singola condotta ma un periodo più ampio e consistente di osservazione dei comportamenti del singolo individuo, così come nessuno dubita – anche in ambito sovranazionale e eurounitario – della efficacia di strumenti di recupero coatto di patrimoni cresciuti all'ombra della costante illegalità.

Ciò che risulta fondamentale, in tale ottica, è la adeguatezza della

«base legale» (connotata da sufficiente determinatezza e prevedibilità) e l'affidamento al giudice di un ragionevole potere cognitivo che possa dar luogo a verifiche non sommarie e aderenti alle previsioni di legge, in un contesto che si posizioni su un binario affine ma obiettivamente diverso da quello su cui scorre il diritto penale in senso proprio.

A parere di chi scrive, il dibattito teorico posteriore agli interventi legislativi 'ampliativi' dello strumento della prevenzione (leggi del 2008 e del 2009, poi trasfuse nel 'testo unico' rappresentato dal decreto legislativo n. 159 del 2011) ha rischiato di arenarsi sul tema delle «etichette» penale/non penale, con la pretesa di far discendere l'applicazione di (necessari) connotati di maggior garanzia esclusivamente dall'ingresso (incoerente) della prevenzione nello scenario penalistico puro, lì dove nulla vieta – come gli stessi arresti della Corte di Strasburgo dimostrano – di raggiungere risultati in larga misura analoghi pur mantenendo la connotazione 'non penale' dello strumento della prevenzione.

Il riferimento – come meglio si dirà nel prosieguo – è da intendersi proprio al recupero di tassatività delle previsioni regolatrici tipiche, descrittive delle categorie legali di pericolosità, reso possibile da una più accentuata consapevolezza circa la natura di «intervento limitativo di diritti fondamentali» da assegnare alle misure di prevenzione, in aderenza alle riflessioni proposte dalla Corte Edu sulla «qualità delle legge», aspetto che è ormai divenuto patrimonio comune della cultura giuridica, anche in campo non penale.

Vanno pertanto ricordate, in ordine cronologico, le linee di elaborazione giurisprudenziale di maggior interesse, antecedenti e posteriori alla pubblicazione, nel febbraio del 2017, della nota decisione della Corte Edu *De Tommaso contro Italia*.

Va ricordato che con tale sentenza, intervenuta in caso di misura personale (applicata in primo grado e revocata in secondo grado per insussistenza dei presupposti) la Corte Edu ha evidenziato un *deficit* di chiarezza e precisione nella previsione regolatrice interna (art. 1 l. n. 1423/1956), con violazione dell'art. 2 prot. 4 in tema di libertà di circolazione.

In particolare, si è affermato che la legge esaminata non contiene disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società, con la conseguenza di disancorare – in simile visione – la scelta applicativa dall'apprezzamento di condotte predeterminate, specifiche ed idonee a porsi a base di una argomentata prognosi di pericolosità e con eccesso di

discrezionalità del giudice<sup>1</sup>.

A fronte di tale presa di posizione, che attesta una seria frizione – di certo declinata in termini generali, pur se occasionata dal caso esaminato – tra le disposizioni convenzionali e le norme interne (quantomeno quelle che descrivono i connotati della cd. pericolosità generica) nel segmento preliminare della ricostruzione della pericolosità ed in virtù di un giudizio espresso in termini di *cattiva qualità della legge*, le risposte della giurisdizione interna non sono state uniformi.

Ritenendo non realizzabile una interpretazione della disciplina ‘convenzionalmente e costituzionalmente orientata’ (tale da determinare una rivisitazione delle ragioni del contrasto), alcune autorità giudicanti di merito hanno, subito dopo la pubblicazione della decisione di Strasburgo, sollevato incidente di legittimità costituzionale delle disposizioni in tema di descrizione legale dei presupposti della pericolosità generica (art. 1 d.lgs. n. 159 del 2011) per contrasto con l’art. 117 comma 1 Cost. in riferimento ai contenuti dell’art. 2 prot. 4 e art. 1 prot. 1 Conv. per come interpretati dalla Corte Edu nel citato arresto.

In tale ottica, la stretta correlazione tra verifica preliminare della pericolosità soggettiva e incremento del patrimonio – a fini di confisca – rende rilevante il dubbio di legittimità costituzionale anche in procedure a contenuto patrimoniale.

Altre autorità giudicanti di merito hanno ritenuto di non sollevare l’incidente di costituzionalità, vuoi in ragione dei caratteri dell’arresto sovranazionale (ritenuto non espressivo di una linea interpretativa consolidata e dunque non vincolante per il giudice interno secondo uno dei parametri elaborati, sul tema generale, da Corte cost. n. 49/2015) vuoi in ragione della riaffermazione di linee interpretative diverse, ritenute non confliggenti con i principi espressi dalla Grande Camera.

Su tali aspetti verranno dunque esaminati i contenuti dei principali arresti della Corte di cassazione, precisandosi sin d’ora che la Corte suprema italiana, tra il 2017 e il 2019, ha ritenuto di percorrere la strada di una

---

<sup>1</sup> Si riporta il passaggio argomentativo di maggior rilievo contenuto nella decisione: «[...] La Corte osserva che, nonostante il fatto che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l’applicazione di tali misure resta legata a un’analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le “prove fattuali” o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione. La Corte ritiene pertanto che la Legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società [...]».

interpretazione «costituzionalmente e convenzionalmente orientata» sì da realizzare una forma di dialogo con la Corte di Strasburgo non implicante la rimessione al giudice delle leggi.

### 3. *La linea evolutiva della giurisprudenza di legittimità ed il confronto con Strasburgo*

Sul piano storico, può affermarsi che la linea evolutiva della giurisprudenza di legittimità – già a partire dal 2014 – ha riconosciuto e formalizzato il fondamento logico del giudizio di pericolosità soggettiva (posto a base di tutte le misure di prevenzione) attraverso una ricognizione ‘bifasica’ dei doveri del giudice.

Ciò riguarda le stesse *modalità realizzative* del giudizio di pericolosità (v. già Cass. n. 23641 del 2014, Mondini) e la sua obbligatoria scissione in due fasi: una fase di apprezzamento e ricostruzione delle condotte tenute dal soggetto proposto (spesso definita come fase *constatativa*) cui segue la fase *prognostica* in senso stretto, ossia la formulazione del giudizio di concreta probabilità della futura commissione, da parte del soggetto, di condotte aggressive di beni giuridici protetti dalle disposizioni regolatrici.

La seconda operazione, di natura dogmatica, riguarda l’adozione di una *lettura tassativizzante* delle previsioni di legge, tesa ad influenzare già la parte constatativa del giudizio, nel senso di escludere *ab initio* dal quadro valutativo condotte non in linea con la selezione normativa delle fattispecie di potenziale pericolosità.

In altre parole, l’adozione di uno *standard* più elevato di «aderenza alla norma» nel momento preliminare (ma ineliminabile) della *constatazione* rende impossibile l’emissione del provvedimento applicativo della misura di prevenzione lì dove le condotte pregresse del soggetto proposto: a) non siano sufficientemente dimostrate come condotte realmente verificatesi, il che bandisce dal sistema delle misure di prevenzione i semplici sospetti o le valutazioni meramente congetturali<sup>2</sup>; b) non siano rispondenti ai contenuti estratti dalla previsione di legge, ricondotta, quest’ultima, a connotati di più stringente determinatezza (ad esempio, considerando il riferimento a precedenti condotte delittuose non in termini valoriali ma tassativi).

In tal modo, pur senza rinneare la qualificazione *preventiva* dell’intervento – perché con la misura di prevenzione non si infligge una

<sup>2</sup> Aspetto ribadito, tra le molte, in Cass., 7 febbraio 2018, n. 9517.

pena al destinatario dell'azione ma si adottano provvedimenti incidenti su diritti di libertà o di proprietà in chiave *contenitivo-inibitoria*, sì da evitare o limitare le capacità di riproposizione di un determinato comportamento – la giurisprudenza della Suprema corte ha proposto una lettura «di sistema» che inevitabilmente condiziona la risposta preventiva alla osservanza di taluni principi di schietta matrice penalistica (tassatività/determinatezza), allo scopo di rafforzare la prevedibilità di ciò che – in ogni caso – è e resta un intervento «limitativo di diritti» (così qualificato in più occasioni dalla Corte costituzionale<sup>3</sup>), con netta riduzione degli ambiti di discrezionalità del giudice.

Tale orientamento, venuto in essere anche prima e indipendentemente dalla emissione della decisione della Corte Edu *De Tommaso* (v. Cass. Sez. I, n. 31209 del 2015, Scagliarini) si è indubbiamente consolidato tra il 2017 ed il 2018 ed ha consentito – specie nel settore della pericolosità generica – di affermare, in più occasioni, la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta, da taluni ricorrenti, in aderenza ai contenuti espressi dalla Corte di Strasburgo.

In altre parole, l'opzione seguita dai giudici di legittimità pare muovere da una condivisione delle opzioni di principio espresse dalla Corte europea, tradotte – tuttavia – non già in un giudizio demolitorio della disciplina, quanto in un approdo interpretativo di diversa consistenza e qualità rispetto al passato, idoneo a far emergere – in casi come quello giudicato a Strasburgo – non già il difetto della legge quanto la sua 'cattiva applicazione' nel caso concreto.

L'opzione sin qui descritta, che per comodità possiamo definire come «approccio tassativizzante» si è manifestata in numerosi casi, tanto da potersi apprezzare in termini di *diritto vivente*.

È utile il riferimento ai contenuti di una recente decisione (Cass. Sez. I, 19 aprile 2018 n. 43826) che, nel fare il punto sulla continuità dell'indirizzo, riprende altri arresti (v. anche, in senso conforme, Cass., 11 ottobre 2017, n. 2385) e ribadisce i passaggi rilevanti della descritta linea interpretativa.

Si è dunque affermato che «[...] dalla matrice giurisdizionale del procedimento e dalle ricadute della decisione su diritti fondamentali della persona deriva, la necessità di una valorizzazione: a) della dimensione probatoria della c.d. fase constatativa del giudizio di prevenzione, base logica e giuridica della successiva prognosi di pericolosità; b) della aderenza di tale dimensione probatoria ai contenuti tipici della fattispecie astratta che si ritiene di applicare al soggetto proposto. Le decisioni di questa Corte

---

<sup>3</sup> Il riferimento è alla ordinanza n. 721 del 1988 ed alla sentenza n. 335 del 1996.

– antecedenti e successive alla pronunzia della Corte di Strasburgo – che hanno dato corpo a tale linea interpretativa sono molteplici (si vedano, sul tema Sez. I n. 31209 del 2015; Sez. II n. 26235 del 2015; Sez. I n. 43720 del 2015; Sez. V n. 6067 del 2017; Sez. I n. 16038 del 2016; Sez. I n. 36258 del 2017; Sez. I n. 54119 del 2017; Sez. VI n. 53003 del 2017; Sez. I n. 349 del 2018; Sez. I n. 13375 del 2018), e convergenti nel realizzare una lettura delle disposizioni in tema di pericolosità semplice di cui all'art. 1 lett. *a-b* Cod. Ant. incentrata sulla valorizzazione della locuzione *proventi di attività delittuose/traffici delittuosi* in chiave tassativizzante [...]. Si è infatti affermato, in via generale, che nella fase preliminare della constatazione delle condotte potenzialmente indicative della pericolosità sociale, parlare di 'traffici delittuosi' o di proventi di 'attività delittuose' in senso non generico, significa che, pur senza indicare le fattispecie incriminatrici specifiche, il legislatore ha inteso prendere in esame la condizione di un soggetto che ha, in precedenza, *commesso dei delitti* consistenti in attività di intermediazione in vendita di beni vietati (traffici *delittuosi*) o tipologicamente produttivi di reddito (provento di attività *delittuose*). In tal senso, le categorie tipizzate della personalità semplice – art. 1 Cod. Ant. – presentano aspetti (il riferimento alla *abitualità* e la descritta connotazione dell'attività pregressa svolta dal soggetto) di più elevata aderenza al paradigma classico della pericolosità penalistica rispetto a quelle della c.d. pericolosità qualificata (art. 4 co.1 lett. *a* e lett. *b*), posto che in tale secondo caso il legislatore – proprio in riferimento al maggior disvalore delle fattispecie penali evocate – non richiede la precedente verifica della commissione del reato ma consente l'intervento preventivo sulla base dell'*indizio* di commissione del medesimo. [...] In altre parole, va condivisa e ribadita l'affermazione (v. Sez. I n. 349/2018) per cui, nella costruzione della fattispecie legale di pericolosità il '*delittuoso*' non è connotazione di disvalore generico della condotta pregressa ma attributo che la qualifica, dunque il giudice della misura di prevenzione deve, preliminarmente, attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate (dato il riferimento alla *abitualità*) che – vuoi facendosi riferimento ad accertamenti realizzati in sede penale, vuoi attraverso una autonoma ricostruzione incidentale che non risulti contraddetta da esiti assolutori – siano rispondenti al tipo di una previsione di legge penalmente rilevante. Ciò impone di ritenere che nella ricognizione del contenuto delle disposizioni di cui all'art. 1 co.1 lett. *a-b* Cod. Ant. l'interprete è tenuto ad aderire ad una lettura del contenuto prescrittivo che si fondi sull'apprezzamento di ripetute condotte di reato corrispondenti ai tratti (e alle finalità) delineati dal legislatore [...]. Ed ancora, in aderenza a tali



principi, si è ribadito che «[...] la descrizione della ‘categoria criminologica’ di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 ha, pertanto, il medesimo “valore” che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, ossia esprime la ‘previa’ selezione e connotazione, con fonte primaria, dei *parametri fattuali rilevanti*, siano gli stessi rappresentati da una condotta specifica (le ipotesi di ‘indizio di commissione’ di un particolare reato, con pericolosità qualificata) o da un ‘fascio di condotte’ (le ipotesi di pericolosità generica). Ciò peraltro consente di qualificare come non condivisibile – anche alla luce delle più recenti linee interpretative interne – il giudizio negativo espresso dalla Corte Edu nel caso *De Tommaso* in punto di “qualità della legge”, nel senso che le disposizioni di riferimento, qui limitate ai casi di “dedizione abituale a traffici delittuosi (lettera a art. 1 co.1) e/o al vivere abitualmente, anche in parte, con il provento di attività delittuose (lettera b)” contengono gli *spunti tassativizzanti* che consentono di ritenerle disposizioni idonee ad orientare le condotte dei consociati in modo congruo (con rispetto del canone logico-giuridico della prevedibilità, richiamato nella decisione Corte Edu). Ciò, ovviamente, nella misura in cui tale approccio “tassativizzante” alla lettura delle norme venga rispettato in concreto, sulla base dei contenuti dei numerosi precedenti interni già orientati in tale direzione [...]».

Corollario di tale impostazione teorica è, inoltre, quello per cui l’avvenuta emissione di decisione assolutoria nel merito – nell’ambito del correlato giudizio penale – determina l’impossibilità di porre quel segmento di condotta a base della parte constatativa del giudizio di pericolosità, con netta riduzione dei margini di autonomia valutativa riservati al giudice della prevenzione.

Sempre nel citato arresto n. 43826/2018 si è pertanto fornita una ulteriore chiarificazione sulle possibilità di esito difforme, tra i due procedimenti, nel modo che segue: «[...] ferma restando la riaffermazione di tali, sia pur ridotti, spazi di autonomia, va precisato che il generale principio di non-contraddizione dell’ordinamento, in una con la scelta legislativa di accordare tendenziale preferenza al giudicato penale favorevole (ove di merito) impone di costruirne il senso non già in chiave di mera discrezionalità quanto in termini di possibile valorizzazione di dati obiettivi (normativi o fattuali) che si pongano come congruo fattore di giustificazione al mantenimento della misura di prevenzione pure a fronte di un “incidente” giudicato penale di assoluzione<sup>4</sup>. In particolare, lì dove la “interferenza cognitiva” tra i due procedimenti (di prevenzione e penale) vada a cadere su

<sup>4</sup> Diversa l’ipotesi di esito del giudizio penale con estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Tale tipologia di pronuncia non determina alcun vincolo in sede di prevenzione, come ribadito, tra le altre, da Cass., 19 gennaio 2018, n. 11846.

un *ingrediente essenziale della parte ricostruttiva del giudizio di prevenzione*, è da escludersi che possa farsi leva su tale spazio di autonomia per giustificare, in sede di esame della domanda di revoca, il mantenimento in essere del provvedimento applicativo della misura di prevenzione. Ciò perché, come si è detto in precedenza, il recupero di tassatività descrittiva delle categorie tipiche di pericolosità è stato realizzato negli arresti prima citati (specie sul fronte della cd. pericolosità generica) proprio attraverso la valorizzazione della “correlazione” con uno o più *delitti* ritenuti come realizzati dal soggetto proposto (sicché lì dove la valutazione del giudice della prevenzione sia su smentita dal giudice della cognizione penale viene meno uno dei presupposti tipici cui era ancorata la misura di prevenzione). Risulta, per converso, possibile realizzare un simile effetto – di mantenimento della misura – lì dove il segmento fattuale “azzerato” dal diverso esito del giudizio penale si inserisca come ingrediente fattuale solo concorrente e *minusvalente* rispetto ad altri episodi storici rimasti confermati (o non presi in esame in sede penale), o dove il giudizio di prevenzione si basi su elementi cognitivi realmente autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale, o ancora lì dove la conformazione legislativa del *tipo* di pericolosità prevenzionale risulti essere realizzata in modo *sensibilmente diverso* rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale [...]».

#### 4. *La stabilizzazione del paradigma della tassatività*

Si tratta di aspetti interpretativi di elevata complessità e di consistente novità, rispetto a letture pregresse, in larga misura recepiti dalle Sezioni unite della Corte nel 2018, (sent. n. 111/2018, Gattuso) intervenute sul tema della verifica in concreto della pericolosità del soggetto previamente inquadrato in una categoria tipologica di pericolosità qualificata per «indizio di appartenenza» ad un'associazione di stampo mafioso.

L'intervento si segnala, essenzialmente, per tre aspetti aventi valenza generale. Il primo è rappresentato dalla conferma della sindacabilità con ricorso per cassazione (nonostante la nota limitazione dei motivi di ricorso alla nozione di *violazione di legge*) di lacune motivazionali che derivino da una inesatta ricognizione dei presupposti applicativi in diritto della misura di prevenzione.

Il contrasto di giurisprudenza, portato a soluzione con la decisione, era infatti sorto in riferimento alla necessità o meno di estendere la motivazione

– in sede di merito ed in caso di applicazione della misura – ai profili di attualità della pericolosità in presenza di un inquadramento soggettivo ricollegato alla previsione di cui all'art. 4 co. 1 lett. a d.lgs. n. 159/2011 (l'indiziato di appartenenza ad una organizzazione di stampo mafioso).

Le Sezioni unite offrono risposta positiva a tale primo aspetto<sup>5</sup>.

Il secondo aspetto di interesse riguarda la opzione che porta alla soluzione del contrasto insorto tra le sezioni semplici. Le Sezioni unite prestano adesione alla lettura delle disposizioni regolatrici tesa ad evidenziare, anche in ipotesi di inquadramento in categorie di pericolosità qualificata, *l'assenza di presunzioni legali di pericolosità* (in riferimento alla generale previsione dell'art. 6 d.lgs. n. 159, che ricollega l'applicazione della misura non solo alla collocazione nella categoria tipica ma alla puntuale argomentazione del giudizio prognostico) e il rilievo di una *mera presunzione semplice* derivante da massima di esperienza, con obbligo di «argomentazione in positivo» circa la ricorrenza di specifici elementi di fatto che sostengano la conclusione di attualità della pericolosità, tali da evidenziare la natura dell'apporto fornito dal soggetto all'organismo associativo. In tale arresto si conferma, dunque, che il contenuto dell'art. 6 del d.lgs. n. 159 esclude in modo chiaro l'esistenza di presunzioni legali e finisce, nel settore della prevenzione, con lo svolgere la funzione che nel lontano 1986 il legislatore assegnò, nel correlato settore delle misure di sicurezza personali, all'art. 31 della legge n. 663 del 1986, norma abolitrice di tutte le presunzioni legali di pericolosità, in origine contenute nel testo dell'art. 204 c.p.

Infine, il terzo spunto sistematico estraibile dalla decisione, in aderenza a quel filone interpretativo che si è classificato in termini di «opzione tassativizzante», riguarda la stessa modalità di estrazione del precetto dalla disposizione di legge, con attribuzione di significato alla espressione «indiziato di appartenenza» in termini meno generici rispetto al passato. Si è così precisato che il concetto di *appartenenza* ad una associazione mafiosa, rilevante per l'applicazione delle misure di prevenzione, comprende la condotta che, sebbene non riconducibile alla partecipazione, si sostanzia

<sup>5</sup> Si veda, in particolare quanto affermato al par. 2: «[...] appare necessario premettere all'analisi della questione proposta che è del tutto pacifico che sia possibile svolgere in sede di legittimità il controllo inerente all'esatta applicazione della legge, sui provvedimenti applicativi della misura di prevenzione, ove si profila la totale esclusione di argomentazione su un elemento costitutivo della fattispecie che legittima l'applicazione della misura, configurandosi, in caso di radicale mancanza di argomentazione su punto essenziale, la nullità del provvedimento ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 111, sesto comma, Cost., 125, comma 3, cod. proc. pen., 7, comma 1, d.lgs. 6/09/2011, n. 159, poiché l'apparato giustificativo costituisce l'essenza indefettibile del provvedimento giurisdizionale [...]».

in un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale.

Ferma restando la problematicità correlata alla valorizzazione dell'indizio – dunque ad un livello dimostrativo qualitativamente inferiore rispetto a quello necessario per affermare la responsabilità penale – risulta in tal modo superato l'orientamento giurisprudenziale teso a valorizzare, a fini di preliminare inquadramento nella categoria tipica di prevenzione, forme di vicinanza meramente ideologica o espressive di cultura comune.

Anche in tal caso, pertanto, l'elaborazione giurisprudenziale interna offre segnali concreti di ripensamento sistematico e di maggior aderenza del sistema della prevenzione – personale e patrimoniale – al paradigma della tassatività.

##### 5. La Corte costituzionale rilegge il sistema con la sentenza 24 del 2019

A fronte di simile quadro interpretativo, qui brevemente rievocato, l'intervento del giudice delle leggi (con sentenza n. 24 del 2019) ha profondamente inciso sulla disciplina regolatrice, tramite la rimozione di una delle ipotesi tipiche di pericolosità (la dedizione abituale a traffici delittuosi, prevista come ipotesi tipica dall'art. 1 co. 1 lett. *a* del d.lgs. n. 159 del 2011) proprio in virtù della vaghezza descrittiva della categoria soggettiva, al contempo valorizzando la linea interpretativa nomofilattica sulla categoria tipica descritta dall'art. 1 co. 1 lett. *b* del medesimo *corpus* legislativo.

Si condivide o meno la classificazione delle misure di prevenzione in termini di 'surrogato' dell'intervento penale (la qualificazione penalistica non è stata recepita dalla Corte costituzionale italiana del 2019 lì dove si è ribadito che *l'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato, non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato*) è di certo significativo che proprio in detto arresto del giudice delle leggi sia stato nuovamente utilizzato, come nelle prime decisioni sul tema, il parametro rappresentato dall'art. 13 della Costituzione: «[...] le misure in questione in tanto possono considerarsi legittime, in quanto rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei "casi e modi" della restrizione) e

la riserva di giurisdizione [...]».

Le misure di prevenzione, dunque, pur non attratte nell'alveo del sistema penale in senso stretto sono strumenti limitativi della libertà personale con necessario rispetto – al di là delle etichette formali di classificazione – del parametro della chiarezza e precisione delle previsioni di legge tese ad introdurle, a fini di limitazione della discrezionalità del giudice e di orientamento delle condotte dei consociati.

Può dunque ritenersi che tutto il percorso di riaffermazione di alcuni principi 'comuni' – tra sistema della prevenzione e sistema penale in senso proprio – passi attraverso il recupero della dimensione costituzionale del giudizio di pericolosità soggettiva: in una società democratica l'affermazione giurisdizionale della pericolosità, in qualsiasi settore dell'ordinamento, richiede un previo e serio momento cognitivo (la c.d. fase constatativa del giudizio) che sia idoneo a realizzare, in concreto, la integrazione dei caratteri tipici di una previsione di legge assistita dalla chiarezza.

Solo in presenza di un simile 'inquadramento tipico', alimentato dalla ricostruzione di fatti conformi al modello legale, diventa possibile la formulazione di una prognosi di pericolosità conforme agli assetti di valore espressi nelle Carte fondamentali e non più alimentata da 'scarti probatori' di giudizi penali conclusi con assoluzioni, su cui veniva in passato applicata una illegittima 'pena del sospetto'.

L'incrocio frenetico delle decisioni delle Corti tra il 2017 e il 2019 ha pertanto determinato, a nostro parere, un forte recupero di organicità e compatibilità costituzionale del sistema della prevenzione.

Certo, molti fronti restano aperti ed è il caso di farvi cenno. Il primo è rappresentato dalla necessaria 'diffusione' delle sensibilità espresse – in tema di metodo ricostruttivo e di rispetto del principio di tassatività – dalle giurisdizioni superiori, non sempre recepite nelle prassi applicative di singoli Tribunali o Corti di merito.

In tale direzione, specie nelle decisioni di legittimità posteriori al deposito della sentenza n. 24 del 2019, è stata messa in evidenza la natura 'interpretativa di rigetto' della citata decisione del giudice delle leggi in rapporto alla fattispecie di pericolosità generica rappresentata dalla abituale destinazione di profitti derivanti da 'attività delittuose' al mantenimento del proprio tenore di vita (art. 1 co. 1 lett. *b* del d.lgs. n. 159 del 2011).

Si tratta di un possibile punto di crisi del nuovo assetto, ove non compreso da tutti gli operatori pratici, posto che proprio l'esclusione della natura penale delle misure ha reso possibile – nelle valutazioni espresse dal giudice delle leggi – il mantenimento in essere della disposizione regolatrice,

sia pure *condizionato* al mantenimento degli assetti interpretativi (in punto di rispetto del principio di tassatività) raggiunti negli ultimi anni dalla Corte di cassazione italiana: «[...] allorché si versi – come nelle questioni ora all’esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l’esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell’interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall’uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione [...]»<sup>6</sup>.

Ciò ha consentito, in sede di verifica di costituzionalità, di ritenere possibile la ‘integrazione giurisprudenziale’ della portata della disposizione di legge, nei termini ricordati nella decisione («[...] le “categorie di delitto” che possono essere assunte a presupposto della misura sono in effetti suscettibili di trovare concretizzazione nel caso di specie esaminato dal giudice in virtù del triplice requisito – da provarsi sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione – per cui deve trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l’unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito [...]»).

Ma è evidente che – in tale ambito – diventa decisiva, a fini di effettivo e non formale ossequio ai principi – sia l’adesione collettiva e convinta degli operatori ai nuovi modelli di giudizio prevenzionale (sotto il profilo del metodo di formulazione della prognosi di pericolosità), che il funzionamento tempestivo del sistema delle impugnazioni, dovendosi tener conto della immediata esecutività – quanto alle misure personali – della decisione emessa in primo grado dal Tribunale, aspetto del resto ineliminabile in un sotto-sistema che ha come finalità essenziale quello del ‘contenimento’ di una pericolosità in essere.

In altre parole, come proprio il caso *De Tommaso contro Italia* sta a dimostrare, a poco vale l’elaborazione di criteri interpretativi più rigorosi e rispettosi dei principi fondamentali, come quelli cui si è di recente pervenuti, lì dove – nelle ipotesi ancora previste dalla legge – il cittadino sia sottoposto a misure limitative della libertà personale in forza di una decisione di primo grado che dai quei modelli si sia discostata e quando il momento di verifica si realizzi a distanza temporale consistente.

<sup>6</sup> Così la sentenza n. 24 del 2019 in parte motiva.

## 6. *Un fronte rimasto aperto*

Altro aspetto di perdurante problematicità riguarda gli assetti probatori della fase ‘constatativa’ del giudizio di prevenzione, aspetto che volutamente la Corte costituzionale non affronta nella citata decisione del 2019.

È evidente, sul fronte interno, che l’esclusione delle misure preventive dalla ‘materia penale’ in senso proprio, rende problematico richiedere in sede applicativa uno standard dimostrativo delle condotte modellato sul principio dell’*al di là di ogni ragionevole dubbio*.

Non è decisivo, tuttavia, che la Corte costituzionale si sia tenuta distante da tale questione, ritenuta – in un passaggio argomentativo che si riporta per la centralità del punto – estranea al perimetro dell’incidente di legittimità costituzionale: «[...] nell’esaminare, dunque, se la giurisprudenza della Corte di cassazione della quale si è poc’anzi dato conto sia riuscita nell’intento di conferire un grado di sufficiente precisione, imposta da tutti i parametri costituzionali e convenzionali invocati, alle fattispecie normative in parola, occorre subito eliminare ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*, e quello di cosiddetta tassatività processuale, concernente il *quomodo* della prova. Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. e il diritto a un “giusto processo” ai sensi, assieme, dell’art. 111 Cost. e dall’art. 6 CEDU – i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame. Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali “elementi di fatto”) suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle “fattispecie di pericolosità generica” descritte dalle disposizioni in questa sede censurate [...]».

Ora, se da un lato l’oggetto dell’incidente di legittimità costituzionale non può che essere rappresentato dal contenuto ‘sostanziale’ della previsione

di legge, è pur vero che il *modus* applicativo della legge ne condiziona in modo decisivo la reale portata.

In altre parole, a poco vale discutere di tassatività descrittiva e di tipicità se la dimensione cognitiva dell'accertamento dei 'tratti concreti' della categoria soggettiva ricada su una insostenibile 'leggerezza' della prova delle condotte, idonee a realizzare il tipo legale.

Pare di poter dire che in tale passaggio argomentativo la Corte costituzionale italiana sia stata colta da un eccesso di prudenza, posto che i due aspetti (tassatività descrittiva e qualità della prova) sono tra loro complementari e la assenza di intervento sul terreno della prova rischia di legittimare – come effetto non certo voluto – prassi tese a depotenziare il rispetto dei principi appena affermati.

A nostro parere, tuttavia, va valorizzato – a fini di tenuta complessiva del sistema – il portato della tassatività per come emerge nelle letture della giurisprudenza di legittimità, tesa ad impostare l'analisi sulla dimensione penalistica del presupposto rappresentato dal 'delitto' commesso, atteso che: «[...] nella costruzione della fattispecie legale di pericolosità di cui all'art. 1 co. 1 lett. b del d.lgs. n. 159 del 2011 il termine 'delittuoso' non è connotazione di disvalore generico della condotta pregressa, ma *attributo che la qualifica*, dunque il giudice della misura di prevenzione deve, preliminarmente, attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate (dato il riferimento alla abitualità) che – vuoi facendosi riferimento ad accertamenti realizzati in sede penale, vuoi attraverso una autonoma ricostruzione incidentale che non risulti contraddetta da esiti assolutori – siano rispondenti al tipo di una previsione di legge penalmente rilevante e consistente in un delitto produttivo di reddito»<sup>7</sup>.

In altre parole, una decisione in tema di misure di prevenzione – quantomeno nel settore della pericolosità semplice – sganciata dalla verifica probatoria effettiva della 'previa commissione di delitti' (misure *ante nova delicta*<sup>8</sup>) appare in contrasto proprio con le coordinate di quella interpretazione 'tassativizzante' dei presupposti di legge che si è voluto elevare a parametro integrativo della fattispecie legale.

Ciò perché resterebbe priva di base logica e di consistenza giuridica, dovendo la misura rapportarsi alla accertata condizione di pericolosità, una formulazione del giudizio resa su dati conoscitivi incapaci di rappresentare con pienezza di effetti l'avvenuta commissione delle condotte 'delittuose'

<sup>7</sup> Così Cass. Sez. I, 15 giugno 2017, n. 349, Bosco.

<sup>8</sup> L'espressione è tratta da R. MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in «RIDPP», n. 2, 2017, p. 490 ss.



produttive di reddito illecito.

Su tale questione siamo certi che non mancheranno, nei momenti applicativi, ulteriori contributi di chiarezza.

Pur con i limiti derivanti da aggiustamenti interpretativi – intervenuti anche nel correlato ambito delle misure patrimoniali, attraversato da innovazioni legislative di notevole impatto sistematico – il cammino della giurisdizione preventiva sembra essere ormai distante da modelli di imposizione arbitraria di limitazioni ai diritti, che si spera appartengano al passato.

Marco Pierdonati\*

*La natura giuridica della confisca ambientale codicistica.  
Le ricadute applicative dell'opzione dogmatica prescelta\*\**

SOMMARIO: 1. Confisca di proprietà e di valore nel nuovo diritto penale dell'ambiente – 2. Il dibattito aperto sulla natura giuridica della confisca – 2.1 Dalla Corte Costituzionale alla Grande Camera, transitando per le Sezioni Unite – 3. I 'molti volti' della confisca ambientale codicistica: tra prevenzione, punizione e riparazione – 4. Nostra tesi: l'anima affittiva' della confisca ambientale codicistica. Il comune inquadramento dogmatico della confisca di proprietà e di valore nel *genus* delle sanzioni penali – 4.1 La riconciliazione con le garanzie della materia penale – 5. Considerazioni conclusive e spunti *de iure condendo*.

1. *Confisca di proprietà e di valore nel nuovo diritto penale dell'ambiente*

La confisca ambientale codicistica è un'ipotesi speciale di confisca, prevista dalla legge con riferimento alla gran parte dei «delitti contro l'ambiente<sup>1</sup>».

\* Ricercatore di Diritto penale, Università degli Studi di Teramo.

\*\* Lo scritto riprende, con approfondimenti e aggiornamenti, il tema della natura della confisca ambientale codicistica, affrontato nel lavoro monografico *La confisca nel sistema dei delitti contro l'ambiente*, Milano, 2020.

<sup>1</sup> La l. 22 maggio 2015, n. 68, recante «Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente», ha introdotto all'interno del titolo VI *bis*, libro II, c.p., un *corpus* degli ecoreati più gravi (artt. 452 *bis* e ss.), cui segue l'applicazione della confisca (art. 452 *undecies* c.p.). Per i primi approfondimenti di analisi dei temi collegati alla codificazione penale dell'ambiente del 2015, cfr. M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, III ed., Torino, 2019, 442 ss.; M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, Napoli, 2017, *passim*; L. CORNACCHIA, N. PISANI, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna, 2018, *passim*; F. D'ALESSANDRO, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, in «*Jus*», 2016, fasc. 1, 83 ss.; G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2016, *passim*; A.R. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica e il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo*, Torino, 2020, *passim*; P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, 75 ss.; A.

In particolare, la condanna o il patteggiamento per l'ecodelitto espressamente indicato (artt. 452 *undecies*, comma 1, 452 *quaterdecies*, comma 5, c.p.) impone al giudice di disporre la confisca di strumenti del reato, prodotto e profitto di origine criminosa.

Si tratta di un effetto obbligato, condizionato dal giudizio definitivo di responsabilità penale, ove è sottratta all'apprezzamento discrezionale dell'organo giudicante l'opportunità di applicare la misura nella singola situazione, valutando in concreto la pericolosità oggettiva della *res*.

L'obbligo di ordinare la confisca ambientale non si rinviene dichiaratamente nella rubrica della disposizione o nel corpo della stessa<sup>2</sup>.

Emerge, in ogni caso, da alcuni dati positivi e, in particolare, dall'uso dell'avverbio e del tempo. Si dice: «è sempre ordinata la confisca» degli *instrumenta delicti* nonché del profitto e del prodotto di origine criminosa, salvo che appartengano a persone estranee al reato (art. 452 *undecies*, comma 1, art. 452 *quaterdecies*, comma 5, parte 1, c.p.). Si soggiunge che «il giudice individua beni di valore equivalente [...] e ne ordina la confisca», ove l'ablazione diretta «non sia possibile (art. 452 *undecies*, comma 2, art. 452 *quaterdecies*, comma 5, parte 2, c.p.): ad esempio perché gli strumenti

---

MANNA, *La legge sui c.d. eco-reati: riflessioni critiche di carattere introduttivo*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008 – 2015*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, ID., M. Papa, Torino, 2015, 971 ss.; *Il nuovo diritto penale ambientale (legge 22 maggio 2015, n. 68)*, a cura di Id., Roma, 2016, *passim*; F. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in «DPC-RT», 2018, fasc. 1, 329 ss.; L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente. Principi fondamentali. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, II ed., Piacenza, 2017, *passim*; C. RUGA RIVA, *La nuova disciplina dei delitti ambientali*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di M. Pelissero, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, vol. XI, Torino, 2019, 81 ss.; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in «DPC-RT», 2015, fasc. 2, 214 ss. A favore di un diritto penale dell'ambiente di fonte codicistica deponeva, tra l'altro, l'appartenenza del bene ambiente al catalogo degli interessi meritevoli di tutela da parte del c.d. *Kernstrafrecht*: in argomento, già prima della riforma del 2015, cfr. A. FIORELLA, *Ambiente e diritto penale*, in *Protection of environment and penal law*, a cura di C. Zanghì, Bari, 1993, 231.

<sup>2</sup> Come accade, ad esempio, nell'ipotesi ablativa prevista dall'art. 446 c.p. per i delitti contro l'incolumità pubblica, ove vi è un'ipotesi autonoma di «confisca obbligatoria», in base alla quale: «In caso di condanna per taluno dei delitti preveduti negli articoli 439, 440, 441 e 442, se dal fatto è derivata la morte o la lesione grave o gravissima di una persona, la confisca delle cose indicate nel primo comma dell'art. 240 è obbligatoria»; oppure, ad esempio, nel caso disciplinato dall'art. 259, comma 2, t.u.a. Tale disposizione prevede che al traffico o al trasporto illecito di rifiuti «consegue obbligatoriamente la confisca» del mezzo di trasporto; si è pertanto innanzi ad un'ipotesi di confisca obbligatoria degli *instrumenta delicti*.

del reato e/o i proventi illeciti sono stati nel frattempo occultati o ceduti a terzi, anche tramite forme di intestazione fittizia, oppure trasformati in beni di altra natura o, più semplicemente, perché dette risorse patrimoniali sono state consumate. E così sono suscettibili di confisca beni, del medesimo o di diverso genere, purché di corrispondente valore.

La forma della confisca per equivalente risulta a sua volta obbligatoria e perpetua, ancorché operi in via alternativa e complementare rispetto alla forma primaria della confisca di proprietà.

Su questa base, la riforma del 2015 conferma sul piano politico criminale la scelta di uno schema articolato di incapacitazione patrimoniale, ormai collaudato in altri settori della parte speciale del codice penale e della legislazione complementare, ma innovativo nell'ambito specifico del diritto penale ambientale.

Peraltro, il nuovo modello ablativo rappresenta un'ipotesi speciale di confisca – l'ennesima – rispetto alla figura di parte generale (art. 240 c.p.). Il che consente di estendere la portata coercitiva dell'incapacitazione patrimoniale a strumenti, prodotto e profitto derivanti dalla commissione del delitto ambientale. La confisca delle predette *res* sarebbe difatti opzione semplicemente facoltativa secondo la disciplina generale (art. 240, comma 1, c.p.), divenendo invece anche qui obbligatoria per il prezzo del reato, non ospitato tra le cose oggetto della confisca ambientale codicistica<sup>3</sup>. Con specifico riferimento a quest'ultima, la combinazione sinergica tra confisca diretta e per equivalente – volendo con l'ausilio della estrema confisca 'allargata' all'intero patrimonio del reo (art. 240 *bis* c.p.) – si propone di scongiurare le note difficoltà di acquisire i proventi storici del reato-fonte; difficoltà che, in effetti, si erano non di rado registrate in passato nel settore ambientale – ad esempio in tema di disastro innominato ambientale – in ragione delle carenze dello strumentario tecnico-normativo disponibile<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Il disposto dell'art. 240 c.p., nei commi successivi al primo, è stato poi arricchito da ipotesi obbligatorie di confisca (comma 2, n. 1, 1 *bis*, 2), tra le quali assume particolare significato la confisca obbligatoria del prezzo del reato (art. 240, comma 2, n. 1, c.p.). Va anche segnalato come, di recente (d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202), sia stata inserita nel corpo dell'art. 240 c.p. un'ipotesi di confisca per equivalente (del profitto o del prodotto), sia pur con specifico riferimento al comma 2, n. 1 *bis*. In argomento, cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 638 ss.; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 2017, 712 ss.

<sup>4</sup> In generale, sulle insufficienze del 'vecchio assetto' del diritto penale dell'ambiente cfr. FIORELLA, *Diritto all'ambiente, diritto allo sviluppo*, Atti di convegno (Teramo, 7 – 8 novembre 1991), Milano, 1995, 200 ss. Non va in ogni caso trascurato come problemi di 'implementazione' pratica sembrano frapporsi alla compiuta applicazione della nuova disciplina penale dell'ambiente, anzitutto in ragione del *deficit* di determinatezza che

Chiarite in estrema sintesi le premesse, occorre ora concentrarsi sulla questione centrale oggetto del presente lavoro; vale a dire il problema della natura giuridica della confisca ambientale codicistica.

scontano le fattispecie criminoso di nuovo conio (sul parametro costituzionale della determinatezza della norma e della fattispecie penale, cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, op. cit., 79 ss.; ID., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 96 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018, 124 ss.): si va dagli incerti caratteri offensivi delle condotte punibili e dei relativi disvalori di evento sino alla genericità delle clausole di illiceità speciale. Per un quadro dei profili più critici rinvenibili nella formulazione dei nuovi delitti ambientali, cfr. A. BELL, A. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in «DPC-RT», 2015, fasc. 2, 71; CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in «DPP», 2015, 35 ss.; CORNACCHIA, *Inquinamento ambientale*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, diretto da Id., N. Pisani, op. cit., 99; FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, op. cit., 874 ss.; MANNA, *Il nuovo diritto penale ambientale*, op. cit., 35 ss.; MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in <<http://www.penalcontemporaneo.it>>, 17 dicembre 2015, 1 ss.; T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in «GD», 2015, fasc. 10, 32; N. PISANI, *Il nuovo disastro ambientale*, in *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, diretto da Cornacchia, Id., op. cit., 125; RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel Codice penale e le altre disposizioni della Legge 22 maggio 2015 n. 68*, in <<http://www.lexambiente.it>>, 8 giugno 2015, 1 ss.; RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, *passim*. Nella dottrina tedesca, cfr. J. ACKERMANN, S. EGLI, *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht. Rechtsgüter – Normkonzepte – Sanktionen*, in J. ACKERMANN, M.J. HILF, *Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht*, Zurigo, 2017, 9, 12 ss.; R. BLOY, *Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, in *ZstW*, 1988, 100, 485 ss.; K. BOSSELMANN, *Die Natur im Umweltrecht. Plädoyer für ein ökologisches Umweltrecht*, in *Natur und Recht*, 1987, 1 ss.; A. ESER, *La tutela dell'ambiente in Germania*, trad. it. a cura di M. Catenacci, in «IP», 1989, 237; W. FRISCH, *Strafrecht und Klimaschutz. Möglichkeit und Grenzen eines Beitrags des Strafrechts zum Klimaschutz nach Maßgabe internationaler Klimaabereinkünfte*, in «GA», 2015, 441; W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di H. Scholler, L. Phillips, Heidelberg, 1989, 94 ss.; G. HEINE, *Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrecht*, in «NJW», 1990, 2425 ss.; ID., *Umweltstrafrecht in nord-europäischen Ländern*, Freiburg, 1997, *passim*; L. JÖRG, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in «PdD», 1989, 673 ss.; S.E. KAREKLAS, *Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht*, Tübingen, 1990, 86 ss.; K. KÜHL, *Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?*, in *Ökologische Ethik und Rechtslehre*, a cura di J. Nida Rümerlin, D. Pfordten, Baden-Baden, 2002, 245 ss., 251 ss.; L. KUHLEN, *Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in «ZStW», 1993, 702 ss.; F. RENGIER, *Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht*, in «NJW», 1990, 2506 ss., 2510 ss.; H. SAMMÜLLER GRADL, *Die Zurechnungsproblematik als Effektivitätshindernis im deutschen Umweltstrafrecht*, Berlin, 2015, 106 ss.; G. SCHNEDL, *Rechtswissenschaftliche und normative Umwelt(schutz)begriffe im nationalen und internationalen Kontext*, in *Funktionen des Rechts in der pluralistischen Wissensgesellschaft. Festschrift für Christian Brünner zum 65. Geburtstag*, a cura di S. Ulrich, Id., Vienna-Colonia-Weimar, 2007, 511 ss.

Dallo scioglimento di questo serio nodo dogmatico derivano, invero, precise conseguenze applicative di rilievo scientifico e pratico.

## 2. *Il dibattito aperto sulla natura giuridica della confisca*

Sono note le difficoltà che incontra l'interprete non appena si accosti al problema dell'identificazione strutturale, e della conseguente qualificazione legale, della confisca. E ciò dipende anzitutto dalla complessità dogmatica che ormai (do)mina il peculiare istituto – giuridicamente proteiforme ed empiricamente polifunzionale – il quale è stato peraltro interessato da una progressiva espansione dell'oggetto dell'ablazione patrimoniale<sup>5</sup>.

Nessun altro strumento coercitivo statale ha visto moltiplicarsi in modo frastagliato e, a tratti, quasi parossistico così tante ipotesi speciali di confisca, disseminate qua e là nei territori del codice penale e della legislazione complementare.

Per tale via sono proliferati inquadramenti dogmatici variegati della figura, difficilmente riconducibili a unità: misura di sicurezza patrimoniale, sanzione penale di tipo patrimoniale, pena accessoria, conseguenza accessoria dell'illecito, sanzione amministrativa punitiva, misura ripristinatoria paracivilistica, *actio civile in rem*, infine *Wiedergutmachung*, quale 'terzo binario' del sistema penale<sup>6</sup>.

In questo scenario, non può ormai assumere significato dirimente la collocazione sistematica, in seno alle misure di sicurezza patrimoniali, assegnata alla figura generale di confisca nel 1930 (art. 240 c.p.). Tale etichetta si è nel tempo 'logorata' dinanzi alle costanti evoluzioni (o involuzioni) via via esibite dalla misura in questione<sup>7</sup>; sino all'invasiva

<sup>5</sup> Sul dibattito intorno alla natura giuridica della confisca, cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, op. cit.*, 638 ss.

<sup>6</sup> Per un puntuale quadro, cfr. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in «RIDPP», 2015, 1277 ss.; A.M. MAUGERI, (voce) *Confisca (diritto penale)*, in «ED», vol. VIII, Milano, 2015, 185; V. MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in «RIDPP», 2015, 719 ss.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 2 ss.

<sup>7</sup> Lo stesso disposto dell'art. 240 c.p., nei commi successivi al primo, è stato in seguito arricchito da ipotesi obbligatorie di confisca (comma 2, n. 1, 1 *bis*, 2), nonché, con specifico riferimento all'ablazione di cui al comma 2, n. 1 *bis*, anche dalla forma per equivalente (d.lg. 29 ottobre 2016, n. 202): per un approfondimento delle evoluzioni (o involuzioni) della figura generale di confisca di cui all'art. 240 c.p., cfr. FIORELLA, *Le*

tecnica di praticare l'ablazione su beni di valore equivalente, così rompendo il nesso di pertinenzialità tra detti beni e il reato-fonte commesso. Il che ha reso esplicita la disomogeneità di natura giuridica e di orizzonte teleologico della confisca, perlomeno rispetto alla sua vocazione originaria di puro strumento di profilassi.

Vista la mancanza di una base di principi e garanzie comuni per le pene, le misure di sicurezza e le sanzioni amministrative o civili, alla luce dell'opzione dogmatica prescelta in ordine alla natura della confisca mutano, di riflesso, i canoni di riferimento applicabili.

Intorno all'interpretazione e applicazione della disciplina della confisca sembrano fronteggiarsi, al fondo, due diverse concezioni d'intendere il principio di legalità e l'esercizio della giurisdizione. L'esigenza, da un lato, di effettività o, meglio, 'efficienza' della tutela, nell'ottica di affermare un solido presidio penalistico di fronte a fenomeni che presentano una oggettiva gravità. La necessità, dall'altro, di garantire una corretta osservanza dei principi fondanti del diritto penale dinanzi a situazioni che, nella loro dimensione naturalistica, implicano ricostruzioni e valutazioni spesso di estrema complessità.

Come si sa, il dibattito in dottrina e giurisprudenza è acceso, anche al proprio interno, rispetto alla questione della natura da assegnare alla confisca. Sembra però consolidarsi un indirizzo – per così dire – 'compromissorio': far conservare la veste 'classica' di misura di sicurezza patrimoniale alla confisca diretta, mostrando invece disponibilità ad assegnare il crisma della sanzione penale alla 'moderna' forma della confisca per equivalente<sup>8</sup>. Con tutto ciò che ne consegue sul piano delle risposte a interrogativi cruciali, come, ad esempio, quelli sulla possibilità di adottare la confisca retroattivamente<sup>9</sup> o nel caso di sentenza di proscioglimento per

---

*strutture del diritto penale, op. cit.*, 638 ss.; MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 144. Sulla confisca 'allargata' prevista dall'art. 240 bis c.p., sia consentito rinviare a M. PIERDONATI, *La confisca nel sistema dei delitti contro l'ambiente*, Milano, 2020, 238 ss.

<sup>8</sup> Cfr. *infra*, § 3 ss.

<sup>9</sup> Come è noto, il principio generale stabilito dall'art. 200 c.p. è nel senso che le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione e dispiegano, pertanto, i loro effetti operativi anche retroattivamente: in argomento, non senza accenti critici, cfr. R. BARTOLI, *La confisca di prevenzione è una sanzione preventiva, applicabile retroattivamente*, in «GI», 2015, 971 ss.; MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul "civil forfeiture"*, in «RIDPP», 2015, 942 ss.; VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 20 gennaio 2015, 1 ss.

intervenuta prescrizione del reato<sup>10</sup>.

Talora non paiono estranei, nella prassi, sottostanti giudizi di valore e calcoli di giustizia sostanziale preventivamente presi di mira nella scelta di assegnare a questa o quella figura di confisca le sembianze ora della misura di sicurezza patrimoniale ora della sanzione penale.

### 2.1 *Dalla Corte Costituzionale alla Grande Camera, transitando per le Sezioni Unite*

Nel labirinto dell'inquadramento dogmatico della confisca ambientale codicistica, un primo segnale indicativo resta, a nostro avviso, la giurisprudenza della Corte Edu.

Al di là delle variegate qualificazioni formali impresse dai singoli Stati membri, l'organo sovranazionale non ha esitato a conferire alla confisca natura nella sostanza punitiva. Di qui la relativa riconduzione dell'istituto alla materia penale modernamente intesa e, più da vicino, ai principi garantistici che ne informano i contenuti (artt. 6, 7 Cedu)<sup>11</sup>.

Né in senso contrario si è orientato il recente autorevole intervento della Grande Camera di Strasburgo. Chiamata dalla Corte Edu a valutare anche la rilevante questione della compatibilità fra provvedimento di confisca (urbanistica) e dichiarazione di prescrizione del reato (edilizio), con specifico riferimento, fra gli altri, ai casi 'Golfo Aranci' e 'Punta Perotti'<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> In tema di prescrizione, va naturalmente ora considerata la legge n. 3/2019, entrata in vigore *in parte qua* dal 1° gennaio 2020. Più esattamente, l'art. 1, lett. d), e), f) della l. n. 3/2019, recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», ha modificato gli artt. 158, 159 e 160 c.p.

<sup>11</sup> In questo senso meritoria è stata l'elaborazione della giurisprudenza della Corte Edu: cfr., per tutte, CoEDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, n. 17475/09, in <<http://www.italgiureweb.it>>; CoEDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia, n. 75909/01, in «CP», 2009, 3180 ss.; in argomento cfr. altresì CoEDU, Sez. I, 23 ottobre 2014, Melo Tadeu c. Portugal, ric. 27785/10, in <<http://www.italgiureweb.it>>; CoEDU, Sez. II, 25 settembre 2008, Paraponiaris c. Grecia, ric. 42132/06, in <<http://www.dirittiumaniitalia.it>>. Per ulteriori precisazioni sull'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia, cfr. F. VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Crisculo, red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in «DPC-RT», 2015, 334 ss.

<sup>12</sup> Cfr. CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, in <<http://www.archiviopenale.it>>. Sul punto si vedano i commenti di A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande camera, in materia urbanistica*, in «DPC-RT», 2018,



Per quel che ora più interessa<sup>13</sup>, la Grande Camera ha in definitiva ribadito la linea già patrocinata dalle sentenze Sud Fondi e Varvara e ha sancito: l'attrazione della confisca urbanistica nel paradigma della «*matière pénale*»<sup>14</sup>, la qualificazione della stessa come pena ai sensi dell'art. 7 Cedu<sup>15</sup> e, di riflesso, la sua soggezione alle garanzie che la Convenzione riconosce alle sanzioni penali (artt. 6, 7 Cedu).

Più nel dettaglio, la Grande Camera ha ripreso e riaffermato una condivisibile criteriologia sulla base della quale è giunta, in ultima analisi, a qualificare la confisca (urbanistica) come figura avente natura sostanzialmente penale<sup>16</sup>.

Sotto questo profilo, viene posto l'accento: sul collegamento tra la misura ablativa e la commissione di un fatto costituente reato; sulla collocazione sistematica dell'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nel capo recante la rubrica «sanzioni penali»; sulla finalità punitiva della confisca urbanistica desunta dalle stesse pronunce della Corte di Cassazione, dalle *observations* dello Stato italiano resistente nonché dalla natura obbligatoria della stessa; sulla spiccata gravità e pervasività della misura in esame, che coinvolge non solo l'opera ritenuta abusiva ma l'intera area su cui insiste la lottizzazione; ed infine, ma non per ordine di importanza, sull'applicazione della misura ablatoria in sede penale<sup>17</sup>.

Già agli sviluppi praticati dalla pionieristica giurisprudenza della Corte Edu 'in punto' di natura sostanzialmente sanzionatoria della confisca (in particolare nei casi Sud Fondi e Varvara) non era in realtà rimasta

---

fasc. 7, 221 ss.; A. PECCIOLI, *Confisca e ordine di demolizione*, in *Reati contro l'ambiente e il territorio*, a cura di M. Pelissero, *op. cit.*, 659 ss.

<sup>13</sup> Sotto altro profilo la Corte Edu ha invece invertito il *trend* seguito nelle precedenti pronunce Sud Fondi e Varvara, ritenendo – in linea con la sentenza della Corte cost. n. 49 del 2015 – che possa disporsi la misura ablativa anche in assenza della pronuncia di una vera e propria sentenza di condanna, purché vi sia un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato, sotto i profili oggettivo e soggettivo del reato.

<sup>14</sup> Cfr. CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, cit., § 134.

<sup>15</sup> Cfr. CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, cit., spec. § 222, 233.

<sup>16</sup> Criteriologia avviata a partire dall'enunciazione dei c.d. *Engel criteria*, Cfr. CoEDU, 8 giugno 1976, Engel c. Olanda, n. 5100/71, in <<http://www.leggiditalia.it>>, poi affinata da CoEDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, n. 17440/01, in <<http://www.dejure.it>>, con la quale è stata ritenuta contraria all'art. 7 Cedu un'ipotesi di applicazione retroattiva della confisca dei beni avvenuta nel Regno Unito; nonché da CoEDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia, n. 75909, cit., con cui la Corte Edu ha affermato che la confisca in conseguenza del reato di lottizzazione abusiva non tendeva alla riparazione del danno, ma aveva un fine meramente repressivo e quindi sanzionatorio.

<sup>17</sup> Cfr. CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, cit.

insensibile la nostra giurisprudenza costituzionale<sup>18</sup> e di legittimità<sup>19</sup>. Sia pur poi discostandosi, almeno in parte, da questo indirizzo con la sentenza costituzionale n. 49 del 2015<sup>20</sup> e con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 31617 del 2015<sup>21</sup>.

Queste autorevoli decisioni nazionali hanno attribuito natura di misura di sicurezza patrimoniale, rispettivamente, alla confisca urbanistica e ad altre ipotesi speciali di confisca obbligatoria diretta, comunque *diverse* dalla confisca ambientale codicistica. E, in ogni caso, non senza presentare alcune insufficienze – come ha prontamente rilevato la dottrina più avvertita<sup>22</sup> – alle quali la giurisprudenza interna sembra iniziare a far fronte<sup>23</sup>, specie

<sup>18</sup> Guardando alla confisca di valore prevista per i reati contro la P.A. dall'art. 322 *ter* c.p., la Corte costituzionale (cfr. ord. 1-2 aprile 2009, n. 97, in <<http://www.giurcost.org>>) ne rimarca la natura «eminentemente sanzionatoria», attesa l'assenza di un'intrinseca pericolosità dei beni oggetto di apprensione. Cfr. inoltre C. cost., 4 giugno 2010, n. 196, in <<http://www.dejure.it>>; C. cost., 18 aprile 2014, n. 104, *ivi*, in tema di ablazione patrimoniale in caso di guida in stato di ebbrezza, secondo cui tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo, fra le quali quella in questo campo di materia, devono essere assoggettate, in linea con la giurisprudenza della Corte Edu, alle medesime garanzie delle sanzioni penali in senso stretto, inclusa l'irretroattività in *malam partem* sancita dall'art. 25, comma 2, Cost.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. SU, 27 marzo 2008, n. 26654, in «RIDPP», 2008, 1738 ss.; Cass. SU, 6 ottobre 2009, n. 38691, in <<http://www.leggiditalia.it>>; Cass. SU, 25 settembre 2014, n. 11170, in «CP», 2016, 2893 ss.; Cass. SU, 30 gennaio 2014, n. 10561, in <<http://www.dejure.it>>.

<sup>20</sup> C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, in <<http://www.giurcost.org>>, a proposito della confisca urbanistica in caso di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

<sup>21</sup> Cass. SU, 26 giugno 2015, n. 31617, in «CP», 2016, 1362 ss., che riprende gli approdi della Corte costituzionale ed estende i relativi principi anche alla confisca del prezzo e del profitto del reato in tema di reati contro la pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p.

<sup>22</sup> Per un primo quadro delle insufficienze, D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in «DPC-RT», 2015, fasc. 2, 318 ss.; VIGANÒ, *La consulta e la tela di Penelope*, *op. cit.*, 334 ss. Per un approfondimento del significato e dei limiti dell'autorevole indirizzo giurisprudenziale, cfr. *infra*, § 4 ss.

<sup>23</sup> Cfr., ad esempio, Cass. Sez. V, ord. 12 febbraio 2020, n. 7881, in <<http://www.giurisprudenzapenale.com>>, 28 febbraio 2020, che ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di diritto «se la confisca facoltativa (diretta del profitto, ai sensi dell'art. 240, comma 1, c.p.: *n.d.r.*) presupponga o meno un giudicato formale di condanna o, piuttosto, se la stessa possa semplicemente accedere ad un completo accertamento da parte del giudice del merito in ordine al profilo soggettivo e oggettivo del reato di riferimento, accertamento che può essere ribadito anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione». Nell'ordinanza di rimessione si legge che all'estensione dei principi sanciti dalle Sezioni Unite Lucci in relazione alla forma obbligatoria di confisca (del prezzo del reato e del prezzo o profitto di determinate ipotesi di reato elencate nell'art. 322 *ter* c.p.) a quella facoltativa (del profitto

dopo la sentenza emanata dalla Grande Camera di Strasburgo<sup>24</sup>.

In proposito, va anche segnalato come stia più di recente guadagnando campo un indirizzo della giurisprudenza costituzionale, che non ha esitato a sancire la natura punitiva della confisca obbligatoria, diretta e per equivalente (nella specie in materia di reati finanziari)<sup>25</sup>. E così, su questa base, il Giudice delle leggi ha conseguentemente censurato il notevole *deficit* di proporzionalità che sconta(va) l'automatismo sanzionatorio in questione, trattandosi invece di un canone indiscusso – quello appunto della proporzionalità – che dovrebbe sempre orientare e contenere l'applicazione dell'intervento punitivo<sup>26</sup>.

---

del reato di cui all'art. 240, comma 1, c.p.) è di ostacolo il principio di legalità. Infatti, l'applicazione della confisca facoltativa del profitto (o del prodotto o della cosa che servì o fu destinata a commettere il reato) si basa – a differenza delle ipotesi di confisca obbligatoria – su una valutazione prognostica della idoneità incentivante al delitto, là dove venga mantenuto il possesso dei beni, non caratterizzati da intrinseca pericolosità già ritenuta dal legislatore. Con provvedimento del 20 aprile 2020 (in <<http://www.cortedicassazione.it>>), il Presidente aggiunto della Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, ha restituito alla Sezione rimettente i relativi atti poiché la questione sottoposta alle Sezioni Unite, così come formulata, non è riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p.

<sup>24</sup> Cfr. CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, cit.

<sup>25</sup> Cfr. C. cost., 10 maggio 2019, n. 112, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 13 maggio 2019, che ha operato lo scrutinio di legittimità sulla confisca (formalmente) amministrativa obbligatoria del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, prevista dall'art. 187 *sexies* d.lg. n. 58/1998. In argomento, cfr. R. ACQUAROLI, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in «DPP», 2020, 197 ss.; G.L. GATTA, *Confisca 'amministrativa' per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? La parola alla Corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, in «DPC-RT», 2018, fasc. 5, 295.

<sup>26</sup> In considerazione della «finalità repressiva» di questa sanzione punitiva e del suo «elevato carico di severità», la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato la sua natura «penale» ai sensi dell'art. 50 Cdfue (CoGUE, Gr. Sez., 20 marzo 2018, Di Puma e altri, C-596/16, in <<http://www.dejure.it>>, § 38).

### 3. I 'molti volti' della confisca ambientale codicistica: tra prevenzione, punizione e riparazione

La riflessione sull'inquadramento dogmatico della confisca trova spazio, rinnovandosi nel diritto penale ambientale.

Le medesime difficoltà di identificazione strutturale della confisca segnalate in linea generale si ripropongono nell'ambito specifico della confisca ambientale codicistica, qui però incrementando ulteriormente la loro portata problematica.

Già da una prima 'panoramica dall'alto' possono difatti cogliersi l'accentuato polimorfismo e la spiccata polifunzionalità che si annidano nei quattro commi dell'art. 452 *undecies* c.p. Ognuno dei quali, in via di prima approssimazione, pare esibire e valorizzare una diversa componente sul piano teleologico: preventiva, punitiva, ripristinatoria, 'riparatoria'<sup>27</sup>.

Si tratta di componenti senz'altro eterogenee, eppure compresenti con alterne cadenze, a volte combinate tra loro, all'interno dello stesso modello 'complesso' di confisca ambientale.

Se non possono già negarsi oggettive difficoltà di operare distinzioni *tranchant* tra varie tipologie di misure patrimoniali, a maggior ragione tale considerazione vale là dove le distinzioni vengano compiute all'interno della medesima figura ablativa.

Peraltro le eterogenee forme di confisca che qui si annidano, e i diversi gradi di funzioni che ad esse si collegano, non sempre possono separarsi con un 'taglio' netto. Anzi in alcuni casi – come quello di specie – si richiamano e s'integrano le une con gli altri, fino a sovrapporsi, perlomeno in alcuni tratti<sup>28</sup>.

In questo scenario, non sembra peraltro giovare l'assenza di una

<sup>27</sup> Per approfondimenti in ordine alle singole componenti della confisca codicistica ambientale, sia consentito rinviare a PIERDONATI *La confisca nel sistema dei delitti contro l'ambiente, op. cit.*, 109 ss., 116 ss., 119 ss. Quanto all'ipotesi speciale di cui al comma 5 dell'art. 452 *quaterdecies* c.p. emergono soltanto componenti preventive e afflittive, non avendo qui il legislatore introdotto le previsioni relative al vincolo di destinazione e alla causa di non confiscabilità: in tal senso, cfr. Cass. Sez. III, 7 aprile 2020, n. 11581, in <<http://www.utetgiuridica.it>>. Per altro verso, in questa recente pronuncia la Corte di Cassazione ha ritenuto priva di profili di irragionevolezza la scelta discrezionale del legislatore di non estendere alla confisca prevista per il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti le cause di esclusione contemplate nel comma 4 dell'art. 452 *undecies* c.p.; e ciò stante la diversità strutturale tra le fattispecie contemplate da quest'ultima disposizione e quella di cui all'art. 452 *quaterdecies* c.p. Sulle ragioni a fondamento della mancata estensione delle cause di non confiscabilità alle numerose contravvenzioni previste dal t.u. ambiente, cfr. Cass. Sez. III, 27 maggio 2020, n. 15695, in <<http://www.dejure.it>>.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

qualificazione legale espressa da parte del legislatore del 2015. Quest'ultimo, oltre a collocare sistematicamente la misura patrimoniale nello specifico titolo «dei delitti contro l'ambiente», ha optato nella rubrica per la denominazione *neutra* di «confisca», senza enunciazioni ulteriori. Come è accaduto, del resto, per altre ipotesi speciali ablatorie via via introdotte nell'ordinamento giuridico. Sicché il termine «confisca» risulta qui privo di significato, perlomeno dal punto di vista delle categorie interpretative<sup>29</sup>.

Al di là del fatto che, rispetto ad altre ipotesi speciali di confisca, nel testo della confisca ambientale non si rinviene alcun richiamo al disposto dell'art. 240 c.p., è in ogni caso vistoso l'allontanamento del 'moderno' modello codicistico di confisca ambientale dall'originaria figura di parte generale, che ne aveva in passato giustificato la collocazione sistematica all'interno delle misure *amministrative* di *sicurezza* patrimoniali. Tanto che la 'crisi' del sistema del doppio binario, rilevata per le misure di sicurezza personali<sup>30</sup>, sembra ormai propagarsi anche verso le misure di sicurezza patrimoniali, cui paiono sostituirsi innumerevoli figure ulteriori e diverse, ancorché talora impropriamente ricomprese sotto questa 'etichetta classica'.

Non è invece senza significato, a nostro avviso, che nel più recente sistema della responsabilità degli enti da reato (anche ambientale), la confisca 'corporativa' del prezzo e del profitto di origine criminosa (art. 19 d.lg. n. 231/2001) sia definita espressamente quale sanzione.

Nel quadro delle fonti europee, la direttiva 2014/42/UE rimette agli Stati membri la signoria sulla qualificazione giuridica da assegnare alla confisca diretta. Con riferimento alla confisca di valore, la fonte citata fa invece un piccolo passo in avanti, di certo non conclusivo, stabilendo che potrà essere qualificata come «sanzione sussidiaria» rispetto a quella diretta ovvero come «misura alternativa».

Insomma, nel contesto delle qualificazioni legali l'interprete non rinviene un approdo sicuro per individuare la natura della confisca ambientale codicistica. Ad ogni modo, la definizione formale è ormai

<sup>29</sup> Non a caso Cass. SU, 26 giugno 2014, n. 4880, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 15 luglio 2015, rileva che «la confisca è, di per sé, istituto "neutro", capace di assumere natura e fisionomia diverse, a seconda del regime normativo che la contempli. Appare, quindi, appropriata, e non solo suggestiva, la definizione dottrinale di istituto "camaleontico", ad eloquente sottolineatura della capacità della confisca di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepirne le peculiari finalità, che, per suo tramite, il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire». Nello stesso senso, Cass. Sez. V, 12 febbraio 2020, ord. n. 7881, cit. Sul punto, cfr., per tutti, MAUGERI, (voce) *Confisca (diritto penale)*, *op. cit.*, 185 ss.

<sup>30</sup> In proposito, cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in «RIDPP», 2015, 1241 ss.

considerata criterio ‘debole’, che può semplicemente indiziare in un senso o in un altro, comunque non rivelandosi dirimente per chiarire l’autentica essenza dell’istituto<sup>31</sup>.

4. *Nostra tesi: l’anima afflittiva’ della confisca ambientale codicistica. Il comune inquadramento dogmatico della confisca di proprietà e di valore nel genus delle sanzioni penali*

La lente attraverso cui ‘mettere a fuoco’ l’immagine ‘mossa’ della confisca ambientale codicistica è l’*effetto prevalente* generato dall’applicazione della misura.

Tale criterio discretivo assume particolare significato euristico, perché segnala l’entità della misura e la sua incidenza, rende esplicita la predominanza di alcune funzioni su tutte le altre potenzialmente esplicabili e concretamente svolte, svelando le autentiche finalità dell’istituto; determinate alla luce dei presupposti e delle modalità che ne circondano l’applicazione.

Ora, è fuori discussione che l’effetto *afflittivo* sia addirittura *dominante* nella confisca ambientale codicistica *per equivalente*. E ciò, in estrema sintesi, a causa della frattura del rapporto pertinenziale tra i beni acquisiti e l’ecodelitto commesso, con l’apertura incondizionata al sequestro preventivo e alla confisca di beni, risorse e plusvalenze leciti, acquisiti dal soggetto anche in epoca antecedente alla commissione del reato contestato. Di qui matura, senza troppi ostacoli, la natura sostanzialmente punitiva di tale forma di confisca ambientale.

Senonché, a nostro avviso, *anche e già nella forma della confisca ambientale diretta* sembra al fondo potersi cogliere un *prevalente effetto afflittivo*.

Ora nei limiti di quanto ricavato dalla criminalità ambientale, e a maggior ragione nelle ipotesi in cui emerga una situazione peggiorativa rispetto ai vantaggi derivanti dall’ecodelitto, in ogni caso nella confisca ambientale di proprietà la dimensione afflittiva non costituisce un effetto meramente collaterale della funzione specialpreventiva. Anzi la prima risulta più pronunciata rispetto alla seconda, anche perché è ritenuta indispensabile dal legislatore sovranazionale e interno per propagare in ottica generalpreventiva il potente messaggio intimidatorio – rivolto alla collettività e non solo al singolo destinatario della misura – secondo cui ‘il

<sup>31</sup> Cfr., al riguardo, la ricca giurisprudenza della Corte Edu: *retro*, § 3.

reato non paga' e 'chi inquina paga'<sup>32</sup>.

Va poi ribadito che la confisca di strumenti del reato e proventi illeciti è una conseguenza giuridica *obligatoria* derivante dalla commissione di un ecodeletto. Ciò si traduce nell'emanazione d'ufficio in sede *penale* di un provvedimento di acquisizione definitiva e perpetua, 'in nome' e 'per mano' dello Stato, di *instrumenta delicti* (sovente di notevole valore economico), prodotto e profitto di origine criminosa. L'oggetto materiale dell'ablazione, già ampio, è stato non di rado esteso ulteriormente – nella forma della confisca diretta – al profitto 'lordo' (<sup>33</sup>), al profitto 'futuro', al profitto 'denaro' nel *tantundem* (ivi compresi i risparmi di spesa, anche disancorati da un ricavo netto)<sup>34</sup>. Così enfatizzandosi la dimensione afflittiva dell'incapacitazione patrimoniale, al punto da entrare – nell'ultima ipotesi della confisca diretta del *tantundem* – persino nei territori repressivamente aggravati della confisca per equivalente<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Nella dottrina tedesca, sul carattere della generalprevenzione (anche) economica della confisca, cfr. F. HERZOG, *Gewinnabschöpfung und Vermögensanktionen: Verbrechensbekämpfung durch Kostenmaximierung des Normbruchs?*, in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, a cura di Aa.Vv., Baden-Baden, 2002, 245.

<sup>33</sup> La questione del profitto come ricavo lordo è stata affrontata anche da Cass. SU, 2 luglio 2008, n. 26654, cit., con una decisione che ha tentato di conciliare le due tesi in contrapposizione (ricavo lordo e profitto netto), coniando una sorta di 'terza via', ritenendo che – anche rispetto alla confisca prevista rispetto alle persone giuridiche – dovesse trovare accoglimento il principio del lordo, ammettendo la sola deducibilità «dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato». Più di recente la Cassazione ha cercato di rimediare ad alcuni aspetti incongrui, a parziale rettifica del precedente *dictum*: cfr. Cass. Sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 9988, in <<http://www.dejure.it>>; Cass. Sez. VI, 5 novembre 2014, n. 53430, *ivi*. Una riemersione della concezione ripristinatoria si può riscontrare nelle più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità (cfr. in tal senso Cass. Sez. V, 28 ottobre 2013, n. 10265, Rv. 258577) che, pur con qualche ambiguità, sembrano accogliere il principio del netto, qualificando il profitto come «mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente». Il principio del netto, d'altra parte, emerge anche in riferimento all'applicazione della confisca nei confronti delle persone fisiche, in particolare in materia di corruzione, in cui si è affermato che la misura deve corrispondere al solo profitto effettivamente lucrato, al netto dei benefici che sarebbero stati conseguiti agendo lecitamente (così, Cass. Sez. II, 10 dicembre 2013, n. 12761, in <<http://www.leggiditalia.it>>) e non può essere applicata nei casi di promessa non seguita dal versamento della tangente (Cass. Sez. VI, 13 febbraio 2014, n. 14017, *ivi*).

<sup>34</sup> Per un approfondimento in proposito, cfr. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 20 ottobre 2016, 3 ss.; MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, *op. cit.*, 740 ss.; M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in «RIDPP», 2015, 1683 ss.

<sup>35</sup> Perlomeno stando alle rigorose posizioni assunte da un indirizzo della giurisprudenza

Peraltro, il dato positivo in forza del quale la confisca ambientale diretta consegua d'ufficio al 'patteggiamento' per l'ecodelitto, sotto questo profilo espressamente equiparato dalla legge alla sentenza di condanna<sup>36</sup>, rende esplicito un coefficiente ulteriore della specifica figura – peraltro estraneo alla confisca di valore – ispirato da un *surplus* repressivo e generalpreventivo.

Spetta allora alla prevalente natura afflittiva e dissuasiva – rinvenibile nella confisca per equivalente, ma anche e già in quella diretta – orientare la classificazione tipologica del modello complessivo di confisca ambientale, posizionandola sotto un'insegna anziché sotto un'altra.

Al di là del *nomen iuris*, che tradizionalmente evoca l'idea della misura amministrativa di sicurezza patrimoniale (art. 240 c.p., titolo VII, capo II, libro I, c.p.), la confisca ambientale codicistica (artt. 452 *undecies*, 452 *quaterdecies*, comma 5, c.p., titolo VI *bis*, libro II, c.p.) appartiene alla materia strettamente *penale*.

Più in particolare, tra le variegato opzioni di inquadramento dogmatico, a noi pare che il modello considerato – in entrambe le forme alternative che lo compongono – sia meglio assimilabile allo schema e alla logica della *sanzione penale*.

Pur non qualificata tale dal diritto nazionale, la veste di sanzione sostanzialmente penale a contenuto patrimoniale matura lungo gli indicatori positivi segnalati. E ciò, va aggiunto, è in aderenza con le coordinate impresse alla materia penale modernamente intesa in sede europea, già a partire dall'enunciazione dei c.d. *Engel criteria*<sup>37</sup>, nonché alla luce di alcuni spunti produttivi rinvenibili in un recente indirizzo della giurisprudenza

---

di legittimità, che si è peraltro consolidato: Cass. SU, 26 giugno 2015, n. 31617, cit., secondo cui «qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito *ab origine* da denaro, l'ablazione delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità presso il proprio conto corrente deve essere qualificata come "confisca diretta": in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene confiscato, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto di confisca e il reato». Posizione ribadita anche di recente da Cass. Sez. V, 18 gennaio 2018, n. 5459, in <<http://www.leggiditalia.it>>. In argomento cfr., in dottrina, E. MEZZETTI, *Profitto e prezzo confiscabili e confisca per equivalente nei reati contro la Pubblica Amministrazione*, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 21 febbraio 2014, 1 ss.

<sup>36</sup> Stante la previsione tassativa di cui all'art. 445, comma 1, c.p.p.

<sup>37</sup> Cfr. CoEDU, 8 giugno, 1976, Engel c. Olanda, cit.; CoEDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, cit. Più di recente gli indici rivelatori della natura sostanzialmente penale di una sanzione non considerata tale dal diritto interno sono stati essenzialmente e autorevolmente ribaditi da CoEDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, cit., spec. § 222, sempre con specifico riferimento alla confisca urbanistica, qualificata come sanzione sostanzialmente penale.



costituzionale<sup>38</sup>.

D'altra parte, stando ai criteri generali che governano la logica del sistema penale interno, la sanzione è in definitiva una *male* che si infligge per il male commesso, il reato. Diversamente la misura di sicurezza contrasta la pericolosità sociale del soggetto o della cosa. La prima ha ad oggetto contenuti prevalentemente afflittivi, la seconda principalmente una cautela<sup>39</sup>. Nella sua essenza logico-formale, la misura sanzionatoria – e così a noi sembra anche la confisca ambientale – rappresenta per definizione una conseguenza giuridica negativa all'illecito penale, che accompagna la riaffermazione dell'ordine giuridico violato; nella specie con il 'rispristino' della situazione economica o ambientale antecedente alla commissione dell'ecodelitto<sup>40</sup>.

Nel debordare in ambiti classicamente riservati alla pena, la confisca ambientale si aggiunge 'di diritto' alle pene principali e alle altre conseguenze derivanti dalla commissione dell'ecodelitto<sup>41</sup>; comprimendo, fino quasi ad annullare, la sfera giuridica individuale del reo nell'esercizio del diritto di proprietà, tutelato al più alto livello dell'ordinamento (art. 42 Cost., art. 1 Protocollo addizionale Cedu, artt. 17, 49, § 3, Cdfue).

Non è senza significato la constatazione secondo cui il meccanismo di irrogazione della confisca (anche) ambientale risulti scandito, nelle trame del procedimento, proprio secondo i 'tempi' che presiedono all'inflizione della sanzione penale. Ben lungi dal trovare applicazione dopo la condanna all'esito del giudizio primo grado, in omaggio al *favor rei* la misura patrimoniale in questione, pur disposta, reclama per una sua effettiva esecuzione l'irrevocabilità del provvedimento giurisdizionale (anche ablativo). Tanto che non esiste l'opzione di una provvisoria immediatamente esecutiva 'in punto' di confisca.

Ribaltando il ragionamento, la confisca ambientale «non trova applicazione» laddove a realizzare in termini efficaci le opere di risanamento

<sup>38</sup> Cfr. C. cost., 10 maggio 2019, n. 112, cit.; C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in <<http://www.dejure.it>>. In argomento, cfr. *retro*, § 3.

<sup>39</sup> In generale, sui rapporti tra sanzioni penali e misure di sicurezza, cfr. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, op. cit., 638 ss.; nonché A. GULLO, *La confisca*, in «GP», 1981, 45.

<sup>40</sup> In proposito, cfr. ancora FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, op. cit., 638 ss.; nonché MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, op. cit., 722.

<sup>41</sup> Le altre tipologie di sanzioni si aggiungono, in sede di condanna, alla confisca: reclusione e, talvolta, anche pena pecuniaria per le persone fisiche, più le pene accessorie. Sanzione pecuniaria e, nei casi consentiti, sanzione interdittiva e pubblicazione della sentenza di condanna per le persone giuridiche. Come pure possono sommarsi le sanzioni extrapenali finalizzate a risarcimenti e restituzioni (civili, amministrative, erariali ecc.).

ambientale sia stato direttamente «l'imputato» (comma 4, art. 452 *undecies* c.p.); ma non anche il condannato. Anche per questo la condotta 'riparatoria' sembra praticabile fino a quando il processo penale non sia progredito fino alla sentenza irrevocabile di condanna (o di 'patteggiamento'). Divenendo ostico immaginare la possibilità di una revoca della confisca a seguito del passaggio in giudicato della decisione.

Non solo. Nel caso di condanna per il delitto ambientale, si può assistere a un *cumulo* tra sanzioni che, sebbene astrattamente diverse (pena principale pecuniaria, confisca, sanzioni extrapenali), rischiano di finire nella sostanza per convergere, esibendo tutte un contenuto economico, peraltro di entità ragguardevole. Palese, allora, l'aggravio repressivo che deriva da simile duplicazione, anzi moltiplicazione sanzionatoria.

Pure dinanzi a una progressiva estensione dei presupposti per la costituzione di parte civile di soggetti pubblici e privati nei procedimenti penali in materia ambientale, la riforma del 2015 – per il tramite dell'introduzione della confisca codicistica (artt. 452 *undecies*, 452 *quaterdecies*, comma 5, c.p.) – preannuncia l'avvento di un nuovo imperativo politico criminale, certificando la tenace vocazione dell'istituto ad assolvere un ruolo protagonista nel sistema penale (anche) dell'ambiente<sup>42</sup>. Ruolo, comunque, diverso e ulteriore rispetto alla pura *ricomposizione* delle conseguenze negative derivanti dalla commissione dell'ecodelitto, altrimenti sarebbero bastati i rimedi civilistici e/o amministrativi già rinvenibili nell'ordinamento giuridico; senza dunque la necessità di introdurre un inedito paradigma ablativo, al quale – in sinergia con il funzionale sequestro – 'affidare le chiavi' per contrastare l'allarmante fenomeno della criminalità ambientale.

Va poi considerato come, per un verso, siamo in presenza di una misura patrimoniale destinata a un 'libero flusso', giacché la confisca (anche) ambientale è aliena da limiti edittali di pena o, comunque, da un numero massimo di quote o tassi. Sicché si presenta *ex ante* quale sanzione non prevedibile e di entità astrattamente indeterminata per il patrimonio dei potenziali destinatari.

Per altro verso, la confisca ambientale si traduce in una previsione rigida. Simile misura trova difatti automatica e piena applicazione in relazione a

<sup>42</sup> In generale, sulla vocazione punitiva della confisca cfr. V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi, A. Cisterna, I, Torino, 2011, 125 ss.; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale*, *op. cit.*, 1277; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 194 ss.

tutti gli ecoldelitti previsti al comma 1 dell'art. 452 *undecies* c.p. e al comma 5 dell'art. 452 *quaterdecies* c.p.: ossia dai più gravi reati di inquinamento e disastro ambientali (artt. 452 *bis*, 452 *ter*, 452 *quater* c.p.) fino a ipotesi di reato caratterizzate da un disvalore complessivo più ridotto, come ad esempio l'impedimento del controllo (art. 452 *septies* c.p.). Sottolineatura ulteriore di questa constatazione si lascia registrare nel fatto che la confisca degli strumenti del reato e dei proventi da causa negoziale illecita non è necessariamente collegata a un danno effettivo all'ambiente, bastando l'esposizione al pericolo per il bene tutelato.

Ma vi è di più. La manifestazione del potere coercitivo si realizza al di là di una effettiva graduazione sia in ordine alla gravità concreta del fatto di reato commesso sia rispetto alle reali condizioni economiche del suo autore 'in carne ed ossa', destinatario del provvedimento ablativo<sup>43</sup>.

In altre parole, è sottratta alla mediazione del giudice la commisurazione individualizzata della sanzione penale della confisca. L'organo giurisdizionale nulla può dire sull'*an* dell'applicazione, trattandosi di un automatismo coercitivo; ma nemmeno sul *quantum* delle risorse oggetto di apprensione, avendo la misura natura fissa, né sulla sua durata, maturando nei fatti un 'ergastolo' per il patrimonio confiscato.

D'altra parte, l'incisiva e temibile immagine sanzionatoria proiettata dalla confisca ambientale codicistica rappresenta, più fedelmente di altre, l'intenzione – o il 'retropensiero' – del legislatore del 2015, che ne ha delineato l'articolata trama normativa. E ciò in linea con il più 'moderno' programma politico criminale sovranazionale e interno.

In effetti, a fronte di un *trend* recessivo della pena intesa come restrizione della libertà personale – si pensi al ricorso, in certi casi e a determinate condizioni, della c.d. 'leva premiale'<sup>44</sup> – hanno guadagnato campo strategie

<sup>43</sup> Sul significato e sulle ragioni per le quali l'automatismo di molte pene accessorie sia un punto delicato, ben noto e, comunque, sconti la storia molto particolare delle sanzioni penali accessorie, etichettate in termini di effetti penali della condanna: cfr. P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 216 ss.

<sup>44</sup> Sul tema, cfr. FIORELLA, (voce) *Responsabilità penale*, in «ED», XXXIX, Milano, 1988, 1291; FIORELLA, M. MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per il illecito dell'ente da reato*, in «RIDPP», 2019, 517 ss.; E.M. AMBROSETTI, *La riforma Orlando: profili di diritto penale sostanziale*, in «Proc. pen. e giust.», 2017, 1062 ss.; G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Milano, 2017, 73 ss., 151 ss.; CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in «RIDPP», 2013, 1760; M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Id., Padova, 2003, 347 ss., 358 ss.; Id., *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in «CD», 2007, 277 ss.; L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità, op. cit.*,

politico criminali *diversificate*, che puntano su una risposta al reato attraverso l'utilizzo di misure coercitive, a vario titolo patrimoniali, incidenti sulle ricchezze illecitamente accumulate<sup>45</sup>.

In questo scenario risalta l'egemonia della confisca, che ha conosciuto – soprattutto in tempi recenti – una costante e cospicua evoluzione (o involuzione) rispetto alla originaria posizione ancillare, alimentata dall'esigenza di reagire all'esponentiale aumento della criminalità di tipo economico e ambientale, a sua volta collegato allo sviluppo di una società globalizzata.

Gli Stati membri, preso coscienza dell'esistenza di tale fenomeno criminale e della necessità di cooperare a livello internazionale, hanno cercato di individuare in chiave 'funzionalista' una soluzione orientata allo scopo – tipicamente correlato allo schema e alla logica *della sanzione penale* – di aggredire in radice la 'molla' dell'attività criminosa, ossia l'accaparramento di capitali e beni illeciti; anche per garantire la leale concorrenza e il giusto merito nello svolgimento dell'attività d'impresa.

Nondimeno la portata aggressiva della misura penale, identificata a livello internazionale appunto nella confisca, sarebbe stata garantita solo emancipandola dallo schema generale di profilassi tipico della misura di sicurezza (art. 240 c.p.) e concedendole, al contrario, tratti di marcata versatilità.

In tale esigenza 'efficientista' è dunque ravvisabile la causa genetica dell'ambiguità dogmatica (anche) della nuova confisca ambientale codicistica. Qui è nondimeno possibile cogliere, al fondo, una tenace 'anima' afflittiva

---

273 ss.; ID., *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015, *passim*; G. FIANDACA, *Tra punizione e riparazione. Una ibridazione di paradigmi?*, in «FI», 2016, V, 296; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, 465 ss.; MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in «CP», 2016, 3094 ss.; PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in «DPC-RT», 2016, fasc. 1, 54; PALAZZO, *Trasformazione o declino del sistema della sospensione condizionale della pena nel sistema italiano?*, in ID., BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?*, Torino, 2007, 15 ss.; PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 30 maggio 2016, 62; S. SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *Criminalia*, 2018, 10 ss. In una prospettiva più generale, approfondisce le ragioni della «crisi profonda del sistema sanzionatorio penale», individuandole, tra l'altro, nelle eccessive rigidità – vecchi e nuove – del codice penale, RISCATO, *La pena perpetua*, *op. cit.*, 2015, 1240.

<sup>45</sup> Per un quadro di sintesi, cfr. E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, 33 ss.; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «Moderno»*, Padova, 1997, 10 ss.

per il reo e disincentivante per la collettività, che imprime al modello nel suo complesso la natura di sanzione penale; laddove un'essenziale diversità di natura, funzioni e finalità tra le due tecniche ablativo alternative – confisca diretta e per equivalente – non pare effettivamente rinvenibile. E ciò in ragione di un minimo comune denominatore di segno punitivo e dissuasivo, più (nel caso della confisca di valore) o meno (confisca di proprietà) pronunciato, ma in ogni caso prevalente in entrambe le forme.

D'altronde, provando ad immaginare una conclusione anche per la nuova confisca ambientale più in linea con l'orientamento 'conservatore' della giurisprudenza nazionale (confisca diretta-misura di sicurezza; confisca per equivalente-pena)<sup>46</sup>, ebbene una simile diversificazione rischierebbe di rivelarsi foriera di equivoci o, peggio, di possibili profili di irragionevolezza. Nel senso che la sottrazione di denaro nel *tantundem* o di beni assolverebbe una funzione di profilassi, in ragione di una ritenuta pericolosità del loro permanere nel patrimonio del reo, in caso di confisca diretta. E guadagnerebbe *d'emblée* una funzione repressiva se, rivelandosi tale forma primaria impossibile, si apprendano dal medesimo patrimonio cose di corrispondente valore, magari collegate alla commissione di altri reati.

È invece la natura prevalentemente disincentivante e repressiva del modello complessivo a chiarire, anche sotto questo profilo, l'indifferenza che all'autore dell'illecito sia sottratto proprio quel bene derivante dalla commissione dell'ecodelitto contestato ovvero, in alternativa, qualsiasi altro bene al reato non collegato. Quel che davvero conta, nello schema e nella logica dell'istituto, è che il reo sia privato di un valore corrispondente al vantaggio economico o al corrispettivo del reato-fonte.

In questo quadro, la pura funzione di profilassi tipica della misura di sicurezza patrimoniale, strettamente legata alla pericolosità oggettiva della *res*, mal si concilia con i pronunciati effetti e scopi retributivi e deterrenti che traspaiono dal modello di confisca considerato.

La stessa clausola di salvaguardia («salvo che [le cose] appartengono a persona estranea al reato»), ospitata in coda alla disciplina della confisca diretta ambientale e posta a fondamento della tutela dei terzi, sembra in una certa misura tradire la consapevolezza da parte dello stesso legislatore in merito alle componenti non genuinamente specialpreventive già della prima tecnica di ablazione patrimoniale.

È pur vero che la confisca ambientale codicistica – in particolare di proprietà – conserva anche una funzione di prevenzione speciale, consistente nella neutralizzazione delle cose intrinsecamente pericolose.

---

<sup>46</sup> Cfr. *retro*, § 3, 4.

Si tratta di una funzione di profilassi che – in linea di principio meno debole con riferimento all’ablazione degli strumenti del reato – può rimanere in penombra a contatto con i proventi illeciti e, in particolare, con il profitto-denaro di origine criminosa (nel senso precisato). Che poi nella pratica costituisce l’oggetto materiale più frequentemente suscettibile di confisca diretta.

Pure nel caso della confisca obbligatoria (anche per equivalente) degli strumenti del reato si sono colte componenti oggettivamente repressive. Si pensi al caso in cui vengano confiscati, in relazione al reato di impedimento del controllo (art. 452 *septies* c.p.), beni di significativo valore patrimoniale (i mezzi di trasporto), al di là della ridotta gravità astratta e, magari, concreta del fatto commesso. E ciò con un effetto potenzialmente peggiorativo spesso di gran lunga superiore rispetto al vantaggio economico conseguito.

In ogni caso, complessivamente il modello codicistico della confisca ambientale pare trascendere i connotati impeditivi tipici delle misure di sicurezza in funzione della pericolosità della *res*. Non limitandosi a recidere meri rapporti soggettivi di appartenenza di singoli beni, tale paradigma di confisca – con il *pendant* del funzionale sequestro preventivo – sembra piuttosto proiettare la propria portata fino alle frontiere di aggredire in chiave retributiva le basi economiche della criminalità ambientale, così veicolando ai consociati l’eloquente messaggio dissuasivo ‘il reato non paga-chi inquina paga’.

Indicazioni solo all’apparenza contrastanti con questa conclusione sono rinvenibili nelle più innovative opzioni ripristinatorie e ‘riparatorie’, che trovano anche loro sistemazione nella diramata struttura della confisca ambientale codicistica (commi 3 e 4, art. 452 *undecies* c.p.)<sup>47</sup>.

Si tratta di vincoli di destinazione e cause di non confiscabilità, che sollecitano gli operatori d’impresa verso il rispetto della legalità e/o il ritorno ad essa, ma che non sembrano in grado di oscurare l’essenza punitiva del modello di confisca considerato, rivelandosi ancillari rispetto a questa funzione prevalente.

In primo luogo, le opere di risanamento ambientale – anche ove praticate direttamente dal reo-ravveduto – non paiono obbedire a uno schema e una logica genuinamente ‘riparativa’, che dovrebbe essere espressiva di una riconciliazione distante dalle concessioni reciproche. Come accade, invece, nel caso di specie, ove la tecnica del ‘bastone’ e della ‘carota’ appare in

<sup>47</sup> Come si è visto *retro*, § 4, vincoli di destinazione e cause di non confiscabilità di beni e proventi di origine criminosa non trovano invece sistemazione nella disciplina della confisca prevista con specifico riferimento al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452 *quaterdecies* c.p.).

definitiva più uno stratagemma per diversificare le strategie di contrasto alla criminalità ambientale.

Da una parte, le vittime dell'ecodelitto, al di là dello Stato, non conseguono un ristoro economico per il tramite della confisca o del sequestro preventivo ad essa finalizzato.

Dall'altra, mediante le condotte asseritamente 'riparatorie' viene inflitta al soggetto ravveduto una sofferenza patrimoniale – visti i ragguardevoli costi da sostenere per finanziare le impegnative attività di risanamento ambientale – come conseguenza negativa necessaria e voluta dal legislatore affinché la funzione ripristinatoria si espliciti e si concretizzi.

È pur vero che l'alternativa politico criminale (parzialmente) 'premiale', peraltro in concreto non agevolmente praticabile sul piano tecnico, eccezionalmente assicura l'esclusione della confisca ambientale. Ma tale ricomposizione resta fine a sé stessa, perché lascia comunque intatta l'operatività del concorso di sanzioni penali (principali e accessorie) nonché extrapenali (civili, amministrative, erariali) derivanti dalla commissione dell'ecodelitto. E ciò ad ennesima conferma dell'aggravio repressivo che la confisca (anche) ambientale porta con sé e, di conseguenza, della maggiore coerenza con l'inquadramento sanzionatorio dell'istituto.

Insomma, la stessa idea di ricomposizione della situazione antecedente all'illecito che anima la giustizia 'riparativa' rappresenta, tutto sommato, un fondamento della concezione retributiva della pena. Inoltre, l'effetto di azzeramento di risorse patrimoniali ed eventuali plusvalenze non dovute – generato dalla confisca diretta ed enfatizzato dalla forma per equivalente – svolge a stretto rigore una funzione ripristinatoria dello *status quo ante* la commissione dell'ecodelitto. Proprio perché riafferma, appunto 'ripristina' l'ordine giuridico violato; a sua volta ispirandosi alla 'filosofia' retributiva della sanzione penale<sup>48</sup>.

Complessivamente si assiste a una compenetrazione di componenti afflittive-dissuasive con quelle ripristinatorie-'riparatorie', che convivono, non senza interferenze reciproche, all'interno delle stesse previsioni relative al vincolo di destinazione dei beni illeciti e alle cause di non confiscabilità<sup>49</sup>. Il che, lungi dall'imprimere una diversa natura al modello considerato, sembra piuttosto confermarne la sottostante natura sanzionatoria; nel senso

---

<sup>48</sup> Cfr. *retro*, § 4, 5.

<sup>49</sup> Emblematico di tali interferenze e sovrapposizioni reciproche tra punizione e riparazione nel quadro delle confische si rivela, ancora una volta, un passaggio rinvenibile in CoEDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, cit.: «Le funzioni di prevenzione e riparazione sono coerenti con quelle punitive e potrebbero essere considerate come elementi costitutivi della stessa nozione di punizione».

che il reo-inquinatore, proprio perché ‘rieducato’, non è più meritevole dell’intervento punitivo.

In ogni caso, le singole attività ripristinatorie e ‘riparatorie’ – bonifica, ripristino, messa in sicurezza – non sono immuni, a loro volta, da componenti afflittive; vieppiù esercitando, seppure indirettamente, una funzione di richiamo in ottica generalpreventiva.

Va infine segnalato come la disciplina speciale (commi 3 e 4, art. 452 *undecies* c.p.) sia dettata in modo omogeneo per entrambe le forme di confisca ambientale, di proprietà e di valore.

Eppure sulla natura sanzionatoria della confisca di valore per definizione tutti concordano. Il che significa, più esattamente, che le previsioni citate – in sé e per sé prese – non hanno la capacità di smentire il nucleo duro punitivo di una forma di confisca o, piuttosto, di un’altra. Anzi, ribaltando i termini del ragionamento, potrebbe sostenersi come proprio l’uniforme richiamo operato dalla legge all’applicazione della medesima disciplina ripristinatoria e ‘riparatoria’ – tanto per la confisca diretta quanto per quella di valore – significhi la loro comune vocazione punitiva.

#### 4.1 *La riconciliazione con le garanzie della materia penale*

Chiarite natura giuridica e conseguente collocazione dogmatica della confisca ambientale codicistica, occorre ora stabilire quali siano i principi costituzionali e convenzionali che ne integrano lo specifico statuto di garanzia. Dall’inquadramento di entrambe le tecniche di confisca nel *genus* delle sanzioni penali derivano precise *ricadute applicative* a proposito dei principi di riferimento.

Questi ultimi dovrebbero essere ricavati, coerentemente, da quelli invalsi nella *matière pénale*, in accezione tanto costituzionale quanto convenzionale (Cedu). Assumono rilievo, in questo senso, le garanzie ‘forti’ del diritto penale sostanziale (in particolare stretta legalità, divieto di retroattività, sussidiarietà-*extrema ratio*, ragionevolezza-proporzionalità dell’intervento punitivo, personalità della responsabilità penale-individualizzazione del trattamento sanzionatorio, funzione rieducativa della pena) e quelle del diritto processuale penale (diritto di difesa, ragionevole durata, presunzione d’innocenza, obbligo di motivazione, *ne bis in idem*).

Si noti: tali principi e garanzie tracciano, senza infingimenti, la cornice entro cui il modello codicistico della confisca ambientale può muoversi e deve restare confinato.

L’uniforme inquadramento nel quadro delle sanzioni penali assegnato



alle forme di confisca ambientale codicistica – e, con essa, l’omogenea operatività delle proiezioni garantistiche – può avere il pregio di scongiurare equivoci ed oscillazioni discutibili.

Se è invero l’impossibilità dell’acquisizione diretta di beni e proventi di origine criminosa a legittimare la traslazione del titolo ablatorio nel meccanismo della confisca per equivalente, sembra non razionale far dipendere il passaggio rispettivamente da misura di sicurezza a pena in ragione del fatto, puramente casuale e comunque non prevedibile, della permanenza o meno dell’oggetto direttamente collegato al reato nel patrimonio dei destinatari del provvedimento giurisdizionale.

Pare inoltre non ragionevole sostenere che la sottrazione di denaro (nel *tantundem*) o di beni abbia uno scopo preventivo in forza di un’asserita pericolosità del loro permanere nel patrimonio, in caso di confisca diretta. E assuma invece una funzione repressiva se, rivelandosi essa impossibile, si apprendano dallo stesso patrimonio cose di corrispondente valore<sup>50</sup>.

Ragionando nell’ottica proposta, si assisterebbe invece a un passaggio *lineare* lungo le due forme di confisca ambientale, entrambe da qualificare come sanzioni penali. Il che eviterebbe l’anomalia insita nell’intendere la prima come misura di sicurezza e la seconda come pena; rendendo più razionale e prevedibile la gestione del delicato meccanismo ablativo alternativo congegnato dalla legge<sup>51</sup>.

Assodata la mancanza di un quadro di principi comuni tra pene e misure di sicurezza, coltivare geometrie variabili sul piano dell’inquadramento dogmatico delle singole forme di confisca può generare l’equivoco di assicurare alla confisca diretta un riconoscimento soltanto parziale dei principi garantistici che informano la materia penale. Invero limitati essenzialmente alla legalità e alla proporzionalità della misura. E ciò condurrebbe qualche indirizzo giurisprudenziale – come, in effetti, è accaduto in altri settori – a

<sup>50</sup> Al riguardo Cass. SU, 25 ottobre 2007, n. 10280, in <<http://www.dejure.it>>, hanno avuto modo di chiarire (in una fattispecie in tema di concussione, nella quale il denaro era stato richiesto da un ufficiale di p.g. per l’acquisto di un immobile) che costituisce “profitto” del reato anche il bene immobile acquistato con somme di denaro illecitamente conseguite, quando l’impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all’autore di quest’ultimo.

<sup>51</sup> Nel senso di escludere, già prima della riforma della confisca in Germania nel 2017, differenze in punto di natura giuridica tra *Verfall* (acquisizione pubblica, § 73 StGB) e *Wertersatzverfall* (acquisizione del valore equivalente, §73a StGB), W. SCHMIDT, § 73a/1, in *StGB. Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, a cura di B. Jahnke, H.W. Laufhütte, W. Odersky, Berlin-New York, 1992 – 2006; G. WOLTERS, E. HORN, § 73a/1, in H.J. RUDOLPHI, ID., H.L. GÜNTHER, E. SAMSON, *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München/Unterschleissheim, 2010.

non gestire sempre adeguatamente i complessi rapporti tra le due tecniche ablativistiche; ampliando o erodendo i rispettivi confini applicativi, anche in nome di valutazioni di politica giudiziaria. E così arrivare a qualificare *come se* fosse confisca diretta quella che, in realtà, sarebbe più propriamente definibile quale confisca per equivalente.

Tale interpretazione estensiva, poco ortodossa, propizia nei fatti una maggiore portata applicativa dell'ablazione patrimoniale diretta che, inquadrata nello schema della misura di sicurezza, può progredire senza troppi ostacoli; quali, ad esempio, il rispetto del divieto di retroattività, del principio di personalità della responsabilità penale e dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

Esemplificativo di questo approccio metodologico pragmatico pare la soluzione di qualificare come oggetto di confisca già diretta il profitto-denaro (pure nella veste dei risparmi di spesa) che, entrato nel patrimonio del reo con altri denari, ne elimini l'originaria individualità, in ragione – sanciscono le Sezioni Unite – della natura fungibile del bene<sup>52</sup>. Quasi che la fungibilità del bene possa supplire all'indagine sulla sua diretta pertinenzialità rispetto al reato-fonte.

In altri termini, l'asserita fungibilità del bene-denaro sembra assumere le sembianze di una pura finzione di pertinenzialità. E ciò con una forzatura interpretativa, che non sembra corrispondere alla realtà delle cose: proprio perché il denaro, parametro di valutazione unificante del valore dei differenti beni, per definizione si presta meglio di altri beni di diversa natura a fungere da efficace strumento di equalizzazione del valore dei proventi del reato, non più attingibili dalla confisca diretta. Sicché il denaro, lungi dall'esorbitare dalla confisca per equivalente, ne dovrebbe costituire il principale strumento perequativo.

Peraltro, la soluzione patrocinata dalle Sezioni Unite sembra anche debitrice dell'esigenza pratica di consentire l'ablazione diretta nei confronti delle persone giuridiche<sup>53</sup>, oltre che in caso di prescrizione del reato<sup>54</sup>.

Restando all'elaborazione giurisprudenziale, da cui la nuova confisca

<sup>52</sup> Cass. SU, 26 giugno 2015, n. 31617, cit., secondo cui «qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito *ab origine* da denaro, l'ablazione delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità presso il proprio conto corrente deve essere qualificata come "confisca diretta": in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene confiscato, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto di confisca e il reato».

<sup>53</sup> Cfr. Cass. SU, 30 gennaio 2014, n. 10561, cit.

<sup>54</sup> Cfr. Cass. SU, 26 giugno 2015, n. 31617, cit.

ambientale codicistica non è stata ancora direttamente interessata<sup>55</sup>, si diceva che a livello generale la prassi si è mostrata non di rado disponibile a dilatare i confini dell'ablazione patrimoniale. Complici, tra l'altro, l'ambiguità strutturale dell'istituto, l'ubiquità della criminalità del profitto e il *diktat* applicativo *in dubio pro confiscatione* (o *in dubio pro re publica*).

Non è difficile pronosticare come tali letture fluide coltivate in altri settori dell'ordinamento penale, anche in nome di sottostanti calcoli di giustizia sostanziale, possano riproporsi *mutatis mutandis* a contatto con l'inedito modello della confisca ambientale codicistica. Si pensi ancora, in proposito, alla predetta opzione interpretativa di consentire la confisca diretta del profitto-denaro, anche nella veste dei risparmi di spesa<sup>56</sup>. Questi ultimi, come si sa, autentico propellente della criminalità economico-ambientale.

Senonché si tratterebbe di interpretazioni eccessivamente estensive; in sé non inammissibili, ma di certo problematiche nella misura in cui si mostrerebbero non sempre controllabili fino in fondo sul piano tecnico e, comunque, votate a privilegiare in ultima analisi la soluzione meno favorevole all'imputato (in omaggio al *favor naturae*). E ciò pur dinanzi ad altre interpretazioni pure praticabili, alla luce della lettera della legge o di altri criteri ermeneutici.

Ad ogni modo, possibili interpretazioni oltremodo estensive nel settore ambientale rischiano, a loro volta, di rivelarsi il frutto di una malintesa concezione 'a monte' proprio della natura giuridica da assegnare alla nuova ipotesi speciale di confisca.

In mancanza di soluzioni adeguate, le difficoltà che s'incontrano nell'individuazione dei connotati identitari dell'oggetto da definire saranno anche nella confisca ambientale codicistica destinate a riflettersi in una moltiplicazione di paradigmi inconciliabili tra loro. Con un conseguente corto circuito dei principi di riferimento applicabili o, peggio, affrancamenti dei potenti meccanismi coercitivi patrimoniali dalle garanzie tipiche che informano la materia penale.

In un simile scenario potenziale, lo scioglimento del dilemma relativo

<sup>55</sup> Tuttavia, facendo leva proprio sui principi fissati dalle Sezioni Unite Lucci, C. ass. app. Milano, Sez. II, 27 novembre 2018, n. 41, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 25 marzo 2019, in ordine ai reati di cui agli artt. 416, commi 1 e 2, 262, commi 1 e 4, c.p., ha disposto l'applicazione della confisca facoltativa, di cui all'art. 240, comma 1, c.p., e di quella obbligatoria, di cui all'art. 240, comma 2, c.p., anche in caso di sentenza di proscioglimento per estinzione del reato per intervenuta prescrizione; sancendo incidentalmente la natura di misura di sicurezza patrimoniale (anche) della confisca ambientale codicistica.

<sup>56</sup> Cfr. *retro*, in questo §.

alla natura delle forme della confisca ambientale nel senso di ricomprendere entrambe nell'ambito specifico delle sanzioni penali e nel complessivo sistema di garanzie ad esse riservato, è invece 'faro' che segnala all'interprete l'uniforme statuto costituzionale e convenzionale di riferimento.

Su questa base dogmatica, l'interprete potrebbe dunque sviluppare l'analisi ricostruttiva della figura ablativa in esame, orientandone i relativi percorsi inesplorati nel groviglio della disciplina codicistica (artt. 452 *undecies*, 452 *quaterdecies*, comma 5, c.p.). Quest'ultima, come detto, è invero (do)minata da innumerevoli problemi ermeneutici, senz'altro bisognosi di soluzioni interpretative, che siano anzitutto costituzionalmente e convenzionalmente conformi.

Nel complesso la confisca ambientale codicistica ruota attorno a componenti senz'altro controverse e che – ove non adeguatamente sorvegliate – sembrano destinate ad esporre il modello in questione a possibili censure in sede di legittimità. A maggior ragione dinanzi al più recente indirizzo della giurisprudenza costituzionale, che si è mostrato particolarmente attento al rispetto dei valori della proporzionalità e dell'individualizzazione dell'intervento punitivo nelle trame delle fattispecie sanzionatorie a contenuto economico, come appunto la confisca<sup>57</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive e spunti de iure condendo

Si è appurato come sia nota ricorrente della moderna politica criminale sovranazionale e interna l'uso di sanzioni o misure coercitive a vario titolo patrimoniale.

Non è certo l'unica direttrice che orienta gli attuali programmi di politica criminale (basti ricordare l'utilizzo, in certi casi e a determinate condizioni, della c.d. 'leva premiale'). Ma è senz'altro una delle direttrici principali.

Talora in aggiunta al messaggio simbolico di rigore sanzionatorio veicolato dalle tradizionali pene detentive (come è accaduto anche nel caso del nuovo sistema degli ecodelitti)<sup>58</sup>, hanno progressivamente guadagnato

<sup>57</sup> Cfr. C. cost., 10 maggio 2019, n. 112, cit.; C. cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit.: su cui *retro*, § 3.

<sup>58</sup> Si pone da un punto di vista critico rispetto al senso e agli scopi del diritto penale 'simbolico' RISICATO, *La pena perpetua*, op. cit., 1240; con specifico riferimento al nuovo sistema degli ecodelitti, cfr. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, op. cit., 442 ss.; P. SEVERINO, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori. Introduzione agli Atti del II Convegno dell'Associazione internazionale di diritto*

campo strategie di contrasto alla criminalità *diversificate*.

Queste ultime convergono verso una risposta al reato pragmatica, che in definitiva colpisce pesantemente il *diritto di proprietà* del reo, fino a sancirne l'‘ergastolo’ con la confisca, preannunciato sovente dalla misura cautelare reale del sequestro preventivo<sup>59</sup>.

Sotto un diverso profilo, seppur collegato al precedente, la proliferazione di figure ablativo ha finito col dar luogo a un tale pluralismo di modelli, di cui alcuni innovativi o eccentrici rispetto all'originaria confisca-misura di sicurezza facoltativa di beni pericolosi (art. 240 c.p.), che ora esibisce a sua volta vesti rinnovate.

A questa figura generale, si sono difatti sommate – in modo frastagliato e, a tratti, quasi parossistico – innumerevoli ipotesi speciali di confisca obbligatoria afflittivamente dirette all'apprensione di beni e proventi illeciti, disseminate in una miriade di settori del codice penale e della legislazione complementare; fino a snaturare, per l'ennesima volta proprio con l'introduzione della nuova confisca ambientale, la funzione e la struttura identitarie della misura di sicurezza patrimoniale in cui si sostanzia l'archetipo codicistico.

È stata poi aggiunta l'opzione alternativa della confisca punitiva di valore, riprodotta per la prima volta anche in materia ambientale, a cui si affiancano le varie tipologie di confisca ‘allargata’ all'intero patrimonio del

---

*penale, gruppo italiano, sezione giovani* (Firenze, 2 dicembre 2016), in «DPC-RT», 2018, fasc. 1, 191 ss.

<sup>59</sup> Per una ‘messa a fuoco’ del significato e dei rischi collegati al fenomeno espansivo dell'ablazione patrimoniale nel contrasto alla criminalità del profitto, cfr. A. ALESSANDRI, (voce) *Confisca nel diritto penale*, in «DDP», vol. III, Torino, 1989, 29 ss.; E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa, op. cit.*, 33 ss., 242 ss., 482 ss.; FIANDACA, *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, 14 ss.; G. GRASSO, sub *Art. 240 c.p.*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di M. Romano *et al.*, Milano, 1994, 527; GULLO, *La confisca, op. cit.*, 45; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale, op. cit.*, 1260 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 79 ss.; MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa, op. cit.*, 716 ss.; PELISSERO, *La fattispecie di pericolosità. I presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari della prevenzione preater delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in «RIDPP», 2017, 464 ss.; PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità “generica”, tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in «GC», 2019, 322 ss. Sul ruolo cruciale della confisca nella moderna politica criminale cfr., nella dottrina tedesca, G. ARTZ, *Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall*, in «JZ», 1993, 913 ss.; F. BITTMAN, *Vom Annex zur Säule: Vermögensabschöpfung als 3. Spur des Strafrechts*, in «NZWIST», 2016, 131; HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in «HRRS», 2006, 321.

reo (anzitutto ai sensi dell'art. 240 *bis* c.p.) e la confisca di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011), non senza il rischio di sovrapposizioni e confusioni anche nel settore della tutela penale dell'ambiente<sup>60</sup>.

Di certo le evoluzioni – o involuzioni – del predetto *trend* politico criminale interessano ormai la maggior parte degli ordinamenti europei ed extraeuropei. In Italia, però, hanno assunto contorni più pronunciati che altrove.

Al punto da aver influenzato la stessa produzione normativa tedesca e, in particolare, l'elaborazione di un'ipotesi peculiare che consente l'ablazione di beni e proventi di origine incerta-sospetta: *Die Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft* (76a Abs 4 StGB e 437 StPO)<sup>61</sup>. Esempificativa della

<sup>60</sup> Con riguardo alla confisca di prevenzione (d.lg. n. 159/2011) nei confronti di soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3 *bis*, c.p.p. – tra cui rientra, per quel che interessa la criminalità ambientale, il delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452 *quaterdecies* c.p.) – può trovare applicazione la confisca dei beni di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Per tale via applicativa, la confisca, quale misura di prevenzione, potrebbe così operare anche nei confronti dell'«inquinatore socialmente pericoloso». Senonché, venuto meno il tratto caratteristico delle misure di prevenzione rappresentato dal giudizio prognostico di pericolosità, tanto della persona quanto del bene, la decisione che applica la confisca ai sensi dell'art. 24 d.lg. n. 159 del 2011 rappresenta oggi semplicemente un clone deformalizzato di ciò che avviene, in modo probatoriamente più garantito, ma su presupposti pressoché coincidenti, nel processo penale quando è disposta la confisca estesa dell'intero patrimonio ai sensi dell'art. 240 *bis* c.p., peraltro applicabile ad alcuni ecodelitti (artt. 452 *quater*, 452 *octies*, 452 *quaterdecies* c.p.). Sul tema, cfr. FIMIANI, *Le misure di prevenzione: una nuova frontiera della tutela ambientale*, in *Rifiuti*, fasc. 263, 2018, 6 ss.; O. MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in <<http://www.archiviopenale.it>>, 2019, 3 ss.

<sup>61</sup> In argomento, cfr. F. MEYER, *Die selbstständige Einziehung nach §76a StGB – E, oder: Don't bring a knife to a gunfight*, in *StV*, 2017, 343 ss.; H. SCHILLING, Y. HÜBNER, *Non-conviction-based-confiscation – Ein Fremdkörper im neuen Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung?*, *ivi*, 2018, 49. Il termine utilizzato dal legislatore tedesco è *unklar* (lett. non chiaro), la cui traduzione ci sembra si possa esplicitare anche con gli aggettivi incerto, oscuro. Allo stato, le uniche due sentenze che hanno fatto applicazione dell'istituto sono LG Hamburg (14 Große Strafkammer), decisione del 7 marzo 2019 – 614 Qs 21/18 e AG Nürtingen, decisione del 21 giugno 2019 – 16 Ds 211 Js 53509/17, entrambe in due casi di confisca presso la dogana dell'aeroporto di un'ingente e ingiustificata somma di denaro. In entrambi i casi la sproporzione tra il patrimonio del soggetto e la somma di denaro rinvenuta, oltre all'impossibilità di fornire una spiegazione plausibile per la presenza di tale ingente quantità di denaro, hanno fondato la base di convincimento per i Giudici ai fini dell'emissione del provvedimento ablativo.

centralità guadagnata dall'incapacitazione patrimoniale anche all'interno dell'attuale programma politico criminale tedesco, la confisca in questione presenta profili di assonanza non secondari con figure ablativo rinvenibili nell'ordinamento italiano, quali la confisca 'allargata' e, soprattutto, la confisca di prevenzione<sup>62</sup>; quest'ultima, in effetti, estranea al sistema penale tedesco prima della riforma del 2017<sup>63</sup>. Anzi sembra proprio che, in questa materia, sia stato appunto il modello italiano ad esercitare una sicura influenza sulla produzione normativa tedesca<sup>64</sup>.

È pure interessante notare, a proposito del vivace dibattito sulla natura giuridica delle forme di confisca, che le considerazioni critiche elevate a livello dottrinale a seguito dell'introduzione in Germania della forma di confisca di cui al § 76a Abs 4 StGB riecheggiano, in fin dei conti, le perplessità nutrite dalla scienza penalistica italiana sulla confisca 'allargata' e di prevenzione.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Sul fatto che la nuova figura di confisca sembra aprire alla possibilità del riconoscimento anche in Germania della confisca di prevenzione sull'esempio del modello italiano (*ex art. 24 d.lg. n. 159/2011*), cfr. T. BETTELS, *Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in Deutschland?*, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>, 16 dicembre 2016, 1 ss.

<sup>63</sup> Al riguardo, va infatti segnalato come la Germania abbia avviato, e concluso (il 1° luglio 2017), un progetto di riforma della materia della confisca (*Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung BReg 418/16*), complice la direttiva 2014/42/UE. Per tale via, sono state rivisitate alcune disposizioni del codice penale (StGB), del codice di procedura penale (StPO) e delle leggi speciali aventi ad oggetto la misura patrimoniale in questione. Occorre anzitutto segnalare come sia mutato il *nomen iuris* dell'istituto ablativo in Germania: da *Verfall* (acquisizione pubblica dei profitti) a *Einziehung* (confisca). Più precisamente, la norma di riferimento è ancora il § 73 StGB, ora intitolato *Einziehung von Täterträgen bei Tätern und Teilnehmern* («Confisca dei redditi di autori e partecipi»), che ha appunto sostituito la figura del *Verfall*. L'ablazione su beni e proventi di origine criminosa continua comunque ad articolarsi, mediante le forme ormai collaudate della confisca diretta (degl *Originalobjecte*, dei *Surrogaten*, delle *Nutzungen*) (304) e della confisca per equivalente di cui al § 73a StGB (*Wertersatzeinziehung*). Quest'ultima viene attivata dal giudice, (anche) nel sistema tedesco, quando emerge la necessità di acquisire vantaggi patrimoniali che non consistono in cose ben determinate. Per quanto riguarda invece la confisca nella forma 'allargata', è stata denominata *Erweiterte Einziehung von Täterträgen bei Tätern und Teilnehmern*, § 73a) StGB, e non più *Erweiterter Verfall*, § 73d) StGB. Di certo, come anticipato, la novità più significativa introdotta dalla riforma tedesca del 2017 è stato l'inserimento della seguente forma di confisca: *Die Einziehung von Vermögen unklarer Herkunft*, mediante la riscrittura dei paragrafi 76a Abs 4 StGB e 437 StPO.

<sup>64</sup> Non è un caso che la stessa relazione di accompagnamento alla legge che ha previsto l'inserimento nel codice tedesco della confisca di valori sospetti afferma – a chiare lettere – di trarre ispirazione dalla disciplina italiana in tema di confisca e di misure di prevenzione, nonché da quella della confisca statunitense della *non conviction based confiscation/seizure*.

<sup>65</sup> Cfr. *retro*, § 3 ss., nonché in questo §.

In effetti, anche i contributi della letteratura tedesca, pur con accenti diversi, convergono nel segnalare un ricorrente effetto problematico comune alle pur variegate ipotesi di confisca disseminate nell'ordinamento giuridico: ossia la notevole, talora eccessiva carica afflittiva generata dall'ablazione patrimoniale, a cui dovrebbe seguire un coerente inquadramento della confisca nella materia penale e un allineamento altrettanto coerente con le proiezioni garantistiche che solo tale collocazione sistematica assicura (tra le quali il principio di colpevolezza e la presunzione d'innocenza)<sup>66</sup>.

Date queste premesse, e ritornando subito al sistema penale italiano, non possono qui in via di principio che auspicarsi – nella materia ambientale<sup>67</sup> come in altri settori della legislazione penale allo stesso modo caratterizzati da un uso così anomalo della confisca – un'inversione di rotta e un ripensamento complessivo del programma di politica criminale, che rimodulino e riconducano l'istituto ablativo ormai deformato il più possibile entro lo schema e la logica della prevenzione speciale, espungendo dal suo corpo ogni eccesso di natura meramente sanzionatoria.

Tra l'altro, occorrerebbe porsi da un punto di vista problematico rispetto all'opportunità di conservare l'attuale assetto della confisca per equivalente, che mostra – rispetto alla già severa confisca diretta<sup>68</sup> – un ulteriore aggravio repressivo, comunque esibendo profili di dubbia legittimità costituzionale<sup>69</sup>. Qui la componente di afflittività, concepita in termini sostanzialmente

<sup>66</sup> In proposito, la dottrina tedesca, non diversamente da quella italiana, non esita a porsi da un punto di vista problematico rispetto a una misura – la confisca appunto – che, pur non definitiva formalmente pena, esibisce una notevole carica afflittiva, urtando contro canoni indiscussi, a iniziare dalla presunzione di innocenza: cfr. B. BURGHARDT, §437 *StPO – Besondere Regelungen für das selbständige Einziehungsverfahren*, in H. SATZGER, W. SCHLUCKEBIER, G. WIDMAIER, §437, *StPO*, 2018; T. GEBAUER, *Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, in «ZRP», 2016, 101; S. HÜLS, *Zur Reform des Rechts der Vermögensabschöpfung im Strafrecht*, in «ZWH», 2017, fasc. 9, 242; M. KÖHLER, C. BURKHARD, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, Teil 2/2 – Überblick und Normverständnis für die Rechtspraxis*, in «NSStZ», 665; G. TRÜG, *Die Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*, in «NJW», 2017, 1913.

<sup>67</sup> Sui più recenti progetti di riforma in materia di diritto penale dell'ambiente, cfr. lo schema di d.d.l. recante «Modifiche alla legge 22 maggio 2015, n. 68, in materia di delitti contro l'ambiente», 8 febbraio 2017, redatto da un gruppo di lavoro coordinato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma, Dott. Giuseppe Pignatone e costituito (anche) dai Prof.ri Antonio Fiorella e Adelmo Manna; nonché la bozza di riforma degli artt. 300 – 313 del titolo VI del d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, redatta dal Nucleo di studio e analisi giuridico-ambientali presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, presieduto dal Prof. Mauro Catenacci.

<sup>68</sup> Cfr. *retro*, § 4.

<sup>69</sup> Cfr. *retro*, § 5.



punitivi, mentre per un verso convive difficilmente con una funzione ablativa e compensatoria, per un altro verso diventa altamente controversa là dove risulti svincolata, tra l'altro, dal canone della proporzione e dal principio di personalità dell'intervento coercitivo.

Con questo stratagemma escogitato per semplificare la portata dell'ablazione patrimoniale sul piano probatorio, invero si colpiscono beni addirittura di provenienza lecita o che, comunque, non vantano alcun rapporto di pertinenzialità con il reato contestato, al quale vengono solo artificialmente collegati.

Per tale via, la confisca – anche ambientale – può all'occorrenza sganciarsi dalla pericolosità della *res* criminosa per attingere senza troppi ostacoli il patrimonio della persona fisica, in alcuni casi fino all'intera consistenza (art. 240 *bis*, comma 2, c.p.). Oltre che il patrimonio dell'ente collettivo, tramite la confisca 'corporativa', anche qui attivabile sul modello della *value confiscation* (art. 19, comma 2, d.lg. n. 231/2001); visto che ormai il primo soggetto trasmette al secondo la responsabilità per il delitto ambientale commesso.

Sempre a livello generale, sia pur sul versante processuale, non sarebbe infelice rinforzare per mano del legislatore i presupposti applicativi e i conseguenti *standard* probatori legittimanti l'adozione dei provvedimenti cautelari di sequestro preventivo (anche) finalizzato alla confisca; assimilando il più possibile la disciplina cautelare reale al sistema delle misure cautelari personali. E ciò in termini sia di gravità indiziaria del reato sia di adeguatezza e proporzionalità, che dovrebbero sempre condizionare l'invasivo intervento cautelare reale<sup>70</sup>.

Non può difatti essere sottovalutata la frequenza – rinvenibile anche nel nuovo sistema degli ecodelitti – di anticipare, tramite il sequestro preventivo anche per equivalente, il vincolo di indisponibilità di beni e proventi sospetti, sì da aggirare i tempi dei tre gradi giudizio e la pienezza delle regole probatorie e di giudizio che presiedono all'accertamento processuale.

Eppure a nessuno può sfuggire che ogni applicazione della misura

---

<sup>70</sup> È consolidato in giurisprudenza un indirizzo che – anche in materia di delitti ambientali – interpreta il *fumus commissi delicti* legittimante l'adozione del sequestro preventivo come astratta configurabilità di un reato, peraltro talvolta sottraendo l'applicazione della cautela reale ai principi di adeguatezza e proporzionalità, dettati dalla legge solo per le misure cautelari personali (art. 275 c.p.p.): cfr., tra le altre, Cass. Sez. III, 5 febbraio 2019, n. 18037, in <<http://www.dejure.it>>; Cass. Sez. III, 20 aprile 2017, n. 18934, in <<http://www.leggiditalia.it>>; Cass. Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170, in <<http://www.penalecontemporaneo.it>>; Cass. Sez. III, 28 maggio 2015, n. 30482, in <<http://www.utetgiuridica.it>>.

cautelare reale possa generare la stessa crisi dell'operatore d'impresa. Ove il provvedimento di sequestro non sia adeguatamente motivato in punto di serietà indiziaria e graduato nella situazione concreta, il rischio molto concreto è che l'effetto ablativo possa proiettarsi ben al di là delle conseguenze che ragionevolmente dovrebbero concepirsi, quali necessarie e proporzionate risposte a un reato ambientale di regola solo provvisoriamente addebitato.

Ad ogni modo, dato 'il vento' populista che sembra oramai da tempo influenzare la politica criminale, i tempi per la realizzazione di un programma più generale di riforma del sistema delle sanzioni e delle misure di sicurezza non sembrano certo prospettarsi come particolarmente brevi. E allora, nell'attesa, abbiamo provato *de iure condito* a prospettare in via interpretativa quanto meno un più compiuto inquadramento della confisca ambientale codicistica nel *genus* delle sanzioni penali; inquadramento che, a nostro sommo avviso, potrebbe sciogliere alcuni dei seri nodi critici che si è cercato di illustrare e così rappresentare un primo, fondamentale passo per ricondurre la confisca ambientale entro una cornice di legittimità costituzionale e di coerenza con la disciplina codicistica complessiva.



Francesco Schiaffo\*

*Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»*

SOMMARIO: 1. La disciplina delle misure di sicurezza personali: il ruolo della pericolosità sociale – 2. L'art. 133, co. 2, n. 4, c.p.: l'occasione legislativa di una esemplare distorsione funzionale – 2.1. Funzioni latenti e sostituti funzionali: il modello sociologico – 3. Oltre il «dogma somatico» nella valutazione della pericolosità sociale: gli «indicatori esterni» – 4. Misure di sicurezza e pericolosità sociale tra potere punitivo e poteri disciplinari – 5. Diritto penale, poteri disciplinari e violazione di diritti fondamentali: le esemplari valutazioni del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura su disciplina e prassi del ricovero in OPG – 5.1. La irrimediabile imprecisione e la inevitabile indeterminazione della pericolosità sociale: una sconcertante prassi giudiziaria – 6. La 'via maestra' per la gestione dell'autore di reato infermo di mente e socialmente pericoloso: la sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale – 7. «Il fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale»: i rilievi della Commissione Marino e la riforma di cui all'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 – 8. La «vincolatività del diritto»: i limiti giuridici alla sovranità punitiva dei giuristi e al potere disciplinare delle scienze ausiliari – 9. Il traguardo sulla 'via maestra': gli esiti reali di una lunga e complessa evoluzione legislativa – 10. La necessità di una radicale riforma dopo la legislazione per il superamento degli OPG.

*1. La disciplina delle misure di sicurezza personali: il ruolo della pericolosità sociale*

Con termini di esemplare chiarezza, nell'ambito di un recente e prestigioso contributo monografico si è autorevolmente affermato che «*le misure di sicurezza non possono riduttivamente considerarsi come espressioni di una mera volontà di composizione di due idee diverse di diritto penale*» in quanto rappresentano «*un modo più incisivo per tenere sotto controllo soggetti considerati pericolosi*»<sup>1</sup>.

\* Ordinario di Diritto penale e Criminologia, Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> A. FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino 2018, p. 628.

Nella disciplina codicistica, infatti, la pericolosità sociale non è soltanto uno dei due presupposti necessari per l'applicazione delle misure di sicurezza (art. 202, co. 1, c.p.), ma, dei due, è anche l'unico che ricorre pure nelle cosiddette ipotesi di "quasi reato" (art. 202, co. 2, c.p.) e soprattutto è l'unico che, in fase di esecuzione ovvero ad ogni riesame successivo, determina la conferma, potenzialmente illimitata, della misura applicata dal giudice della cognizione (artt. 207, co. 1 e 208, co. 1, c.p.).

Data la regolare periodicità del riesame previsto all'art. 208 c.p. e dettagliatamente disciplinato agli artt. 69, co. 4, 71-bis e 72, co. 2, l. n. 354/1975 nonché all'art. 20 d.P.R. n. 230/2000, la persistenza della pericolosità sociale è oggetto di una costante verifica: se confermata, a conclusione del riesame l'ordinanza del magistrato di sorveglianza deciderà la proroga della misura.

Come è noto, i parametri di riferimento sono rappresentati dall'art. 203, co.2, c.p. che rinvia all'art. 133 c.p.: *«sia la gravità del reato, sia la capacità a delinquere sono perciò i punti di riferimento fondamentali per stabilire la pericolosità criminale»*<sup>2</sup>.

Tuttavia, posto che in via di principio lo stesso art. 203 c.p. definisce, al primo comma, *«socialmente pericolosa la persona [...] quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati»*, nella prassi sono diventati assolutamente preponderanti gli indici della *«capacità a delinquere»* di cui all'art. 133, co. 2, c.p.

Nonostante il riferimento e, quindi, la inopportuna condivisione dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., potrebbe essere questa la soluzione per differenziare – come è necessario! – pene e misure di sicurezza in modo che queste ultime *«effettivamente rappresentino un qualcosa di diverso dalle pene»*<sup>3</sup>.

Ma una differenziazione per via interpretativa perseguita attraverso questi argomenti avrebbe finito per dare un fondamento ad una prassi che ha distorto in modo esemplare il sistema delle misure di sicurezza fino a renderne necessaria la revisione legislativa con cui è stato realizzato il *«definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»* di cui all'art. 3-ter aggiunto al d.l. n. 211/2011 con la legge di conversione n. 9/2012.

---

<sup>2</sup> FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., p. 631.

<sup>3</sup> FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., p. 629.

## 2. *L'art.133, co. 2, n. 4, c.p.: l'occasione legislativa di una esemplare distorsione funzionale*

Tra gli indici della capacità a delinquere di cui all'art. 133, co. 2, c.p. ricorre, al n. 4, il riferimento alle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*».

In sede di riesame della pericolosità sociale di chi, avendo realizzato un fatto previsto dalla legge come reato in condizioni di parziale o totale infermità mentale, si ritrova internato in applicazione della misure di sicurezza di cui agli artt. 219 o 222 c.p., esse sono dedotte dalle indicazioni degli «*uffici locali di esecuzione penale esterna*» - che, ai sensi dell'art. 72, l. n. 354/1975, «*svolgono, su richiesta dell'autorità giudiziaria, le inchieste utili a fornire i dati occorrenti per l'applicazione, la modificazione, la proroga e la revoca delle misure di sicurezza*» - e, soprattutto, del «*servizio sanitario territorialmente competente*», che, ai sensi delle «*disposizioni particolari per gli infermi e i seminfermi di mente*» di cui all'art. 20 del d.P.R. n. 230/2000, «*accede all'istituto per rilevare le condizioni e le esigenze degli interessati e concordare con gli operatori penitenziari l'individuazione delle risorse esterne utili per la loro presa in carico da parte del servizio pubblico e per il successivo reinserimento sociale*».

Se, dunque, non risulta alcun "dato" utile alla modificazione o alla revoca della misura di sicurezza del ricovero in CCC o in OPG o non risultano contesti familiari o «*risorse esterne utili*» per la presa in carico dell'internato (che, sotto ogni altro profilo, sarebbe invece dimissibile), per lui ricorrono comunque le condizioni per affermare la persistenza della pericolosità sociale ai sensi dell'art. 133, co. 2, n. 4, c.p. e, quindi, per prorogare la misura di sicurezza.

È evidente, tuttavia, che, in casi del genere, OPG e CCC hanno svolto, fino al 2014, funzioni reali molto diverse dalle loro funzioni manifeste e troppo simili alle funzioni che avrebbero dovuto svolgere, invece, le strutture del servizio socio-sanitario e socio-assistenziale.

### 2.1. *Funzioni latenti e sostituti funzionali: il modello sociologico*

Il modello teorico di riferimento per l'analisi delle funzioni reali svolte da OPG e CCC è, innanzitutto, la distinzione tra funzioni latenti e funzioni manifeste di una struttura sociale.

Nella evoluzione del pensiero sociologico, essa trova una nota ed

efficacissima rappresentazione nell'opera di Robert K. Merton, che, nel 1949, ritenne di poterla esemplificare nelle danze per la pioggia praticate dalle tribù degli indiani d'America.

La funzione manifesta di quel cerimoniale lo riduceva a danze utili a favorire la pioggia in tempo di siccità e, ben più dell'interesse dei sociologi, avrebbe dovuto suscitare quello dei meteorologi che, meglio di altri, avrebbero potuto verificarne la reale efficacia; per i sociologi, invece, sarebbero state interessanti le funzioni latenti e reali di quei riti che, nella prospettiva specifica delle loro indagini, si risolvevano in occasioni periodiche per riunire la tribù e favorirne, quindi, la coesione sociale di fronte al comune pericolo, rappresentato, in quel caso, dalla siccità<sup>4</sup>.

Il corollario di quella distinzione teorica era rappresentato dalla definizione di «sostituto (o equivalente) funzionale», assunta come riduzione concettuale del rimedio alle deficienze funzionali della struttura ufficiale<sup>5</sup>. Oltre le sue funzioni manifeste, una struttura sociale può svolgere, secondo modalità latenti, le funzioni proprie di altre strutture sociali che non funzionano come dovrebbero o, addirittura, non esistono: la danza per la pioggia potrebbe essere preziosa per la coesione sociale se la tribù non ha altre occasioni di aggregazione e condivisione.

Un esempio più vicino ai nostri contesti sociali potrebbe essere rappresentato dal volontariato. Nei settori in cui opera, esso potrebbe essere considerato sostituto funzionale delle istituzioni di assistenza sociale che, dato il paradigma di «*solidarietà politica, economica e sociale*» esplicitamente condiviso all'art.2 della Costituzione italiana, uno stato sociale dovrebbe prevedere, organizzare e, innanzitutto, finanziare.

### 3. *Oltre il «dogma somatico» nella valutazione della pericolosità sociale: gli «indicatori esterni»*

Sebbene costituiscano l'evidente occasione di una inquietante distorsione funzionale, si è ritenuto che il criterio di cui all'art. 133, co. 2, n. 4, c.p. per la valutazione della pericolosità sociale sia conforme all'acquisizione secondo cui la pericolosità sociale «*non è un dato biologico o psicologico esclusivamente legato alle caratteristiche personali dell'autore, ma va accertata attraverso*

---

<sup>4</sup> R.K. MERTON, *Social Theory and Social Structure* (1949), III ed., New York (New York) 1968, p.118 ss.

<sup>5</sup> MERTON, *Social Theory and Social Structure*, cit., p.123.

*l'interazione di questi elementi con il complesso dei fattori ambientali» e «va, dunque, intesa in una accezione situazionale, perché il soggetto non è una monade, ma va calato nel contesto sociale e familiare di riferimento»<sup>6</sup>.*

Si tratta di una acquisizione che, in quanto opportunamente limitata al fondamento giuridico del sistema delle misure personali di sicurezza, ne tradisce evidentemente la matrice positivista del determinismo non solo biologico, ma anche sociale.

Nella specifica prospettiva della valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato, tuttavia, essa corrisponde anche alla distinzione tra indicatori interni ed esterni che la più autorevole psichiatria forense ha definito in tempi relativamente recenti e, comunque, quale esito evidente di una significativa e ormai consolidata evoluzione scientifica.

Infatti, l'autonoma rilevanza attribuita agli indicatori esterni – e, in particolare, alle «*caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di appartenenza*»<sup>7</sup> –, sembra corrispondere pienamente agli indirizzi della psichiatria che hanno determinato il superamento del «*dualismo cartesiano di anima e corpo che tanto aveva condizionato e ancora condiziona la psichiatria organicista*»<sup>8</sup>.

Nella nuova prospettiva, infatti, appariva evidente che «*la contrapposizione di psiche e soma è una semplice astrazione, atta a disturbare piuttosto che a favorire qualsivoglia comprensione*»<sup>9</sup>, perché legittima e reitera il «*dogma somatico*» e dimentica che «*oggetto [...] della psichiatria è l'uomo, e non solo il suo corpo*» ovvero l'uomo che, «*nella sua totalità, sta fuori e oltre ogni possibile e afferrabile oggettivazione*» e comprende, invece, «*la sua anima, la sua personalità*»<sup>10</sup> e, quindi, evidentemente anche l'ambiente in cui si svolge la sua esistenza.

Si tratta dei fondamentali postulati dell'indirizzo fenomenologico della psichiatria, ma, generalizzando il riferimento alla rilevanza diagnostica e terapeutica dei fattori ambientali, posizioni analoghe sembrano sostenute anche nell'ambito di altri indirizzi che pure hanno contribuito in modo determinante al definitivo superamento del modello organicista, efficacemente rappresentato, in materia penale, dall'assunto lombrosiano

<sup>6</sup> M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in «DPP», 2014, p. 917 e ss., p. 923 (l'evidenziazione grafica è dell'A.).

<sup>7</sup> L. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed., Utet, Torino 2013, p.219.

<sup>8</sup> Così U. GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia*, 1979, VII ed., Feltrinelli, Milano, 2011, p.184.

<sup>9</sup> K. JASPERS, *Psicopatologia generale*, 1913, Il Pensiero Scientifico Editore, Roma, 2000, p.243.

<sup>10</sup> JASPERS, *Autobiografia filosofica*, 1956, Morano, Napoli, 1969, p.29 e p. 32.



della «*statistica antropometrica ed ezio-patologica*» quali fondamentali indici crimino-genetici<sup>11</sup>.

Non sembrano molto diversi, infatti, i postulati del condizionamento psichico proposti dal comportamentismo<sup>12</sup>, la necessità di «*parlare di rappresentazioni mentali e porre un livello di analisi del tutto separato da quello biologico o neurologico*» affermata dal cognitivismo<sup>13</sup> oppure i riferimenti esclusivi all'interazione sistemica proposti nell'ambito della teoria del campo o della scuola di Palo Alto che, in termini ben più radicali e raccogliendo implicitamente la critica falsificazionista della psicanalisi freudiana<sup>14</sup>, rinuncia a qualsiasi «*ipotesi intrapsichica (che è fundamentalmente inverificabile)*» per applicare «*a problemi psicologici e psichiatrici [...] un concetto elaborato nel settore delle telecomunicazioni, cioè quello di "scatola nera"*». In questa prospettiva, infatti, si afferma in termini più espliciti che, dato che «*l'hardware elettronico è così complesso*», «*talvolta conviene trascurare la struttura interna di un dispositivo e studiare esclusivamente i suoi rapporti specifici di ingresso-uscita*», ovvero «*studiare la funzione del dispositivo nel sistema più grande di cui fa parte*»<sup>15</sup>.

Ne deriva, in ogni caso, il superamento dell'«*impostazione meramente naturalistica della psicopatologia*»<sup>16</sup> che risulta evidentemente condiviso anche da chi postula la rilevanza di «*indicatori esterni*» per la valutazione della pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di un fatto di reato.

<sup>11</sup> C. LOMBROSO, *Uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, 1876, V ed., Bompiani, Torino, 1896, p.126 ss.

<sup>12</sup> «*Concedetemi una dozzina di bambini sani, ben formati e di portarli in un mondo costruito a modo mio e vi garantisco che, a prenderli a caso, farò di ognuno di loro uno specialista a piacere – dottore, avvocato, artista, commerciante e persino mendicante o ladro, senza alcun riguardo al suo talento, alla sua propensione, alla sua tendenza, alla sua vocazione o alla sua tradizione familiare*»: è la nota sfida di WATSON, *Behaviorism*, 1924, Piscataway, New Jersey, 2009, p.82.

<sup>13</sup> H. GARDNER, *La nuova scienza della mente. Storia della rivoluzione cognitiva*, 1985, Feltrinelli, Milano, 1988, p.18.

<sup>14</sup> «*Quanto all'epica freudiana dell'Io, del Super-io e dell'Es, non si può avanzare nessuna pretesa ad uno stato scientifico, più fondatamente di quanto lo si possa fare per l'insieme delle favole omeriche dell'Olimpo. Queste teorie descrivono alcuni fatti, ma alla maniera dei miti. Esse contengono delle suggestioni psicologiche assai interessanti, ma in una forma non suscettibile di controllo*»: è la nota critica del sistema freudiano proposta da K.L. POPPER, *La scienza: congetture e confutazioni*, 1957, in ID., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, 1962, III 1969, il Mulino, Bologna, 1972, p.61 e ss., p. 69.

<sup>15</sup> P. WATZLAWICK, J.H. BEAVIN, D.D. JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi delle patologie e dei paradossi*, 1967, Astrolabio, Roma, 1971, p. 36 e ss.

<sup>16</sup> GALIMBERTI, *Psichiatria e fenomenologia*, cit., p. 184.

#### 4. Misure di sicurezza e pericolosità sociale tra potere punitivo e poteri disciplinari

Si tratta, evidentemente, di una acquisizione essenziale anche sotto il profilo giuridico se si condivide l'idea magistralmente espressa da chi ha ritenuto che *«le misure di sicurezza, per essere davvero [...] un qualcosa di diverso dalle pene [...] non possono avere, come preponderante o comunque invasivo, un contenuto 'affittivo'»* e *«debbono invece conservare un carattere ed uno scopo che si proietti verso una valutazione e un trattamento della personalità del reo [...] in modo da ridurne il più possibile il significato meramente affittivo per valorizzarne appieno quello risocializzante e/o curativo»*<sup>17</sup>.

Anche per le migliori acquisizioni della psichiatria resta, tuttavia, assolutamente necessaria l'attenta considerazione delle relative condizioni di rilevanza giuridica per impedire che sia *«snaturato»* il potere di chi deve valutare la pericolosità sociale dell'infermo psichico autore di reato.

È decisiva, sotto questo profilo, la magistrale lezione di Michel Foucault.

Si tratta, infatti, di evitare che assuma le funzioni del potere sovrano e punitivo dello Stato – un potere che, in alternativa alla *«macrofisica della sovranità»*, Foucault definì *«disciplinare»*<sup>18</sup>.

Nel «Corso sul potere psichiatrico» Foucault offrì una efficacissima rappresentazione storica di quella che, immediatamente dopo, sarebbe diventata la sua esplicita proposta di *«una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità, dunque della legge, dunque dell'interdizione»*, sintetizzata, nello stesso testo, nella efficacissima metafora della affermazione della necessità di *«tagliare la testa del re»*<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., p. 629.

<sup>18</sup> M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France, 1973-1974*, 2003, Feltrinelli, Milano, 2010, p.29 e ss.

<sup>19</sup> FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici, 1971-1977*, Einaudi, Torino, 1977, p. 15 e ss. Secondo Foucault, si tratta, in particolare, di superare un contesto teorico *«legato all'istituzione della monarchia. Essa si è instaurata nel Medioevo sullo sfondo delle lotte permanenti fra i poteri feudali preesistenti. Si è presentata come arbitro, come potere di far cessare la guerra, di porre termine alle violenze, alle esazioni, di dire "no" alle lotte e alle liti private. Si è resa accettabile dandosi un ruolo giuridico e negativo, che ha beninteso sopravanzato subito. Il sovrano, la legge, l'interdizione tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto: la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano. Queste teorie pongono tutte ancora il problema della sovranità»*, p. 15; in realtà, infatti, *«lo Stato è sovrastrutturale in rapporto a tutt'una serie di reti di potere che passano attraverso i corpi, la sessualità, la famiglia, gli atteggiamenti, i saperi, le tecniche, ecc., e questi rapporti sono in una relazione di condizionante-condizionato nei confronti di una specie di metapotere che è strutturato per l'essenziale*

Nel corso sul potere psichiatrico Foucault propone, in particolare, la scena dell'internamento di Giorgio III descritta da Pinel nel "*Traité médico-philosophique*" del 1800, per rappresentare chiaramente il potere sovrano del re «*in preda alla mania*» che soccombe a quello della psichiatria, ovvero per rappresentare «*lo scontro, la sottomissione, la cerniera tra un potere sovrano e un potere disciplinare*»: «*ci troviamo dunque di fronte ad un atto di destituzione, di caduta del re [...] qualcosa di nuovo, di diverso, per esempio, rispetto a quel che potremmo trovare in un dramma shakespeariano. Non abbiamo qui a che fare né con Riccardo III minacciato di cadere sotto il potere di un altro sovrano, né con re Lear che, spogliato della sua regalità, erra per il mondo immerso nella solitudine, nella miseria, nella follia*», ma con «*un potere di genere affatto diverso da quello della sovranità, e che anzi, [...] vi si oppone in tutto e per tutto*» perché «*anonimo, senza nome, senza volto, un potere che risulta suddiviso tra diverse persone e che si manifesta attraverso l'implacabilità di un regolamento che non viene nemmeno formulato*».

Infatti, «*mentre il potere sovrano si manifesta essenzialmente attraverso i simboli della forza sfolgorante dell'individuo che lo detiene, il potere disciplinare è un potere discreto, ripartito*» che «*funziona solo attraverso un reticolo di relazioni, e che diventa visibile solo mediante la docilità e la sottomissione di coloro sui quali, in silenzio, esso si esercita*»<sup>20</sup>.

«*A seguirne le tracce*», Foucault ritrova gli stessi «*dispositivi disciplinari [...] nelle comunità religiose*», «*regolari*» o «*spontanee*», del Medioevo, «*isolotti*» di «*ricerche disciplinari*»<sup>21</sup>, poi applicate nelle «*colonizzazioni*» disciplinari, fino al «*terzo tipo di colonizzazione*», ovvero alla «*colonizzazione interna dei vagabondi, dei mendicanti, dei nomadi, dei delinquenti, delle prostitute e così via che ha dato origine all'intero sistema di internamento*»<sup>22</sup>.

Ad esso sarebbe stato specificamente dedicato "Sorvegliare e punire", pubblicato poco più di un anno dopo il corso al Collège de France sul potere psichiatrico.

Nelle pagine conclusive del lavoro, Foucault, riferendosi ai «*giudici*», afferma che «*il loro immenso "appetito di medicina" che si manifesta incessantemente - dall'appello agli esperti psichiatri fino all'attenzione alle chiacchiere della criminologia - esprime il fatto più importante: il potere che essi esercitano è stato "snaturato"*»<sup>23</sup>.

---

*intorno ad un certo numero di grandi funzioni d'interdizione*», p. 16.

<sup>20</sup> FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., p. 30-32.

<sup>21</sup> FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., p. 68-70.

<sup>22</sup> FOUCAULT, *Il potere psichiatrico*, cit., p. 75.

<sup>23</sup> FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, Et Saggi, Torino, 1993, p. 336.

La valutazione, evidentemente critica, posta in termini di «*chiacchiere*» è riferita da Foucault alla criminologia che si afferma «*nel secolo XIX*» quando l'«*uomo*», scoperto nel criminale» in occasione della «*protesta contro i supplizi*» che «*troviamo ovunque, nella seconda metà del secolo XVIII*», diventa «*il bersaglio dell'intervento penale, l'oggetto ch'esso pretende di correggere e di trasformare, il campo di tutta una serie di scienze pratiche e specifiche – "penitenziarie", "criminologiche"*»<sup>24</sup>.

Sulla premessa, assolutamente condivisibile, della «*protesta contro i supplizi*», ad essa, dunque, è stato attribuito un potere «*snaturato*».

##### 5. Diritto penale, poteri disciplinari e violazione di diritti fondamentali: le esemplari valutazioni del Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura su disciplina e prassi del ricovero in OPG

Avrebbe, tuttavia, un esito del tutto analogo il potere punitivo fondato sulla integrazione del «*discorso dei giuristi*» con la psichiatria o qualsiasi altra scienza che sia realizzata senza considerare la «*vincolatività del diritto*», chiaramente affermata da Claus Roxin per la riduzione ad «*unità dialettica*» di diritto penale e scienze ausiliari<sup>25</sup>.

Infatti, l'inquietante distorsione funzionale del ricovero in OPG e in CCC prorogato esclusivamente in ragione della mancanza di «*risorse esterne utili*» per la presa in carico dell'internato (art.20 d.P.R. 230/2000) si risolve nella palese violazione del principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1 Cost.<sup>26</sup>: le ragioni della permanenza dell'internato in OPG o CCC non hanno nulla a che fare con la sua persona o con le sue scelte comportamentali.

Si tratta, peraltro, di un esito della disciplina codicistica che fu rilevato già nel 2009 dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), nel *report* pubblicato nel 2010 sulla visita avvenuta nel 2008 presso l'OPG di Aversa<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 79 *ess.*

<sup>25</sup> C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1970, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Guida Editore, Napoli, 1998, p. 21 e *ss.*, p. 46.

<sup>26</sup> Sul punto F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 11 dicembre 2014, p. 16.

<sup>27</sup> Italy: Visit 2008CPT/Inf (2010) 12 | Section: 45/48 | Date: 09/04/2009 D. Psychiatric

In particolare, ai sensi dell'art. 8 co. 5 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti del 1987 e successivi protocolli di integrazione, ratificata dall'Italia con le leggi n. 7/1989 e n. 467/1998, il CPT segnalava all'Italia che, «*come riconoscono gli stessi psichiatri, solo a causa della mancanza di cure adeguate e sistemazioni nella comunità esterna rimane nell'ospedale psichiatrico giudiziario il 20-30% dei pazienti internati che non rappresenta più alcun pericolo per la società e le cui condizioni psichiche non sono più tali da rendere necessaria la permanenza in un istituto psichiatrico*». Con particolare «*enfasi*», inoltre, il CPT sottolineava che «*essere privati della propria libertà personale solo a causa della mancanza di appropriate soluzioni esterne rappresenta una situazione altamente problematica*».

Il CPT, pertanto, chiedeva alle autorità italiane di prendere soluzioni adeguate «*affinché i pazienti non siano trattenuti in OPG più di quanto sia necessario per le loro condizioni psichiche*».

In particolare – si legge ancora nella relazione - «*la delegazione del CPT nota che i vari concetti di “pericolosità sociale” (espressamente menzionato nella legislazione), pericolosità criminale (rischio di recidiva) e pericolosità psichiatrica (riferita a patologia psichiche) influenzano e interagiscono con le decisioni del magistrato di sorveglianza in sede di riesame della posizione del paziente in OPG. Finché non saranno ben definiti, questi concetti si prestano ad interpretazioni troppo ampie e soggettive*».

### 5.1. *La irrimediabile imprecisione e la inevitabile indeterminatezza della pericolosità sociale: una sconcertante prassi giudiziaria*

Il problema potrebbe avere dimensioni ben più ampie - e potrebbe essere superato solo con soluzioni radicali! - se, come pure è stato autorevolmente affermato, si ritiene che la pericolosità sia una «*malattia infantile della criminologia*»<sup>28</sup> e che sia «*indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco,*

---

establishments / 1. Filippo Saporito Judicial Psychiatric Hospital, Aversa / g. safeguards, in <[http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{"fulltext":\["aversa"\],"CPTSectionID":\["p-ita-20080914-en-45"\]}](http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{)> (consultato il 08.10.2020), n.159 e ss.

<sup>28</sup> F. DEBUYST, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie*, 1984, p. 7 ss. che considerava la pericolosità sociale un «*costrutto criminologico riconducibile alla affermazione di uno schema causale*», p. 7 ss., contrapposto al carattere multidisciplinare della criminologia, p. 14 ss. In senso analogo critiche autorevolissime erano state già sollevate nell'ambito del contesto italiano: sul punto cfr. M. BERTOLINO, *Il “crimine” della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in «RIML», 2016, p. 1371 ss.; ritengono che «*sul rifiuto della nozione stessa di pericolosità da parte degli psicopatologi*

*riduttivo e non scientifico concetto di “socialmente pericoloso”*<sup>29</sup>.

Il CPT, tuttavia, si limitava a rilevare la mancata precisazione nell'ordinamento italiano dei criteri per la valutazione della pericolosità sociale e ad essa riconduceva anche la deplorabile «*necessità di introdurre nel processo perizie di psichiatri indipendenti che non hanno un rapporto terapeutico con il paziente*».

Si tratta, sotto questo profilo, di esiti del tutto conformi alle valutazioni di chi, in passato, aveva già ritenuto che, nelle previsioni di pericolosità, «*troppo spesso i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi*» e che «*i clinici assumono troppa responsabilità e troppo poca ne assumono i tribunali. Ma è con i tribunali e con il legislatore che la responsabilità deve restare*» perché «*bilanciare ordine e libertà è un problema sociopolitico e non clinico ed è un dovere dei tribunali e dei legislatori*»<sup>30</sup>.

Appare esemplare, in proposito, la inquietante elaborazione giurisprudenziale del concetto di «*pericolosità latente*».

Nelle ordinanze degli uffici di sorveglianza in cui ricorre, infatti, esso tradisce chiaramente la funzione di evitare, per chi lo usa, una chiara ed esclusiva assunzione della responsabilità di «*bilanciare ordine e libertà*» in applicazione di criteri rigorosamente giuridici per la valutazione della pericolosità sociale.

In termini giuridico-penali, l'esito è una palese ed inquietante violazione del principio di legalità (e di altri fondamentali principi che rappresentano secolari conquiste di civiltà giuridica).

Infatti, in luogo dei criteri espressamente previsti al combinato disposto degli artt. 203 e 133 c.p., si è proposta la «*pericolosità latente*» come libera elaborazione e raccapricciante sintesi delle relazioni sull'internato comunicate al magistrato di sorveglianza dai competenti uffici sanitari e penitenziari: dipartimento di salute mentale della azienda sanitaria locale del territorio di residenza dell'internato, ufficio locale di esecuzione penale esterna, psichiatri e tecnici del gruppo di osservazione e trattamento dell'OPG di internamento.

---

*forse vi è un accordo quasi plebiscitario*» I. MERZAGORA BETSOS, F. MARTELLI, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, in «RIML», 2003, p. 1149 e ss., p. 1152.

<sup>29</sup> Così, per tutti, FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p. 223. Nelle precedenti edizioni del trattato le considerazioni critiche dell'Autore erano limitate alla «*nozione di pericolosità sociale psichiatrica*», di cui era ritenuta «*auspicabile*» l'abolizione: cfr. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense* 1989, II ed., UTET, Torino, 1997, p. 158.

<sup>30</sup> M.L. COHEN, A.N. GROTH, R. SIEGEL, *The Clinical Prediction of Dangerousness*, in *Crime and Delinquency*, 1978, p. 28 e ss., p. 38 e ss.

Ciò è evidentemente accaduto quando si è affermato, per esempio, che *«l'internato non ha creato particolari problemi, ha partecipato al corso di yoga e al laboratorio teatrale, ha frequentato il corso per giardiniere, ha fruito di licenze con i familiari»* e quando, contestualmente, si dava conferma che *«gli operatori del servizio territoriale competente hanno partecipato alla riunione d'equipe, concludendo per la sperimentabilità del soggetto in idonea struttura esterna, poiché i familiari, pur molto affezionati e disponibili, non sono in grado di gestirlo nel quotidiano»*.

In tal caso, *«non disponendo la ASL di [...] di strutture adeguate e disponibili al caso concreto»*, è stata ritenuta *«necessaria una ulteriore proroga»* della misura di sicurezza applicata all'internato *«in quanto la patologia psichiatrica che lo affligge potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità latente, qualora [...] non seguisse la terapia che gli viene attualmente garantita dall'OPG»*<sup>31</sup>.

Si tratta, tuttavia, di una prassi evidentemente problematica sotto molteplici profili.

Infatti, la natura non verificabile e irrimediabilmente ed esclusivamente ipotetica della *«pericolosità latente»* ne fa innanzitutto una sostanziale ma palese elusione dell'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali stabilito all'art. 111, co. 6, Cost.

Sotto questo profilo essa sarebbe del tutto analoga alle presunzioni di durata e di sussistenza della pericolosità sociale che, prima delle sentenze della Corte costituzionale n. 110/1974 e n. 139/1982 e della successiva abrogazione di cui all'art. 89, co. 1, l. n. 354/1975 e all'art. 31 co. 1, l. n. 663/1986, erano previste, rispettivamente, agli artt. 204 co. 2 e 207 co. 2 e 3, nonché, in riferimento specifico all'infermo totale di mente autore di un fatto di reato, all'art. 222 c.p.

Alla stessa epoca risalgono due provvedimenti legislativi che hanno segnato la storia politica e sociale dell'Italia repubblicana.

Con la legge n. 180/1978, dopo 74 anni fu abrogato, tra le altre disposizioni di legge, l'art. 1, co. 1 della legge n. 36/1904 che disponeva che *«debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé e agli altri»* (art. 11, l. n. 180/1974).

Le disposizioni fondamentali della nuova legge confluirono, poi, nella

<sup>31</sup> Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n. 71/2010 R.G.M.S.D., ordinanza del 1.3.2012; in senso analogo cfr., tra le altre, Ufficio di sorveglianza di Messina, proc. n. 2909/10 Reg. Es. Mis. Sic., ordinanza del 10.11.2011; Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n. 97/2009 R.G.M.S.D., ordinanza del 18.1.2012.

legge n. 833/1978 che istitutiva e attribuiva al servizio sanitario nazionale (SSN) il compito di perseguire «*la tutela della salute mentale privilegiando il momento preventivo e inserendo i servizi psichiatrici nei servizi sanitari generali in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero ed il reinserimento sociale dei disturbati psichici*» (art. 2, co. 2 lett. g), l. n. 833/1978).

Era stata decisa la chiusura degli ospedali psichiatrici civili e, da quel momento, sono rimaste soltanto le disposizioni del codice penale sulle misure di sicurezza ad attribuire esplicita rilevanza giuridica alla possibilità di una pericolosità sociale dell'infermo di mente.

#### 6. *La 'via maestra' per la gestione dell'autore di reato infermo di mente e socialmente pericoloso: la sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale*

La visita nell'OPG di Aversa e, poi, le osservazioni e le sollecitazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti sono intervenute, dunque, in un contesto politico e sociale già profondamente segnato dalla chiusura degli ospedali psichiatrici civili, dalla contestuale istituzione dei servizi territoriali per la salute mentale di cui alle leggi nn. 180 e 833 del 1978 e, infine, dai coevi interventi della Corte costituzionale che, nel 1974 e nel 1982, anticiparono specifiche disposizioni previste nelle leggi nn. 354/1975 e 663/1986 e determinarono il superamento delle presunzioni di persistenza e sussistenza della pericolosità sociale (espressamente prevista all'art. 222 c.p. per l'infermo totale di mente autore di un fatto previsto dalla legge come reato).

Fu, tuttavia, nel 2003 che la stessa Corte costituzionale, intervenendo di nuovo sull'art. 222 c.p., indicò la via maestra per il superamento degli OPG.

Con la sentenza n. 253/2003, infatti, la Corte costituzionale dichiarò la illegittimità dell'art. 222 c.p. «*nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale*» e proporre espressamente, in alternativa al ricovero in OPG, «*una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica)*»<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. C. cost., sentenza 2-18 luglio 2003 n.253, punto 3 del "considerato in diritto".



L'argomento di maggiore evidenza utilizzato dalla Corte fu la disparità tra il trattamento dell'infermo totale di mente necessariamente ed inevitabilmente destinato al ricovero in OPG ai sensi dell'art. 222 c.p. e quello del seminfermo di mente e al minore non imputabile per i quali, rispettivamente gli artt. 224 e 232 c.p., da un lato, e l'art. 219 co. 3, dall'altro, prevedono la possibilità della applicazione della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata quale soluzione alternativa al riformatorio giudiziario per i minori ed al ricovero in una casa di cura e custodia per i seminfermi di mente.

In particolare, la Corte evidenziò come le disposizioni di cui all'art. 228, co. 2 e 3 c.p. prevedono che alle persone in stato di libertà vigilata possono essere imposte «*dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati*», che «*tali prescrizioni possono essere dal giudice successivamente modificate o limitate*» (art. 228 c.p.) e che tali prescrizioni possono avere «*anche valenza terapeutica*» e consistere, quindi, nell'affidamento o ricovero in strutture che non comportano segregazione in istituzioni totali.

7. «Il fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale»: *i rilievi critici della Commissione Marino e la riforma di cui all'art.3-ter d.l. n. 211/2011*

Era stato approvato, invece, nello stesso anno in cui il CPT visitava l'OPG di Aversa, il d.P.C.M. del 1.4.2008 che trasferì al SSN le funzioni e le strutture della sanità penitenziaria e comportò la piena equiparazione della assistenza sanitaria per cittadini liberi e cittadini ristretti e, quindi, anche la netta distinzione di funzioni penitenziarie e funzioni sanitarie nella gestione degli OOPPGG.

Di questi ultimi, peraltro, per la prima volta era espressamente previsto (e delineato in tre fasi) un «*programma di superamento graduale*», in esplicito riferimento alla scelta di perseguire la tutela della salute mentale in modo di «*eliminare ogni forma di discriminazione e segregazione*», affermata nella legge n. 833/1978 (allegato C, d.P.C.M. 1.4.2008).

Nello stesso anno, infine, con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, fu istituita la Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale che, nella seduta del 20 luglio

---

Sulla sentenza cfr., per tutti, I. MERZAGORA BETSOS, F. MARTELLI, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, cit., p. 1149 e ss.

2011, approvò la «Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari», dove, confermando implicitamente i rilievi del CPT, si affermava la necessità di «porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne»<sup>33</sup>.

Era ormai chiara, sull'orizzonte della evoluzione politica e sociale, la necessità di completare e chiudere un percorso di riforme legislative iniziato trent'anni prima con la legge n. 180/1978.

L'esito fu l'introduzione dell'art. 3-ter nel d.l. n. 211/2011 con la legge di conversione n. 9/2012 che, nella sua formulazione originaria, in alternativa agli OOPPGG biasimati dal CPT comunque configurava in termini assolutamente prevalenti una soluzione residenziale ed intramuraria.

Per questo la disposizione apparve in netto contrasto con i principi affermati con le leggi nn. 180 e 833 del 1978<sup>34</sup> che erano stati richiamati anche dalla Corte costituzionale quando, dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 222 c.p., aveva esplicitamente affermato anche «l'opportunità di una attenta revisione dell'intera disciplina in questione [...] in relazione ai mutamenti introdotti sin dalle leggi 13 maggio 1978, n.180 e 23 dicembre 1978, n.833»<sup>35</sup>.

Come non era mai accaduto prima, a seguito di un costante e serrato confronto con le parti sociali e nelle comunità scientifiche di riferimento, il testo originario dell'art. 3-ter aggiunto al d.l., n. 211/2011 con la legge di conversione n. 9/2012 fu rivisto 6 volte in meno di 2 anni (d.l., n. 158 del 13.9.2012, l. n. 189 del 8.11.2012, d.l. n. 24 del 25.3.2013, l. n. 57 del 23.5.2013, d.l. n. 52 del 31.3.2014, l. n. 81 del 30.5.2014) per recuperarne la coerenza con le riforme del 1978 e, quindi, con fondamentali principi costituzionali<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI LEGISLATURA, DOC. XXII-BIS N. 4, COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SULL'EFFICACIA E L'EFFICIENZA DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, p. 6, in <[https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio\\_sanitario16/Relazione\\_OOPPGG\\_doc\\_XXII-bis\\_4.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf)> (consultato il 08.10.2020)

<sup>34</sup> V. *supra* par. 5.1.

<sup>35</sup> Così C. cost., sentenza 2-18 luglio 2003 n. 253, cit., punto 2 del “considerato in diritto”.

<sup>36</sup> Sul punto cfr. F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art. 3-ter del d.l. n. 211/2011*, in «CD», 2013, p. 44 e ss.; Id., *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»*, cit., *passim*.

Le modifiche intervenute con i 6 provvedimenti legislativi di riforma hanno introdotto al co. 4 dell'art.3-ter d.l. n. 211/2011, tra l'altro, anche il principio di *extrema ratio* dell'internamento in OPG che era stato già affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2003<sup>37</sup> e, all'atto della conversione in legge n. 81/2014 del d.l. n. 52/2014, avevano aggiunto il co. 1-ter al relativo art. 1 che dispone che «*devono essere obbligatoriamente predisposti*» per «*ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari*» «*percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione*».

Ma, nonostante l'implicito, ma chiarissimo riferimento alle indicazioni della Corte costituzionale, nel testo del co. 6 riformato con la legge n. 57/2013 restava, tuttavia, il prioritario riferimento al vincolo di una valutazione di pericolosità sociale che, orientata al criterio delle «*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*» - o, altrimenti, della «*pericolosità latente*»! -, in assenza di «*risorse esterne*» utili alla presa in carico dell'internato altrimenti dimissibile, avrebbe precluso l'accesso a qualsiasi progetto terapeutico-riabilitativo individuale ed eluso, quindi, il relativo obbligo delle aziende sanitarie locali.

Non sarebbe stata superata, dunque, la distorsione funzionale degli OOPPGG.

Il rimedio è stato introdotto con la legge n. 81/2014 che ha chiuso la tormentata vicenda legislativa del superamento degli OOPPGG e, in particolare, dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011, proponendone il testo divenuto poi definitivo e tuttora vigente.

Con una soluzione confermata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 186/2015, la legge n. 81/2014 ha riformato, in particolare, il co. 4 dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, disponendo espressamente nel senso che l'accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e seminfermo di mente sia effettuato «*senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale*» e che «*non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali*».

Mai più, dunque, i «*doveri di solidarietà politica economica e sociale*» nei confronti dell'infermo e seminfermo di mente potranno essere adempiuti con la privazione della libertà personale e rappresentare l'unica ragione del loro internamento in ospedali psichiatrici giudiziari e case di cura e custodia.

---

<sup>37</sup> V. *supra* par. 6.

8. *La «vincolatività del diritto»: i limiti giuridici alla sovranità punitiva dei giuristi e al potere disciplinare delle scienze ausiliari*

Rappresentata in questi termini, appare evidente che, escludendo la rilevanza delle condizioni di cui all'art. 133, co. 2, n. 4 c.p., la disposizione di cui al co. 4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 riformato con la legge n. 81/2014 contribuisce alla riaffermazione della «vincolatività del diritto»<sup>38</sup> in specifico riferimento alla integrazione tra diritto penale e psichiatria, evidentemente ritenuta necessaria in funzione preventiva.

Un ruolo del tutto analogo è svolto, nell'ordinamento giuridico-penale, dai divieti fondamentali e dalla loro eventuale specificazione in altre disposizioni di legislazione ordinaria.

Nelle disposizioni costituzionali, l'esempio più efficace potrebbe rappresentarlo, essere questo profilo, dal divieto di pena di morte di cui all'art. 27, co. 4 Cost.: anche qualora ne fosse prevedibile con certezza pressoché assoluta l'efficacia politico-criminale per la prevenzione di forme, anche particolarissime, gravissime ed eccezionali, di criminalità, essa resterebbe comunque illegittima.

Nella legislazione ordinaria, invece, un esempio è rappresentato dai limiti stabiliti alla perizia psicologica dall'art. 220, co. 2, c.p.p.

Contro ogni acquisizione delle relative scienze di riferimento, la disposizione stabilisce il divieto di perizia volta a stabilire, nel procedimento di cognizione per la sentenza di assoluzione o condanna, «l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

Nel caso del divieto di pena di morte si tratta, evidentemente, di una disposizione caratterizzata dalla assoluta prevalenza di uno spessore etico che, secondo i noti corollari del falsificazionismo, le sottrae ad ogni ipotesi di falsificazione e valutazione scientifica<sup>39</sup>.

La stessa esclusione della rilevanza di qualsiasi fondamento scientifico caratterizza, tuttavia, anche i limiti giuridici alla perizia psicologica di cui è agevolmente riconoscibile la matrice costituzionale nei principi di materialità, offensività e certezza che definiscono i caratteri fondamentali del «diritto penale del fatto» (artt. 25, co. 2, Cost.)<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. *supra* par. 5.

<sup>39</sup> Esclude espressamente che la morale possa avere una «base scientifica razionale» K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, cit., p. 313.

<sup>40</sup> Per tutti, sul punto, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (1995), II ed., Esi, Napoli, 1997, p. 15.

### 9. *Il traguardo sulla 'via maestra': gli esiti reali di una lunga e complessa evoluzione legislativa*

L'evoluzione legislativa dell'art. 3-ter del d.l. n. 211/2011 può essere agevolmente sintetizzata e rappresentata come un percorso di riforme necessario a ricondurre il testo originario ad una coerente applicazione del principio di *extrema ratio* o sussidiarietà delle soluzioni intramurarie, chiaramente affermato con la sentenza n. 253/2003 della Corte costituzionale (che, sotto questo profilo, condivideva chiaramente le posizioni di chi, nel 1978, aveva ispirato e sostenuto le leggi nn. 180 e 833)<sup>41</sup>.

Nel testo vigente dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 definito con la legge n. 81/2014 e nei successivi atti di attuazione, la soluzione residenziale delle «strutture» di cui ai co. 2 e 4 – che, in origine, era assolutamente preponderante nell'assetto complessivo della disposizione – è diventata, invece, meramente residuale rispetto alla progettazione di percorsi terapeutico-riabilitativi individuali da realizzare in libertà.

In particolare, se rapportato ai 1500 internati che rappresenta il dato stabilizzato delle presenze in OPG negli anni intorno al 2010<sup>42</sup>, il numero limitato di posti letto oggi disponibili nelle strutture subentrate agli OOPPGG (residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, REMS) lascia immaginare in termini assolutamente temporanei la soluzione residenziale e, al tempo stesso, tempi di permanenza che la necessità di un continuo *turn-over* rende inevitabilmente brevi.

Infatti, al fine evidente di evitare un percorso di istituzionalizzazione per i pazienti, l'allegato A del decreto Ministero della salute del 1.10.2012 – che, in ottemperanza del co. 2 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011, definisce i requisiti delle «strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza» del ricovero in OPG e CCC– indica per ciascuna di esse una capienza massima in 20 posti letto.

Appare, dunque, assolutamente conseguenziale il numero di 609 posti letto che, nella «Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici

<sup>41</sup> In tal senso cfr., per tutti, A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in <[www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)>, 3 luglio 2015, par. 6 e PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in «DPP», 2014, p. 917 e ss., p. 921.

<sup>42</sup> Cfr. <[http://www.ristretti.it/commenti/2013/luglio/pdf3/opg\\_statistiche.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2013/luglio/pdf3/opg_statistiche.pdf)> (consultato il 08.10.2020) (elaborazione del Centro Studi di Ristretti Orizzonti su dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica).

Giudiziari (19 agosto 2016 – 19 febbraio 2017)», sono calcolati nelle R.E.M.S. attualmente funzionanti sul territorio nazionale, in via provvisoria o definitiva<sup>43</sup>.

Il dato di 569 pazienti a fronte di una disponibilità di 609 posti letto riportato nella stessa relazione indica, invece, chiaramente che la strada maestra del trattamento terapeutico in condizioni di libertà, già indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2003, è preferita e praticata dagli operatori di settore anche indipendentemente da qualsiasi esigenza di *turn-over*.

#### 10. *La necessità di una radicale riforma dopo la legislazione per il superamento degli OPG*

Senza modificare il codice penale, la legislazione per il superamento degli OPG ha decisamente compromesso l'assetto fondamentale della originaria disciplina delle misure di sicurezza personali, di cui, quindi, appare ormai evidente la necessità di una riforma che ne riordini e ridefinisca il sistema.

Dopo ottantaquattro anni, infatti, la esclusione del criterio per la valutazione della pericolosità sociale di cui all'art. 133, co. 2, n. 4, c.p. stabilita al co. 4 dell'art. 3-ter d.l. n. 211/2011 modifica l'unico presupposto sempre necessario per l'applicazione e soprattutto per la proroga in esecuzione delle misure di sicurezza. Anche se la nuova disposizione riguarda esclusivamente la pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato<sup>44</sup>, ne risultano comunque messi in discussione i fondamentali postulati teorici del sistema delle misure di sicurezza.

In termini ancora più evidenti, la legislazione per il superamento degli OPG ha compromesso, inoltre, la coerenza della disciplina delle misure di sicurezza anche con l'altra fondamentale caratteristica dell'originario sistema codicistico delle misure di sicurezza.

La disposizione di cui al co. 1-*quater* dell'art.1 del d.l. n. 52/2014 convertito con la legge n. 81/2014 stabilisce, infatti, che tutte le «*misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo*

<sup>43</sup> Cfr. *Seconda Relazione Semestrale sulle attività svolte dal Commissario unico per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (19 agosto 2016 – 19 febbraio 2017)*, in <<http://www.camera.it/temiap/2017/02/28/OCD177-2763.pdf>> (consultato il 08.10.2020), p. 25.

<sup>44</sup> In tal senso cfr. anche C. cost., sentenza 24 giugno – 23 luglio 2015, n.186.

*stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso»; finalmente, dunque, ne risulta esclusa la possibilità che l'applicazione di una misura di sicurezza personale e detentiva duri per l'intera vita dell'internato.*

Si tratta di un esito del tutto conforme ai fondamentali principi costituzionali di proporzionalità e ragionevolezza che comunque destabilizzano il sistema della originaria disciplina delle misure di sicurezza personali.

L'opportunità di una riforma è emersa anche nelle disposizioni della legge n. 103/2017 che all'art. 1, co. 16, lett. *c)* e *d)* conferisce delega al Governo per la riforma della disciplina complessiva delle misure di sicurezza personali;<sup>45</sup> che, tuttavia, in ragione delle successive vicende politiche non ha avuto alcun esito.

Date le vicende descritte, l'irrimediabile imprecisione e l'inevitabile indeterminatezza del requisito della pericolosità sociale determinate dalla sua essenziale ambiguità ora evidenziata anche dalla disposizione di cui all'art. 3-*ter*, co. 4, d.l. n. 211/2011 come riformato dalla legge n. 81/2014, nonché la limitazione che, rinviando alle comminatorie edittali, è stata finalmente posta alla durata delle misure di sicurezza personali detentive con la disposizione di cui all'art. 1, co. 1-*quater* aggiunto al d.l. n. 52/2014 con la stessa legge n. 81/2014 e, infine, la necessità di evitare distorsioni funzionali nella organizzazione dei servizi sanitari e penitenziari, a nostro avviso resta, pertanto, fondamentale irrisolto l'interrogativo circa la possibilità che le misure di sicurezza «*effettivamente rappresentino un qualcosa di diverso dalle pene*»<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a SCHIAFFO, *Delega per la riforma delle misure di sicurezza: l'eco di un "immenso appetito di medicina"*, in «DPP», 2018, p. 119 e ss.

<sup>46</sup> FIORELLA, *Le strutture fondamentali del diritto penale*, cit., p. 629.

Ettore Squillaci\*

*‘Ragioni’ e ‘costi’ dell’attuale paradigma di prevenzione*

SOMMARIO: 1. La prevenzione differenziata per campi di materia. I tratti fluidi di un sistema a geometrie variabili – 2. Le incerte ‘zone di disvalore’ delle fattispecie soggettive di pericolosità generica – 3. Il volto frammentario della pericolosità qualificata, tra vecchi e nuovi tipi d’autore – 3.1. Gli scenari attuali della pericolosità da reato. Prevenzione e criminalità mafiosa – 3.2. Prevenzione e criminalità terroristic/eversiva – 3.3. Prevenzione e reati contro la pubblica amministrazione – 4. Ripensare l’assetto legislativo? Le possibili strade delle ‘classi’ e dei ‘titoli’ di reato – 5. L’esigenza di una razionalizzazione dei rapporti tra procedimento di prevenzione e processo penale. La centralità della soluzione processuale rispetto al problema dell’autonomia tra i due giudizi.

*1. La prevenzione differenziata per campi di materia. I tratti fluidi di un sistema a geometrie variabili*

È ampiamente noto che le politiche della sicurezza occupano uno spazio di assoluto rilievo nel panorama legislativo attuale ed alimentano il continuo ricorso a nuovi modelli di controllo sociale coattivo destinati ad affiancare il tradizionale sistema dei codici penali.

Le avvertite insufficienze del classico diritto punitivo, basato sul ‘costoso’ primato del fatto e dell’offesa, sollecitano risposte ordinamentali sempre più ‘urgenti’ e spostano il baricentro delle opzioni sanzionatorie verso logiche di intervento anticipato.

In questo contesto, le misure di prevenzione sono chiamate a svolgere una funzione strategica nell’azione di contrasto alle manifestazioni di pericolosità, seguendo percorsi che tuttavia non sempre sembrano guidati da una *ratio* equilibrata e ragionevole. L’obiettivo delle più recenti iniziative del legislatore sembra in effetti quello di colpire categorie di autori fortemente eterogenee, tra le quali si fatica ad intravedere un denominatore comune realmente aggregante, capace di giustificarne l’inclusione nella medesima area disciplinare.

---

\* Assegnista di ricerca in diritto penale, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.



Si tratta di una considerazione destinata a valere non solo sul terreno della pericolosità generica, ma anche e soprattutto su quello della pericolosità qualificata, il quale oggi appare il vero e proprio *punto di crisi* di un sistema che in certi casi sembra doppiare il diritto penale, riproducendone le fattispecie in chiave probatoriamente affievolita e replicandone l'afflittività, specie sul fronte dell'azione di contrasto ai patrimoni di incerta o illecita provenienza.

Prima di soffermarci su quest'ultimo aspetto, la cui estrema importanza suggerisce approfondimenti ulteriori, conviene sottolineare che il vistoso ampliamento dei destinatari delle misure preventive rappresenta solo una delle tante novità che hanno interessato la materia, tutte convergenti nel senso di scommettere sulla prevenzione *extra delictum* quale 'comoda' alternativa all'intervento penale: dal rafforzamento dei poteri di chi propone le misure<sup>1</sup>, sino all'accelerazione dei tempi per la definizione del procedimento<sup>2</sup>, passando per l'istituzione di sezioni giurisdizionali specializzate<sup>3</sup>. Ciò in un ambito nel quale il codice antimafia, al netto delle

---

<sup>1</sup> Stando all'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 159/2011, così come modificato dall'art. 20, co. 4, d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, nei confronti delle persone indicate all'art. 4 «possono essere proposte dal questore, dal procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona e dal direttore della Direzione investigativa antimafia le misure di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale». Il successivo capoverso dell'art. 5 d.lgs. n. 159/2011, così come modificato dall'art. 2, co. 1, lett. a), della legge 17 ottobre 2017, n. 161, dispone che nei casi previsti dall'art. 4, co. 1, lett. c), i), *i-bis*) e *i-ter*), d.lgs. n. 159/2011, «le funzioni e le competenze spettanti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto sono attribuite anche al procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario dimora la persona previo coordinamento con il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto; nei medesimi casi, nelle udienze relative ai procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione le funzioni di pubblico ministero possono essere esercitate anche dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente».

<sup>2</sup> Come è noto, l'art. 24 d.lgs. n. 159/2011 prevede che «il provvedimento di sequestro perde efficacia se il Tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario (...)» (co. 2). È altresì prevista la possibilità di proroghe semestrali, con il limite di due volte, per ipotesi di indagini complesse o di compendi patrimoniali rilevanti (co. 2). Tale innovazione, che va letta congiuntamente a quanto indicato dal successivo art. 27, co. 6, d.lgs. n. 159/2011 (secondo il quale, «in caso di appello, il provvedimento di confisca perde efficacia se la corte d'appello non si pronuncia entro un anno e sei mesi dal deposito del ricorso»), è stata introdotta in attuazione di un punto specifico della legge delega (art. 1, co. 3, lett. a, n. 8.2. e n. 8.3., della legge n. 136/2010).

<sup>3</sup> Cfr. art. 5, co. 4, d.lgs. n. 159/2011.

ambizioni semantiche e sistematiche implicite nell'impiego del sostantivo «codice», si rivela esso stesso 'incapiente' rispetto alle edizioni più aggiornate del *socialmente pericoloso*<sup>4</sup>.

L'impressione che sin d'ora emerge è quella di avere a che fare con un sistema che può ritenersi preventivo solo sulla carta e che comunque denota una natura giuridica difficilmente decifrabile, sospeso come appare tra l'insufficiente base legale della pericolosità generica e la funzione 'sanzionatoria', se non ulteriormente tale, di quella qualificata. Con il conseguente rischio di compromettere quella funzione di effettivo controllo sociale che dovrebbe competere ad una prevenzione non disposta ad assumere carattere soltanto mistificatorio<sup>5</sup>.

Dopo avere descritto il volto attuale del sistema, può allora essere utile, sia pure nei limiti imposti dall'economia di questo breve lavoro, dedicare qualche riflessione agli spazi teorici e ai campi di materia entro i quali appare possibile immaginare una prevenzione non più sbilanciata verso finalità di pura esclusione sociale, ma ispirata a mirate funzioni di impedimento dei reati. In questa prospettiva esamineremo separatamente il comparto della pericolosità generica e quello della pericolosità qualificata, non trascurando le loro delicate connessioni con la dimensione dell'arricchimento illecito, cruciali in un sistema non basato sull'*actio in rem*.

Cercheremo di farlo senza alcuna pretesa di completezza, ma nell'auspicio che l'illustre Maestro – cui queste riflessioni sono dedicate – possa apprezzare il tentativo di offrire un contributo di qualche interesse all'attuale dibattito scientifico in materia.

---

<sup>4</sup> Si consideri, in via del tutto esemplificativa, il d.l. n. 14/2017, recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città», convertito con modificazioni dalla l. 18 aprile 2017, n. 48, il cui scopo dichiarato è quello di tutelare la sicurezza urbana: si è così previsto l'ordine di allontanamento e del divieto di accesso a determinati luoghi nei confronti di «chiunque ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione» di talune infrastrutture, «in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi ivi previsti» (art. 9, co. 1). Misura, questa, applicabile anche a tutela di ulteriori luoghi individuati mediante regolamenti di polizia urbana (art. 9, co. 3). Per maggiori approfondimenti, cfr. A. MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in «RIDPP», 2017, pp. 541 ss.

<sup>5</sup> Per un affresco recente del sistema e delle sue principali distorsioni, F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2020.

## 2. Le incerte 'zone di disvalore' delle fattispecie soggettive di pericolosità generica

Le considerazioni introduttive già dimostrano come le figure di pericolosità sociale siano divenute macro-contenitori 'onnivori', in grado di racchiudere tipologie soggettive dai caratteri sempre più eterogenei.

L'osservazione vale anzitutto per il settore della pericolosità generica, il quale ormai da tempo non coincide con la sola area della marginalità sociale alla quale era stato originariamente destinato, ma si è esteso sino ad includere categorie soggettive sempre meno riconoscibili sul piano della devianza.

Il 'grimaldello' impiegato per forzare il dato normativo è la lett. b) dell'art. 1 del codice antimafia, 'sopravvissuta' alla recente sentenza costituzionale n. 24/2019<sup>6</sup>, la quale consente di adottare le misure di prevenzione nei confronti di «coloro che per la condotta ed il tenore di vita, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose».

Si è parlato, a questo proposito, di una vera e propria *trasformazione funzionale* del sistema preventivo<sup>7</sup>, che sembra segnare il definitivo superamento della tesi dottrinale delle 'immunità sociali', secondo cui le misure di prevenzione non avrebbero potuto trovare applicazione nei confronti di colui che non fosse stato catalogabile come autore-tipo sospettato di una generica attività illecita<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Si tratta della nota sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2011 nella parte in cui annoverava tra i destinatari della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, coloro i quali, sulla base di elementi di fatto, dovessero ritenersi abitualmente dediti a «traffici delittuosi». Tale declaratoria di incostituzionalità parziale è intervenuta a seguito dell'altrettanto nota sentenza *De Tommaso c. Italia*, con la quale la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha dichiarato l'illegittimità convenzionale dell'art. 1 della legge n. 1423/1956 (oggi art. 1 d.lgs. n. 159/2011), a causa della riscontrata assenza di previsioni sufficientemente dettagliate sul tipo di condotta da considerare dimostrativa della pericolosità sociale generica.

<sup>7</sup> M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in «RIDPP», 2017, p. 452.

<sup>8</sup> Si tratta della nota teoria elaborata da M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione (Atti del Convegno di Alghero)*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 306 ss., pp. 313 ss., il quale aveva parlato in proposito di una «mappa sociale alternativa» ispirata al «catechismo del senso comune piccolo borghese», nel più ampio contesto della critica ad un modello in certi casi volto a dissimulare, dietro il paravento della prevenzione della criminalità, il controllo 'politico' dell'emarginazione e del dissenso sociale. Vd. anche F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Scritti di diritto*

Il campo si è ora allargato sino ad includere nuove classi di ‘autori pericolosi’, spesso posti nei piani alti della scala sociale: dall’evasore seriale al corruttore abituale, nonché al professionista infedele<sup>9</sup>. E se è senz’altro vero che è stata così sanata una ‘cripto-violazione’ dell’art. 3 Cost., ben potendo un bancarottiere risultare assai più pericoloso di un biscazziere<sup>10</sup>, è tuttavia altrettanto evidente che questa nuova selezione dei tipi d’autore non è il frutto di una riforma del quadro normativo, in grado di conferire stabilità a scelte di politica legislativa comunque opinabili. È piuttosto la conseguenza della ‘intemperanza’ di un modello rivelatosi negli anni inadeguato per difetto ad una realtà sempre più complessa, che ha finito con il dilatarne le maglie e in definitiva le stesse funzioni.

Mentre taluni autori hanno salutato con favore il nuovo corso della prevenzione, finalmente ritenuta capace di stare al passo coi tempi<sup>11</sup>, non è mancato chi ha invece espresso condivisibili preoccupazioni circa il pericolo di un incontrollabile ampliamento del controllo preventivo che tutto ciò potrebbe alimentare<sup>12</sup>. Se, infatti, il monitoraggio si estende a qualsiasi

---

*penale*, F. Bricola, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano 1997, p. 891, che considerava misure di prevenzione e criminalità dei colletti bianchi «termini tra di loro incompatibili».

<sup>9</sup> Cfr., ad esempio, Cass. Sez. VI, 24 maggio 2017, n. 31509, in «DeJure»; Cass. Sez. I, 23 luglio 2013, n. 32032, *ivi*; nella giurisprudenza di merito, cfr. T. Chieti, 12 luglio 2012, in «DPC-RT», 3 settembre 2012. Per un caso di applicazione di misura di prevenzione (personale e patrimoniale) a carico di un soggetto ritenuto responsabile di esercizio abusivo della professione, cfr. T. Milano, 16 febbraio 2016, n. 32, *ivi*, nonché T. Cremona, 23 gennaio 2013, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, in tema di applicabilità delle misure di prevenzione personali e patrimoniali all’evasore fiscale socialmente pericoloso. In dottrina, V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, a cura di F. Basile, *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in «GI», 2015, p. 1524; E. ZUFFADA, *Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di “colletto bianco pericoloso”: il falso professionista (nella specie, un falso avvocato). Un ulteriore passo delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità da profitto*, in «DPC-RT», 27 giugno 2016; F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità da profitto (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, *ivi*, 2 febbraio 2015; F. RAPINO, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell’applicazione di misure personali e patrimoniali all’evasore socialmente pericoloso*, *ivi*, 26 marzo 2013; S.M. RONCO, *Il contribuente fiscalmente pericoloso. Profili di interrelazione tra il diritto tributario e la giurisprudenza in materia di confisca di prevenzione*, *ivi*, 13 aprile 2016.

<sup>10</sup> Così, PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 452.

<sup>11</sup> MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità da profitto*, cit., 2 febbraio 2015; ID., *Le misure di prevenzione patrimoniali: profili generali*, in «GI», 2015, p. 1530.

<sup>12</sup> T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa, 2014, p. 229; PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 452; A.M. MAUGERI, *La lotta all’evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, in

abitualità nella consumazione di fattispecie delittuose comunque connotate in senso lucrativo<sup>13</sup>, vi è il rischio più che concreto di dar luogo ad un ingestibile effetto-moltiplicatore, alimentato da una giurisprudenza in certi casi molto creativa. Anche perché lo spessore essenzialmente sintomatico del giudizio alimenta l'ulteriore pericolo che la verifica del giudice si sposti dal piano del fatto a quello dell'autore, e poi da questo allo stereotipo del 'socialmente pericoloso'<sup>14</sup>. Una volta introdotto un meccanismo di pericolosità contrassegnato da una dimensione 'soggettiva', sarà difficile arginare un processo di 'gemmazione' che faccia leva proprio sulle caratteristiche tipologiche dell'autore, anziché sulle obiettive note modali della sua condotta.

È lo stesso giudizio di accertamento della pericolosità ad esigere, in linea generale, una valutazione che tenga conto del complessivo stile di vita del proposto e di tutti gli elementi che costituiscano indice di un'attività *contra legem*<sup>15</sup> o, quanto meno, di un comportamento antidoveroso<sup>16</sup>. Né si potrebbe pensare di risolvere il problema facendo leva sulla pur indiscutibile necessità del controllo giurisdizionale, che non può certo compensare la scarsa selettività descrittiva delle fattispecie sostanziali. Non fosse altro perché la garanzia di un simile controllo può ritenersi effettiva alla sola condizione che riguardi una fattispecie dal contenuto già di per sé preciso e determinato<sup>17</sup>.

D'altronde, il progressivo allineamento delle garanzie del processo di prevenzione a quelle tipiche del processo penale costituisce la più chiara dimostrazione della crescente afflittività che contraddistingue le misure in campo e rischia di deludere, sotto un diverso ma connesso versante, le aspettative di chi, applicando quotidianamente le misure di prevenzione, ha invece ritenuto di intravedervi una soluzione alternativa al pigro e ritualistico ricorso al diritto penale, capace di dare luogo a forme di contenimento anticipato di concrete e percepibili manifestazioni di pericolosità soggettiva<sup>18</sup>.

---

«DPC-RT», 4, 2015, pp. 207 ss.

<sup>13</sup> Nel segno di una prevenzione personale sempre più 'servente' rispetto a quella patrimoniale.

<sup>14</sup> Sicché, come è stato notato, «non è più l'evasione fiscale, la corruzione, l'abusivo esercizio della professione ad interessare, ma oggetto del controllo sono l'evasore, il corruttore, il professionista abusivo». Così, PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 453, n. 44.

<sup>15</sup> Cass. Sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, in «DeJure» (punto 5 della motivazione).

<sup>16</sup> In questa direzione, ad esempio, Cass. Sez. II, 4 aprile 2017, n. 19942, in «DeJure».

<sup>17</sup> PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., p. 234.

<sup>18</sup> R. MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in «RIDPP», 2017, p. 492.

### 3. *Il volto frammentario della pericolosità qualificata, tra vecchi e nuovi tipi d'autore*

Le cose non cambiano in relazione alla pericolosità qualificata, la quale sembra anzi costituire – come si è anticipato – il punto di maggiore tensione del sistema, che appare in questo caso 'schacciato' sul diritto penale a tal punto da modellare le fattispecie soggettive in chiave *diagnostica* di un reato del quale manca o è insufficiente la prova, conferendo all'intervento di prevenzione finalismi essenzialmente 'reattivi'.

Si tratta di 'patologie' enfatizzate dalle riforme legislative che hanno recentemente investito l'art. 4 d.lgs. n. 159/2011 e ne hanno ampliato il campo di applicazione quasi a voler inseguire il diritto penale, riducendone i costi e massimizzandone l'utile, specie sul versante dell'aggressione patrimoniale.

Prima ancora di soffermarci sugli ultimi interventi del legislatore, è opportuno premettere che il sistema sembra avere smarrito quella base di legittimazione teorica costituita dall'esigenza di contenere manifestazioni di pericolosità riconducibili a fenomeni criminosi sostanzialmente assimilabili quanto a gravità.

Si allude ai settori, sui quali ci soffermeremo nell'immediato prosieguo, della criminalità mafiosa e terroristico/eversiva, tradizionali ambiti elettivi della prevenzione *extra delictum* fondata sulla pericolosità qualificata.

In simili casi l'intervento preventivo potrebbe ritenersi contraddistinto da una ragionevole logica di scopo, dato che l'elevatissimo rango degli interessi in gioco sembra in grado di giustificare la massima anticipazione della linea del controllo.

Nondimeno, la legittimazione in via di principio dell'intervento *extra delictum* non equivale di per sé alla piena giustificazione delle modalità con le quali è attualmente articolato. Dovendosi piuttosto evidenziare come proprio in questo ambito si abbia a che fare con le fattispecie che maggiormente restituiscono l'immagine di un diritto della prevenzione 'asservito' al diritto penale e, comunque, in problematica concorrenza con quest'ultimo.

Come subito vedremo, ci si trova davanti a modelli di pericolosità speculari alle omologhe norme incriminatrici, talvolta già di per sé molto sbilanciate verso un'anticipazione della soglia di tutela.

### 3.1. *Gli scenari attuali della pericolosità da reato. Prevenzione e criminalità mafiosa*

Gli stessi interventi compiuti dalla giurisprudenza per correggere certe discutibili soluzioni interpretative offrono la più netta dimostrazione dell'estrema malleabilità di fattispecie in 'competizione' con le corrispondenti figure di reato.

Basti qui considerare il progressivo abbandono, di recente avallato dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza *Gattuso*<sup>19</sup>, di quel *refrain* giurisprudenziale, per molto tempo non contraddetto, secondo il quale l'art. 4 d.lgs. n. 159/2011 avrebbe delineato una presunzione *iuris tantum* di pericolosità fondata sull'appartenenza indiziaria ad un'associazione mafiosa<sup>20</sup>. Presunzione, questa, che si riteneva derivasse dall'inserimento del proposto in un simile sodalizio, sicché il giudice che avesse motivato in merito all'appartenenza mafiosa sarebbe stato esonerato dal diverso e successivo accertamento circa l'attualità della pericolosità<sup>21</sup>. Sul presupposto che quest'ultima fosse implicita nell'affiliazione all'associazione, si era ritenuto che potesse venir meno solo in caso di scioglimento del sodalizio, ovvero in presenza di atti – come la scelta di collaborare con la giustizia – dimostrativi dell'intervenuta rottura di ogni legame con l'associazione<sup>22</sup>.

In disparte le perplessità suscitate da un simile meccanismo, che finiva

<sup>19</sup> Cass. Sez. un., 30 novembre 2017, n. 111, in «CP», 2018, p. 1486.

<sup>20</sup> Tra le tante, Cass. Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, in «*DeJure*»; Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2009, cit.; Cass. Sez. II, 11 ottobre 2005, n. 44326, in «CP», 2006, 12, p. 4174. In dottrina, MAUGERI, *Il requisito della pericolosità sociale e la presunzione di intestazione fittizia nelle misure di prevenzione*, in «CP», 2014, pp. 262-263 e spec. n. 19.

<sup>21</sup> Sul punto, L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Cedam, Padova, 1997, p. 52; A. BARGI, *L'accertamento della pericolosità nelle misure di prevenzione*, Jovene, Napoli 1988, pp. 100 ss.; più di recente, MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Atti del Convegno di Cagliari, 29-31 ottobre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 52 ss.

<sup>22</sup> Infatti la giurisprudenza ha talvolta desunto l'assenza di pericolosità sociale dalla scelta collaborativa, dal momento che solo la collaborazione con la giustizia denoterebbe la rottura di ogni legame con l'associazione mafiosa. In questo senso, Cass. Sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, in *CED Cass.* n. 254512. *Contra*, Cass. Sez. V, 5 giugno 2002, n. 31881, in «CP», 2003, 2436. In dottrina, A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di F. Cassano Hoepli, Roma 2009, p. 9, n. 12.

con il 'sanzionare' colui che non si fosse attivato per dimostrare il contrario di ciò che la legge autorizzava il giudice a presumere, qui conta soprattutto evidenziare il rischio di una sovrapposizione tra il presupposto indiziario destinato a fungere da base del giudizio prognostico e l'oggetto della prognosi. Nel senso che l'indizio di appartenenza avrebbe inevitabilmente implicato anche l'affermazione di una pericolosità sociale attuale, mediante schemi presuntivi alimentati da potenti istanze di facilitazione probatoria particolarmente avvertite nel difficile contesto della lotta alla mafia<sup>23</sup>.

Non interessa in questa sede soffermarci sull'appena citata sentenza *Gattuso*, con la quale la Corte di Cassazione riunita ha sottolineato la necessità di un accertamento effettivo della pericolosità sociale attuale in capo a colui che sia raggiunto da indizi di appartenenza alla mafia. Conta soprattutto evidenziare che in questo contesto, *de lege lata*, si registra una pressoché completa sovrapposizione contenutistica tra la fattispecie di pericolosità e la corrispondente figura di reato<sup>24</sup>: l'una basata sulla «appartenenza», l'altra sulla «partecipazione» ad un certo sodalizio. Ogni tentativo volto a distinguerle sul piano del diritto sostanziale, ossia sul terreno del diverso livello di adesione alla organizzazione, appare quindi votato all'insuccesso<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Sul punto, MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, cit., spec. 66 ss.

<sup>24</sup> Si è così concretizzata la preoccupazione autorevolmente espressa già ben prima dell'avvento delle misure di prevenzione patrimoniali antimafia da G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Giuffrè, Milano, 1972, vol. III, pp. 1591 ss., che, dopo avere sottolineato la stretta connessione tra la materia criminale e quella delle misure di prevenzione «anche dal punto di vista sostanziale» (1604), con accenti profetici si era così espresso (1605): «nel futuro questa connessione tra reati e prevenzione indiretta è sicuramente destinata ad aumentare anche se non sarà facile arrivare, per altri motivi, ad un sistema nel quale a quelli che sono oggi i presupposti per l'applicazione di misure di prevenzione corrisponderanno altrettante fattispecie delittuose con conseguente identificazione tra pene e misure di prevenzione e totale compenetrazione tra misure di prevenzione e diritto penale».

<sup>25</sup> Tuttavia, nel senso che il concetto di «appartenenza» va distinto sul piano tecnico da quello di «partecipazione», risolvendosi in una situazione di mera contiguità funzionale agli interessi della struttura criminale, cfr., ad esempio, Cass. Sez. II, 21 febbraio 2012, n. 19943, in «DeJure»; Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2009, n. 17229, in «GD», 2009, 21, 80; Cass. Sez. I, 16 aprile 2007, n. 21048, *ivi*, 2007, 27, 82; Cass. Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, in «CP», 2007, 3446. Il tutto in un contesto nel quale si ravvisa la possibilità di applicare una misura di prevenzione anche a quanti 'appartengano' ad un sodalizio mafioso non in qualità di partecipi, ma di concorrenti esterni: in questo senso, ad esempio, Cass. Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16783, in «CP», 2011, 2, 711; Cass. Sez. VI, 22 gennaio 2009, n. 17229, in «GD», 2009, 21, 80; Cass. Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, in *C.E.D. Cass.* n. 234745. In dottrina, N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche*



L'unico criterio differenziale tra «appartenenza» e «partecipazione» diviene quello, assai sfuggente, costituito dal livello probatorio<sup>26</sup>: mentre si richiede la prova, sia pure indiziaria, ma qualificata *ex art.* 192, co. 2, c.p.p., della «partecipazione» a una certa associazione per l'affermazione di responsabilità da reato, sono invece sufficienti indizi – senz'altra qualificazione – della «appartenenza» a questa stessa associazione ai fini della misura preventiva<sup>27</sup>. Con il rischio ulteriore che i contenuti ampi e manipolabili del modello preventivo, dichiaratamente non basato su un fatto ma su una condizione, consentiranno al proponente di 'costruire' da sé la fattispecie, adattandola al materiale investigativo a disposizione e magari avviando indagini preparatorie di successivi accertamenti in sede penale, destinati a giovare di questa abnorme circolarità tra prevenzione e repressione<sup>28</sup>.

### 3.2. *Prevenzione e criminalità terroristico/eversiva*

Queste ultime considerazioni critiche mantengono pressoché inalterata la loro validità anche nell'ambito della prevenzione della criminalità terroristico/eversiva. Pure in questo caso, infatti, si ha a che fare con modelli costruiti sul calco di fattispecie criminose e da queste ultime differenziati sul solo piano probatorio.

Sia qui sufficiente considerare l'art. 270-*bis* c.p. che risponde ad una precisa tecnica di anticipazione della tutela ed incrimina, come è ben noto, ipotesi dalla marcata connotazione soggettiva, in quanto contrassegnate dal dolo specifico della finalità di terrorismo o di eversione

---

*di pericolosità "patrimoniale"*, in *La Giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, tomo I, in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito, Romano, Ronco, Spangher, Wolters Kluwer, Torino 2011, p. 132.

<sup>26</sup> Sul punto, Cass. Sez. II, 16 dicembre 2005, n. 1014, in «CP», 2007, 1, 261; in senso sostanzialmente conforme, Cass. Sez. II, 11 ottobre 2005, n. 44326, *ivi*, 2006, 12, p. 4174; Cass. Sez. VI, 23 novembre 2004, n. 114, *ivi*, 2006, 9, p. 2941.

<sup>27</sup> Addirittura in passato si era giunti ad affermare che mentre l'art. 3, co. 1, l. n. 1423/1956 richiedeva l'accertamento della pericolosità del proposto, gli artt. 1 e 2 della previgente legge n. 575/1965 si limitavano soltanto a prevedere l'applicabilità delle misure di prevenzione a chi fosse semplicemente indiziato di appartenenza alla mafia. Con l'effetto che, una volta che il giudice della prevenzione avesse fornito adeguata motivazione su questo elemento, non sarebbe stata necessaria alcuna altra specifica motivazione in punto di pericolosità. In questo senso, ad esempio, Cass. Sez. VI, 18 dicembre 2008, n. 16030, in «GD», 2009, 21, p. 94; Cass. Sez. VI, 21 novembre 2008, n. 499, in «DeJure»; Cass. 23 gennaio 2007, n. 5248, in «CP», 2008, p. 1174.

<sup>28</sup> R. ORLANDI, *La 'fattispecie di pericolosità'. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in «RIDPP», 2017, p. 476.

dell'ordine democratico<sup>29</sup>. Finalità che a sua volta rende penalmente rilevanti anche condotte soltanto preparatorie (finanziamento, arruolamento, addestramento, auto-addestramento, organizzazione di viaggi all'estero), estremamente 'distanti' dall'evento finale, rispetto al quale diviene anche difficile ragionare in termini di idoneità della condotta, secondo quella nota interpretazione oggettiva del dolo specifico che ne valorizza l'orientazione all'offesa<sup>30</sup>.

Peraltro, avuto specifico riguardo ai fenomeni associativi terroristico-ever-sivi, il pericolo di una *soggettivizzazione* dell'offesa non sembra nemmeno adeguatamente controbilanciato dal requisito della «organizzazione»; il solo che potrebbe, se correttamente interpretato, evitare che la fattispecie venga asciugata del suo necessario disvalore, ma che nei fatti finisce, salvo isolate eccezioni<sup>31</sup>, con il subire un processo di autentica evaporazione<sup>32</sup>. Per l'effetto appiattendosi nella stessa realizzazione delle condotte partecipative ed alimentando così il rischio di un *eccesso anticipatorio* ulteriormente avvalorato dalla mancata esteriorizzazione del proposito criminoso.

Lasciando da parte le pur innegabili differenze tra le organizzazioni «sovversive» e quelle «terroristiche»<sup>33</sup>, occorre evidenziare come si abbia a che fare con strumenti di netto arretramento della risposta penale, accompagnati da ulteriori fattispecie dalla spiccata vocazione prodromica e, comunque, in grado di innescare problematici arretramenti ulteriori della soglia di punibilità<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in «DPC-RT», 3, 2017, pp. 243 ss.

<sup>30</sup> Nel senso che il dolo specifico, per potere assolvere alla sua connaturata funzione di filtro selettivo della punibilità, debba necessariamente innestarsi su di un sostrato fattuale già di per sé offensivo del bene giuridico, operando in aggiunta e non in sostituzione del dolo generico, vd. il classico lavoro di G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova 1930, pp. 132 ss. Nella medesima direzione, nell'ambito di una letteratura vastissima, L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 85; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 106; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 231; nella manualistica, per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 576 ss.

<sup>31</sup> Cass. Sez. V, 14 novembre 2016, n. 48001, in «GD», 8, 2017, p. 94.

<sup>32</sup> BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale*, cit., pp. 244-245.

<sup>33</sup> Nella giurisprudenza, cfr. Cass. Sez. V, 20 novembre 2013, n. 46340, in «RP», 1, 2014, p. 36.

<sup>34</sup> Si tratta, peraltro, di strumenti in via di prevedibile ampliamento, anche in ragione dell'esigenza di attuare la direttiva 2017/541/UE in tema di antiterrorismo. Sul tema, PELISSERO, *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in «DPP», 7, 2017, p. 845;

Non si allude solo alle ben note previsioni incriminatrici di condotte preparatorie descritte dal codice penale<sup>35</sup>, ma anche – per quanto qui rileva – agli strumenti preventivi previsti dal codice antimafia, i quali consentono di spostare ancor più indietro la linea del controllo, potendo trovare applicazione in presenza di atti preparatori di fattispecie penali, a loro volta anticipatrici o collaterali rispetto al fenomeno associativo<sup>36</sup>.

In altre parole, colpire con le misure preventive coloro i quali siano indiziati del compimento di atti preparatori del delitto *ex art. 270-bis c.p.* rischia di dar luogo ad un'anticipazione della tutela davvero eccessiva, persino nella prospettiva di un intervento destinato a precedere quello repressivo. Ciò in quanto, stando allo schema dell'incriminazione, l'intenzione criminosa non ha ad oggetto il futuro compimento di un reato, bensì solo un programma d'azione indeterminato, spesso reso ulteriormente evanescente dalla finalità politico-ideologica che anima l'organizzazione e ne orienta la condotta. Emblematica, sotto questo versante, è anche la vicenda della compatibilità ravvisata dalla nostra giurisprudenza tra l'art. 270-*quater* c.p. («Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale»), di per sé caratterizzato da una significativa anticipazione

---

F. FASANI, *L'impatto della direttiva antiterrorismo sulla legislazione penale sostanziale italiana*, ivi, 2018, pp. 12 ss. Più in generale, sulle strategie di lotta al terrorismo nella dimensione internazionale, E.S. JANUS, *The Preventive State, Terrorists and Sexual Predators: Countering the Threat of a New Outsider Jurisprudence*, in «*Criminal Law Bulletin*», 2004, p. 576; F. GALLI, *The Law on terrorism: the UK, France and Italy compared*, Bruxelles, 2015, pp. 58 ss.; J. MCCULLOCH, B. CARLTON, *Pre-empting Justice: Suppression of Financing of Terrorism and the "War on Terror"*, *Current Issues in Criminal Justice*, 2006, p. 397 ss.

<sup>35</sup> Oltre alle 'tradizionali' fattispecie di cui agli artt. 302, 304 e 414 c.p., si considerino anche, in via del tutto esemplificativa, quelle previste dagli artt. 270-*quater*, 270-*quater*.1, 270-*quinquies*, 270-*quinquies*.1 c.p., applicabili al di fuori dei casi di cui all'art. 270-*bis* c.p., destinate a convergere (unitamente a quelle contemplate dagli artt. 270-*ter*, 270-*quinquies*.2, 280-*bis*, 280-*ter* c.p.) nella variegata casistica della collateralità o del fiancheggiamento rispetto ad organizzazioni terroristiche-eversive.

<sup>36</sup> PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 462. Sulle misure di prevenzione in relazione al terrorismo, anche in prospettiva di diritto comparato, cfr. L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova University Press, Padova 2012, spec. pp. 99 ss. e pp. 177 ss.; F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in «GI», 2015, p. 1522.

della tutela<sup>37</sup>, e il modello del delitto tentato<sup>38</sup>. Si tratta di una soluzione ermeneutica destinata evidentemente a provocare ovvie ricadute sul versante delle misure di prevenzione, applicabili anche a chi compia «atti preparatori» rispetto alla commissione di reati con finalità di terrorismo (art. 4, co. 1, lett. d, d.lgs. n. 159/2011). Ne deriva il rischio di fare retrocedere la soglia dell'intervento sino al punto di colpire anche colui il quale «compia atti preparatori agli atti esecutivi degli atti preparatori incriminati dall'art. 270 *quater*»<sup>39</sup>. Così spostando il fuoco del giudizio dal fatto all'autore e trasformando la pericolosità soggettiva in un parametro di valutazione del corredo probatorio<sup>40</sup>.

Il rischio che la misura di prevenzione trovi la propria *ratio* nella semplice manifestazione di un'intenzione criminosa ci appare piuttosto evidente, così come sembra chiaro che ogni sistema dotato di misure capaci di incidere su diritti costituzionalmente protetti non può trovare la propria base di legittimazione in un mero stato psicologico, per quanto riflessosi in dati esteriori che abbiano però semplicemente il significato di indicatori diagnostici dello stesso<sup>41</sup>.

### 3.3. *Prevenzione e reati contro la pubblica amministrazione*

Come si è poc'anzi notato, il già esteso catalogo dei soggetti portatori di pericolosità qualificata è stato ora allargato mediante l'inclusione di ulteriori categorie soggettive. Categorie nelle quali rientrano, tra gli altri, gli indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p., del delitto di trasferimento fraudolento di valori contemplato dal 'nuovo' art. 512-*bis* c.p., ovvero del delitto di assistenza agli associati (lett. b); i soggetti portatori di pericolosità generica *ex art.* 1 d.lgs. n. 159/2011 (lett. c); gli

<sup>37</sup> A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo*, n. 7 del 18 febbraio 2015, in «DPC-RT», 2/2015, pp. 228 ss.; PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in «QG», *Speciale su Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, 2016, pp. 99 ss.; M. DONINI, *Terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, ivi, pp. 113 ss.

<sup>38</sup> Cass. Sez. I, 9 settembre 2015, n. 40699, in «DeJure».

<sup>39</sup> G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in «RIDPP», 2017, p. 508.

<sup>40</sup> PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale*, cit., p. 111.

<sup>41</sup> Sul punto, con riferimento al fatto e al principio di materialità nel diritto penale, cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Giappichelli, Torino 1973, p. 83; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in «ED», vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano 1987, p. 789.

indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, co. 3-*quater*, c.p.p. e coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti esecutivi – non più, dunque, solamente preparatori<sup>42</sup> – diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati indicati alla lett. d)<sup>43</sup>; gli indiziati del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640-bis* c.p. o del delitto di cui all'art. 416 c.p., finalizzato alla commissione di numerosi reati contro la pubblica amministrazione, partitamente elencati (lett. i-*bis*)<sup>44</sup>; gli indiziati del delitto di maltrattamenti in famiglia *ex art. 572* c.p. e di quello di atti persecutori *ex art. 612-bis* c.p. (lett. i-*ter*)<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> In linea con quanto auspicato da taluni (A. BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in «DDP», agg., Giappichelli, Torino 2014, p. 72) e, prima ancora, illustrato nella Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, presieduta dal prof. Giovanni Fiandaca (il cui testo è consultabile in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)>, 12 gennaio 2014), è stato così eliminato il presunto paradosso secondo il quale le misure di prevenzione avrebbero potuto colpire chi avesse *compiuto atti preparatori* del delitto *ex art. 270-bis* c.p. e non chi, *appartenendo* ad un'associazione con finalità terroristica o eversiva, avesse già posto in essere una condotta non solo sintomatica di un'esteriorizzazione della propria volontà criminosa, ma anche dimostrativa di un *iter* esecutivo già avviato. Il che avrebbe dato luogo anche ad un'irragionevole asimmetria tra la categoria degli indiziati del reato di cui all'art. 270-*bis* c.p. e quella degli indiziati del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., giacché solo in quest'ultimo caso la misura di prevenzione avrebbe potuto colpire la condotta di *appartenenza* all'associazione. Resta infine da precisare che analoga estensione agli atti esecutivi è stata ora inserita anche nella lett. f) dell'art. 4, con riferimento al delitto di ricostituzione del partito fascista. In dottrina, MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della legge 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, *Confronto di idee su: Le misure di prevenzione*, in «AP», 29 marzo 2018, pp. 6-7.

<sup>43</sup> Si tratta dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale e di quelli previsti dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 c.p., nonché dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero di quelli diretti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270-*sexies* c.p.

<sup>44</sup> Si tratta, in particolare, dei reati previsti dagli artt. 314, co. 1, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p.

<sup>45</sup> In quest'ultimo caso la misura assume una funzione essenzialmente 'cautelare', che non appare diretta a tutelare, quanto meno in prima battuta, la collettività, bensì una vittima specifica, attraverso il contenimento delle probabilità di 'ricaduta' nel delitto del suo persecutore o la prevenzione *tout court* di condotte vessatorie nei confronti di categorie soggettive in stato di particolare vulnerabilità. Ciò in linea con un diritto della prevenzione per *tipo di vittima* e non più per *tipo di autore*. Sul punto, cfr. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione* praeter delictum, cit., p. 447. Proprio nei confronti dei soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p., la misura, se applicata *post delictum*,

Al di là delle tante giustificate perplessità indotte da scelte legislative che hanno finito con l’allineare forme di manifestazione della pericolosità affatto differenti<sup>46</sup>, intendiamo soprattutto sottolineare che l’improprio avvicinamento delle fattispecie di prevenzione alle norme incriminatrici appena richiamate ha finito con il privare – anche nei settori da esse presidiate – l’intervento *extra delictum* della sua connaturata vocazione preventiva, imprimendogli una prevalente finalità sanzionatoria. Una finalità che peraltro, anche in questo caso, non si esaurisce nella mera esclusione sociale di soggetti considerati con sfavore, ma si estende sino a colpirne tutte le disponibilità economiche di cui non sia stata dimostrata la lecita provenienza. Difficile, infatti, negare che proprio sul terreno dell’aggressione patrimoniale le misure in esame offrono le prestazioni dotate di un maggior tasso di effettività, sul quale viene sempre più insistentemente misurata, con evidente logica efficientistica, la stessa produttività degli uffici giudiziari.

Emblematica, al riguardo, la recente estensione dell’art. 4 d.lgs. n. 159/2011 ai soggetti indiziati di taluni reati contro la pubblica amministrazione (lett. *i-bis*).

Sul punto occorre anzitutto notare che il testo definitivamente licenziato, al contrario di quanto previsto nella versione approvata in prima lettura dalla Camera dei deputati, ha accolto gli emendamenti del Senato in forza dei quali l’applicazione delle misure di prevenzione è stata circoscritta ai soli casi in cui i reati contro la p.a. siano commessi in forma organizzata *ex art.* 416 c.p. e non monosoggettiva. Resta tuttavia

---

sembra assumere i caratteri di una misura di sicurezza. Tanto è vero che per contenere quel particolare tipo di pericolosità la giurisprudenza di merito ha fatto ricorso alla sorveglianza speciale, dichiaratamente applicandola *post delictum* ed imponendo, sulla falsariga delle misure cautelari previste dagli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p., specifiche limitazioni dirette a garantire la ‘distanza’ tra vittima e persecutore. Sul punto, S. RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza “De Tommaso v. Italia” (e confermata dalle Sezioni Unite “Paternò”)*, in <*www.penalecontemporaneo.it*>, 16 ottobre 2017.

<sup>46</sup> È ben noto come la categoria della pericolosità qualificata sia stata ideata e poi sempre più incisivamente applicata in relazione al settore della criminalità mafiosa, contrassegnato da un ben preciso *modus operandi* basato sulla forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento e omertà che ne deriva. Ma questo modello di intervento non appare esportabile *tout court* in settori di criminalità – come quello dei reati contro la pubblica amministrazione – così nettamente differenti per origine, caratteristiche e finalità. Proprio rispetto ai reati contro la pubblica amministrazione, si è ritenuto che «manca la base criminologica che permette di giustificare misure preventive in relazione alla criminalità organizzata». Così, PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 465.

salva la possibilità di colpire con misure di prevenzione fenomeni individuali di corruzione seriale o abituale, ritenuti dalla giurisprudenza riconducibili alla poc'anzi richiamata fattispecie prevista dall'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 159/2011.

In tutti questi casi interessa poco la prevenzione personale e prevale l'esigenza di aggredire i patrimoni di sospetta formazione illecita riconducibili a coloro i quali siano indiziati della già intervenuta commissione di un reato contro la p.a. Non si tratta tanto di prevenire futuri comportamenti antigiuridici da parte di classi di autori notoriamente poco sensibili ad interventi 'correzionali', quanto piuttosto di aggredire i proventi di una pregressa condotta illecita sulla scia di ben riconoscibili direttrici politico-criminali ('il crimine non paga') di ispirazione anche sovranazionale<sup>47</sup>.

Non appare nemmeno del tutto infondato il rischio che il prioritario interesse ad estromettere patrimoni di origine illecita o sospetta dal circuito dell'economia legale faccia sì che la pericolosità sociale finisca con l'essere indiziata dall'arricchimento illecito (accertato o presunto), invertendo la corretta sequenza del giudizio di meritevolezza della misura reale e svuotando di contenuti la valutazione della pericolosità.

L'obiettivo politico-criminale di potenziare la strategia preventiva nel contrasto ai fenomeni di corruzione è qui ben visibile, ma è altrettanto evidente che ci si muove in un'ottica molto diversa da quella che ha ispirato la legge n. 190/2012, finalizzata ad innalzare i complessivi livelli di trasparenza

<sup>47</sup> Sul punto si segnala, in particolare, la direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, la quale si applica, tra le altre cose, ai reati contemplati dalla «Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari». Per un esame della Direttiva, N. SELVAGGI, *Disposizioni dell'Unione europea (Direttiva 2014/42/UE)*, in *Epidendio*, a cura di Varraso, *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 52 ss.; MAZZACUVA, *L'attuazione della Dir. 2014/42/UE sulla confisca*, in «DPP», 2017, pp. 437 ss.; in precedenza, MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in «DPC-RT.», 1/2015, pp. 300 ss.; M. SIMONATO, *Directive 2014/42/EU and Non-Conviction Based Confiscation: A Step Forward on Asset Recovery?*, in «NJECL», 2015, v. 6, n. 2, pp. 213-228; C.L. VOLINO, *I recenti interventi dell'Unione Europea in materia di confisca post delictum e le ripercussioni sull'ordinamento italiano. Direttiva 2014/42/UE*, in «LP», 2014, v. 34, n. 4, p. 287; M. FAZEKAS, E. NANOPOULOS, *The Effectiveness of EU Law: Insights from the EU Legal Framework on Asset Confiscation*, in «EJCCLCJ», 2016, 3, p. 9. Con più generale riferimento alle moderne strategie europee di contrasto all'arricchimento illecito o non giustificato, cfr. RUI, SIEBER, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Bringing the Picture Together*, in Rui, Sieber (eds.), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, Freiburg i. Breisgau, 2015, pp. 245 ss.

e legalità dell'azione amministrativa mediante una 'corresponsabilizzazione' dei diversi attori coinvolti nei processi decisionali pubblici. In questo caso, il legislatore sembra avere puntato su una prevenzione tutt'altro che 'inclusiva', nella quale le misure di 'integrazione' e 'miglioramento' lasciano spazio, in linea con la tradizione più rozza della prevenzione 'negativa', a dispositivi ad alta intensità sanzionatoria, peraltro destinati ad affiancarsi alle scelte ulteriormente punitive che hanno contrassegnato la più recente riforma del trattamento sanzionatorio dei delitti di corruzione<sup>48</sup>.

A quest'ultimo proposito, merita di essere sottolineata la speciale attenzione riservata dal legislatore ai reati contro la pubblica amministrazione, i quali, oltre a godere di un canale preferenziale nella formazione dei ruoli d'udienza e nella trattazione dei processi<sup>49</sup>, non appaiono esenti – per quanto qui rileva – dal rischio di un triplice ricarico punitivo: oltre alle svariate tipologie di confisca applicabili *ante* e *post delictum*, in forma diretta, per equivalente (art. 322-ter c.p.) e per sproporzione (art. 24 d.lgs. n. 159/2011 e 240-bis c.p.), il sistema prevede che con la sentenza di condanna sia sempre ordinato anche il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico agente a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione di appartenenza, ovvero, nel caso di cui all'art. 319-ter c.p., in favore dell'amministrazione della giustizia, restando comunque impregiudicato il diritto al risarcimento del danno (art. 322-quater c.p.)<sup>50</sup>.

Insomma, una sorta di *ter in idem* che non si spiega se non con la pressante esigenza di aggredire ad ogni costo beni di provenienza illecita o anche soltanto 'opaca', abbinando il giusto obiettivo di sterilizzare le utilità economiche del reato al carico di allusioni simboliche che accompagnano il paradigma – e la retorica – della 'anti-corruzione'.

Tornando ora al settore specifico della prevenzione, l'appena ricordata scelta legislativa di limitare il campo di operatività dell'art. 4 d.lgs. n. 159/2011, nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, alle sole manifestazioni di criminalità associativa ex art. 416 c.p., rischia di provocare

<sup>48</sup> Ci si riferisce alla legge 27 maggio 2015, n. 69, sulla quale vd. PELISSERO, *La riforma dei delitti di corruzione nella legge 27 maggio 2015, n. 69*, Addenda a cura di Grosso, Pelissero, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015; sulle più recenti riforme in materia di corruzione, G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in «RCP», 2018, pp. 374 ss.

<sup>49</sup> Cfr. art. 132-bis, co. 1, let. f-bis), c.p.p.

<sup>50</sup> Sottolinea questo aspetto, MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino 2017, p. 198.



problemi maggiori di quanti ne risolva. Non fosse altro perché risulterà difficile provare che l'associazione per delinquere abbia tra i reati-fine la corruzione e/o la concussione: sia perché questi reati non necessariamente presenteranno il requisito della serialità, sia perché si tratta di fattispecie che di solito presuppongono un rapporto 'negoziale' tra *intra-neus* ed *extra-neus* sprovvisto di una retrostante struttura associativa.

Sotto altro ma connesso versante, il principio di autonomia del giudizio di prevenzione rispetto a quello penale non potrà eliminare il rischio di strumentali contestazioni *ex art.* 416 c.p. nel processo penale per rafforzare la proposta e la successiva applicazione di una misura di prevenzione (personale e soprattutto patrimoniale) nei confronti dei medesimi concorrenti indiziati di uno dei reati contro la pubblica amministrazione indicati dall'art. 4 d.lgs. n. 159/2011. Fermo restando che anche un'assoluzione *ex art.* 530, co. 2, c.p.p. potrebbe essere considerata una sufficiente base indiziaria sulla quale fondare la proposta di prevenzione<sup>51</sup>. Così come non può nemmeno essere trascurato l'opposto pericolo che una simile proposta, strumentalmente avanzata nei confronti di quei destinatari, costituisca un elemento indiziario dotato di una certa consistenza nel processo penale celebrato per gli stessi fatti e a carico dei medesimi soggetti.

A ciò si aggiunga quanto si è poc'anzi osservato, ossia che l'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 159/2011, come ormai diffusamente interpretato dalla giurisprudenza, già di per sé consente di applicare le misure personali e patrimoniali ai portatori di pericolosità comune nei settori – tra gli altri – dei reati tributari e di quelli contro la pubblica amministrazione. La novità legislativa in questione rischia quindi di cagionare un pericoloso e persino paradossale arretramento dei livelli di garanzia, dato che il giudizio di pericolosità comune, per l'appunto effettuato al metro dell'art. 1 del codice antimafia, finisce con l'essere affidato ad un parametro – la 'serialità' della condotta delittuosa – alla prova dei fatti ben più stringente e selettivo di quello costituito dal (talvolta assai evanescente) requisito della 'organizzazione', richiesto invece ai fini del giudizio di pericolosità qualificata.

---

<sup>51</sup> Si parla, in questo caso, di un uso 'surrogatorio' del processo preventivo. Cfr. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., p. 61. In precedenza, S. FIORE, *Modelli di intervento sanzionatorio e criminalità organizzata: pericolose illusioni e inquietanti certezze della recente legislazione antimafia*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di Moccia, Esi, Napoli, 1999, pp. 280-281.

#### 4. Ripensare l'assetto legislativo? Le possibili strade delle 'classi' e dei 'titoli' di reato

Tutti i rilievi che precedono segnalano l'esigenza di una maggiore precisione delle fattispecie soggettive di pericolosità, anche allo scopo di accrescere l'affidabilità dei 'calcoli' prognostici che esse presuppongono. Ciò in un contesto reso ulteriormente problematico dal rischio che l'etichetta della prevenzione possa costituire un falso titolo di legittimazione, dato che l'arretramento della soglia di tutela non assume come punto di riferimento la lesione dell'interesse protetto, bensì la prova indiziaria di tale lesione<sup>52</sup>.

Si tratta a questo punto di tirare le fila del discorso, immaginando i possibili futuri percorsi della prevenzione *extra delictum*.

Con riferimento alla categoria della pericolosità generica, occorrerebbe riflettere sull'opportunità di una *ridefinizione* delle classi soggettive, che potrebbero essere 'aggregate' sul comune denominatore delle tipologie di reato da prevenire.

Come altrove si è cercato di dimostrare più diffusamente, il richiamo all'interesse protetto dalle figure criminose di cui si intende impedire l'integrazione potrebbe consentire una più razionale individuazione dei destinatari e potrebbe stimolare anche una descrizione più selettiva dei tipi di comportamento rilevanti nell'ottica della prevenzione<sup>53</sup>.

Tutto ciò presuppone un 'cambiamento di pelle' degli attuali modelli di prevenzione basati sulla pericolosità generica. Quest'ultima dovrebbe cedere il passo ad una nuova pericolosità che potremmo definire di tipo 'semi-qualificato', non fondata su *tipi criminologici* né su *titoli di reato*, ma su *fasce di criminalità*, il riferimento esplicito alle quali potrebbe consentire di attivare anche mirati poteri di intervento in prevalenza di tipo interdittivo/inabilitativo. Una volta circoscritta la pericolosità ad una certa area di criminalità, individuata alla luce dell'interesse protetto, il diritto della prevenzione potrebbe rivelarsi una risorsa utile nell'ottica dell'impedimento di futuri reati, selezionando misure maggiormente *adeguate, proporzionate ed efficaci* rispetto al pericolo corso o temuto.

Non si avrebbe più a che fare, dunque, con una prevenzione dal taglio essenzialmente monitorio, destinata a risolversi nell'imposizione indifferenziata di divieti o restrizioni incapaci di 'dialogare' con il tipo di pericolosità in rilievo. Ci si troverebbe davanti, semmai, ad un modello basato

---

<sup>52</sup> PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in «RIDPP», 1995, p. 636.

<sup>53</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Esi, Napoli, 2020, pp. 434 ss.

su aree di pericolosità e contrassegnato da un *carnet* ampio di strumenti destinati ad ostacolare la commissione di predefinite classi di reato.

L'introduzione di fattispecie soggettive centrate sull'interesse giuridicamente tutelato potrebbe costituire una strada idonea a concretizzare e circoscrivere le manifestazioni rilevanti di pericolosità, senza legarle ad un titolo di reato ma al contempo ancorandole ad una 'situazione' resa più afferrabile dalla stabilità categoriale di un certo oggetto di tutela. Verrebbe forse così assicurato un rapporto di maggiore proporzione tra la pericolosità del prevenuto e l'afflittività di una misura orientata pur sempre ad alterarne *in peius* la condizione giuridica. Con la conseguenza che anche le prescrizioni volte ad accompagnare l'applicazione di questa stessa misura risulterebbero più adeguate ad una prevenzione effettiva della dannosità sociale.

Sostituendo, sulla scia di quanto evidenziato anche dalla recente sentenza costituzionale n. 24/2019, *tipi di condotte ai tipi d'autore* attorno ai quali l'attuale sistema sembra in prevalenza ruotare, si potrebbe tentare di meglio affrontare anche il problema di una prevenzione 'generalista' rispetto alla pericolosità da controllare e al danno da evitare.

Sul piano della futura ingegneria legislativa, sembrerebbero allora da prediligere formule capaci di estromettere l'occasionalità della condotta antiggiuridica dall'oggetto del giudizio. Valorizzando così quelle equilibrate soluzioni giurisprudenziali che già adesso tendono ad escludere dal campo di azione dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2011 le ipotesi in cui la condotta non abbia contrassegnato un periodo significativo della vita del prevenuto<sup>54</sup>.

Un ulteriore passo avanti nell'edificazione di una più precisa base legale del modello di prevenzione potrebbe consistere nel dare rilevanza alle sole condotte compiute dal proposto entro certi argini cronologici, in modo da evitare quel 'regresso' eccessivo del giudizio che rischia di sfociare, in definitiva, in una vera e propria censura dello stile di vita.

Oltre ad assicurare maggiore effettività al diritto di difesa, certamente compromesso da proposte spesso prive di un preciso ancoraggio al tempo e allo spazio, ciò consentirebbe anche di evitare letture 'irragionevoli' delle stesse fattispecie soggettive di pericolosità. Si vuol dire che il requisito/parametro della «abitualità», presente sia nella lett. b) che nella lett. c) dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2001, andrebbe valutato con una profondità temporale non eccessiva, per l'ovvio motivo che quanto più è risalente nel tempo la manifestazione rilevante di pericolosità, tanto più elevato è il rischio che il giudizio prognostico coincida con la mera constatazione di un

---

<sup>54</sup> In questa direzione, di recente, Cass. Sez. I, 19 febbraio 2020, n. 10896, in «DeJure».

pregresso comportamento anti giuridico<sup>55</sup>.

Già la celebre sentenza costituzionale n. 177/1980, d'altra parte, era stata chiarissima nel precisare che l'applicazione della misura, «ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico», deve trovare «il presupposto necessario in "fattispecie di pericolosità", previste - descritte - dalla legge; fattispecie destinate a costituire il parametro dell'accertamento giudiziale e, insieme, il fondamento di una prognosi di pericolosità, che solo su questa base può dirsi legalmente fondata»<sup>56</sup>.

Con riferimento alla pericolosità qualificata, le tante perplessità suscitate da un modello costruito pressoché in fotocopia rispetto al diritto penale devono fare i conti con la realistica constatazione della centralità delle misure di prevenzione nelle attuali politiche di contrasto alle forme più gravi di criminalità.

Al contempo, la chiara consapevolezza che la conservazione del sistema vigente alimenterebbe il problema di una forma di pericolosità inevitabilmente attratta verso il diritto penale, del quale costituirebbe una sorta di riflesso probatoriamente attenuato, dovrebbe indurre a circoscrivere l'intervento preventivo *extra delictum* ai soli titoli di reato rispetto ai quali potrebbe risultare *proporzionato e necessario*, ma soprattutto *utile* nell'ottica del contenimento di allarmanti fenomeni criminosi.

In questa direzione, il catalogo dei reati ora incluso nell'art. 4 del codice antimafia andrebbe opportunamente sfoltito. Nel senso di venire limitato alle sole fattispecie delittuose 'nucleari', relative alla criminalità organizzata di tipo mafioso e terroristico/eversivo, attorno alle quali ruotava l'originario modello della prevenzione basata sulla pericolosità qualificata. Il tutto, beninteso, evitando comunque eccessivi arretramenti della soglia di pericolosità, oggi resi evidenti dalla rilevanza accordata alle già richiamate ipotesi in cui vengano in rilievo atti soltanto «preparatori» (ancorché «obiettivamente rilevanti») <sup>57</sup>.

Siamo dell'idea che questa prospettiva, lungi dal costituire un antistorico ritorno all'antico, sia l'unica via per tentare di restituire coerenza ad un sistema che ha conosciuto una espansione incontrollata. E che sembra quindi avere smarrito quella ragionevole legittimazione rappresentata dall'impedimento di gravissimi fatti di reato, la cui base criminologica giustifichi ed imponga davvero un'anticipazione della linea del controllo. Facendo sì che il giudizio

<sup>55</sup> Sia consentito il rinvio a SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, cit., p. 442.

<sup>56</sup> C. cost., sent. n. 177/1980, in «CP», 1981, 704, § 4.

<sup>57</sup> Cfr. lett. d) ed f), art. 4 d.lgs. n. 159/2011.

di pericolosità possa conservare una sua reale autonomia concettuale ed applicativa rispetto alla dichiarazione di responsabilità penale.

Ciò, peraltro, alla duplice condizione che non si perda di vista la dimensione necessariamente individuale della pericolosità da contenere e che il controllo non degeneri in una punizione mascherata. Anche gli effetti delle misure in esame andrebbero pertanto rivisti, in modo da evitare le attuali distorsioni di una prevenzione essenzialmente finalizzata alla pura esclusione sociale, se non addirittura al recupero della pretesa punitiva non accolta in giudizio<sup>58</sup>. Una prevenzione per di più ‘cieca’ e omologante, perché destinata a sortire conseguenze identiche – non solo sul piano patrimoniale – a carico di tutti i socialmente pericolosi.

Ma, come cercheremo di dimostrare nell'immediato prosieguo, crediamo che le pur necessarie soluzioni di diritto sostanziale siano di per sé insufficienti, ove sganciate da una complessiva ed ormai indifferibile riorganizzazione dei rapporti tra il giudizio penale e il procedimento di prevenzione.

##### *5. L'esigenza di una razionalizzazione dei rapporti tra procedimento di prevenzione e processo penale. La centralità della soluzione processuale rispetto al problema dell'autonomia tra i due giudizi*

Lasciando da parte soluzioni abolizioniste<sup>59</sup>, allo stato difficilmente praticabili<sup>60</sup>, il sistema potrebbe forse prestarsi ad essere rivisitato, non solo ridisegnando – nei termini sin qui illustrati – i limiti di intervento delle misure preventive in relazione a destinatari, contenuto e disciplina, ma anche ridefinendo i rapporti tra il procedimento di prevenzione e il giudizio penale. Rapporti che una malintesa accezione del principio di autonomia (art. 29 d.lgs. n. 159/2011) ha contribuito a rendere del tutto irrazionali.

Si potrebbe allora riflettere sull'opportunità di reintrodurre la disciplina dettata dai previgenti commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis* della legge n. 646/1982,

<sup>58</sup> Sul tema, volendo, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, cit., pp. 438-439.

<sup>59</sup> Di recente avanzate, sul versante delle misure personali, da D. PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in «DPP», 2019, 1531 ss. e spec. 1539-1541. Ma si vedano anche le proposte di BARTOLI, *Contro la "normalizzazione delle deroghe": alcune proposte garantiste*, ivi, 2020, pp. 153 ss. e spec. pp. 157-158.

<sup>60</sup> Evidenzia come la soluzione abolizionista appaia «difficilmente percorribile nell'attuale contesto storico, politico e internazionale», PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 442.

destinata a regolare le relazioni tra il procedimento di prevenzione e il processo penale celebrato per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.

Come è noto, prima che fossero abrogate ad opera dell'art. 23 del d.l. n. 152/1991, le due disposizioni prevedevano che il procedimento di prevenzione dovesse essere sospeso quando il giudice avesse avuto notizia dell'avvio o della pendenza di un procedimento penale per il delitto *ex art.* 416-*bis* c.p. (oltre che per l'ulteriore delitto associativo previsto dall'art. 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685), tutte le volte in cui la cognizione del reato potesse influire sulla sua decisione (co. 3)<sup>61</sup>. Ma soprattutto prescrivevano che la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento avesse autorità di cosa giudicata nel procedimento di prevenzione in merito all'accertamento dei fatti oggetto del giudizio penale (co. 3) e che, all'opposto, l'eventuale condanna definitiva intervenuta in sede penale vincolasse il giudice della prevenzione ad adottare le misure patrimoniali e interdittive previste dalla legge 31 maggio 1965, n. 575 (co. 4).

L'abrogazione di tale disciplina ha creato le premesse per un vero e proprio automatismo tra l'avvio del giudizio penale per il delitto previsto dall'art. 416-*bis* c.p. e l'avvio del procedimento di prevenzione antimafia. Dovendo trovare applicazione in questo caso il (tuttora vigente) co. 1 dell'art. 23-*bis* della l. 13 settembre 1982, n. 646, il quale vincola il pubblico ministero che procede *ex art.* 416-*bis* c.p. a darne avviso senza ritardo al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, «per il promuovimento, qualora non sia già in corso, del procedimento di prevenzione».

Ciò ha senz'altro contribuito a rendere il procedimento di prevenzione, il cui avvio è in questi casi obbligatorio e non discrezionale, sempre più 'servente' rispetto al giudizio penale. Sarà infatti difficile non ritenere la pericolosità del prevenuto implicita nel fatto stesso che nei suoi confronti siano stati raccolti indizi sufficienti a giustificare l'inizio di un procedimento penale. Con il conseguente rischio di fondare la proposta e la successiva applicazione della misura preventiva sul medesimo materiale probatorio già acquisito ed eventualmente valutato nell'altra sede processuale.

Inevitabile, poi, che l'esito del giudizio penale condizioni quello del procedimento di prevenzione celebrato in relazione ai medesimi fatti e nei confronti degli stessi protagonisti, sia pure limitatamente al caso in cui il primo si concluda con la condanna. Se, infatti, è assai improbabile che il procedimento di prevenzione termini in senso favorevole al proposto che sia

<sup>61</sup> La sospensione, destinata ad avere effetto sino alla definizione del procedimento penale, non precludeva comunque la possibilità di disporre il sequestro e gli altri provvedimenti cautelari previsti dalla legge 31 maggio 1965, n. 575.

stato nel frattempo dichiarato responsabile del delitto previsto dall'art. 416-*bis* c.p., l'assoluzione in sede penale non vincolerà in alcun modo il giudice della prevenzione, che ben potrà applicare la misura anche al soggetto ritenuto estraneo al reato, ma pur sempre giudicato pericoloso<sup>62</sup>.

A fronte di un simile potenziale corto circuito, non sorprende che il problema delle interferenze – ma anche delle possibili sovrapposizioni – tra giudizio penale e giudizio di prevenzione sia stato recentemente affrontato dalla Corte di Cassazione. Si è infatti affermato, in una importante sentenza, che la necessaria tassativizzazione delle categorie di pericolosità comprime l'ampiezza del sindacato del giudice della prevenzione rispetto al giudicato penale<sup>63</sup>. Valorizzando il generale principio di non contraddizione, ma anche – più in particolare – quanto disposto in tema di revocazione della confisca in caso di conflitto tra giudicati dall'art. 28 del codice antimafia, si è chiarito che l'esito del giudizio penale è destinato a guidare il procedimento di prevenzione, tutte le volte in cui essi abbiano ad oggetto i medesimi fatti e gli stessi autori. Sicché, nel caso di sentenza penale che riconosca la insussistenza del fatto o ne escluda l'attribuibilità all'imputato, quest'ultima vincolerà il giudizio di prevenzione, sia pure con alcune tassative eccezioni<sup>64</sup>.

Tutte queste considerazioni dimostrano quanto sarebbe importante restituire all'assetto legislativo quell'equilibrato regime di preclusioni previsto dai previgenti commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis* della legge n. 646/1982, dotando finalmente di un contenuto reale il principio dell'autonomia del giudizio di prevenzione rispetto al processo penale. Verrebbe così soddisfatta l'esigenza, avvertita non solo nelle ipotesi in cui si proceda per fatti di mafia, di un accertamento effettivo della pericolosità in tutti i casi in cui i due giudizi riguardino le medesime vicende storiche. Al contempo si eviterebbero le diseconomie processuali, evidenti soprattutto sul fronte patrimoniale, causate dalla celebrazione di quello che a tutti gli effetti sarebbe un doppio giudizio, sia pure contrassegnato da diversità di oggetto, finalità e *standard* probatorio.

<sup>62</sup> Sul punto, tuttavia, vd. Cass. Sez. II, 29 marzo 2019, n.19880, in «DeJure».

<sup>63</sup> Cass. Sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826, in «DeJure».

<sup>64</sup> Eccezioni destinate a ricorrere quando «il segmento fattuale oggetto dell'esito assolutorio del giudizio penale si pone come ingrediente fattuale solo concorrente e *minusvalente* rispetto ad altri episodi storici rimasti confermati (o non presi in esame in sede penale)», ovvero quando «il giudizio di prevenzione si basa su elementi cognitivi autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale», o infine quando «la conformazione legislativa del tipo di pericolosità prevenzionale è descritta in modo sensibilmente diverso rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale (ipotesi di pericolosità qualificata)». Cfr. § 3.3. del *considerato in diritto* della già citata Cass. Sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826.

Proprio con riferimento alla prevenzione reale, in prospettiva ancor più generale, andrebbe razionalizzato il quadro normativo, assicurando – *intra* ed *extra codicem* – un coordinamento delle tecniche di aggressione ai patrimoni di illecita provenienza che eviti duplicazioni di giudizi, possibili conflitti tra giudicati ed irragionevoli ‘ricarichi’ punitivi. L’esperienza legislativa degli ultimi anni ha infatti consegnato una realtà contraddistinta da un’autentica proliferazione di modelli di confisca, ben difficilmente riconducibili ad una logica unitaria e ad un medesimo quadro di garanzie, ma destinati ad incidere in modo identico sui beni che colpiscono. Non appare quindi troppo remoto il rischio di una ‘ridondanza’, causata dall’irragionevole *surplus* sanzionatorio talvolta riservato ad una medesima vicenda ritenuta dimostrativa di un arricchimento non giustificato. Non può infatti escludersi che le sanzioni penali vengano sostituite o addirittura accompagnate da misure di contenuto afflittivo pressoché analogo, ma per l’appunto applicabili anche a prescindere da un precedente reato (ovvero dalla prova della sua avvenuta consumazione) e, quindi, connotate da uno statuto sostanziale e procedurale assai meno vincolante rispetto a quello destinato ad assistere l’accertamento di responsabilità da reato<sup>65</sup>.

Siffatti rilievi rilanciano anche l’idea di una riorganizzazione dei rapporti tra misure personali e patrimoniali. Nel senso che queste ultime, non limitate alla sola confisca ma opportunamente diversificate in guisa da abbracciare un catalogo ampio di strumenti sospensivi, interdittivi e/o decadenziali dal compimento di certe attività, dovrebbero essere congegnate in modo da colpire, non già tutti coloro che siano comunque ritenuti socialmente pericolosi, ma soltanto quelle categorie soggettive alle quali siano riconducibili condotte effettivamente dimostrative di un arricchimento illecito in grado di inquinare l’economia.

Infine, accanto al vincolo temporale – che dovrebbe comunque trovare espresso riconoscimento nella legge – destinato a regolare i rapporti tra pericolosità sociale ed illecito arricchimento, si dovrebbe anche immaginare una connessione per così dire *qualitativa* tra i due requisiti. Come tale, in grado di circoscrivere la proposta e la successiva applicazione della confisca a quei soli beni che siano stati acquisiti nello svolgimento di attività *tipicamente* riferibili alle *classi e alle figure di reato* previste dalla legge.

In altre parole, le vie dell’arricchimento illecito dovrebbero interagire con la tipologia di pericolosità ascritta al prevenuto.

Spunti significativi in questa direzione sembrerebbero derivare anche

<sup>65</sup> Sul tema, vd. già L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma – Bari, 1996, p. 796.



dalla nota sentenza *Spinelli*, con la quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sottolineato, tra le altre cose, che la pericolosità sociale, presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è *misura temporale* del suo ambito applicativo<sup>66</sup>.

Il passaggio della pronunzia al quale ci si riferisce è quello in cui si è chiarito che «la necessità di accertare il duplice e concorrente presupposto della condizione “soggettiva” di pericolosità e delle *correlate* modalità di accumulazione patrimoniale – *anch’essa “pericolosa” in quanto originata proprio da fatti espressivi di quella stessa condizione soggettiva* – finisce per interferire, giustificandola, sulla natura tipicamente “preventiva” della misura ablatoria, oltre ai rilevanti riflessi sul versante delle garanzie sostanziali e procedurali che stanno alla base della stessa misura»<sup>67</sup>.

Nel ritenere che le modalità di formazione del patrimonio debbano essere «correlate» alla condizione soggettiva di pericolosità, la sentenza sembra in effetti offrire significative aperture nella direzione appena segnalata. In sostanza, imponendo di circoscrivere l’oggetto della confisca alle sole accumulazioni patrimoniali che siano il frutto delle attività specificamente riferibili alla tipologia di pericolosità ascritta al prevenuto. Conclusione, questa, coerente con la logica più autentica di un sistema non basato sull’*actio in rem*.

---

<sup>66</sup> Cass. SU, 26 giugno 2014, n. 4880, in «CP», 2015, 10, 3520, § 12 del *considerato in diritto*.

<sup>67</sup> Cass. SU, 26 giugno 2014, n. 4880, *cit.*, § 9.2. del *considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

L'opera contiene un consistente numero di saggi, dedicati ad Antonio Fiorella quale testimonianza del significativo contributo da lui fornito alla scienza penalistica e firmati sia da esponenti di chiara fama, italiani e stranieri, dell'Accademia, della Magistratura e dell'Avvocatura, che da giovani studiosi della materia penalistica. In un momento storico, come quello attuale, nel quale le categorie fondamentali del diritto penale liberale sembrano messe duramente alla prova dall'emergere, sia nel sentire sociale che nella stessa legislazione, di preoccupanti istanze iper-securitarie e iper-punitive, la raccolta si propone come un importante 'luogo' di confronto e di approfondimento critico sullo stato del diritto penale e sulle sue possibili prospettive di sviluppo; il tutto con un insieme di contributi che, nel riprendere temi e questioni caratterizzanti il percorso dell'onorando, spaziano a loro volta dalla dogmatica, alla politica criminale, fino ai più significativi settori della legislazione penale speciale e del diritto penale economico.

#### **I curatori del volume:**

**Mauro Catenacci** è Professore Ordinario di Diritto Penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.

**Vincenzo Nico D'Ascola** è Professore Ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.

**Roberto Rampioni** è Professore Ordinario di Diritto Penale presso il Dipartimento dell'Università di Roma 'Tor Vergata'. È membro dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale.