La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani

Anno 2021

Nº 2

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Paolo Pisa, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

REDAZIONE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Ernestina Sacchetto, Alice Savarino

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislazionepenale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono consultabili nel Codice Etico, all'interno del sito della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.

I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

INDICE

APPRONFONDIMENTI - C. Orlando, Testimonianza *de relato* e diritto al confronto tra ordinamento interno e giurisprudenza europea 4

M. Bargis, La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10.....16

A. Cavaliere, Punire per ottenere 'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative.....50

F. Donelli, La violenza come infortunio: specificare la colpa e ragionare per principi.....74

G. Gentile, Il carcere e l'idea dello scopo.....101

A. Tigrino, La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla *ley orgánica de regulación de la eutanasia* del 18 marzo 2021 119

F. Venturi. Tanto tuonò che piovve: il disastro innominato "ambientale" come reato eventualmente permanente. Analisi critica della giurisprudenza di legittimità in materia di inquinamento storico e progressivo 146

V. Di Nuzzo, Indagini penali, coercizioni reali e tutela del terzo 178

E. Sacchetto, La "ragionevole" retroattività della legge penale: alcune riflessioni critiche sulla pronuncia della consulta, 23 dicembre 2020, n. 278 198

S.B. Taverriti, Norme esimenti e aiuto al suicidio: dalle rime liberate alla metrica della dommatica 211

M. Spina, *Derogatio cum abolitio e "peculato dell'albergatore". profili sistematici*.....*231*

M. Lamanuzzi, Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la *net neutrality* 254

C. Grandi, Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (ue) 2018/1805.....282

G. De Francesco, Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito.....308

C. Orlando, Crimine organizzato e pandemia: l'intervento programmatico della "risoluzione falcone".....329

A. Abukar Hayo, La questione del carattere patrimoniale dell'offesa nella fattispecie di corruzione tra privati *ex* art. 2635 cc, in un breve excursus della recente legislazione 341

S. Prandi, Quando il tempo è sostanza: questioni di prescrizione nella giurisprudenza delle corti, tra dubbi irrisolti e prospettive di riforma..362

F. Barletta-A. Cappellini, Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico 384

E. Penco, *Falsitas non punitur*. dichiarazioni mendaci in autocertificazione covid-19 e responsabilità penale 404

L. D'Amico, Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. zan.....421

INTERVENTI E RELAZIONI - E. Penco, Abbattere il muro dell'imputabilità. Una proposta che guarda oltre.....457

OPINIONI - P. Ferrua-M. Daniele-D. Negri- S. Lorusso, L'avvenire del processo penale. Tre voci a confronto.....472

S. Ruggeri, Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato 493

A. Condello, *De albo nigrum*. Il giudizio giuridico come sequenza di atti linguistici 532

E. D'Alessandro, Cordero e il *lapsus* normativo di cui all'art. 622 cpp 543

D. Foti, Concorso formale eterogeneo, *ne bis in idem* e limiti oggettivi del giudicato penale.....558

A. Lo Giudice, Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto.....564

C. Ruga Riva, Il "sentimento per gli animali": critica di un bene giuridico (troppo) umano e (comunque) inutile 575

R. D'Andrea, I dieci insegnamenti della novella legge spagnola sull'eutanasia 585

D. Castronuovo, "*Nomen plurale tantum*". le confische tra principi costituzionali e convenzionali. Una introduzione.....595

M. Bargis, Nuovi orizzonti per le impugnazioni penali nello schema di legge delega proposto dalla commissione ministeriale.....603

V. Bonini, Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice 619

D. Pulitanò, Una svolta importante nella politica penale 640

B. Romano, La riforma del sistema penale secondo la commissione Lattanzi 646

APPROFONDIMENTI

TESTIMONIANZA *DE RELATO* E DIRITTO AL CONFRONTO TRA ORDINAMENTO INTERNO E GIURISPRUDENZA EUROPEA

di Claudio Orlando
Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Messina

L'evoluzione della giurisprudenza europea in tema di testimoni assenti, in raccordo con le pronunce più significative che sono intervenute negli ultimi anni in seno al nostro ordinamento, impone una revisione delle posizioni sinora assunte in materia. La progressiva compressione del diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore merita, infatti, alcune riflessioni critiche. Il presente elaborato fornisce una ricognizione del percorso giurisprudenziale europeo, col precipuo fine di vagliare la compatibilità delle dichiarazioni *de relato* non riscontrate dall'esame del teste fonte con i canoni convenzionali stabiliti da ultimo dalla Grande Camera.
The evolution of European case-law on absent witnesses, viewed together with the most significant decisions that have been issued in recent years in Italy in the field of procedural law, requires a review of the solutions adopted so far on this matter. The progressive compression of the defendant's right to be confronted with his accuser deserves some critical remarks. This study analyses the European case-law pathway, with the primary aim of examining the consistency of untested statements rendered by indirect witnesses with the international standards last established by the Great Chamber.

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Luci e ombre del diritto al confronto: l'evoluzione della giurisprudenza europea in materia di testimoni assenti con la sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito. – 3. La sentenza Schatschaschwili c. Germania: ricognizione o espansione dell'*overall fairness test*? – 4. Le deposizioni *de relato* non riscontrate dall'esame del teste fonte alla luce del nuovo approccio europeo in tema di diritto al confronto. – 4.1. Il problema della compatibilità con gli standard convenzionali enucleati dalla Corte di Strasburgo. – 4.2. Le soluzioni adottate dalla Corte di Cassazione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Nel panorama dell'evoluzione del diritto probatorio in materia di giustizia penale italiana ed europea si staglia un'inedita questione di non poca rilevanza sistematica. Essa concerne il rapporto tra la testimonianza *de relato* non riscontrata dall'esame del teste fonte e il diritto al confronto alla luce del percorso giurisprudenziale elaborato dalla Corte EDU nell'ultimo decennio.
In effetti, la testimonianza indiretta rappresenta un proficuo banco di prova per testare il concreto funzionamento dei principi fondamentali di un processo ad ispirazione accusatoria: la parità delle armi tra accusa e difesa, il contraddittorio nella formazione della prova e il diritto al confronto sulle dichiarazioni rese *contra reum*[1]. Si tratta di una tematica che assume particolare attualità alla luce del mutato approccio della Corte di Strasburgo nelle sentenze Al-Khawaja e Tahery c. Regno

[1] Cfr. A. Balsamo-A. Lo Piparo, *La prova per sentito dire: la testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano 2004, XI ss.

Unito e Schatschaschwili c. Germania, le quali hanno «ridisegnato il perimetro del diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore»[2].
L'idea che in un processo *adversarial* possa essere utilizzata ai fini del convincimento del giudice una prova *de relato* sulla quale l'imputato non abbia potuto espletare alcun contraddittorio è foriera di molteplici dubbi, soprattutto alla luce del fatto che la giurisprudenza italiana non ha a tutt'oggi enucleato una interpretazione pienamente *secundum Conventionem* per l'istituto in oggetto[3]. La Corte di Cassazione ha affermato che in situazioni simili si debba riconoscere un mero valore indiziario alle dichiarazioni rese dal testimone indiretto[4] e che, in via generale, si debba utilizzare un criterio prudenziale di valutazione prima di condannare l'imputato sulla base di una deposizione *de relato* non riscontrata dall'esame del teste fonte[5]. Ciò porta a domandarsi se tali soluzioni siano sufficienti ad escludere ogni rischio di contrasto con il dettato convenzionale e se costituiscano delle idonee garanzie compensative dell'impiego probatorio *contra reum* di dichiarazioni rilasciate in *deficit* di contraddittorio nella formazione della prova.
Ora, proprio un'attenta disamina dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in raccordo con le pronunce più significative che sono intervenute nel nostro ordinamento, ci consente di verificare se la dichiarazione *de relato*, la cui fonte primaria non sia stata sentita, si ponga in linea rispetto ai canoni convenzionali stabiliti da ultimo dalla Grande Camera. Occorre comprendere, in particolare, se i principi e le regole processuali elaborate nel corso degli ultimi anni dalla Corte di Strasburgo abbiano annullato o quantomeno affievolito gli spazi di frizione tra il dettato convenzionale e la disciplina di questa peculiarissima prova dichiarativa caratterizzata dall'assenza di un confronto dialettico con la difesa, richiedendo a un tempo una revisione delle posizioni suesposte.
2. Al fine di affrontare tali complesse questioni, è opportuno operare preliminarmente una precisazione di carattere metodologico, assunta tradizionalmente dai giudici di Strasburgo quale premessa dell'approccio adottato in questo ambito tematico: il compito della Corte non consiste nel verificare l'utilizzabilità o meno delle prove dichiarative, bensì nel valutare l'equità del processo considerato nel suo complesso[6].
In questa prospettiva si colloca l'impostazione seguita dalla giurisprudenza europea in materia di diritto al confronto[7]. Senza dubbio, il diritto dell'accusato di esaminare o far esaminare colui che rilascia dichiarazioni a carico costituisce un diritto fondamentale dell'individuo. La Corte europea

---

[2] Così R. Casiraghi, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *CP* 2019, 1363; sul punto G. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano 2017, 207; F. Zacchè, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.1.2012, 5; P. Ferrua, *Le dichiarazioni dei testi "assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *DPP* 2013, 396; v. C. eur., 17.4.2012, *Fafrowicz c. Polonia*.
[3] Cfr. R. Casiraghi, *op. cit.*, 1376; v. A. Balsamo-A. Lo Piparo, *op. cit.*, XI ss.
[4] Cass., 15.7.2009, Borgese e altri, in *ANPP* 2010, 784; v. anche Cass., 6.4.1999, Mandalà, in *CP* 2000, 3387; Cass., 3.5.1996, Nocchiero, *ivi* 1997, 3539; Cass., 7.2.1991, Bruno e altri, in *ANPP* 1992, 130.
[5] Cass., 13.11.2007 n. 2001, in *DPP* 2008, 1118; v. anche Cass., 12.2.2004 n. 18058, in *CP* 2005, 5, 1601; Cass., 17.6.1996, Dall'Agnese, in *CP* 1996, 81; Cass., 3.5.1996 n. 8610, in *CP* 1997, 3539; cfr. sul punto R. Casiraghi, *op. cit.*, 1376 s.
[6] C. eur., 16.11.2010, *Taxquet c. Belgio*; C. eur., 1.6.2010, *Gäfgen c. Germania*; C. eur., 27.2.2001, *Lucà c. Italia*; C. eur., 23.4.1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*; C. eur., 26.3.1996, *Doorson c. Paesi Bassi*; cfr. F. Zacchè, *Lettura di atti assunti senza contraddittorio e giusto processo*, in *IP* 2006, 437; v. M. Pollera, *Mutamenti giurisprudenziali e defettibilità delle* rationes decidendi *nella Corte di Strasburgo: il caso dei testimoni assenti*, in *CP* 2018, 4, 1374.
[7] In tema di diritto al confronto l'art. 6 § 3 lett. *d* Cedu stabilisce espressamente che «*everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: […] d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him*».

ha sempre ravvisato la necessità di attribuire un ruolo da protagonista nel circuito dialettico all'imputato che si trovi in una posizione di debolezza processuale. Di norma, infatti, gli elementi di prova a carico devono essere prodotti «davanti all'imputato», «in un'udienza pubblica» e «in contraddittorio»[8].

Il problema dell'impiego probatorio *contra reum* delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio non ha portato, tuttavia, i giudici di Strasburgo a predicare radicalmente l'esistenza di una violazione convenzionale in presenza di prove assunte in *deficit* di confronto dialettico. La Corte EDU, nella giurisprudenza precedente al caso Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito[9], riteneva assolutamente indefettibile un «contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova»[10] tramite il riconoscimento all'imputato di almeno «un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico e per interrogarne l'autore»[11].

Tale impostazione sollevava, tuttavia, la delicata questione concernente il modo di soppesare nel complessivo giudizio di equità processuale una prova dichiarativa resa da un testimone assente. Proprio con specifico riferimento a tali situazioni, la Corte di Strasburgo ha sviluppato uno specifico "*test of fairness*", la c.d. "*sole or decisive rule*". Come hanno indicato i giudici di Strasburgo in una nota decisione significativamente riguardante il nostro Paese, «*where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6*»[12]. L'uso di dichiarazioni rilasciate da una persona che l'imputato non ha avuto la possibilità di esaminare non può rappresentare, pertanto, il "*sole or decisive element*" per la condanna dell'imputato[13].

Ora, la suesposta regola è stata sviluppata dai giudici della Corte in relazione ad una particolare tipologia di prova dichiarativa che si discosta altamente dai canoni cui si ispira un processo *adversarial*. Si tratta per l'appunto delle dichiarazioni rese dai testimoni "assenti"[14], ossia, secondo la prevalente dottrina, di quei soggetti che, dopo aver reso dichiarazioni a contenuto testimoniale nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale[15]. Tale definizione rivela, dunque, un concetto di "assenza" in termini di "*unavailable evidence*" largamente corrispondente all'area dell'irripetibilità contemplata dalla legge processuale italiana. Tradizionalmente, la Corte

---

[8] C. eur., 18.8.2010, *Ogaristi c. Italia*; C. eur., 27.2.2001, *Lucà c. Italia*; C. eur., 26.4.1991, *Arsh c. Austria*.

[9] C. eur., 3.11.2011, *Vanfuli c. Russia*; C. eur., 24.4.2008, *Zhoglo c. Ucraina*; C. eur., 20.12.2001, *P.S. c. Germania*; C. eur., 19.12.1989, *Kamasinski c. Austria*.

[10] Sulla necessità di un contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova v. G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., 207; R. Casiraghi, *op. cit.*, 1364; O. Mazza, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *ED*, *Annali VII* 2014, 247 ss.

[11] R. Casiraghi, *op. cit.*, 1364; cfr. G. Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *QuestG* 2001, 1132 ss.; in giurisprudenza v. C. eur., 3.11.2011, *Vanfuli c. Russia*; C. eur., 24.4.2008, *Zhoglo c. Ucraina*; C. eur., 20.12.2001, *P.S. c. Germania*.

[12] C. eur., 27.2.2001, *Lucà c. Italia*, § 40.

[13] Sul punto S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings: A Framework for a European Legal Discussion*, Cham 2020, 82.

[14] Cfr. A. Balsamo-A. Lo Piparo, *op. cit.*, 35; v. anche A. Balsamo, *"Processo equo" e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di cassazione italiana e della Corte suprema del Regno Unito*, in *CP* 2011, 4494 ss.

[15] Così A. Balsamo-A. Lo Piparo, *op. cit.*, 36; in tema v. J.R. Spencer, *Orality and the evidence of the absent witness*, in *Crim. Law Rew.* 1994, 628 ss.; S. Maffei, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti" in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *CP* 2001, 2846; S. Maffei, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza 2003, 242 ss.

ritiene che «*there must be a good reason for the non-attendance of a witness*»[16]. Solo dopo che sia stata verificata la bontà delle ragioni dell'assenza, si potrà procedere alla valutazione del valore probatorio delle dichiarazioni rese dal teste assente. Ed è proprio al ricorrere di questa situazione che entra in gioco la "*sole or decisive rule*" elaborata dalla Corte, secondo cui le dichiarazioni etero-accusatorie rilasciate in assenza di contraddittorio non possono rappresentare la prova unica o decisiva ai fini della condanna dell'imputato. Ciò non significa che siffatti contributi non possano essere utilizzati per altri scopi nel corso del processo; il giudice potrà tener conto di tale materiale probatorio in sede di sviluppo del proprio convincimento, purché lo stesso non rappresenti l'elemento decisivo dirimente la questione[17].

Sulla scorta di queste osservazioni sorge spontaneo domandarsi se le regole in esame abbiano una portata assoluta. Per cercare di fornire una risposta a questo interrogativo, risulta necessario sottoporre ad un vaglio critico le più importanti sentenze della Corte di Strasburgo intervenute nell'ultimo decennio. Nella celebre pronuncia Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, la Corte era stata chiamata a chiarire, innanzitutto, cosa dovesse intendersi per "prova unica o decisiva" e, in seconda istanza, se il "*sole or decisive test*" costituisse una sorta di "*inflexible rule*"[18].

La giurisprudenza europea ha fornito in diverse occasioni una definizione del concetto di "prova decisiva" basata sul "peso" di altre ed eventuali prove corroborative[19]: «*the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive*»[20]. Il termine "*decisive*", alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte, fa specifico riferimento al carattere "determinante" della dichiarazione testimoniale ai fini del convincimento del giudice in funzione degli altri "*corroborative elements*". Alla luce di ciò, la decisività della deposizione del teste assente dipende dalla forza di eventuali ed ulteriori prove corroborative.

Ora con specifico riferimento, invece, al valore da attribuire alla *"sole or decisive rule*", la Corte di Strasburgo ha operato un parziale *overruling* rispetto alla posizione assunta in precedenza,

---

[16] C. eur., 10.5.2012, *Aigner c. Austria*, § 38: «*The Court reiterates in this respect that there must be a good reason for the non-attendance of a witness and that this requirement for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive*»; C. eur. GC, 15.11.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 120: «*The requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness is a preliminary question which must be examined before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive. Even where the evidence of an absent witness has not been sole or decisive, the Court has still found a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) when no good reason has been shown for the failure to have the witness examined. As a general rule, witnesses should give evidence during the trial and all reasonable efforts will be made to secure their attendance. Thus, when witnesses do not attend to give live evidence, there is a duty to enquire whether that absence is justified. There are a number of reasons why a witness may not attend trial but, in the present cases, it is only necessary to consider absence owing to death or fear*».

[17] Cfr. S. Quattrocolo, *op. cit.*, 82; G. Ubertis, *Equità e proporzionalità* versus *legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *AP* 2017, 2, 392 ss.; C. Cesari, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RIDPP* 2003, 1451 ss.

[18] C. eur. GC, 15.11.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 119: «*Having regard to the Court's case-law, there are two requirements which follow from the above general principle. Firstly, there must be a good reason for the non-attendance of a witness. Secondly, when a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence may be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (the so-called "sole or decisive rule"). The Court will examine below whether the latter rule is to be considered as an absolute rule the breach of which automatically leads to a finding that the proceedings have not been fair in violation of Article 6 § 1 of the Convention*».

[19] In merito alla prospettazione fornita dalla Corte sul concetto di "prova decisiva" si veda S. Quattrocolo, *op. cit.*, 82.

[20] C. eur. GC, 15.11.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* § 131; cfr. J.R. Spencer, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, Oxford 2007, 48 ss.; S. Quattrocolo, *op. cit.*, 82.

negando in particolare che la stessa rappresenti una *"inflexible rule*"[21]. Ne consegue che nell'ipotesi in cui la condanna dell'imputato sia stata determinata dalle dichiarazioni del testimone assente, non può assumersi automaticamente la violazione dell'art. 6 Cedu. È stato osservato in dottrina[22] che il "*sole or decisive test*" si è trasformato in una sorta di "*overall fairness test*" basato su tre *step* di controllo. L'*overall examination* prende in considerazione tutte le garanzie che la disciplina interna offre e pone in essere un bilanciamento.

Preliminarmente, occorre operare un controllo in merito all'esistenza di una "ragione valida" che giustifichi l'assenza del testimone e all'impegno posto in essere dal giudice per garantirne la presenza. È necessario, quindi, che l'assenza del testimone sia giustificata da un fatto in alcun modo riconducibile all'autorità giudiziaria[23]; si pensi ad esempio alla morte o alla paura del teste derivante dalle eventuali conseguenze che potrebbero discendere dalla deposizione testimoniale[24].

Nell'ipotesi in cui il primo controllo abbia dato esito positivo, è necessario valutare se le dichiarazioni rese dal testimone assente costituiscano la "prova decisiva" ai fini della condanna dell'imputato. La Corte procederà a questa verifica operando un bilanciamento tra il peso di tale materiale probatorio e le altre "*corroborative evidence*". In sede processuale, pertanto, il carattere decisivo di una prova potrà essere ridimensionato se quest'ultima risulta corroborata da altro materiale probatorio.

In ultima istanza, occorre porre in essere il c.d. "*counterbalance test*", al fine di verificare se l'ordinamento giuridico nazionale offra delle adeguate garanzie[25] che compensino la violazione del diritto al confronto; in difetto di queste ultime deriverà una violazione dell'art. 6 § 3 Cedu. Esempi di garanzie compensative del diritto al confronto si possono agevolmente riscontrare in altrettanto significative sentenze della Corte di Strasburgo. Nel caso Tseber c. Repubblica Ceca, ad esempio, il "*counterbalance test*" ha dato esito positivo in ragione della presenza del giudice[26]

---

[21] C. eur. GC, 15.11.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 147: «*The Court therefore concludes that, where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time, where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales, to use the words of Lord Mance in R. v. Davis, and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case*».

[22] Sul punto A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Padova 2019, 121; S. Quattrocolo, *op. cit.*, 83; v. P. Ferrua, *Quattro fallacie in tema di prova*, in *PPG* 2014, 10 ss.

[23] Sul ruolo che deve assumere l'autorità giudiziaria per assicurare la presenza in dibattimento del soggetto che ha reso le dichiarazioni testimoniali cfr. R. Casiraghi, *op. cit.*, 1364 s.; F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di D. Chinnici-A. Gaito, Milano 2018, 265 ss.

[24] C. eur. GC, 15.11.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 122: «*Absence owing to fear calls for closer examination. A distinction must be drawn between two types of fear: fear which is attributable to threats or other actions of the defendant or those acting on his or her behalf and fear which is attributable to a more general fear of what will happen if the witness gives evidence at trial*».

[25] C. eur. GC, 15.11.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 156.

[26] In dottrina è stato osservato che la formulazione della lett. *d* non rispecchia l'alternativa tra autodifesa e difesa legale, poiché il riferimento al confronto indiretto era in linea con il compromesso storico con i sistemi continentali caratterizzati (all'epoca) dalla presenza di un organo giudicante con funzioni investigativo-istruttorie. In tal senso cfr. S. Trechsel, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford 2005, 310; S. Ruggeri, Audi alteram partem *in criminal proceedings*, Cham 2017, 322.

durante la deposizione del testimone[27]. Ancora, nel caso Bobes c. Romania le specifiche direttive che il giudice ha fornito alla giuria sono state considerate adeguatamente compensative della mancanza del confronto in sede processuale[28]. La presenza di idonee *"procedural safeguards"* costituisce, pertanto, un fattore determinante che deve essere necessariamente soppesato nel giudizio complessivo di equità del processo.

3. Il parziale *revirement* operato dalla Corte con la sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito ha lasciato ampi «margini di incertezza tanto sulla singola estensione dei criteri in discussione quanto sulle loro reciproche interferenze»[29]. Tali incertezze si possono agevolmente riscontrare nell'elaborazione giurisprudenziale successiva al caso Al-Khawaja. In alcune pronunce, infatti, la Corte ha adottato un'interpretazione eccessivamente rigida dei criteri stabiliti nella sentenza *de qua*, riconoscendo l'automatica violazione dell'art. 6 § 3 lett. *d* Cedu dopo aver constatato la mancanza di valide ragioni che giustificassero l'assenza del testimone in dibattimento, ritenendo superfluo verificare se la prova fosse decisiva ai fini della condanna dell'imputato[30]. In altre, invece, la Corte è stata meno rigorosa, concludendo per la violazione degli *standard* convenzionali nel caso in cui fosse stata registrata la mancanza di una valida ragione che motivasse l'assenza del dichiarante, a meno che le sue dichiarazioni fossero state considerate assolutamente irrilevanti per dirimere la questione[31].

Per porre rimedio a tali incertezze interpretative, la Grande Camera è intervenuta nuovamente in tema di testimoni assenti nella celebre sentenza Schatschaschwili c. Germania. In tale pronuncia

---

[27] C. eur., 22.12.2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*, § 61: «*En ce qui concerne les garanties censées contrebalancer ces inconvénients, le Gouvernement s'appuie sur plusieurs éléments: la présence d'un juge à l'audition d'O. et, partant, un contrôle indépendant exercé par ce magistrat quant à la légalité de ladite audition et quant à l'exactitude des propos retranscrits dans le procès-verbal; le fait que le requérant a pu contester la déposition d'O. à l'audience, d'autant plus qu'il le connaissait et que d'autres témoins avaient témoigné sur des traits de son caractère; et la possibilité donnée à l'intéressé de contester les autres preuves corroborant la déposition d'O*».

[28] C. eur., 9.7.2013, *Bobes c. Romania*, § 46: «*Enfin, la Cour constate que les juridictions internes ont accordé aux dépositions de G.V. le même poids qu'à une déclaration faite devant un tribunal sans s'y référer au risque qu'il y avait à se fier à un témoignage livré par une personne n'ayant pas été contre-interrogée*»; *a contrario* C. eur., 2.2.2010, *Mariana Marinescu c. Romania*, § 79: « *S'il est vrai que la cour d'appel a accepté de verser au dossier la déclaration authentifiée dans laquelle S.I. avait répondu aux questions de l'avocat de la requérante (paragraphe 21 ci-dessus), la Cour note que la cour d'appel ne lui a pas accordé le même poids qu'à une déclaration faite devant le tribunal. En effet, elle a retenu que cette déclaration, faite en dehors du cadre processuel, aurait pu être faite sous l'influence de l'époux de la requérante. Dès lors, la cour d'appel ne l'a prise en compte que dans la mesure où elle corroborait la déclaration de S.I. faite lors de l'instruction et les autres dépositions des témoins. Dans ces conditions, la Cour n'estime pas que le fait, pour la requérante, d'avoir pu interroger S.I. par le biais de son avocat et dans un cadre extra-procédural peut être considéré en l'espèce comme une «occasion adéquate et suffisante» de contester la déclaration de ce témoin faite lors de l'instruction*».

[29] F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 265.

[30] C. eur., 10.5.2015, *Colac c. Romania*, § 52: «*As to the Government's argument that the hearing of the witnesses by the courts was made even more difficult given their fear of the applicant, the Court notes that M.A.'s request to be heard by the first-instance court in the applicant's absence was dismissed. In addition, there is no evidence in the file that the domestic courts considered the witnesses' fear or that they relied on it as grounds for their decision declaring the hearing of some of the witnesses impossible. Furthermore, the domestic courts did not rely on or apply any special measures allowing the witnesses not to appear at the trial; nor have the Government shown in their observations that the witnesses did not attend because such measures had been applied. There is therefore no reason for the Court to examine this aspect any further*»; cfr. C. eur., 3.7.2014, *Nikolitsas c. Grecia*; C. eur., 11.7.2013, *Rudnichenko c. Ucraina*; C. eur., 24.1.2012, *Nechto c. Russia*; in dottrina M. Pollera, *op. cit.*, 1375.

[31] Così F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 265; cfr. C. eur., 16.10.2014, *Suldin c. Russia*; C. eur., 23.9.2014, *Cevat Soysal c. Turchia*.

la Corte era stata chiamata ad affrontare due aspetti specifici: in primo luogo, valutare quale fosse l'effettiva relazione tra gli *step* di controllo previsti dall'*Al-Khawaja test*; in secondo luogo, chiarire quale fosse la portata dei singoli criteri in questione[32].
In ordine al primo quesito, la Grande Camera ha rilevato che «*the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial*»[33]. Pertanto, se l'assenza di una valida ragione non può costituire automaticamente una causa di *unfairness* processuale, d'altro canto rappresenta un rilevante fattore che deve essere soppesato nel giudizio complessivo di equità processuale[34]; giudizio, quest'ultimo, che deve necessariamente tener conto anche dell'eventuale carattere "decisivo" delle dichiarazioni rese dal testimone assente e degli sforzi posti in essere dall'autorità giudiziaria per garantirne la presenza, al fine di compensare il difetto del confronto dell'imputato con il proprio accusatore.
La Corte di Strasburgo ha così ribadito la necessità di effettuare un controllo globale della *fairness* del procedimento, il quale per definizione mal si concilia con l'affermazione di regole inflessibili. L'analisi della copiosa casistica giurisprudenziale della Corte europea dell'ultimo decennio, infatti, dimostra che la violazione di singole clausole di protezione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali non implica automaticamente «*an infringement of the fairness of the proceedings*»[35], considerato che la finalità dell'accertamento in esame è quella di verificare l'equità del procedimento nel suo complesso.
Quanto al secondo aspetto, il giudice europeo ha cercato di ricostruire un quadro coerente dei principi elaborati dalla sentenza Al-Khawaja, focalizzando la propria attenzione, in particolare, sul primo e sul terzo *step* di controllo[36]. È stato osservato che il requisito della "valida ragione" dell'assenza del dichiarante in dibattimento possa essere integrato, oltre che dalla paura e dalla morte, anche dai casi in cui sia impossibile entrare in contatto con il testimone: si pensi alle ipotesi di infermità[37] e di irreperibilità[38] del dichiarante. In queste ipotesi l'autorità giudiziaria nazionale ha il preciso dovere di compiere ogni ragionevole sforzo per garantire la presenza del dichiarante in dibattimento[39], avvalendosi dell'aiuto delle forze di polizia e ricorrendo, se necessario, agli strumenti di assistenza giudiziaria internazionale[40].
Il terzo passaggio del controllo elaborato dalla sentenza Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito pone l'accento, invece, sulla necessità di verificare la presenza o meno di adeguati "*counterbalancing factors*" che compensino il *deficit* di contraddittorio nella formazione della prova. E proprio a

[32] C. eur. GC, 15.12.2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 107*: «According to the principles developed in Al-Khawaja and Tahery, it is necessary to examine in three steps the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention of proceedings in which statements made by a witness who had not been present and questioned at the trial were used as evidence»*.
[33] C. eur. GC, 15.12.2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 113.
[34] C. eur. GC, 15.12.2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 113: «*This being said, the lack of a good reason for a prosecution witness's absence is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d)*»; cfr. sul punto F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 265.
[35] Così si esprime S. Quattrocolo, *op. cit.*, 86.
[36] Cfr. F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 267.
[37] C. eur., 12.12.2017, *Zadumov c. Russia*; C. eur., 27.3.2014, *Matysina c. Russia*.
[38] C. eur., 4.6.2013, *Kostecki c. Polonia*; C. eur., 10.4.2012, *Gabrielyan c. Armenia*.
[39] Così F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 267.
[40] Cfr. A. Tamietti, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in *La Corte di Strasburgo (Gli speciali di questioni giustizia)*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, aprile 2019, 333.

questo riguardo può apprezzarsi il maggiore contributo della sentenza Schatschaschwili c. Germania, la quale ha sottolineato che questo particolare tipo di accertamento processuale deve necessariamente ispirarsi ai canoni del principio di adeguatezza. L'efficacia delle garanzie compensative fornite dall'ordinamento giuridico domestico, pertanto, dovrà essere idonea a controbilanciare il grado di incisività insito nella deposizione del teste[41]. Ne consegue che il giudice nazionale deve valutare gli elementi di prova formati in assenza di contraddittorio con particolare cautela, in ragione della loro ridotta attendibilità[42].

Quindi, con la sentenza Schatschaschwili c. Germania, il giudice di Strasburgo ha interamente ridimensionato la necessità e la portata assiologica del diritto al confronto in presenza di obiettivi ostacoli che impediscano un contraddittorio sulla formazione della prova [43]. La Corte sembra, infatti, aver ridotto i propri *standard* di equità processuale, accontentandosi di un «contraddittorio riequilibrato»[44] in qualche modo da garanzie che compensino l'assenza del controesame. Eloquente in tal senso è stata la tesi espressa dal giudice Pinto de Albuquerque, il quale, in una "*dissenting opinion*" posta a margine della sentenza della Grande Camera sul caso Murtazaliyeva c. Russia, ha affermato che «*the cure was worse than the disease*»[45], in quanto la predetta impostazione avrebbe conferito maggiori margini di discrezionalità alle autorità nazionali.

Questa tesi, tuttavia, appare condivisibile solo in parte, perché l'aver insistito sui "*sufficient or adeguate safeguards*" sembra spostare, in buona misura, il baricentro sulla stessa Corte. Senza confutare, in via generale, la validità del "*decisiveness test*", la Corte EDU si riserva, infatti, il diritto di sindacare l'effettiva adeguatezza delle singole *procedural safeguards* volte a riequilibrare l'assenza del contraddittorio nella formazione della prova. Alla luce di ciò, l'espansione dei poteri delle autorità giudiziarie domestiche riflette solo una parte della valutazione complessiva relativa alla *fairness* del procedimento[46].

4.1. Se questo è il nuovo approccio adottato dai giudici di Strasburgo, è necessario vagliare la compatibilità della disciplina italiana in tema di deposizioni *de relato* non riscontrate dall'esame

---

[41] C. eur., 23.6.2016, *Ben Moumen c. Italia*; in merito all'efficacia delle misure dirette a bilanciare il *deficit* di contraddittorio nella formazione della prova cfr. M. Pollera, *op. cit.*, 1377.

[42] Cfr. F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 268; cfr. C. eur., 23.6.2016, *Ben Moumen c. Italia*; C. eur., 7.1.2014, *Prajina c. Romania*; C. eur., 17.9.2013, *Brzuszczynski c. Polonia*.

[43] Sul punto R. Casiraghi, *op. cit.*, 2; cfr. G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., 207; F. Zacchè, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in www.penalecontemporaneo.it 17.1.2012, 5; v. C. eur., 17.4.2012, *Fafrowicz c. Polonia*.

[44] In merito R. Casiraghi, *op. cit.*, 1364 ss.; v. anche F. Zacchè, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in www.penalecontemporaneo.it 17.1.2012, 5; in giurisprudenza v. C. eur., 17.4.2012, *Fafrowicz c. Polonia*.

[45] C. eur., 18.12.2018, *Murtazaliyeva c. Russia*. Nella sua "*dissenting opinion*" il giudice Pinto de Albuquerque, al paragrafo 48, afferma espressamente che «*Less than four years after the delivery of the Grand Chamber judgment in the case of Al-Khawaja and Tahery, it had to intervene again in the case of Schatschaschwili v. Germany, since it remained unclear whether a trial would be considered unfair if there were not good reasons for a prosecution witness's non-attendance alone, even if the untested evidence was neither sole nor decisive. The cure was worse than the disease. In a profoundly divided judgment, the Grand Chamber decided that the absence of good reasons for the non-attendance of a prosecution witness could not in itself be conclusive for the unfairness of a trial*».

[46] C. eur., 18.12.2018, *Murtazaliyeva c. Russia*, cit. «*As Judges Spielmann, Karakaş, Sajó and Keller denounced, such application of the three-step examination would imply its redundancy so long as the overall fairness test was fulfilled, which would not only fail to provide any guidance to the national authorities as to the appropriate application of the Al-Khawaja and Tahery test, but indeed would give them too much leeway. To complicate matters, the then majority added that sufficient counterbalancing factors were still needed if the untested pre-trial testimonial evidence carried significant weight. The present judgment closes the circle, in so far as it takes an overall approach to the examination of the fairness of the proceedings in the event of non-attendance of defence witnesses*».

del teste fonte con i canoni convenzionali stabiliti dalla Grande Camera ai fini del giudizio complessivo di equità processuale. La risoluzione di tale problema ermeneutico assume importanza centrale nell'ottica di ridurre ulteriormente gli spazi di frizione con gli *standard* processuali previsti dalla Convenzione.

Per cercare di dare una risposta a questo interrogativo, occorre muovere da una premessa: nonostante la nostra giurisprudenza non abbia ancora enucleato una interpretazione pienamente *secundum Conventionem* dell'istituto della testimonianza indiretta, è pacifica l'applicazione dei principi e delle regole processuali convenzionali nei confronti di questa peculiare prova dichiarativa, in ragione dell'inclusione della medesima operata dalla Corte nell'istituto della testimonianza[47].

La testimonianza indiretta, per sua natura, delimita l'area dell'oralità; essa infatti «riduce la sfera del possibile controesame e circoscrive notevolmente gli spazi delle possibili contestazioni»[48]. Il testimone *de relato* narra un fatto che egli non ha percepito direttamente, ma che dichiara di aver appreso da un altro soggetto. Nel caso di testimonianza *de relato* si configura, pertanto, un grave *deficit* di contraddittorio, sicché è comprensibile che il codice ponga alcune condizioni all'utilizzabilità delle informazioni apprese da altri soggetti; tali condizioni consentono di effettuare il controllo sulla credibilità della persona da cui si è sentito dire e sulla pertinenza di quanto è stato riferito[49].

«In un sistema probatorio improntato sulla verifica dell'attendibilità della fonte della prova»[50], la prima ed essenziale condizione di utilizzabilità della testimonianza indiretta, posta dal co. 7 dell'art. 195 Cpp, richiede che il testimone indiretto indichi la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame[51]. L'individuazione del teste diretto rappresenta un momento essenziale della fattispecie in quanto, nell'ipotesi in cui questa venga a mancare, si realizza una sorta di «delazione anonima», ostracizzata dal nostro sistema proprio perché non consente un controllo dell'attendibilità della fonte di prova[52]. In caso di mancata individuazione della fonte dell'informazione, infatti, verrebbe meno ogni meccanismo di controllo predisposto dal legislatore al fine di verificare la credibilità del teste e la veridicità dell'informazione.

L'intento del legislatore, insomma, non è stato quello di vietare in via preventiva l'ammissione della testimonianza indiretta, ma di ammettere l'utilizzo dei suoi risultati probatori in presenza dei requisiti previsti dal codice[53]. Ne consegue che i *relata* hanno libero accesso nel processo penale

---

[47] Cfr. R. Casiraghi, *op. cit.*, 1376; G. Ubertis, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *AP* 2012, 67; S. Lonati, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico (Studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale italiano)*, Torino 2009, 182 s.; in giurisprudenza v. C. eur., 27.2.2001, *Lucà c. Italia*, § 41: «*In that regard, the fact that the depositions were, as here, made by a co-accused rather than by a witness is of no relevance. In that connection, the Court reiterates that the term "witness" has an "autonomous" meaning in the Convention system. Thus, where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction, then, irrespective of whether it was made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply*»; C. eur., 22.4.1992, *Vidal c. Belgio*; C. eur., 26.4.1991, *Asch c. Austria*.

[48] D. Siracusano-F. Siracusano, *I mezzi di prova*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*[3], a cura di G. Di Chiara-V. Patanè-F. Siracusano, Milano 2018, 288.

[49] In merito ai profili di disciplina delle condizioni di utilizzabilità della testimonianza *de relato* si veda M. Chiavario, *Diritto processuale penale*[8], Torino 2019, 441 ss.; F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 662 ss.

[50] Sulla necessità di verificare l'attendibilità delle prove *contra reum* si esprime così G. Di Paolo, *La testimonianza* de relato *nel processo penale: un'indagine comparata*, Trento 2002, 224.

[51] Cfr. art. 195 co. 7 Cpp; G. Di Paolo, *op. cit.*, 224.

[52] Sul punto v. G. Di Paolo, *op. cit.*, 224.

[53] Cfr. M. Chiavario, *op. cit.*, 441 ss.

e sarà poi il giudice a valutare in via definitiva se essi possano essere utilizzati per la formazione del proprio convincimento.
La morte, l'infermità e l'irreperibilità tipizzano quella situazione di "impossibilità oggettiva" in grado di derogare al principio del contraddittorio di cui all'art. 111 co. 5 Cost.[54]. In larga misura esse, inoltre, sono potenzialmente riconducibili al primo *step* della nuova impostazione di Strasburgo. Come sappiamo, l'istituto della testimonianza *de relato* assume un carattere *borderline*, in quanto nel processo vengono fatte entrare delle dichiarazioni "di seconda mano" sulle quali, nella maggior parte dei casi, non risulta possibile effettuare un esame per verificarne l'attendibilità proprio in ragione delle situazioni prese in considerazione dal co. 3 dell'art. 195 Cpp. Tale previsione, pertanto, continua a conferire la dignità di prova alle deposizioni *de relato* non riscontrate dall'esame del teste fonte.
Ed è proprio in merito a questo assetto legislativo che emergono rilevanti profili di criticità rispetto agli *standard* di equità processuale richiesti dall'art. 6 § 3 lett. *d* Cedu[55]. Se, alla luce della giurisprudenza precedente al caso Al-Khawaja, quanto previsto dal co. 3 dell'art. 195 Cpp esponeva lo Stato italiano al rischio di eventuali violazioni del dettato convenzionale, a seguito delle celebri pronunce poc'anzi analizzate gli spazi di frizione tra i due ordinamenti giuridici sembrano essersi affievoliti, ma non del tutto annullati[56].
4.2. Un tale approccio alla questione esige un esame preliminare delle posizioni assunte dalla giurisprudenza nazionale per prevenire il rischio di eventuali violazioni convenzionali. La Corte di Cassazione, nell'ipotesi in cui le deposizioni *de relato* siano rimaste al di fuori del circuito dialettico, ha precisato che si debba riconoscere alle stesse un mero valore indiziario[57] e che le medesime debbano essere esaminate «congiuntamente ad altri elementi di riscontro»[58] sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 192 Cpp[59]. In via generale, peraltro, il giudice di legittimità afferma che in sede di valutazione della prova sia necessario adottare un atteggiamento particolarmente prudente prima di fondare una condanna su una testimonianza *de relato* non riscontrata dall'esame del teste diretto[60].
Queste soluzioni, tuttavia, oltre a introdurre dei limiti valutativi non previsti dalle disposizioni di legge, non spostano il problema. L'applicazione della regola dei riscontri, infatti, diminuisce il valore probatorio delle dichiarazioni rilasciate in assenza di contraddittorio, ma non fornisce di per sé una garanzia idonea a compensare l'assenza di un confronto dialettico. Il problema dell'impostazione italiana sembra proprio la mancata attenzione verso questo profilo: dopo la verifica delle ragioni dell'assenza del teste diretto, e anche ammettendo un affievolimento del valore probatorio della testimonianza *de relato*, non sembrano essere soddisfatti i requisiti previsti dal terzo *step* di controllo enucleato dalla sentenza Al-Khawaja.

---

[54] N. Triggiani, sub *art. 195 Cpp.*, in *Codice di procedura penale commentato*[5], a cura di A. Giarda-G. Spangher, Milano 2017, 1996.
[55] Cfr. F. Zacchè, *Testimonianza indiretta e contraddittorio*, in *RIDPP* 2011, 8.
[56] Sul punto v. F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 267 ss.
[57] Cass., 15.7.2009, Borgese e altri, in *ANPP* 2010, 784; v. anche Cass., 6.4.1999, Mandalà, in *CP* 2000, 3387; Cass., 3.5.1996, Nocchiero, *ivi* 1997, 3539; Cass., 7.2.1991, Bruno e altri, in *ANPP* 1992, 130.
[58] Cass. S.U, 25.11.2010, D.F., in *CP* 2012, 872.
[59] Cfr. F. Zacchè, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 272.
[60] Cass., 13.11.2007 n. 2001, in *DPP* 2008, 1118: «in tema di testimonianza indiretta, il giudice ha l'obbligo di valutarla con speciale cautela, atteso il carattere "mediato" che ha la rappresentazione del fatto da provare»; v. anche Cass., 12.2.2004 n. 18058, in *CP* 2005, 5, 1601; Cass., 17.6.1996, Dall'Agnese, in *CP* 1996, 49, 81; Cass., 3.5.1996 n. 8610, in *CP* 1997, 3539.

Di recente la Corte di Cassazione ha cercato di ridimensionare questo *vulnus*, affermando che «*tra i bilanciamenti procedurali utili per validare la credibilità della testimonianza acquisita nella fase investigativa in assenza di contraddittorio possono essere indicati: (a) la modalità di raccolta delle dichiarazioni predibattimentali che devono rassicurare circa la genuinità delle informazioni ed escludere rischi di suggestione o eteroinduzione, (b) la compatibilità con i dati di contesto, tra i quali possono essere incluse anche le dichiarazioni dei testi indiretti, che hanno percepito in ambiente extraprocessuale le dichiarazioni accusatorie della fonte primaria contenute nelle dichiarazioni acquisite* ex *art. 512 c.p.p.*»[61]. Tuttavia, tale elencazione posta in essere dal giudice di legittimità assume un carattere meramente esemplificativo e non può considerarsi decisamente satisfattiva dell'esigenza di individuare delle garanzie certe che compensino l'assenza del contraddittorio nella formazione della prova.
Ponendo, in ogni caso, come punto fermo le conclusioni alle quali è giunta la Corte di Cassazione, sorgono due quesiti di rilevanza centrale: questi *counterbalancing factors* sono idonei a compensare l'assenza di un confronto dialettico con la difesa? E, se sì, sono sufficienti ad escludere ulteriori ipotesi di violazione del dettato convenzionale?
È stato osservato che il parziale cambiamento d'impostazione operato dalla Corte di Strasburgo in tema di diritto al confronto, «oltre a rendere di nuovo convenzionalmente legittima la condanna basata sulla dichiarazione non sottoposta al vaglio del contraddittorio, ha un suo innegabile effetto anche nell'area dell'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni *de relato*, quando il teste diretto non venga sentito»[62]. Pertanto, procedere con una particolare prudenza valutativa prima di fondare la condanna esclusivamente sulle deposizioni del teste assente dovrebbe essere sufficiente ad escludere ulteriori attriti con gli *standard* previsti dalla Convenzione[63].
Sennonché tale soluzione si traduce, a ben vedere, in un'indicazione eccessivamente vaga: «la mera cautela nel valutare le dichiarazioni *de relato* non sembra rappresentare agli occhi della Corte EDU una garanzia idonea a controbilanciare l'assenza del contraddittorio»[64]. Emblematico in tal senso è il caso Cafagna c. Italia, nel quale la Corte di Strasburgo è intervenuta nuovamente in tema di testimoni assenti affermando che il *deficit* di confronto dialettico debba essere necessariamente compensato da adeguate "*procedural safeguards*" e che un atteggiamento prudente da parte del giudice in sede di valutazione della prova non sia di per sé idoneo a compensare l'assenza del contraddittorio[65].
5. Nell'attesa che il giudice di legittimità fornisca un'interpretazione della norma che riduca ulteriormente i residui spazi di frizione tra la disciplina prevista dall'ordinamento giuridico italiano e gli *standard* convenzionali così come enucleati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, non sembra che l'adozione di un criterio prudenziale di valutazione delle dichiarazioni rese dal testimone assente possa adeguatamente bilanciare l'assenza del confronto dialettico in sede di formazione della prova.
In un sistema processuale ad ispirazione accusatoria la scelta di impiegare *contra reum* una prova dichiarativa sulla quale l'imputato non ha avuto alcun diritto al confronto non appare del tutto in linea con i canoni ed i principi che hanno ispirato la riforma del giusto processo. Occorre

[61] Cass., 5.2.2020 n. 15492, in *CEDCass* 2020, m. 279148.
[62] In tema S. Recchione, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come "prova decisiva" delle dichiarazioni* de relato, in www.penalecontemporaneo.it, 8.11.2013, 21.
[63] Cfr. S. Recchione, *op. cit.*, 22; v. S. Buzzelli, *La fragilità probatoria del dichiarante minorenne e la giustizia penale in Europa*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano 2015, 1 ss.
[64] Sul punto R. Casiraghi, *op. cit.*, 1376.
[65] C. eur., 12.10.2017, *Cafagna c. Italia*; cfr. sul punto anche C. eur., 14.6.2016, *Riahi c. Belgio*.

rammentare, infatti, che il legislatore del 2001 ha tracciato una linea piuttosto netta in sede di bilanciamento tra il principio di non dispersione del materiale probatorio e il principio del contraddittorio, decidendo di conferire rilevanza pregnante a quest'ultimo.
Dunque, concludere un procedimento con una sentenza di condanna fondata esclusivamente su una prova dichiarativa assunta in *deficit* di contraddittorio potrebbe esporre lo Stato ad ulteriori rischi di violazione del dettato convenzionale nonostante il parziale *overruling* operato dalla Corte, in considerazione del fatto che l'adozione di un atteggiamento prudente in sede valutativa rappresenta, in ogni cas0, una soluzione volta a ridimensionare il *vulnus*, ma non ad eliminarlo del tutto.
Per cercare di risolvere questa più che decennale questione ed eliminare i residui spazi di frizione con il dettato convenzionale, il legislatore italiano, piuttosto che adottare delle soluzioni volte semplicemente a posporre o a circoscrivere il problema, dovrebbe focalizzare maggiormente la sua attenzione sul terzo *step* di controllo elaborato dalla sentenza Al-Khawaja, individuando delle precise e puntuali garanzie[66] che possano adeguatamente compensare l'assenza di un confronto dialettico con la difesa.

[66] Si pensi ad esempio alla possibilità di riprodurre in dibattimento la videoregistrazione della testimonianza resa nel corso delle indagini preliminari, al fine di fornire al giudice un elemento in più per saggiare l'attendibilità dell'informazione (C. eur., 3.4.2012, *Chmura c. Polonia*) e di consentire alla difesa di mettere in dubbio la credibilità del teste assente contestando eventuali incoerenze o contraddizioni, oppure alla possibilità di valutare le dichiarazioni *de relato* di soggetti a cui la persona offesa si è rivolta in un momento immediatamente successivo alla commissione del fatto (C. eur., 2.4.2013, *D.T. c. Paesi Bassi*); per una più ampia elencazione di bilanciamenti procedurali si veda R. Casiraghi, *op. cit.*, 1366.

LA RIFORMA DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO. NOTE DI SINTESI A MARGINE DEL D.LGS. 2 FEBBRAIO 2021, N. 10

di Vincenzo Picciotti
Magistrato

Il lavoro analizza le principali modifiche alla Legge n. 69 del 2005 (cd. Legge MAE) a seguito dell'adozione del decreto legislativo n. 10 del 2021, volto a riallineare le disposizioni della prima alla Decisione Quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Dopo l'esame delle modifiche alle disposizioni generali contenute negli articoli 1 e 2 della Legge, l'attenzione si concentra su tre aspetti fondamentali che minavano la conformità della precedente normativa nazionale allo strumento UE, riguardanti la documentazione richiesta "in aggiunta" al MAE, il controllo della doppia incriminabilità e, soprattutto, i motivi di non esecuzione. Un approfondimento specifico è dedicato alla modifica del regime riguardante i cittadini UE e i cittadini di Paesi terzi residenti o dimoranti in Italia, oggetto di una recentissima questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione (alla quale la Corte costituzionale ha rimesso una nuova valutazione a seguito delle modifiche normative: ordinanza n. 60 del 2021), nonché motivo di non esecuzione facoltativa di MAE esecutivi sulla base di una sentenza resa "in absentia".Negli ultimi paragrafi vengono trattate le nuove regole sui termini della procedura e delle misure cautelari e si presentano alcuni rilievi sul possibile sviluppo futuro dello strumento a livello nazionale e eurounitario.
The work analyzes the main amendments to Law no. 69 of 2005 (so-called EAW Law) following the adoption of the Legislative decree no. 10 of 2021, aiming at putting the provisions of the former in full compliance with the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States. After considering the changes to the general provisions contained in Articles 1 and 2 of the Law, the attention focuses on three fundamental aspects undermining the compliance of the previous domestic legislation to the EU instrument, concerning the documentation requested "in addition" to the EAW, the double criminality check and, above all, the grounds for non-execution. A specific in-depth analysis is dedicated to the amended regime regarding EU citizens and Third Countries' national resident or staying in Italy, subject of a very recent constitutionality issue raised by the Court of cassation (to which the Constitutional Court referred back the case for a new assessment following the regulatory changes order no. 60 of 2021), as well as the ground for optional non-execution of EAWs issued for the purpose of executing a custodial sentence or detention order on the basis of an "in absentia" judgement. The last paragraphs deal with the new rules on the deadlines of the procedure and precautionary measures, and some final remarks are presented on the possible future development of the instrument at national and EU level.

SOMMARIO: *1.* Rilievi introduttivi. - *2.* Quadro di insieme della riforma. - *3.* L'intervento sulle disposizioni di principio: le modifiche all'articolo 1 ... - *4. Segue*: … e la (integrale) sostituzione dell'articolo 2 - *5.* Il recupero dell'autosufficienza documentale del mandato di arresto europeo - *6.* Il *double criminality check*. - *7.* Il riallineamento dei motivi di rifiuto e delle garanzie. - *8. Segue*: i motivi obbligatori di rifiuto - *9. Segue*: i motivi facoltativi di rifiuto - *10. Segue*: le «garanzie» - *11. Segue*: l'intervento correttivo per i MAE esecutivi basati su sentenze emesse *in absentia* - *12.* Le nuove cadenze del procedimento. - *13.* La riforma del regime cautelare. - *14.* Prospettive.

1. Il decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10, emesso in esecuzione della delega di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117 (Legge di delegazione europea 2018) e in vigore dal 20 febbraio scorso, realizza un ampio e profondo intervento di rivisitazione e adeguamento della

normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo (MAE) e alle procedure di consegna tra Stati membri.
Di tale intervento, nelle pagine che seguono, si tenterà di ricostruire, in un quadro il più possibile sintetico e omogeneo, gli aspetti maggiormente significativi e qualificanti, sacrificandosi pertanto alle esigenze di semplificazione e chiarezza i molteplici, pur rilevanti, spunti di approfondimento che tanto i presupposti quanto le implicazioni dell'odierna riforma all'evidenza sollecitano.
Non può tuttavia non ricordarsi che la legge 22 aprile 2005, n. 69[1], a mezzo della quale – in notevole ritardo sul termine previsto per il recepimento – la decisione quadro sul mandato di arresto europeo è stata implementata nel nostro ordinamento, venne emanata all'esito di un vivace confronto in ambito politico[2], la cui vastissima eco mediatica ne trasferì temi e contenuti nel contesto del più ampio dibattito pubblico[3].
Sin dapprincipio, ovvero sin già dalla presentazione della proposta di decisione quadro, l'attenzione venne a focalizzarsi su talune problematiche poste in risalto in un parere espresso da due eminenti giuristi, entrambi già presidenti della Corte costituzionale e Ministri della giustizia, che ritennero il nascente strumento eurounitario affetto da marcati e insuperabili profili di incompatibilità con alcuni diritti e garanzie fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, destinati ad imporsi quali vincoli e condizioni ineludibili alla futura attività di recepimento ad opera del legislatore ordinario[4].
Tale impostazione di fondo dapprima si tradusse in una dichiarazione, peraltro priva di qualsiasi effettivo rilievo giuridico, espressa dal Governo italiano all'atto dell'adozione della decisione quadro[5], in seguito informò l'intero impianto portante delle norme approvate nella primavera 2005, delle quali di fatto costituì – se così può dirsi – il codice genetico.
Sono di intuitiva evidenza i momenti di contraddizione e attrito che una simile premessa è suscettibile di innescare rispetto ad uno strumento integralmente basato su di un assunto che si colloca agli antipodi concettuali di essa, e cioè sulla sussistenza di un elevato grado di fiducia reciproca tra gli Stati membri, tale da giustificare l'affidamento di ciascuno di essi «nel fatto che le *altre* autorità applichino norme equivalenti di tutela dei diritti nei rispettivi ordinamenti giuridici penali»[6].

---

[1] Di seguito più brevemente indicata come legge n. 69 o, anche, legge MAE.
[2] V. L. Kalb, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di L. Kalb, Milano 2005, 536 ss.
[3] Cfr., a titolo di esempio, l'articolo dal titolo «*Castelli sulla giustizia Ue: "non svendo italiani e padani"*», apparso sul quotidiano *La Repubblica* dell'8 dicembre 2001, all'indomani di un intervento dell'allora Ministro della giustizia a *Radio Padana Libera*: https://www.repubblica.it/online/politica/dimitaodue/padania/padania.html.
[4] V. Caianiello - G. Vassalli, *Parere sulla proposta di decisione - quadro sul mandato di arresto europeo*, in *CP*, 2002, p. 462 ss.
[5] Nel comunicato stampa emesso dal Governo italiano l'11 dicembre 2001, il testo della dichiarazione era il seguente: «Per dare esecuzione alla decisione quadro sul mandato di cattura europeo il Governo italiano dovrà avviare le procedure di diritto interno per rendere la decisione quadro stessa compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, e per avvicinare il suo sistema giudiziario ed ordinamentale ai modelli europei, nel rispetto dei principi costituzionali». L'inciso finale «nel rispetto dei principi costituzionali» non venne tuttavia riportato nella dichiarazione ufficiale: sul punto, v. L. Salazar, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, cit., 10 - 11, nonché G. Dalia, *L'adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, e L.A. D'Angelo, *La rilevanza del principio della «doppia incriminazione» ai fini delle determinazioni in materia di consegna della persona*, entrambi in *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, cit., 2 e, rispettivamente, 68 (nota 31).
[6] V., sul punto, M. Pedrazzi, *Considerazioni introduttive*, in *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. Pedrazzi, Milano 2004, 13, che, già a proposito della proposta di legge Kessler ed altri (n. 4246) approvata

Altrettanto ovvio dunque che, eretti a criteri di delega il postulato-base del mutuo riconoscimento e la presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, il legislatore della riforma si sia trovato a dover rivisitare *ab imis* l'impianto della legge n. 69, sino a trasmutarne l'originario DNA[7].

Come emerge dalla *Relazione illustrativa* allo schema di decreto legislativo[8], nell'elaborazione dell'intervento i compilatori hanno potuto avvalersi del ponderoso apporto interpretativo della nostra Corte di legittimità[9] e dell'ormai cospicua produzione giurisprudenziale della Corte di giustizia UE ma, soprattutto, di contributi d'analisi particolarmente qualificati e, soprattutto, specificamente mirati alle problematiche di armonizzazione oggetto della delega.

Ci si riferisce, principalmente, alla Relazione di valutazione del gruppo di esperti del Consiglio dell'Unione europea sul quarto ciclo di valutazioni reciproche concernente l'applicazione pratica del mandato di arresto europeo e delle corrispondenti procedure di consegna tra Stati membri, pubblicata nel 2009[10], nonché alla più recente Relazione della Commissione sull'attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, trasmessa nel luglio dello scorso anno al Parlamento europeo e al Consiglio[11].

---

dalla Camera dei Deputati il 12 maggio 2004, così si esprimeva: «[...] l'impressione di insieme che ne risulta è quella che si voglia sottoporre ogni provvedimento straniero alla base di un mandato d'arresto europeo ad un *esame puntiglioso e penetrante*, anche nel merito: il che peraltro pare contraddire seriamente le ragioni di fondo che stanno alla base della introduzione del mandato d'arresto europeo nonché i tratti fondamentali della disciplina della decisione quadro, laddove essa punta a costruire un procedimento di consegna che non è certo automatico, ma che, sulla base della presupposta fiducia tra gli ordinamenti degli Stati facenti parte dell'Unione, vuole semplificare al massimo i controlli da parte delle autorità giudiziarie del paese dell'esecuzione, demandando le verifiche più sostanziali ai giudici dello Stato in cui la sentenza è stata pronunciata o nel quale si svolge il processo. Ha d'altra parte un che di paradossale il fatto che si venga in tal modo ad assortire l'esecuzione di mandati d'arresto europei di *limiti e controlli addirittura più incisivi di quelli che contraddistinguono, sulla base dell'operare della disciplina interna e di quella convenzionale, le tradizionali procedure di estradizione*» (corsivo aggiunto).

[7] Con il criterio direttivo dettato al comma 1, lettera *a)*, infatti, il legislatore delegante richiedeva di «armonizzare le disposizioni della legge 22 aprile 2005, n. 69, alla decisione quadro 2002/584/GAI, sia in relazione alla procedura di consegna e agli obblighi di informazione che alla disciplina dei motivi di rifiuto, prevedendo in particolare quali motivi di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo quelli indicati dall'articolo 4 della decisione quadro 2002/584/GAI, *al fine di assicurare il principio del mutuo riconoscimento e la salvaguardia dei princìpi fondamentali dell'ordinamento, secondo quanto stabilito dall'articolo 1 e dal considerando (12) della decisione quadro, tenuto conto del principio di presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri*, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, e di quanto stabilito dal titolo I-*bis* del libro XI del codice di procedura penale».

[8] La *Relazione illustrativa* all'A.G. n. 201, trasmessa il 2 novembre 2020 al Parlamento in esito all'approvazione in via preliminare da parte del Consiglio dei Ministri (di seguito: *Rel. ill.*), è reperibile sul sito della Camera dei Deputati: http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0201_F001.pdf&leg=XVIII#pagemode=none.

[9] Per un'utilissima sintesi, si veda sin d'ora la recente *Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo*, curata da G. De Amicis e E. Calvanese: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1611258661_cassazione-vi-sezione-rassegna-giurisprudenza-legittimita-mandato-arresto-europeo.pdf. Di interesse anche F. Manfredini, *La giurisprudenza sul mandato d'arresto europeo*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, a cura di L. Camaldo, Milano 2018, 45 ss.: http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/CAMALDO.pdf.

[10] Doc. 5832/1/09 REV 1 del 23 febbraio 2009: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5832-2009-REV-2/en/pdf. V., per un'ampia analisi del documento, M. Bargis, *Libertà personale e consegna*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Milano 2015, 326 ss.

[11] Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, COM(2020) 270 final: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0270&from=IT.

Le indicazioni provenienti da tali documenti risultano costantemente tenute presenti nell'individuazione e nell'elaborazione degli interventi correttivi necessari all'adeguamento della disciplina domestica alla decisione quadro, obiettivo che il legislatore delegato dà a tratti mostra di voler perseguire sin nelle sfumature e in minuti aspetti di dettaglio[12].
Non è difficile ricollegare quest'atteggiamento di estrema cautela alla "minaccia" dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione, già chiaramente percepibile sulla base delle conclusioni della relazione al Parlamento e al Consiglio appena citata e, purtroppo, puntualmente concretizzatasi proprio nel corso delle fasi conclusive dell'*iter* di approvazione del decreto legislativo con l'invio d'una lettera di messa in mora[13].

2. A dimostrazione di quanto appena osservato circa la pervasività delle modifiche introdotte dalla novella in esame, può notarsi che il decreto legislativo si compone di quasi trenta articoli (ventisette, per la precisione, al netto della disposizione transitoria e della clausola di invarianza finanziaria), che intervengono dunque su circa due terzi delle quarantuno disposizioni che componevano la legge MAE.
Ad ulteriore conferma, può aggiungersi che i cambiamenti interessano ciascuno dei tre titoli in cui essa si articola, ma non v'è dubbio che le novità più numerose e significative si concentrano sulle disposizioni di principio, contenute nel Titolo I, e sulla procedura passiva di consegna, di cui al Capo I del Titolo II, alla quale si correla anche la previsione dedicata alle disposizioni transitorie, raccolte nel Titolo III[14].
Soprattutto, è a dirsi che l'intervento sulle norme "in passivo" smantella integralmente il complesso delle previsioni in cui aveva trovato concretizzazione quell'attività di adattamento "alla rovescia" (ossia della decisione quadro all'ordinamento nazionale, e non viceversa), che, per le ragioni viste, il legislatore del 2005 aveva considerato irrinunciabile all'atto dell'implementazione

[12] Si pensi, ad esempio, alla modifica apportata all'articolo 16, comma 1, della legge, recante (tra l'altro) la precisazione secondo cui la corte di appello deve «richiede[re] con urgenza» le informazioni e gli accertamenti integrativi (che, invece, secondo la precedente formulazione, «p[oteva] richiedere»); oppure all'inserimento dell'avverbio «immediatamente» nell'inciso finale dell'articolo 17, comma 3, a connotare in termini più stringenti la tempistica di inoltro della richiesta di revoca dell'immunità (e, ora, anche del «privilegio»); o, ancora, alla puntualizzazione operata all'articolo 23, che consente di riferire la causa di forza maggiore anche allo Stato emittente.
[13] V. il sito della Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le politiche europee, in relazione alla procedura P 2020/2278:
http://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/procedure-dinfrazione/stato-delle-infrazioni/infrazioni-3-dicembre-2020/.
[14] Incidono invece sulla procedura attiva del mandato di arresto europeo, di cui al Capo II del Titolo II, unicamente gli articoli 24 e 25 del decreto, introducono modifiche di rilevanza – tutto sommato – alquanto circoscritta. Ed infatti la prima norma costituisce, per un verso, una mera limatura formale dell'articolo 30, comma 1, della legge n. 69, in tema di contenuto del mandato di arresto europeo; per altro verso, implementa la previsione contenuta nell'articolo 4-*bis*(2) della decisione quadro 2002/584, di cui si dirà – relativamente alla procedura passiva, in sede di commento del nuovo articolo 18-*ter*, comma 2 (v. nota 95). Con l'articolo 25, invece, anche in questo caso in accoglimento di un'osservazione formulata della Commissione giustizia della Camera dei Deputati, è stato inserito nella legge l'articolo 31-*bis*, a mezzo del quale si è data attuazione all'articolo 28 della decisione quadro, in tema di consegna o estradizione successiva, sul versante degli obblighi che scaturiscono nella fase attiva della procedura. La disposizione prevede dapprima il divieto di consegna o estradizione successiva in mancanza di assenso dello Stato di prima consegna (comma 1) e, quindi, le usuali eccezioni al 'principio di specialità' (comma 2), individuate attraverso il richiamo delle condizioni indicate all'articolo 26, comma 2, lettere *a), e)* ed *f)* della legge n. 69 (mancato allontanamento dal territorio dello Stato nei quarantacinque giorni successivi alla scarcerazione definitiva, o rientro dopo l'allontanamento; consenso prestato dalla persona richiesta, eventualmente anche prima della consegna originaria). I limiti del presente lavoro non consentono di ritornare ulteriormente su tali disposizioni.

e attraverso la quale, com'è ovvio, era stata praticamente neutralizzata la portata fortemente innovativa dell'euromandato.
Si allude, in particolare, alle previsioni concernenti *(i)* l'acquisizione del provvedimento restrittivo sottostante l'euromandato (nonché dell'ulteriore documentazione richiesta nella tradizionale estradizione passiva), *(ii)* l'effettuazione della verifica sulla cd. doppia punibilità (radicalmente esclusa dalla decisione quadro per numerose categorie di reati particolarmente gravi) e, ovviamente, *(iii)* la disciplina dei motivi di rifiuto d'esecuzione, numericamente, strutturalmente e funzionalmente esorbitanti dalle previsioni (tassative e di stretta interpretazione) contenute nello strumento eurounitario: come a dire, i tre veri e propri "pilastri" su cui era stato edificato il nuovo regime della consegna destinato a sostituire i farraginosi e defatiganti meccanismi della cooperazione intergovernativa in ambito estradizionale[15].
Agli interventi correttivi nei settori portanti della dinamica di funzionamento del MAE, nella riforma si affiancano, da un lato, preliminari e indispensabili adattamenti nelle previsioni generali (da cui i primi, sotto il profilo logico prim'ancora che normativo, evidentemente dipendono), dall'altro talune ulteriori modifiche, anch'esse intese al raggiungimento di un livello di piena con il modello eurounitario.
Nello specifico, quanto a queste ultime, ci si riferisce al riassetto della disciplina della consegna in caso di mandati di arresto europei basati su condanne *in absentia* o emessi nei confronti di cittadini UE ed extra UE residenti in Italia, nonché alla revisione delle cadenze del procedimento e del regime cautelare.
La successiva esposizione prende dunque le mosse dalle modifiche apportate alle disposizioni generali, e segnatamente agli articoli 1 e 2 della legge MAE, per poi rivolgersi agli interventi, di natura – per quanto detto – principalmente demolitiva, che hanno interessato i tre settori "portanti" sopra ricordati e, quindi, alle ulteriori tematiche cui s'è da ultimo fatto cenno[16].
Alle possibili prospettive evolutive dello strumento, nell'immediato e nel medio periodo, è dedicato l'ultimo paragrafo del lavoro.

3. I primi due articoli del decreto legislativo intervengono sulle disposizioni contenute negli articoli 1 e 2 della legge MAE.
Come subito si vedrà, si tratta di modifiche alquanto eterogenee, accomunate – nelle intenzioni del legislatore – dalla finalità di «conferire maggiore precisione e organicità ai testi di dette previsioni» e di «garantirne una più completa e diretta armonizzazione rispetto ai contenuti della decisione

[15] Sull'evoluzione dei modelli normativi, anche con riferimento agli istituti «precursori» del mutuo riconoscimento (ora nella forma "attiva", ora in quella "passiva"), v. J.R. Spencer, *Il principio del mutuo riconoscimento,* in *Manuale di procedura penale europea*, cit., 276 ss.
[16] Oltre a quelle già indicate in nota 14, rimangono altresì estranee allo schema della successiva trattazione le modifiche introdotte dall'articolo 11 del decreto legislativo. Con tale disposizione, oltre ad eliminarsi dal comma 1 dell'articolo 15 della legge un inciso sostanzialmente superfluo («e al fine di consentire le indagini urgenti dalla stessa ritenute necessarie»), il legislatore ha recepito un rilievo delle Commissioni giustizia di Camera e Senato con cui si richiedeva di intervenire anche sul comma 2 al fine di consentire alla corte di appello di delegare l'audizione "investigativa" eventualmente richiesta dall'autorità di emissione anche altra autorità giudiziaria nazionale, conformemente all'articolo 19(3) della decisione quadro. Va notato che, pur accogliendo la sollecitazione, il legislatore ha tuttavia preferito individuare detta autorità nel presidente del tribunale territorialmente competente (similmente a quanto già previsto per l'interrogatorio in sede di convalida *ex* articolo 13, comma 1), piuttosto che nel «giudice per le indagini preliminari del luogo ove la persona richiesta in consegna si trova», come invece prospettato dalle Commissioni.

quadro e, più in generale, al contesto normativo sovranazionale, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea»[17].

3.1. Quanto all'articolo 1, non v'è dubbio che la novità di maggior rilievo sia costituita dall'avvenuta sostituzione del comma 3 che, nel testo originario, stabiliva innanzitutto che il nostro paese avrebbe dato esecuzione al mandato di arresto europeo «alle condizioni e con le modalità stabilite dalla presente legge».
Talune delle condizioni venivano già poste nella seconda parte della norma con riferimento al provvedimento restrittivo posto a fondamento dell'eurordinanza, prevedendosi che, laddove si trattasse di dar seguito a una misura cautelare (e, dunque, nei casi di MAE cd. processuale), essa avrebbe dovuto esser «sottoscritt[a] da un giudice» e risultare «motivat[a]»; per il MAE esecutivo, si richiedeva invece che la sentenza ad esso *sottostante* fosse «irrevocabile».
Nel testo riformulato si prevede, ora, che al MAE sia dato corso «in base al principio del mutuo riconoscimento, conformemente alle disposizioni della decisione quadro e della presente legge», che esso «provenga da un'autorità giudiziaria» e che, laddove finalizzato a porre in esecuzione una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, la relativa sentenza sia (non più «irrevocabile», ma) «esecutiva».
Con la prima modifica, non a torto indicata dai primi commentatori come «il manifesto dell'intera riforma»[18], si recepisce espressamente il fondamentale principio del mutuo riconoscimento, enunciato dall'articolo 1(2) della decisione quadro[19] ma rimasto sino ad oggi estraneo all'ordito normativo della legge nazionale.
In secondo luogo, si è provveduto ad eliminare il riferimento alla necessaria sottoscrizione ad opera del (solo) «giudice» del provvedimento cautelare veicolato dal MAE processuale. S'è inteso, in tal modo, scongiurare in radice il rischio che il requisito potesse «essere erroneamente interpretato nel senso che l'autorità di esecuzione italiana dovrebbe rifiutare l'esecuzione di un MAE se il mandato d'arresto nazionale sul quale si basa è stato emesso da un'autorità giudiziaria diversa [...], in particolare da un pubblico ministero», come paventato anche nella *Relazione sull'Italia* del 2009 ricordata in premessa[20].

---

[17] Cfr. *Rel. ill.*, 9.

[18] Così, in particolare, L. Scollo, *La riforma del Mandato d'Arresto Europeo. Meno diritto e più diritti*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 2, 2.

[19] «Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco».

[20] V., in particolare, il par. 7.3.2.6 a pag. 70. Si rammenta che, secondo la Corte di giustizia, la nozione di *autorità giudiziaria* utilizzata negli articoli 6(1) e 8(1), lettera *c)*, della decisione quadro, costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione e identifica «le autorità che partecipano all'amministrazione della giustizia penale degli Stati membri, ad esclusione dei servizi di polizia»: v. le sentenze "gemelle" emesse in data 10 novembre 2016, nelle cause C-452/16 PPU, *Poltorak*, e C-453/16 PPU, *Halil Ibrahim Özçelik*, punti 31 ss. In quest'ultima decisione si è ritenuto, in particolare, che l'articolo 8(1), lettera *c)*, sia da interpretarsi «nel senso che costituisce una "decisione giudiziaria" [...] una convalida [...] da parte del pubblico ministero, di un mandato d'arresto nazionale precedentemente emesso, ai fini di azioni penali, da un servizio di polizia». Per il richiamo di tali princìpi nella giurisprudenza nazionale, v. da ultimo Cass. 1.7.2020, n. 20571, in *CEDCass*, m. 279280, anch'essa relativa alla emissione di un mandato di arresto europeo sulla base di un provvedimento restrittivo della libertà disposto da un'autorità di polizia e successivamente convalidato dal pubblico ministero. Non è possibile, in questa sede, diffondersi sulle pronunce della Corte di Lussemburgo relative alle garanzie di *tutela giurisdizionale effettiva* che devono assistere l'emissione del mandato di arresto europeo, oggetto dell'importante pronuncia C.G.UE, 10.6.2016, *Bob-Dogi*, C-241/15 (i cui principi sono da ultimo richiamati in C.G.UE, 10.3.2021, C-648/20 PPU). Per una sintetica ricostruzione delle soluzioni che, a partire dal 2019, la Corte ha elaborato in relazione ai requisiti cui è subordinata la possibilità che il pubblico ministero agisca da autorità di emissione o di esecuzione del MAE e, soprattutto, per una panoramica complessiva della situazione in

Analoghe, e ancor più evidenti, le ragioni della soppressione dell'accertamento relativo all'esistenza di una «motivazione» della misura cautelare nei MAE processuali, la cui indispensabile ostensione era stata presidiata dal legislatore del 2005 prevedendo un apposito motivo di rifiuto[21]. Anche tale requisito poteva, infatti, dar luogo a interpretazioni contrastanti con il principio del mutuo riconoscimento e, in particolare, legittimare intollerabili verifiche di merito da parte dell'autorità di esecuzione[22]. Proprio per tale ragione, del resto, la novella ha eliminato tutte le disposizioni della legge n. 69 che imponevano alle nostre corti d'appello di acquisire dalle autorità di emissione il "titolo" posto a fondamento del MAE[23].
Quanto, infine, alla modifica riguardante le caratteristiche della sentenza alla base dell'euromandato esecutivo, l'intervento riallinea il testo della norma alle previsioni sia dell'articolo 8(1), lettera *c)*, della decisione quadro, sia dell'articolo 6, comma 1, lettera *c)*, della stessa legge n. 69, che entrambe richiedono la "esecutività", e non la "irrevocabilità", della sentenza[24].

3.2. Con il decreto delegato sono stati altresì inseriti, nel corpo dell'articolo 1 della legge MAE, i nuovi commi 3-*bis* e 3-*ter*[25].
La prima disposizione impone alle autorità competenti di eseguire «con la massima urgenza» l'euromandato, così (doverosamente) riproducendo in ambito nazionale la previsione contenuta nell'articolo 17(1) della decisione quadro.
Risponde invece ad esigenze di ordine essenzialmente sistematico l'interpolazione del comma 3-*ter*[26], che costituisce in realtà una mera riformulazione dell'originario articolo 2, comma 3, contestualmente soppresso, il cui riposizionamento viene motivato dal legislatore delegato in ragione «[de]lla ritenuta opportunità di differenziare, anche dal punto di vista della collocazione

essere negli Stati membri (nonché in Islanda, Norvegia e Regno Unito), si segnala come di particolare interesse l'*Updated Questionnaire and Compilation on the Requirements for Issuing and Executing Judicial Authorities in EAW Proceedings pursuant to the CJEU's Case-Law* (https// www.eurojust.europa.eu/updated-questionnaire-and-compilation-requirements-issuing-and-executing-judicial-authorities-eaw), di recente elaborato da *Eurojust* in collaborazione con la Rete giudiziaria e la Commissione. Il documento fa seguito ad un'ampia raccolta delle pronunce della Corte di Lussembrugo in tema di MAE, pubblicata sempre da *Eurojust* nel marzo dello scorso anno (*Case law by the Court of Justice of the European Union on the European Arrest Warrant*: https://www.eurojust.europa.eu/case-law-court-justice-european-union-european-arrest-warrant-1).

[21] Originariamente previsto dalla lettera *t)* dell'articolo 18 e ricollocato alla lettera *q)* a seguito delle modifiche ad esso apportate dal comma 5 della norma di delega.

[22] Va peraltro ricordato come, in realtà, sin da principio la giurisprudenza della Corte di cassazione avesse notevolmente circoscritto l'ambito della verifica in questione, affermando che «[i]l requisito della motivazione del provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso, cui è subordinato l'accoglimento della domanda di consegna, non può essere parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, che richiede l'esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio, ma è sufficiente che l'autorità giudiziaria emittente abbia dato "ragione" del provvedimento adottato; il che può realizzarsi anche attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna» (Cass. S.U. 30.1.2007, n. 4614, *Ramoci*, in *CEDCass*, m. 235349 - 01).

[23] V., in proposito, il successivo paragrafo 5.

[24] Si tratta, anche in questo caso, di un aspetto da tempo pacifico nella nostra giurisprudenza di legittimità: v., sul punto, Cass. 18.5.2006, n. 17574, *Jovanovic* (inedita), ricordata da G. De Amicis - G. Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano 2008, 96 (nota 100).

[25] V. l'articolo 1, lettera *c)*, del decreto delegato.

[26] Il testo della disposizione è, ora, il seguente: «L'Italia non dà esecuzione ai mandati di arresto europei emessi da uno Stato membro nei cui confronti il Consiglio dell'Unione europea abbia sospeso l'attuazione del meccanismo del mandato di arresto europeo per grave e persistente violazione dei princìpi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea ai sensi del punto (10) dei *consideranda* del preambolo della decisione quadro».

testuale delle disposizioni, le ipotesi in cui, in singoli e specifici casi concreti, si appalesi la necessità di apprestare tutela a diritti e princìpi fondamentali di garanzia della persona richiesta in consegna, oggetto [...] delle previsioni tuttora contenute nell'articolo 2, dalla diversa situazione che si determina allorquando il Consiglio proceda alla constatazione della "grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea", cui consegue una vera e propria *sospensione* della "attuazione [del] meccanismo" del mandato di arresto europeo [...]. Proprio la distinzione fra le due ipotesi, infatti, costituisce la base logico-normativa della più recente evoluzione registratasi nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in tema di tutela dei diritti fondamentali della persona nell'ambito delle procedure di consegna [...]»[27].

3.3. Prescindendo ancora solo per un momento dalla soppressione dell'inciso finale dell'articolo 1, comma 1, a sua volta riconfluito nella riformulazione dell'articolo 2, un cenno finale merita l'inserimento anche dei commi 4-*quater* e 4-*quinquies*, operato in attuazione del criterio di cui alla lettera *b)* della norma di delega e che si ricollega alla facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall'articolo 31(2) della decisione quadro, di «continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della [medesima] decisione quadro nella misura in cui questi consentono di approfondire o di andare oltre gli obiettivi di quest'ultima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato». Con le nuove disposizioni si è, in sostanza, confermato che il nostro paese intende avvalersi di detti accordi e, a tal fine, si prevede che il Governo, entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, ne notificherà l'elenco al Consiglio e alla Commissione[28].

---

[27] Cfr. *Rel. ill.*, 12, il cui richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia è da riferirsi all'ormai noto e consolidato filone interpretativo, sul quale si ritornerà a breve, sviluppatosi dapprima in relazione alle gravissime carenze degli istituti penitenziari di Romania e Ungheria (v. C.G.UE, Grande sezione, 5.4.2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru*; C.G.UE, 25.7.2018, causa C-220/18, *Generalstaatsanwaltschaft*; C.G.UE, 15.10.2019, causa C-128/18, *Dorobantu*) e, in seguito, esteso alle problematiche inerenti l'autonomia e l'indipendenza delle autorità giudiziarie polacche (C.G.UE, Grande sezione, 25.7.2018, causa 216/18, *LM*). Su tale secondo tema, seppur non con riferimento a problematiche inerenti l'esecuzione del mandato di arresto europeo, v. da ultimo C.G.UE, Grande Sezione, 2.3.2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*, di interesse anche per l'affermazione secondo cui «gli effetti derivanti dal principio del primato del diritto dell'Unione si impongono a tutti gli organi di uno Stato membro, senza che, in particolare, le disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale, possano opporvisi» (punto 148). In merito alla specificità della previsione di cui all'articolo 2, comma 3, v. G. De Amicis - G. Iuzzolino, *op. cit.*, 94, secondo i quali la previsione avrebbe «soltanto un contenuto programmatico», ritenendosi inoltre che «[i]n questo caso, il rifiuto di eseguire il mandato di arresto sarebbe [...] rimesso a una valutazione politica da parte dello Stato italiano, della quale non può essere investito l'organo giurisdizionale, nella procedura di consegna». Sul tema, in tempi recentissimi, si veda sin d'ora anche la *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri (*https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0006_IT.html), ove – pur nel contesto di un complesso e articolato quadro di *Raccomandazioni* relative al rispetto dei diritti fondamentali – non si manca di porre in risalto «che l'attivazione dell'articolo 7, paragrafi 1 e 2 TUE non equivale automaticamente a un non-riconoscimento in considerazione dell'importanza della cooperazione in materia penale e del funzionamento dell'intero sistema di cooperazione giudiziaria dell'UE» (così, in particolare, la Raccomandazione n. 32).

[28] In particolare, con l'articolo 6, comma 3, lettera *b)*, della legge 4 ottobre 2019, n. 117, si richiedeva al legislatore delegato di «risolvere i contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione dell'articolo 31 della decisione quadro 2002/584/GAI, prevedendo che si possano continuare ad applicare gli accordi o le intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della decisione quadro se contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato». Oltre a sottolineare l'evidente tardività dell'intervento rispetto al termine trimestrale previsto dalla decisione quadro per le notifiche al Consiglio e alla Commissione, nel capitolo 8 della *Relazione illustrativa* ricorda che, negli oltre tre lustri trascorsi dalla entrata in vigore della legge MAE, la nostra giurisprudenza

4. Venendo ora alle modifiche apportate all'articolo 2, dalla *Relazione illustrativa* si evince che l'intento del legislatore è stato, innanzitutto, quello di adeguare la previsione al principio del primato del diritto dell'Unione europea, riaffermato dalla Corte di giustizia anche a discapito del principio della maggior tutela di cui all'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), essendosi in particolare escluso che quest'ultimo possa consentire ad uno Stato membro di «ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato» [29].

Di qui, dunque, la ritenuta impossibilità di mantenere il richiamo operato dall'articolo 2, comma 1, lettera *b)*, «*[a]i princìpi e [a]lle regole contenuti nella Costituzione della Repubblica*, attinenti al giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla tutela della libertà personale, anche in relazione al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, nonché quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali»: previsione che, come osservato nell'imminenza dell'approvazione della legge n. 69 con più generale riferimento ai «presupposti costituzionali» del recepimento, garantiva che «il legislatore italiano [era] rimasto fermamente ancorato all'idea di una Costituzione *monovalente anteposta e preesistente rispetto ad ogni altra Costituzione di Stati dell'Unione*, concorrente nella definizione del giusto processo»[30].

In realtà, anche di tale norma la Corte di legittimità – nella sua composizione più autorevole – aveva fornito una diversa interpretazione, ritenendola volta unicamente ad «esprimere l'esigenza di tutela di valori che sono *comune* patrimonio della civiltà giuridica europea» e rimarcando, in ogni caso, «che [...], in base a una sorta di interpretazione autentica espressa nel Considerando n. 12, la decisione-quadro "non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative [tra l'altro] al giusto processo"». Purtuttavia, anche in tale circostanza la Corte, dopo aver riconosciuto che «[c]ertamente, in un contesto di cooperazione giudiziaria europea, sarebbe arbitrario ergere ogni previsione costituzionale interna a parametro della legalità della richiesta di

---

ha sempre ritenuto che, proprio in virtù dell'articolo 31 della decisione quadro, «la valutazione in ordine all'esecuzione dei mandati di arresto europeo ricevuti dalle autorità giudiziarie tedesche non potesse prescindere dalle previsioni dell'Accordo bilaterale aggiuntivo con la Germania, stipulato il 24 ottobre 1979 e ratificato in Italia con la legge 11 dicembre 1984», unico accordo «che potesse considerarsi funzionale ad agevolare ulteriormente la consegna della persona ricercata [e] a facilitare tra le Parti l'applicazione della Convenzione europea di estradizione del 1957», e ciò con specifico riferimento alle previsioni dell'articolo II. Solo un passaggio d'una recente decisione, peraltro relativa ad un mandato di arresto europeo emesso da un'autorità giudiziaria spagnola, lasciava trasparire un possibile diverso orientamento (Cass. 13.6.2018, n. 27992, in *CEDCass*, m. 273544-01). Purtuttavia, ritenendo che «il legislatore delegante non [avesse] inteso lasciare al Governo alcun margine di discrezionalità in ordine all'attuazione del criterio di delega in questione», si è dato corso alle modifiche in commento che, come rilevato nel testo, assumono – in definitiva – valore meramente confermativo.

[29] Così la notissima pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Melloni* (Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, punto 58), testualmente citata in *Rel. ill.*, 10. V., tra i vari commenti alla decisione, G. De Amicis, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 5/2013, nonché C. Amalfitano, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali ? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4.7.2014. Sulla successiva pronuncia del tribunale costituzionale spagnolo, cfr. F. Viganò, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.3.2014. Sul principio del primato dell'Unione anche rispetto alle «disposizioni interne relative alla ripartizione delle competenze giurisdizionali, ivi comprese quelle di rango costituzionale», si rinvia nuovamente alla recentissima sentenza *A.B. e a.*, già citata in nota 27.

[30] Così, in particolare, M. Panebianco, *L'approvazione parlamentare del mandato d'arresto europeo*, in *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. Pedrazzi, Milano 2004, 187 (corsivo aggiunto).

consegna», non poteva «non [...] convenir[e], in linea di principio, con i rilievi espressi dalla Commissione U.E., secondo cui alcuni Stati, tra cui [...] l'Italia, [avevano] posto clausole di salvaguardia di principi costituzionali propri del loro ordinamento, *mentre il Considerando n. 12 fa salvi solo i principi "comuni" di cui all'art. 6 T.U.E.*»: con l'ovvia conseguenza che, di fatto, non risultava possibile escludere «*un problema di dissonanza tra le scelte del legislatore nazionale e le linee della decisione-quadro*», seppur «solo relativamente ai casi in cui la legge n. 69 abbia eventualmente introdotto preclusioni alla consegna non riferibili alle garanzie sul giusto processo richiamate dalla decisione-quadro, e a maggior ragione qualora tali preclusioni non trovino corrispondenza neppure negli stessi enunciati di principio contenuti nella legge interna»[31].

4.1. È dunque proprio in ragione di quanto appena notato, ovvero per scongiurare qualsiasi possibile problematica di *compliance*, che il legislatore delegato ha quindi ritenuto opportuno riformulare l'intera disposizione.
Oltre all'articolo 6 TUE e alla Convenzione EDU (e relativi protocolli), vi ha richiamato i «principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato» (già menzionati nell'inciso finale dell'articolo 1, comma 1, ora soppresso) e «i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione»: così, nella sostanza, recependo nel testo normativo la formula con cui la Corte costituzionale ha da ultimo indicato, nell'ordinanza Taricco, i cd. "controlimiti"[32].
Le modifiche apportate hanno ricondotto la disposizione entro i limiti dell'ortodossia eurounitaria, in essa venendo ora in rilievo i soli «elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale»[33], del cui rispetto – vale ricordarlo – è garante esclusivo, nel nostro sistema, la Corte costituzionale.
Dalla disposizione è stato altresì eliminato, ovviamente, qualsiasi riferimento alle «garanzie» che l'originario comma 2 consentiva di richiedere allo Stato di emissione al fine di assicurare il rispetto delle regole, dei diritti e dei principi prima indicati al comma 1, previsione anch'essa in aperta contraddizione con la tassatività delle condizioni apponibili alla consegna.
Come già detto, l'ultimo comma è stato invece trasferito, con lievi modifiche, al comma 3-*bis* dell'articolo 1.

4.2. A seguito delle modifiche illustrate la norma appare ridotta, nella sostanza, ad un'elencazione di sintesi delle fonti del sistema di tutela "integrata" dei diritti fondamentali, sul cui rispetto deve costantemente vigilarsi nell'attuazione della procedura di consegna.
In che modo, e con quali esiti, ciò debba avvenire costituisce, come noto, questione suscettibile di soluzioni variabili in funzione della dinamica evolutiva della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, in particolare in relazione alle ipotesi di cd. *doppia pregiudizialità*[34].

---

[31] Cfr. Cass. S.U. 30.1.2007, cit., § 7 del *Diritto* (corsivo aggiunto).
[32] C. Cost., ord. 26.1.2017, n. 24. Per una sintetica ricostruzione della vicenda può utilmente consultarsi V. Manes - M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino 2020, 25 ss., cui si rinvia anche per alcune essenziali indicazioni bibliografiche.
[33] C. Cost. 22.10.2014, n. 238, § 3.2. del *Considerato in diritto*.
[34] Sul tema, tra le pubblicazioni più recenti, v. C. Amalfitano, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020; F. Donati, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutela concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi (www.federalismi.it)*, n. 12/2020; ID., *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi (www.federalismi.it)*, n. 3/2021; D. Gallo, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019; A. Ruggeri, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi (www.federalismi.it)*, n. 6/2021. Per un'ampia analisi, in chiave critica, nella prospettiva penalistica, cfr. S. Manacorda, *'Doppia pregiudizialità' e Carta*

Pur trattandosi di tematica che travalica i confini propri del presente lavoro, può essere utile tentare di individuare, in via di estrema sintesi e per finalità essenzialmente "pratiche", almeno due punti fermi.

Al primo s'è già accennato a proposito dei cd. controlimiti, che – come detto – nel nostro ordinamento possono essere "attivati" unicamente dalla Corte costituzionale, innanzi alla quale la relativa questione andrà sollevata dal giudice che, nell'applicazione delle norme sul mandato di arresto europeo, ravvisi una possibile violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato e dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla nostra Costituzione. Peraltro, laddove l'ipotizzata violazione sia riferibile a una norma interna vincolata nel contenuto da quella eurounitaria, appare – almeno in linea di principio – probabile che, come di recente avvenuto anche nell'incidente di costituzionalità relativo all'articolo 187-*quinquiesdecies* TUIF[35], prima di pronunciarsi nel merito il nostro giudice delle leggi ritenga opportuno, a sua volta, "dialogare" con la Corte di Lussemburgo[36].

Il secondo profilo si ricollega, invece, a quanto s'è in precedenza accennato a proposito delle ragioni del "trasferimento" nel nuovo comma 3-*ter* dell'articolo 1 della previsione di cui all'articolo 2, comma 3, con particolare riguardo all'evoluzione registratasi – a partire dal 2016 – nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali nelle procedure di esecuzione del mandato di arresto europeo[37].

Si tratta di un'evoluzione che, se da un lato ha segnato l'abbandono di «un'interpretazione aprioristica del principio della fiducia reciproca quale fondamento del principio del reciproco riconoscimento»[38], dall'altro ha escluso che l'autorità di esecuzione possa respingere la richiesta di consegna sulla base della sola constatazione di un rischio solo generico (per quanto «sistemico») di violazione dei diritti fondamentali, dovendo essa per contro necessariamente interloquire con l'autorità di emissione al fine di verificare l'effettività e la concretezza di detto rischio in

---

dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto, in *RIDPP*, fasc. 2 - 2020, 573 ss.

[35] Cfr. C. Cost., ord. 10.5.2019, n. 2019. Sul rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza 2.2.2021, causa C-481/19. Per una prima lettura della decisione, v. M. Baldari, *La CGUE riconosce il "diritto al silenzio" nei procedimenti sanzionatori dinnanzi alla Consob*, in *Giustizia insieme*, 3.3.2021: https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1595-la-cgue-riconosce-il-diritto-al-silenzio-nei-procedimenti-sanzionatori-dinnanzi-alla-consob-nota-a-cgue-sentenza-2-febbraio-2021-causa-c-481-19.

[36] Cfr., sul punto, F. Donati, *La questione prioritaria di costituzionalità*, cit., 4, che, a proposito della giurisprudenza *Melloni*, rileva come essa si riferisca ad una materia «in cui il diritto dell'Unione opera un'*armonizzazione totale*, attraverso regole che non lasciano alcun margine significativo di discrezionalità nella loro attuazione» (corsivo aggiunto). In senso conforme, v. R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European papers*, vol. 5, 2020, n. 1, 515, il quale pure rileva che «sembra sia ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria che la *summa divisio* è determinata dal tipo di intervento normativo effettuato dal legislatore dell'Unione: in presenza di una disciplina per così dire "totalizzante", che cioè non richiede interventi di attuazione nel diritto nazionale oppure, pur richiedendoli, non lascia margini di discrezionalità trattandosi di interventi a contenuto vincolato (*è il caso, per citarne uno, che ha dato origine alla già citata sentenza Melloni*), allora la valutazione del rispetto dei diritti fondamentali è in linea di principio demandata alla Corte di giustizia, trattandosi di giudicare, nella sostanza, il comportamento del legislatore dell'Unione» (corsivo aggiunto).

[37] V. *supra* al richiamo di nota 27.

[38] Così A. Rosanò, *Dopo Aranyosi e Căldăraru: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali e MAE*, in *SP*, n. 10/2020, 53. In tema, v. anche E. Celoria, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2.6.2020.

riferimento alla specifica situazione individuale della persona richiesta. Solo all'esito di tale interlocuzione, il giudice potrà decidere, se del caso, di «porre fine» alla procedura[39].
Anche alla luce di tali ultimi rilievi può conclusivamente osservarsi come la portata innovativa della riforma si colga più nella sua *pars destruens*, in relazione cioè all'avvenuta soppressione delle precedenti previsioni difformi, che non nella positiva "ricapitolazione" dei principi e dei diritti fondamentali di cui s'è detto: del tutto pacifico essendo, per un verso, che essi si sarebbero imposti pure in mancanza d'un loro richiamo in una disposizione contenuta in una (mera) legge ordinaria, per altro verso che quest'ultima non può essere utilizzata come la proverbiale "finestra" da cui far rientrare tal quali i motivi di rifiuto, le garanzie e gli altri limiti applicativi non previsti dalla decisione quadro, che non presidino il rispetto dei principi e diritti fondamentali suddetti e che il legislatore della riforma ha appena deciso di mettere "alla porta"[40].

---

[39] Come accennato nel passaggio della Relazione illustrativa riportato al richiamo di nota 27, punto di partenza del nuovo indirizzo ermeneutico della Corte è la constatazione che «il considerando 10 della decisione quadro stabilisce che l'attuazione del meccanismo del mandato d'arresto europeo può essere sospesa *solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei valori contemplati dall'articolo 2 TUE*, e *in conformità con il procedimento previsto dall'articolo 7 TUE*» (così la già citata sentenza della Grande sezione del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, punto 81). Conseguentemente, sino a che ciò non avvenga, non è consentito – in linea di principio – allo Stato di esecuzione sottrarsi all'obbligo di consegna adducendo il pericolo d'una violazione dei diritti fondamentali della persona richiesta nello Stato di emissione, ostandovi la presunzione di rispetto di tali diritti da parte degli altri Stati membri, oltre che la (conseguente) assenza – nella decisione quadro – di motivi di rifiuto ad essi correlati (v. anche, a proposito dell'impossibilità di rifiutare il riconoscimento sulla base della sola "attivazione" del meccanismo di cui all'articolo 7 TUE, la recente Risoluzione del Parlamento europeo citata in chiusura di nota 27). Quanto appena rilevato non esclude però che, come peraltro già affermato dalla Corte nel parere sull'adesione dell'Unione alla Convenzione EDU (Parere del 18 aprile 2014, Avis 2/13: v., in p., punto 191), «in circostanze eccezionali» i principi di riconoscimento e di fiducia reciproci tra Stati membri possano subire limitazioni per la necessità di assicurare tutela ad un diritto fondamentale garantito dalla CDFUE: evenienza, quest'ultima, peraltro espressamente prevista dall'articolo 1(3) della stessa decisione quadro. Una simile necessità si è posta, ad esempio, come pure in precedenza accennato, in riferimento al divieto di pene e di trattamenti inumani o degradanti, previsto come assoluto e inderogabile dagli articoli 4 della CDFUE e 3 della Convenzione EDU, anche in ragione della sua diretta riferibilità all'essenziale e sovraordinato valore della dignità umana. In particolare, a fronte delle sempre più insistite e allarmanti notizie circa le condizioni dei detenuti in alcuni Stati membri, la Corte di giustizia ha strutturato un test bifasico (ormai, per brevità, convenzionalmente denominato *Aranyosi test*), che presuppone una verifica preliminare volta ad accertare la sussistenza del rischio di violazione dei diritti fondamentali su di un piano generale o sistemico, destinata a svilupparsi – in caso di riscontro positivo – in un ulteriore approfondimento circa il concreto "destino penitenziario individuale" della persona richiesta in consegna. Solo allorquando anche tale seconda fase confermi la dimensione effettiva del rischio, e sempre che lo Stato di emissione non dimostri entro «un termine ragionevole» di essere in condizioni di fornire informazioni sufficienti a superare l'*impasse*, l'autorità di esecuzione deve – come rilevato nel testo – «decidere se occorre *porre fine* alla procedura di consegna» (così il punto 104 della sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, i cui principi risultano pienamente recepiti dalla giurisprudenza nazionale sin da Cass. 1.6.2016, n. 23227, *Barbu*). Il descritto modulo procedimentale è stato di recente esteso dalla Corte anche alle problematiche postesi in relazione alle garanzie di autonomia e indipendenza del potere giudiziario in Polonia, rilevanti *sub specie* di violazioni del diritto a un processo equo (sul tema, in aggiunta alle sentenze del giudice UE già citate sempre in nota 27, v. in ambito nazionale Cass. 21.5.2020, n. 15924, *Mokrzycki Janusz*, in *CEDCass*, m. 278889-01). E' di rilevante interesse notare che, prima di tale estensione, la Corte aveva altresì accordato rilevanza alla garanzia prestata dalle autorità dello Stato emittente «circa il fatto che la persona interessata non sarà sottoposta ad un trattamento inumano o degradante a causa delle sue concrete e precise condizioni di detenzione a prescindere dall'istituto penitenziario in cui sarà incarcerata», precisando in particolare che laddove tale garanzia sia prestata (o, quanto meno, «approvata») dall'autorità giudiziaria di emissione, di essa il giudice dell'esecuzione «deve fidarsi», e ciò «perlomeno in assenza di qualsivoglia elemento preciso che permetta di ritenere che le condizioni di detenzione esistenti all'interno di un determinato istituto penitenziario siano contrarie all'articolo 4 della Carta» (C.G.UE, sentenza 25 luglio 2018, *Generalstaatsanwaltschaft,* cit., punti 111 - 112).
[40] Per un forte richiamo alla necessità di stretta osservanza del principio di tassatività dei motivi di rifiuto, con la sola

5. Per quanto attenga a un aspetto di assoluta rilevanza, assai più semplice di quella appena svolta risulta l'esposizione delle modifiche riguardanti il corredo documentale che, come in precedenza accennato, la legge n. 69 richiedeva s'accompagnasse inderogabilmente al modulo MAE onde consentire i minuziosi controlli rimessi alle nostre autorità giudiziarie chiamate a valutarne l'esecuzione.
Si tratta, infatti, di un profilo di indiscussa, patente e grave incompatibilità con le previsioni dello strumento eurounitario, per ciò stesso non emendabile se non a mezzo d'un intervento di natura puramente soppressiva.
Può dunque in breve notarsi che l'articolo 6 della legge n. 69, intitolato al *Contenuto del mandato d'arresto europeo nella procedura passiva*, risulta sostanzialmente sovrapponibile – nel suo primo comma – all'articolo 8(1) della decisione quadro. Sia l'una che l'altra disposizione fanno riferimento alla necessità della «indicazione della esistenza» del titolo, cautelare o esecutivo, sulla cui base l'autorità di emissione richiede la consegna del destinatario del provvedimento.
Tuttavia, mentre per la decisione quadro è stato da sempre pacifico che «[i]n virtù del principio del mutuo riconoscimento, è [davvero] sufficiente la semplice "indicazione dell'esistenza" dei provvedimenti *de libertate* che fungono da presupposto all'emissione del mandato e che vengono riconosciuti appunto in quanto l'autorità giudiziaria emittente ne certifica l'esistenza»[41], invece la nostra normativa interna prevedeva che la corte d'appello non potesse autorizzare la consegna se non dopo aver ottenuto «copia del provvedimento restrittivo della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta stessa»: e, anzi, che al mandato d'arresto dovesse essere altresì allegata tutta la documentazione di cui l'articolo 700 cod. proc. pen. dispone l'acquisizione nelle procedure di estradizione ordinarie, tra cui in particolare «una relazione sui fatti addebitati alla persona della quale è domandata la consegna, con l'indicazione delle fonti di prova, del tempo e del luogo di commissione dei fatti stessi e della loro qualificazione giuridica». In mancanza, la corte era tenuta a sollecitarne la trasmissione tramite il Ministero della giustizia, che doveva a sua volta informare l'autorità di emissione «che la ricezione del provvedimento e della documentazione costitui[va] condizione necessaria per l'esame della richiesta di esecuzione», ineluttabilmente destinata infatti ad essere rigettata in assenza di mancato riscontro al sollecito per le vie ministeriali[42].
Il palese contrasto di tali disposizioni con la decisione quadro era stato autorevolmente posto in risalto già durante l'*iter* parlamentare della legge, denunziandosi tra l'altro il concreto pericolo che le acquisizioni documentali in questione favorissero l'indebita intromissione delle nostre autorità giudiziarie in apprezzamenti "di merito" riservati in via esclusiva a quelle dello Stato di emissione[43].
Analoghe censure erano state reiterate nella *Relazione sull'Italia* del 2009, e ciò nonostante gli sforzi nel frattempo compiuti dalla nostra giurisprudenza di legittimità per adeguare – sin dove

---

eccezione delle «altre circostanze, quali riconosciute dalla CGUE, [che] giustifichino la limitazione dei principi del reciproco riconoscimento e della fiducia reciproca tra gli Stati membri», v. ancora la *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri*, cit., Raccomandazione n. 11.
[41] Così M. Bargis, *Libertà personale e consegna*, cit., 307.
[42] V. articolo 6, commi 3 - 6, della legge MAE.
[43] V., in particolare, E. Selvaggi, *L'attuazione del mandato europeo di arresto tra incomprensioni e … pretesti*, in *CP*, 2003, 3657.

possibile – l'interpretazione di dette previsioni in prospettiva logico-sistematica e in chiave teleologico-funzionale[44].
La problematica, come detto, è stata affrontata e risolta dalla riforma nell'unico modo possibile[45], ovvero attraverso la resezione integrale delle disposizioni che ad essa davano origine, così recuperando al mandato di arresto europeo l'indispensabile caratteristica di "autosufficienza": la quale, oltre a costituire essenziale pre-condizione della semplificazione procedimentale e del contenimento della tempistica di esecuzione della consegna, costituisce prima e basilare garanzia nei confronti di qualsiasi "intrusione" dell'autorità di esecuzione nelle valutazioni sottese all'adozione del titolo restrittivo veicolato dal MAE.

6. È il secondo dei "pilastri" di cui s'è detto nelle premesse[46].
Al fine di semplificare le verifiche funzionali all'esecuzione del mandato di arresto europeo, la decisione quadro prevedeva l'esclusione della verifica della doppia punibilità per 32 categorie di gravi reati «quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente» e purché «in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati [fosse] pari o superiore a tre anni»[47].
Era compito rimesso all'autorità di emissione stabilire se il reato rientrasse in una delle categorie suddette, basandosi sulla definizione del reato contenuta nella sua legislazione nazionale, dovendo invece l'autorità di esecuzione unicamente verificare che la prima avesse dato atto di aver effettuato la verifica contrassegnando l'apposita casella riportata nel modulo MAE (e, in particolare, nel campo *e)*, sub I.)[48].
Al di fuori di tali casi, la decisione quadro consentiva agli Stati membri di subordinare la consegna alla verifica della doppia incriminazione[49]: fermo restando che, per i reati «in materia di tasse e di

[44] V., sul punto, l'ampia ricostruzione di G. De Amicis - G. Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., 29 ss.
[45] Si veda l'articolo 3, comma 1, lettera *c)* del decreto legislativo, con cui è stata disposta l'abrogazione dei commi da 3 a 6 dell'articolo 6 della legge n. 69. Gli articoli 6, 8 e 12 del decreto legislativo sopprimono i riferimenti a dette disposizioni contenuti, rispettivamente, negli articoli 9, comma 1, 11, comma 2, e 16, comma 1, della legge n. 69.
[46] V., nuovamente, anche per l'evoluzione negoziale sviluppatasi a partire dalla iniziale (ben diversa) proposta della Commissione, v. L. Salazar, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo,* cit., 17 - 22, nonché L.A. D'Angelo, *La rilevanza del principio della «doppia incriminazione» ai fini delle determinazioni in materia di consegna della persona*, 63 ss.
[47] Come segnalato nella più volte citata *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio* (v. pag. 13, al richiamo di nota 62), e rimarcato nella *Relazione illustrativa* (v. pag. 15, nota 25), «[a]lcune delle categorie dei 32 reati sono state armonizzate in una certa misura a livello dell'UE a norma dell'articolo 83 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea», quali – ad esempio – alcuni reati in materia di contraffazione dell'euro e di altre monete, di terrorismo, di criminalità informatica e di tratta di esseri umani». Quanto alla soglia edittale di rilevanza, il requisito «in linea di principio, [...] intende assicurare la *proporzionalità* del MAE»: così la già citata *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021*, punto 16 (corsivo aggiunto). Per verificare il raggiungimento della soglia va presa in considerazione «la legge dello Stato membro emittente nella versione applicabile ai fatti che hanno dato luogo al procedimento nell'ambito del quale è stato emesso il mandato d'arresto europeo», e non l'eventuale legge vigente al momento dell'emissione del MAE: così, in epoca recente, C.G.UE, Grande Sezione, 3.3.2020, *X*, C-717/18, su cui v., per una breve nota di sintesi e commento, S. Riondato, in *DPP*, n. 1/2021, 125 -126.
[48] Per tali indicazioni, v. anche il recente *Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *GUUE* 6.10.2017, C-335/68 - 69 e, rispettivamente, 335/28: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC1006(02)&from=IT.
[49] Secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice dell'esecuzione deve verificare «se gli elementi di fatto alla base del reato, quali risultano dalla sentenza pronunciata dall'autorità competente dello Stato di emissione, sarebbero di per sé, nell'ipotesi in cui si fossero verificati nello Stato di esecuzione, penalmente perseguibili anche nel territorio di quest'ultimo» e, in particolare, «se, nell'ipotesi in cui il reato in questione fosse stato commesso sul territorio dello

imposte, di dogana e di cambio», nessun rilievo poteva accordarsi al fatto che «la legislazione dello Stato membro di esecuzione non impone[esse] lo stesso tipo di tasse o di imposte o non cont[enesse] lo stesso tipo di normativa in materia di tasse, di imposte, di dogana e di cambio della legislazione dello Stato membro emittente»[50].
Secondo l'autorevolissimo parere ricordato in premessa, che – come detto – ebbe un peso fondamentale nell'impostazione della normativa di implementazione, l'esclusione del cd. *double criminality check* «si pone[va] in contrasto con le norme costituzionali che stabiliscono il principio di tassatività della norma penale ed il principio della necessaria riserva di legge in materia penale, perché [era] fondata sulla compilazione di un elenco che non rispetta tali requisiti e si risolve[va] in una enunciazione sommaria degli "oggetti" rilevanti in sede penale»[51].
Appena qualche anno più tardi, confermando gli argomenti (e gli auspici) già da tempo espressi da una parte della dottrina[52], la Corte di Strasburgo si sarebbe pronunciata in senso difforme[53].
Tuttavia, nel frattempo, il legislatore italiano s'era già fatto carico delle preoccupazioni alla base del citato parere, aggiungendovene anzi delle proprie.
Ed infatti, nella nostra disciplina domestica, il parametro normativo dettato per i casi di esclusione della verifica della doppia punibilità veniva "nazionalizzato", essendosi perlopiù ridisegnate le 32 categorie di reati sopra ricordate sui contorni delle specifiche fattispecie incriminatrici contemplate nell'ordinamento penale interno[54]. Inoltre, non si richiedeva che la soglia di pena dei 3 anni fosse

---

Stato membro di detta autorità, si sarebbe ritenuto leso un interesse analogo, tutelato dal diritto nazionale di quest'ultimo Stato»; non è invece suo compito accertare «se l'interesse tutelato dallo Stato di emissione sia stato leso» dalla commissione del reato: cfr. C.G.UE, 11.1.2017, *Grundza*, C-289/15, punti 38 e 49. I principi risultano recepiti nella nostra giurisprudenza nazionale: v. Cass. 3.5.2017, n. 22249, in *CEDCass*, mass. n. 269918-01, nonché Cass. 13.3.2019, n. 11494, in *Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo*, cit., 38.

[50] Cfr., rispettivamente, l'articolo 2(2) e (4) e, quanto ai tributari, doganali e valutari, l'articolo 4(1).

[51] V. Caianiello - G. Vassalli, *Parere sulla proposta di decisione - quadro sul mandato di arresto europeo*, cit., 462.

[52] Per un'ampia e argomentata critica del parere indicato alla nota precedente, v. L. Picotti, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, cit., 33 ss.

[53] Cfr. C.G.UE, Grande Sezione, sentenza 3.5.2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, così massimata sul punto: «Il principio della legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), che fa parte dei principi generali del diritto alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato parimenti sancito da diversi trattati internazionali, in particolare dall'art. 7, n. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tale principio implica che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando il soggetto di diritto può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, nel caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale. A tal proposito, l'art. 2, n. 2, della decisione quadro 2002/584, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, nella parte in cui sopprime il controllo della doppia incriminazione per le categorie di reati menzionati in tale disposizione, non è invalido per violazione del richiamato principio di legalità dei reati e delle pene. Infatti, la decisione quadro non è volta ad armonizzare i reati in questione per quanto riguarda i loro elementi costitutivi o le pene di cui sono corredati. Se è vero che il citato art. 2, n. 2, della decisione quadro sopprime il controllo della doppia incriminazione per le categorie di reati menzionate in tale disposizione, la loro definizione e le pene applicabili continuano a rientrare nella competenza dello Stato membro emittente, il quale, come peraltro recita l'art. 1, n. 3, della stessa decisione quadro, deve rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE e, di conseguenza, il principio di legalità dei reati e delle pene». Per un'analisi della decisione, cfr. G. De Amicis - G. Iuzzolino, cit., 180 ss., nonché S. Manacorda, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità (note a margine di Corte di giustizia, Advocaten voor de wereld, 3 maggio 2007)*, Testo ampliato e aggiornato della relazione presentata al Convegno «Giustizia penale internazionale e garanzie fondamentali», Università di Firenze, 25 e 26 novembre 2006, in *CP*, 2007, fasc.11, 4346 ss.

[54] Per un'efficace rappresentazione comparativa delle diverse modalità di implementazione delle 32 categorie nella normativa italiana, belga e spagnola, si veda la tabella di raffronto riportata da P. Balbo, *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana*, Torino 2005, 64 - 71.

da verificarsi alla stregua della (sola) normativa dello Stato di emissione. Del tutto arbitrariamente, ancora, si escludevano dal calcolo le circostanze aggravanti. A completare il quadro, in assenza di doppia incriminazione, si prevedeva che la consegna fosse da rifiutarsi quando il ricercato «non era a conoscenza, senza propria colpa, della norma penale dello Stato membro di emissione»: ciò, però, a condizione che si trattasse d'un cittadino italiano[55].
Per gli euromandati relativi a reati per i quali il *test* di doppia punibilità veniva mantenuto, oltre ad escludersi nuovamente le aggravanti ai fini del raggiungimento della soglia di 12 mesi (prevista per l'emissione del MAE cd. processuale), si ometteva qualsiasi riferimento all'irrilevanza sia della qualificazione giuridica del fatto sia dei «singoli elementi costitutivi del reato». In relazione ai reati «in materia di tasse e di imposte, di dogana e di cambio», veniva invece introdotta una clausola di "assimilabilità", pretendendosi in ogni caso, da un lato, che l'incriminazione presidiasse tasse o imposte *analoghe* a quelle previste dalla nostra legislazione, dall'altro che quest'ultima sanzionasse le relative violazioni con una pena non inferiore a 3 anni di reclusione: sempre al netto, inutile dirlo, delle eventuali circostanze aggravanti[56].
Anche in questo caso, come già visto nel precedente paragrafo a proposito della sovrabbondante acquisizione documentale richiesta (*recte*, imposta) a supporto del MAE, i segnalati profili di discrasia – oggetto di negativi rilievi sia nella *Relazione sull'Italia* del 2009[57], sia nella più recente *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio*[58] – sono stati tutti eliminati dall'intervento di riforma[59].
Quanto, in particolare, all'individuazione dei reati che danno luogo alla «consegna obbligatoria», all'originaria elencazione delle fattispecie nazionali s'è sostituito un integrale e diretto richiamo dell'articolo 2(2) della decisione quadro e, dunque, al "famoso" elenco delle 32 categorie di reati ivi contenuto: un elenco che il Parlamento europeo ha di recente sollecitato la Commissione europea a rivedere e integrare, come meglio si avrà modo di dire nei rilievi conclusivi.

7. Si è già detto che, nel sistema della decisione quadro le previsioni che escludono o comunque limitano l'esecuzione del MAE, e segnatamente i motivi di rifiuto e le «garanzie» che possono essere richieste allo Stato di emissione (nella forma di «condizioni» da apporsi alla consegna), costituiscono eccezioni al principio generale di cui all'articolo 1(2), in forza del quale «[g]li Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco».

---

[55] V., rispettivamente, i commi 1 e 3 dell'articolo 8, intitolato alla *Consegna obbligatoria*. Il comma 2 della disposizione rimetteva ai nostri giudici di «accerta[re] quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrispond[esse] alle fattispecie di cui al comma 1».
[56] Definisce «abnorme» la disciplina per i reati fiscali, doganali e finanziari, L. Picotti, *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo: i reati "in lista" e "fuori lista" e la disciplina della legge italiana di attuazione*, in *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, cit., 137.
[57] Cfr. pp. 69 - 70.
[58] V. paragrafo 3.7., pagg. 12 - 14.
[59] V. articoli 4 e 5 del decreto legislativo. Di rilievo anche la previsione di cui all'articolo 26, che ha abrogato la disposizione transitoria di cui all'articolo 40, comma 3, nonché soppresso il rinvio che ad esso operava il comma 2, sì da rendere applicabili le nuove previsioni in tema di consegna obbligatoria anche ai fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore della legge n. 25 del 2005 (ma, pur sempre, dopo il 7 agosto 2002: v. articolo 40, comma 2, della legge n. 69). Sulla contrarietà di detta disposizione all'articolo 32 della decisione quadro, la dottrina è stata da sempre concorde: v. G. De Amicis - G. Iuzzolino, cit., 157 - 158, nonché M.R. Marchetti, *Dall'estradizione al mandato d'arresto europeo: problemi di diritto transitorio,* e G. Nicastro, *Le disposizioni transitorie*, in *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, cit., rispettivamente a pagg. 237 - 239 e 506.

Ai legislatori nazionali non è consentito, quindi, né introdurre motivi di rifiuto o garanzie ulteriori, né ampliare il contenuto delle relative previsioni[60].
La decisione quadro, nella sua versione originaria, agli articoli 3 e 4 enumerava, rispettivamente, tre motivi di non esecuzione obbligatoria e sette motivi di non esecuzione facoltativa.
A questi ultimi se n'è aggiunto – in epoca (per l'Italia) alquanto recente – uno ulteriore, a struttura complessa, riferito alle «decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente», separatamente interpolato nel nuovo articolo 4-*bis* dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009, la quale ha contestualmente soppresso la «garanzia» prima prevista dall'articolo 5, n. 1[61].
A seguito di tale modifica alla consegna sono apponibili condizioni in due casi soltanto[62].
In realtà, con riferimento alle garanzie, può subito dirsi che, aldilà di talune imperfezioni linguistiche e, soprattutto, di natura tecnica, l'articolo 19 della legge n. 69 – in sé considerato – non poneva problemi comparabili, per numero e gravità, a quelli che invece si riscontravano per i «motivi obbligatori di rifiuto della consegna» di cui all'articolo 18.
L'unica questione d'una certa serietà nasceva, infatti, dalla scelta profondamente irrazionale (prim'ancora che costituzionalmente illegittima) compiuta dal legislatore del 2005 in relazione ai meccanismi di tutela dei cittadini italiani, da un lato, e dei cittadini UE ed extra-UE, dall'altro, risultando tali ultime due categorie illogicamente sottoposte a regimi differenziati a seconda che venisse in rilievo il motivo di rifiuto (facoltativo) opponibile per il MAE esecutivo, oppure la garanzia prevista in caso di MAE processuale.
Del tutto diverse, e assai più problematiche, le criticità sollevate dalle disposizioni contenute nell'articolo 18, in cui s'era allestito un catalogo di oltre venti motivi di non esecuzione, la maggior parte dei quali non previsti (o non previsti come obbligatori) dalla decisione quadro e che, talora, presupponevano l'esercizio di quell'inammissibile sindacato di merito sulla decisione nazionale alla base del MAE, cui più volte s'è già fatto cenno nelle pagine precedenti.
A tal proposito, è davvero appena il caso di ricordare come essi si aggiungessero agli altri svariati motivi di rifiuto della consegna (anch'essi tutti obbligatori) disseminati nel testo della legge, dei

[60] Principi pacifici nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: quanto alla tassatività dei motivi di rifiuto e delle condizioni, v. C.G.UE, 6.10.2009, *Wolzenburg*, C-123/08 (punto 57) e 5.4.2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cit. (punto 80); sulla necessità di un'interpretazione restrittiva delle previsioni limitative del principio del mutuo riconoscimento, v. C.G.UE 29.6.2017, *Popławski*, C-579/15 (punto 19) e 10.8.2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU (punto 50).
[61] La decisione quadro ha modificato le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, al fine di «rafforza[re] i diritti processuali delle persone e promuove[re] l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo». V. in proposito, senz'alcuna pretesa di esaustività, A. Mangiaracina, *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziale*, in *DPP* 2009, 122 ss.; G. De Amicis, *Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI*, in *CP* 2009, fasc.9, 3613 ss.; F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo* in absentia, in *RIDPP* 2010, 118 ss.; L. Camaldo, *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell'imputato*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 73 ss.; A. Chelo, *Le "istruzioni sovranazionali" sui limiti al processo in absentia: dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'Uomo al diritto di partecipare al processo nella normativa dell'Unione europea,* Testo della Relazione presentata al Convegno internazionale di Diritto processuale penale «Le nuove leggi penali tra normativa sovranazionale e principi costituzionali», Pula (Cagliari), 4 e 5 luglio 2014, in *Archivio Penale*, n. 1/2015.
[62] Ovvero quando «il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso è punibile con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà a vita (n. 2) e nei casi in cui «la persona oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione» (n. 3).

quali s'è detto nell'esaminare le disposizioni di principio[63], la documentazione "a supporto" del mandato di arresto europeo[64] e, da ultimo, la disciplina della doppia punibilità[65]: ipotesi cui va qui ulteriormente aggiunta quella forse più significativa (se non, addirittura, emblematica), attinente alla verifica di sussistenza dei «gravi indizi di colpevolezza» nel MAE processuale, che, ove negativa, imponeva anch'essa – ai sensi dell'articolo 17, comma 4 – il rifiuto della consegna, così degradandosi l'innovativo strumento di cooperazione fra gli Stati membri al rango d'una comune estradizione *extraconvenzionale*[66].
In ogni caso, venendo in rilievo tematiche essenzialmente disomogenee, appare più agevole esaminarle separatamente, illustrando dapprima quelle attinenti ai motivi obbligatori di rifiuto e, in seguito, quelle relative ai motivi facoltativi e alle più volte citate «garanzie». Un discorso a parte andrà infine svolto per il motivo di rifiuto (facoltativo) previsto per i MAE con finalità d'esecuzione basati su sentenze emesse in *absentia*.

8. Premesso che già la norma di delega, ai commi 5 e 6, aveva di fatto "trasferito" in un nuovo articolo 18-*bis*, sotto la rubrica *Motivi di rifiuto facoltativo della consegna*, le previsioni contenute alle lettere *o)*, *p)* ed *r)* dell'originario articolo 18, si osserva che l'intervento di riforma ha drasticamente circoscritto i residui motivi obbligatori di rifiuto a quelli previsti dalla decisione quadro (amnistia; *bis in idem*; minore età), nonché ricondotto nei limiti da quest'ultima consentiti la debordante estensione in origine attribuita ad uno di essi. Il nuovo testo[67] non ripropone, e dunque abroga, tutti i motivi connessi ora alle più volte ricordate inammissibili verifiche di merito, ora ai principi e ai diritti fondamentali: la protezione dei quali ultimi, lo si è già notato[68], rimane comunque affidata agli strumenti, ai rimedi e alle procedure previsti dalle fonti sovraordinate

[63] V. articoli 1, comma 3, e 2, comma 3, della legge n. 69. Per l'esame della questione relativa all'effettiva legittimazione della corte di appello a rifiutare, in questi casi, l'esecuzione del mandato, o se non debba piuttosto provvedere l'autorità centrale, v. G. De Amicis - G. Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., 93 - 95, che – come in parte già visto (v. nota 27) – propendono per la prima alternativa con riferimento all'articolo 1, comma 3, e per la seconda quanto all'articolo 2, comma 3.
[64] Articolo 6, comma 6.
[65] Articoli 7, comma 1, e 8, comma 3.
[66] Come incisivamente osservato, l'articolo 17, comma 4, «rende[va] l'esecuzione del mandato di arresto europeo più difficoltosa dell'accoglimento di un'ordinaria domanda di estradizione», determinando «una regressione rispetto alla situazione precedente che la decisione quadro intendeva, invece, superare»: cfr. F. Lo Voi, *Il procedimento davanti alla corte di appello e i provvedimenti* de libertate, in *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, cit., 263 - 264. In realtà, sin dalle prime applicazioni della legge, la Corte di cassazione aveva imboccato con decisione la strada di un'interpretazione adeguatrice (sin dove possibile, s'intende), ritenendo che, ai fini in questione, «[fosse] sufficiente un controllo estrinseco del provvedimento cautelare, per verificare che esso dia conto delle prove a carico» e che «non spetta[sse] all'autorità italiana una nuova pregnante valutazione di tali fonti»: v., in proposito, G. De Amicis - G. Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., 96, al richiamo di nota 104. L'orientamento, come noto, aveva ricevuto l'autorevole avallo delle Sezioni Unite nella sentenza *Ramoci*, già citata in nota 22, così massimata sul punto: «In tema di mandato di arresto europeo, l'autorità giudiziaria italiana, ai fini della riconoscibilità del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, deve limitarsi a verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente evocativo di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna». Per una panoramica generale sullo stato della giurisprudenza in materia, v. M. Lipani - S. Montaldo, *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte di cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2017, 7.
[67] Risultante dalla sostituzione operata dall'articolo 14 del decreto legislativo.
[68] Cfr. paragrafo 4.

riepilogate nell'articolo 2, conformemente alla clausola di salvezza inserita nell'inciso iniziale della norma[69].
Più nel dettaglio, del tutto inalterato è rimasto il motivo di rifiuto previsto per l'ipotesi di amnistia, ora ricatalogato alla lettera *a)*, mentre quello concernente il *bis in idem* – di cui all'attuale lettera *b)* – è oggetto di due modifiche, delle quali soltanto l'esplicita menzione dell'effetto preclusivo riconducibile alle sentenze di non luogo a procedere – conforme ad una precisa indicazione del giudice europeo[70] – ha natura rilievo sostanziale, anche in ragione della conseguente soppressione del motivo di rifiuto prima previsto dalla lettera *o)* dell'articolo 18: disposizione quest'ultima che, vale notarlo, legittimava la consegna in presenza dei presupposti per la revoca della sentenza di non luogo a procedere di cui all'articolo 424 cod. proc. pen.
Il terzo motivo di rifiuto, concernente il difetto di imputabilità per minore età, è stato ricollocato alla lettera *c)* del nuovo articolo 18 con un'estensione riparametrata al solo caso del minore infraquattordicenne, essendo state invece eliminate tutte le ulteriori ipotesi in precedenza previste con riferimento all'infradiciottenne. Anche in questo caso, la modifica consegue al recepimento dei principi enunciati dalla Corte UE, secondo la quale, ai fini in esame, assume rilievo unicamente il fatto che il minore attinto dal MAE «non abbia raggiunto l'età minima per essere penalmente perseguito o condannato in forza del diritto dello Stato membro di esecuzione», mentre è interdetta «una valutazione della [sua] situazione particolare [...] e dei fatti all'origine del mandato emesso nei suoi confronti»[71].
Tra gli ulteriori motivi di rifiuto integralmente soppressi, oltre a quelli – dei quali s'è già più volte detto – variamente ricollegabili a diritti e princìpi fondamentali[72], specifica menzione merita quello basato sull'intervenuta prescrizione del reato o della pena, opponibile allorquando «i fatti per i quali il mandato d'arresto europeo è stato emesso potevano essere giudicati in Italia» e, comunque, tuttora applicabile in tutti i casi in cui l'estinzione per prescrizione sia stata dichiarata con sentenza definitiva, rimanendo comunque ferma la garanzia del *ne bis in idem*[73].
La scelta soppressiva è giustificata dal legislatore delegato essenzialmente sulla base di due considerazioni: la prima, basata sul rilievo secondo cui «attribuire all'Autorità giudiziaria la mera "facoltà" di opporre il rifiuto, in assenza di parametri legali a fondamento della decisione, trasformerebbe di fatto in "arbitraria" una scelta che la stessa decisione quadro, alla stregua dell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, struttura come "*discrezionale*"»; la seconda, indicata come di «[r]ilievo determinante», che fonda invece sulla «insussisten[za di] un interesse

[69] La clausola ricomprende altresì i casi di MAE non emesso da un'«autorità giudiziaria» o basato su sentenza non «esecutiva» (articolo 1, comma 3), di sospensione dell'applicazione del mandato di arresto europeo a seguito della constatazione della grave e persistente violazione dei principi di cui all'articolo 6 TUE (articolo 1, comma 3-*ter*) e di negativo riscontro del requisito della doppia punibilità (per i reati non rientranti nelle ormai più volte citate 32 categorie: articolo 7, comma 1).
[70] V. C.G.UE, 5.6.2014, *M*, C-398/12.
[71] C.G.UE, Grande sezione, 23.1.2018, *Piotrowski*, causa C-367/16 (punti 41 ss.).
[72] Si tratta, in particolare, dei motivi di cui alle lettere *a), d), e), f), g), h), p), q)* e *s)* del testo risultante dalle modifiche apportate dalla Legge di delegazione, l'ultimo dei quali peraltro richiamava – non le Carte sovranazionali, né la nostra Costituzione, ma solo – la tradizionale nozione di «principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato» quale limite all'esecuzione dei MAE esecutivi. Come in precedenza accennato, all'epoca dell'approvazione della legge n. 69 del 2005 era diffusa l'opinione secondo cui almeno talune delle previsioni ora soppresse non fossero «incompatibili con la decisione-quadro, essendo anzi esse conformi alla lettera e allo spirito della medesima, quale espresso nei *considerando* 12 e 13 del preambolo e nell'art.1, par. 3»: così, ad esempio, M. Pedrazzi, *Considerazioni introduttive*, cit., 10 - 11.
[73] V. C.G.UE, 28.1.2006, *Gasparini*, causa C-467/04.

dello Stato ad accordare tutela all'aspettativa del soggetto ricercato di beneficiare delle previsioni nazionali in tema di prescrizione, laddove più favorevoli»[74].

9. Avvalendosi della previsione di delega che autorizzava la modifica anche dei motivi di rifiuto (prima obbligatori) transitati nel nuovo articolo 18-*bis* della legge, il legislatore ha innanzitutto provveduto ad una risistemazione formale delle tre ipotesi[75].
Al comma 1, sono stati collocati, senza apportarvi alcun cambiamento, i motivi relativi alla cd. *territorialità* (lettera a) e alla *litispendenza* (lettera b), opponibili in caso di MAE processuale.
Al comma 2 è riconfluito, invece, l'unico motivo previsto in relazione al MAE esecutivo, applicabile nell'ipotesi in cui ne sia destinatario il cittadino italiano e, a seguito del noto intervento additivo operato dalla Corte costituzionale nel 2010[76], anche il cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea «legittimamente ed effettivamente residente o dimorante nel territorio italiano»: ciò sempre che vengano contestualmente disposti il riconoscimento e l'esecuzione in Italia della sentenza a fondamento dell'euromandato[77].
La nuova norma circoscrive l'ambito di operatività del motivo di rifiuto ai casi in cui la condizione di residente o dimorante in Italia del cittadino dell'Unione perduri da almeno cinque anni[78].
Come ricordato nella *Relazione illustrativa*[79], la modifica trae spunto da una previsione da tempo contemplata nella legislazione dei Paesi Bassi, già positivamente scrutinata dalla Corte UE e volta a rafforzare «il sistema di consegna [...] a favore di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia».
Ed infatti la previsione di un tempo minimo di permanenza della persona nello Stato di esecuzione, per un verso, valorizza la *ratio* del motivo di rifiuto, che viene più saldamente ancorato a situazioni

---

[74] Cfr. *Rel. ill.*, 29.
[75] V. articolo 15 del decreto legislativo.
[76] Corte cost., sentenza 26.6.2010, n. 227, in *CP*, 2010, 4148, con nota di G. Colaiacovo, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*. V. anche i commenti di A. Ciavola, *La Corte costituzionale riconosce il diritto del cittadino europeo a scontare la pena in Italia*, in *LP*, 2010, 4, e di B. Piattoli, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lett. r), l. 22 aprile 2005, n. 65, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato*, in *Giur. cost.*, 2010, 2630 ss.
[77] Al principio dell'*aut dedere aut judicare* si sostituisce, nel sistema della decisione quadro, quello dell'*aut dedere aut punire*. Va ricordato che, prima del decreto legislativo 7 settembre 2010 (con cui è stata implementata in Italia la decisione quadro 2008/909/GAI del 27 aprile 2008, sul principio del reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive, ai fini della loro esecuzione nell'Unione Europea), la Corte di cassazione era orientata nel senso che «la procedura per la esecuzione nello Stato della pena inflitta nei confronti del cittadino italiano, ai sensi dell'art. 18, comma primo, lett. *r)*, L. 22 aprile 2005, n. 69, riceve una regolamentazione del tutto peculiare, in quanto la Corte di appello deve tener conto soltanto dell'opzione esercitata dall'interessato circa il luogo di esecuzione della pena, mentre non deve procedere al formale riconoscimento della sentenza straniera, discendendo la sua esecutività direttamente dalla legge interna di conformazione alla Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'U.E. del 13 giugno 2002» (così, tra le altre, Cass. 26.5.2008, 22105, *Tropea*, in *CEDCass*, m. 240132-01). Su tale orientamento, confermato anche da una pronuncia successiva al decreto legislativo n. 161 (Cass. 27.4.2012, n. 16364, *Magnoli*, in *CEDCass*, m. 252193-01), v. D. Vigoni, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, Torino 2013, 73 - 74, nonché – in epoca più recente – G. Dalia, *Riconoscimento, valore ed esecuzione delle sentenze penali straniere*, Napoli 2020, 142 ss. E' in seguito prevalsa la tesi, per la verità preferibile, secondo cui, almeno quando anche lo Stato di emissione abbia implementato la decisione quadro 2008/909, il previo riconoscimento della sentenza sia indispensabile, e ciò anche al fine della parimenti necessaria verifica di compatibilità della pena irrogata con la nostra legislazione: v., in proposito, *Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo*, cit., 102 - 105.
[78] Sulla definizione dei concetti di residenza e dimora, che costituiscono nozioni autonome del diritto dell'Unione comunitarie, da interpretarsi in modo uniforme, v. C.G.UE, 17.7.2008, *Kozlowsky*, C-66/08.
[79] *Rel. ill.*, 33 - 35.

in cui effettivamente ricorra una concreta possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale dei condannati[80], per altro verso pone un qualche argine a quella «grande inventiva» (per ripetere l'espressione utilizzata dal Governo olandese nel citato caso *Wolzenburg*)[81] che talora essi dimostrano nella ricerca e nell'ostensione in giudizio di "prove" di collegamento con il territorio e la comunità degli Stati presso cui intendono permanere: e ciò anche in relazione alle comprensibili difficoltà incontrate dalle autorità giudiziarie di esecuzione nel vagliare con il dovuto approfondimento gli elementi addotti, a causa dell'estrema brevità dei termini dettati per la decisione sulla consegna.

10. Il requisito aggiuntivo da ultimo esaminato, oltre che nella disposizione in tema di transito[82], risulta altresì inserito nell'ulteriore norma della legge MAE posta a tutela dei cittadini italiani e delle persone "radicate" sul nostro territorio, ovvero l'articolo 19, lettera *b)*, della legge n. 69[83], che prevede l'apposizione alla consegna di una condizione *di rientro* (o *di restituzione*), in forza della quale lo Stato di emissione è tenuto a "riconsegnare" la persona all'Italia all'esito del processo, affinché vi possa scontare l'eventuale pena comminata.
La norma è oggetto anche di un'ulteriore modifica, volta a rimediare alla vistosa incongruenza riscontrabile nel raffronto con il motivo di rifiuto di cui all'articolo 18-*bis*, comma 2, opponibile – come appena visto – nei casi di consegna su MAE esecutivo.
Quest'ultimo opera, infatti, solo a vantaggio dei cittadini italiani e, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale appena più sopra ricordato[84], degli altri cittadini UE. Ne sono quindi esclusi i cittadini di Stati terzi, che beneficiano tuttavia della condizione di rientro prevista dall'articolo 19, lettera *b)*, per l'ipotesi di MAE processuale.
In pratica, il cittadino extra-UE radicato nel nostro paese, se condannato in via definitiva, viene senz'altro consegnato e sconta la pena nello Stato membro emittente; se invece è destinatario di una misura cautelare, è sì consegnato ma solo sotto la condizione della sua "restituzione" all'Italia per l'espiazione della pena eventualmente irrogata nei suoi confronti.
E' davvero appena il caso di notare come, a voler davvero differenziare la tutela del fascio di interessi connessi al radicamento dei cittadini di Stati terzi in Italia in funzione della natura processuale o esecutiva dell'eurordinanza, potrebbe (semmai) risultare accettabile la soluzione opposta: apparendo del tutto evidente che l'immediata messa in esecuzione della condanna (già) definitiva consente al condannato il mantenimento dei legami esistenti, i quali rischiano per contro di risultare ormai dissolti (o affievoliti) al momento della "riconsegna" all'esito del processo nello Stato di emissione.
Pendente il termine per l'attuazione della delega il descritto assetto normativo è stato sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale, innanzi alla quale la Corte di cassazione ha sollevato – sotto vari profili, tra cui quelli di irragionevolezza sin qui sintetizzati – questione di legittimità costituzionale dell'articolo 18-*bis* della legge n. 69 «*nella parte in cui non prevede il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea che*

[80] Cfr. C.G.UE, 6.10.2009, *Wolzenburg*, C-123/08, cit..
[81] V. punto 65 della sentenza.
[82] V. articolo 22 del decreto legislativo, introdotto in accoglimento delle osservazioni delle Commissioni giustizia di Camera e Senato, a mezzo del quale è stato modificato l'articolo 27 della legge n. 69. Per le considerazioni di cui subito si passerà a trattare nel testo, la novella esclude altresì la possibilità di rifiuto del transito per i cittadini extra-UE residenti in Italia e colpiti da MAE processuale.
[83] Nel testo sostituito dall'articolo 17 del decreto legislativo. In precedenza, il motivo di rifiuto in questione era contenuto nella lettera *c)* dell'articolo 19.
[84] V. paragrafo 9, al richiamo di nota 76.

legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la Corte di appello disponga che la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno»[85].

Nelle more della decisione, come detto, sulla problematica è intervenuto il legislatore delegato che, con l'articolo 17 del decreto legislativo, ha riallineato l'ambito soggettivo di operatività della condizione di rientro a quello del motivo di rifiuto, escludendo dall'applicazione (anche) della prima i cittadini extra-UE.

La disposizione risulta dunque modificata in una direzione opposta rispetto a quella auspicata dalla Corte di cassazione.

Ciò sembra potersi spiegare sulla base di due considerazioni.

La prima attiene ai presupposti interpretativi. Secondo la Corte il contenuto della norma eurounitaria che prevede il motivo di rifiuto in questione è, per così dire, *inscindibile* e, pertanto, il legislatore nazionale può solo decidere se recepirlo o meno, mentre non gli è consentito operare distinzioni tra le varie categorie di soggetti in base alla loro cittadinanza[86]. Nella *Relazione illustrativa*, per converso, si assume che la natura solo facoltativa del motivo di rifiuto «implic[hi], per consequenzialità logica, [...] la possibilità di opzioni anche solo parziali, e cioè nella specie limitate a singole categorie di soggetti residenti»[87].

La seconda considerazione riguarda la diversità delle prospettive e degli ambiti di intervento rispettivamente propri del giudice di legittimità e del legislatore. L'ingiustificata asimmetria delle

---

[85] V. sez. VI, ordinanza del 19 marzo 2020, n. 10371, in *G.U.*, 1^ Serie Speciale, n. 36 del 2 settembre 2020: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-09-02&atto.codiceRedazionale=20C00173. Tra i primi commenti al provvedimento, v. C.E. Gatto, *Figli di un dio minore? Per la Cassazione, anche nel mandato d'arresto esecutivo, i residenti in Italia non aventi cittadinanza europea devono essere equiparati ai cittadini europei*, in *RIDPP*, 2010, fasc. 2, 678 ss.; G. Colaiacovo, *Il "microsistema" di consegna differenziato per il cittadino e il residente di nuovo al vaglio della Corte costituzionale*, in *CP*, 2020, fasc. 9, 3200; M. Daniele, *Mandato di arresto europeo e diritto degli extracomunitari al reinserimento sociale nello Stato di esecuzione. Una questione di legittimità costituzionale,* in *SP*, 6.5.2000; A.R. Salerno, *Mandato d'arresto europeo e rifiuto della consegna del cittadino di un Paese terzo. Minime osservazioni in margine a Cass. Pen., Sez. VI, n. 10371/2020*, in *Rivista AIC*, n. 6/2020; C. Pinelli, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo (nota a Cass. pen. n. 10371/2020)*, in *Giustizia Insieme*, 5.5.2020.

[86] Ed infatti, nella prospettiva dell'ordinanza di rimessione, «[l']autonomia del legislatore nazionale [...] si esaurisce nella possibilità di scegliere se recepire le norme "esterne" che regolano le correlative ipotesi di rifiuto facoltativo, senza che [...] sia consentito di introdurre automatiche ed assolute limitazioni sul versante soggettivo dell'ambito di applicazione della pertinente norma di diritto derivato»: così, in particolare, il punto 5.3. del *Considerato in diritto.* Sulla stessa linea anche l'*incipit* del precedente punto 5.2., laddove la Corte afferma che «[u]na volta introdotto il corrispondente motivo di rifiuto nel nostro ordinamento, dunque, non può irrazionalmente limitarsene l'applicazione ai soli cittadini e residenti "comunitari", escludendola *tout court* per i residenti o dimoranti "non comunitari", se non a condizione di trasporre solo una porzione del contenuto, generale ed onnicomprensivo, della norma euro-unitaria, così eludendo l'obbligo di rispettarne fedelmente i vincoli di adeguamento ai sensi degli articoli 11 e 117, comma 1 della Costituzione».

[87] Cfr. *Rel. ill.*, 41, ove si sottolinea altresì che l'accoglimento della questione prospettata dalla Corte di cassazione comporterebbe «una totale equiparazione nel trattamento delle posizioni dei cittadini italiani, dei cittadini degli altri Stati membri e, infine, dei cittadini appartenenti a Stati terzi», ritenuta «difficilmente compatibile con la costante diversità dei regimi cui le categorie indicate sono soggette (godendo, in particolare, i soli cittadini UE del diritto di stabilimento, di libera circolazione e, più in generale, del diritto alla parità di trattamento)». Critica, sul punto, M. Bargis, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al M.A.E. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *SP*, n. 2/2021, 88, che, nel condividere la tesi della *inscindibilità* del motivo di rifiuto sostenuta nell'ordinanza di rimessione, evidenzia altresì «la contraddizione insita nel valorizzare la natura facoltativa dell'art. 5 n. 3 dell'atto europeo, per poi implementarlo con carattere di obbligatorietà».

disposizioni di cui agli articoli 18-*bis* e 19, per la Corte, non può che esitare nel necessario adattamento della prima alla seconda. All'opposto, per il legislatore delegato, «[u]na simile soluzione [...] risulta addirittura impercorribile ove riguardata nell'ottica degli obblighi derivanti dalla decisione quadro», dal momento che essa «implica un ampliamento dei motivi di rifiuto dell'esecuzione e, dunque, [...] una riduzione dell'ambito di operatività del principio di mutuo riconoscimento»; per contro, «[...]l'eliminazione della garanzia di rientro [...] sortisce un effetto diametralmente opposto, di segno positivo, sulla valutazione del grado di "armonizzazione" del sistema nazionale rispetto al più volte citato principio-cardine e all'elevato grado "fiducia reciproca" che esso sottende, come richiesto dalla lettera *a)* delle norme di delega»[88].
La Corte costituzionale, pronunciatasi con la recentissima ordinanza n. 60 del 2021, non è entrata nel merito della questione, rilevando «che – per quanto l'art. 28 del d.lgs. n. 10 del 2021 disponga la perdurante applicazione della previgente disciplina quando la corte d'appello abbia già ricevuto il mandato d'arresto europeo o la persona richiesta sia già stata arrestata – le modifiche apportate dallo stesso d.lgs. n. 10 del 2021 alle disposizioni della legge n. 69 del 2005 incidono così profondamente sull'ordito logico che sta alla base delle censure prospettate da rendere necessaria la restituzione degli atti al giudice *a quo* perché possa procedere alla rivalutazione della non manifesta infondatezza delle questioni prospettate, tenendo conto delle intervenute modifiche normative»[89].

11. Si è già detto che, per i MAE emessi in vista dell'esecuzione di sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, la decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009 ha modificato le disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI[90].
Nella sua formulazione originaria quest'ultima stabiliva che, allorquando l'interessato non fosse stato «citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza», la consegna potesse essere sottoposta «alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente forni[sse] assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio»[91].
La decisione quadro 2009/299/GAI ha soppresso tale previsione ed ha inserito nella decisione quadro sul mandato di arresto europeo un nuovo articolo 4-*bis*, che riconosce all'autorità di esecuzione la possibilità di opporre un motivo facoltativo di rifiuto, la cui l'operatività è tuttavia esclusa laddove l'autorità di emissione attesti nel modulo MAE (o in sede di informazioni supplementari) la ricorrenza di alcune condizioni volte a garantire il rispetto del diritto di difesa dell'interessato.
In sostanza, con la nuova decisione quadro si è proceduto «ad un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*», da un lato prevedendo «in maniera esaustiva le fattispecie nelle quali l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata in contumacia deve essere

[88] V., ancora, *Rel. ill.*, loc. ult. cit.
[89] In particolare, secondo l'articolo 28 del decreto legislativo, «[i] procedimenti relativi alle richieste di esecuzione di mandati di arresto europeo in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto proseguono con l'applicazione delle norme anteriormente vigenti quando a tale data la corte d'appello abbia già ricevuto il mandato d'arresto europeo o la persona richiesta in consegna sia stata già arrestata».
[90] V. *supra* al richiamo di nota 61.
[91] Così la disposizione di cui al n. 1 dell'articolo 5, intitolato alle *Garanzie che lo Stato emittente deve fornire in casi particolari*.

considerata non lesiva dei diritti della difesa», dall'altro assicurando a questi ultimi «un elevato livello di tutela»[92].
La modifica è stata recepita nel nostro ordinamento solo nel 2016[93], con un intervento affetto da alcune imperfezioni di natura tecnica, su cui è intervenuto il legislatore delegato.
Tralasciando gli aspetti più di dettaglio, le principali novità sono essenzialmente due.
Si è innanzitutto realizzato un riassetto sistematico delle condizioni ostative al rifiuto, ora più condivisibilmente collocate nella disposizione relativa al contenuto del MAE nella procedura passiva, e all'inclusione della "sotto-ipotesi" in precedenza pretermessa, concernente il caso in cui l'interessato, pur non essendo stato citato personalmente, fosse stato comunque adeguatamente informato «ufficialmente con altri mezzi» del processo e della possibilità di essere giudicato *in absentia*[94].
In secondo luogo, con l'introduzione del nuovo articolo 18-*ter*[95], si è implementato il motivo di rifiuto previsto dall'articolo 4-*bis* della decisione quadro, la cui natura facoltativa è stata resa nel testo normativo attraverso la giustapposizione di due distinte alternative decisorie, entrambe strutturate in termini (apparentemente) "potestativi", ma riferite, la prima, al rifiuto della consegna, la seconda all'autorizzazione della medesima.
Mentre, infatti, il comma 1 della norma prevede che la corte di appello «*può* rifiutare la consegna» allorquando – come detto – l'autorità emittente, all'atto della compilazione del MAE o in sede di informazioni complementari, non abbia soddisfatto l'onere di comprovare l'esistenza di alcuna delle condizioni ostative al rifiuto, il comma 2 accorda l'opposta *facoltà* di «dar luogo alla consegna» nei casi in cui «risult[i] con certezza che l'interessato era a conoscenza del processo o che si è volontariamente sottratto alla conoscenza del processo».
Quest'ultima disposizione pare aver recepito l'insegnamento della Corte UE, secondo la quale «dato che le fattispecie previste all'articolo 4 *bis*, paragrafo 1, lettera *a), i)*, della decisione quadro 2002/584 sono state concepite come eccezioni a un motivo facoltativo di non riconoscimento, l'autorità giudiziaria di esecuzione può, comunque, anche dopo aver constatato che esse non ricomprendono il caso di cui trattasi, tenere conto di *altre circostanze che le permettano di garantire che la consegna dell'interessato non comporta una violazione dei suoi diritti della difesa*»: circostanze tra le quali assume rilievo, naturalmente, anche la «condotta tenuta

[92] V., da ultimo, C.G.UE, 17.12.2020, *TR*, C-416/20 PPU, punti da 37 a 42, ove si richiamano le precedenti sentenze *Melloni* e *Tupikas*.
[93] V. l'articolo 2, comma 1, lettera *a)*, del decreto legislativo 15.2.2016, n. 31, con cui venne sostituito l'articolo 19, lettera *a)*, della legge n. 69.
[94] V. il nuovo comma 1-*bis*, lettera *a)*, dell'articolo 6 della legge n. 69, introdotto dall'articolo 3, lettera *a)*, del decreto delegato. Con la lettera *b)* dell'articolo 3 si è provveduto, inoltre, ad un aggiornamento dell'articolo 6, comma 2, relativo alla richiesta di informazioni supplementari, in cui è stato incluso un richiamo ai nuovi articoli 18-*bis* e 18-*ter*, del quale ultimo subito si dirà nel testo (identica modifica è stata operata dall'articolo 21 del decreto all'articolo 26, comma 3, della legge n. 69, in relazione all'assenso richiesto per la rimozione della garanzia della specialità).
[95] V. articolo 16 del decreto legislativo. Con il successivo articolo 17 è stata soppressa la *garanzia* in precedenza prevista, non riproposta nel nuovo testo dell'articolo 19. Si nota che l'ultimo comma dell'articolo 18-*ter* implementa la previsione di cui al paragrafo 2 dell'articolo 4-*bis* della decisione quadro 2002/584, alla quale in precedenza non era stato necessario dedicare una norma specifica in ragione della "automatica" e generalizzata acquisizione del titolo sottostante al MAE. Come anticipato in nota 14, una modifica speculare a quella appena ricordata è stata operata per la procedura attiva dall'articolo 24 del decreto legislativo, con cui è stato inserito il comma 2 dell'articolo 30, che esplicita l'obbligo del P.M. di trasmettere la sentenza esecutiva eventualmente richiesta dall'interessato (la riscrittura del comma 1 della disposizione risponde, invece, a mere esigenze di linearità formale del testo normativo).

dall'interessato», ovvero una sua «*eventuale manifesta mancanza di diligenza, in particolare quando risulta che egli abbia cercato di evitare la notifica dell'informazione a lui indirizzata*»[96].
In quest'ottica, la norma nazionale sembra quindi poter esser letta nel senso che, in mancanza delle attestazioni richieste allo Stato di emissione circa il rispetto del diritto di difesa, la consegna *debba* essere rifiutata, *salvo che* la corte d'appello non ritenga provato «che l'interessato era a conoscenza del processo o che si è volontariamente sottratto alla conoscenza del processo».
Tale interpretazione non contraddice, infatti, la natura *facoltativa* del motivo di rifiuto, posto che alla corte risulta comunque attribuito un margine di valutazione discrezionale, per quanto si tratti

[96] C.G.UE 24.5.2016, *Dworzecki*, C-108/16 PPU (punti 50 - 51), di recente confermata da C.G.UE, 17.12.2020, *TR*, cit. (punti 51 - 52). Richiama la sentenza *Dworzecki* anche M. Bargis, *op. ult. cit.*, 83-84, la quale tuttavia si esprime criticamente sulla scelta operata dal legislatore delegato, osservando che la disposizione codicistica «nel suo inciso finale non parla di "processo" ma di "procedimento"» e, soprattutto, che «le situazioni alle quali si riferisce hanno sollevato problemi interpretativi nel diritto interno, cosicché non sembra particolarmente felice l'idea di riprodurle nel procedimento di esecuzione del m.a.e., utilizzando parametri decisori provenienti dalla disciplina domestica». Quanto alla più recente decisione resa nel caso *TR*, con essa è stato in particolare chiarito che, nei casi in cui «l'interessato abbia ostacolato la sua citazione personale e non sia comparso personalmente al processo a causa della sua fuga nello Stato membro dell'esecuzione», l'autorità giudiziaria di quest'ultimo non possa rifiutare l'esecuzione del MAE sulla base dell'articolo 4-*bis* della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo «per il solo motivo che essa non dispone dell'assicurazione che, in caso di consegna allo Stato membro emittente, il diritto a un nuovo processo, come definito agli articoli 8 e 9 della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, sarà rispettato». La Corte ha ritenuto, infatti, che «la decisione quadro 2002/584 contiene una disposizione specifica, ossia l'articolo 4 *bis*, che prevede proprio il caso di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, riguardante un interessato che non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione che ha inflitto tale pena o imposto tale misura» e, dunque, «[i]n tale contesto, un'eventuale non conformità del diritto nazionale dello Stato membro emittente alle disposizioni della direttiva 2016/343 non può costituire un motivo idoneo a comportare il rifiuto di eseguire il mandato d'arresto europeo»: ciò in quanto, da un lato, «invocare le disposizioni di una direttiva per ostacolare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo consentirebbe di aggirare il sistema istituito dalla decisione quadro 2002/584 che prevede in maniera esaustiva i motivi di non esecuzione» e, dall'altro, «la direttiva 2016/343 non contiene disposizioni applicabili all'emissione e all'esecuzione dei mandati d'arresto europei» (punti 45 - 47). Il che, naturalmente, non significa che il mancato (o non corretto) recepimento della direttiva 2016/343 costituisca circostanza priva di rilevanza. Infatti, come precisato in un successivo passaggio della decisione, permanendo integro «[...]l'obbligo assoluto dello Stato membro emittente di rispettare, nell'ambito del suo ordinamento giuridico, l'insieme delle disposizioni del diritto dell'Unione, compresa la direttiva 2016/343», in presenza di un eventuale inadempimento a detto obbligo «l'interessato potrà, in caso di sua consegna allo Stato membro emittente, far valere dinanzi ai giudici di tale Stato membro quelle disposizioni di detta direttiva che appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise» (così il punto 55, ove si richiamano le sentenze del 15.2.2017, *British Film Institute*, punto 13, e del 4.10.2018, *Link Logistik N&N*, C-384/17, punto 47). Si segnala come, già in precedenza, la nostra giurisprudenza di legittimità avesse escluso che la direttiva 2016/343 potesse trovare applicazione in riferimento alle condizioni previste per la consegna in esecuzione di un mandato di arresto europeo (v., in motivazione, Cass. 3.5.2017, n. 22249, *Bernard*, e n. 22250, *Camusso*). Sulla direttiva 2016/343, senz'alcuna pretesa di completezza, v. O. Mazza, *Una deludente proposta in tema di presunzione di innocenza*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, 3 ss.; L. Camaldo, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, in *DPC*, 23.3.2016; N. Canestrini, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un'introduzione*, in *CP*, 2016, 2224 ss.; F. Alonzi, *La direttiva Ue sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, in *www.lalegislazionepenale.it*, 21 settembre 2016; J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali ?*, in *RIDPP* 2016, fasc.4, 1835 ss.; da ultimo, in più ampia prospettiva, A. Procaccino, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.12.2020, 65 ss.

– com'è, del resto, naturale nel nostro ordinamento – di una discrezionalità di natura essenzialmente "tecnica".

12. Assai diffuse e significative le novità introdotte dall'intervento di riforma al fine di adeguare la disciplina domestica alle previsioni dell'articolo 17 della decisione quadro, relative ai termini e alle modalità della decisione di esecuzione del mandato di arresto europeo.
Le principali, per quanto non uniche, problematiche emergevano con riferimento a tre aspetti.
Il primo si ricollegava al fatto che, mentre la disposizione eurounitaria richiede che la decisione definitiva sulla consegna sia assunta entro 10 giorni dalla comunicazione del consenso dell'interessato o, nella procedura ordinaria, entro 60 giorni dal suo arresto (con possibilità di proroga, in «casi particolari», sino a 40 o 90 giorni), la normativa interna consentiva che detti termini venissero integralmente utilizzati dalla corte di appello[97], con la conseguenza che, laddove ciò avvenisse effettivamente, ne era inevitabile lo "sforamento" a seguito della proposizione del ricorso per cassazione.
In secondo luogo, poiché l'impugnazione sospendeva l'esecuzione della sentenza ma non dell'ordinanza di consegna emessa dalla corte di appello nelle ipotesi di procedura consensuale[98], nulla escludeva che in tale seconda evenienza la consegna potesse avvenire sulla base di una decisione non definitiva, in quanto ancora ricorribile o, addirittura, già oggetto di ricorso (paradossalmente destinato, a seguito della consegna, a esser dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse)[99].
Infine, a fronte della previsione della decisione quadro di assicurare *in ogni caso* «le condizioni materiali necessarie per la consegna effettiva», la legge MAE stabiliva che, qualora la decisione della corte di appello non venisse assunta nei termini previsti, la persona richiesta in consegna dovesse essere «posta immediatamente in libertà»[100].
Di qui la necessità dell'intervento del legislatore delegato volto, da un lato, a «rimodulare *ex novo* le cadenze procedimentali, sì da fare in modo che, quantomeno laddove non ricorrano "circostanze" eccezionali, il termine complessivo massimo di novanta giorni (quaranta nei casi di consenso dell'interessato) possa essere rispettato», dall'altro a definire «un'autonoma disciplina dei termini di durata della misura custodiale eventualmente applicata [...], che pur assumendo a riferimento quelli dettati per l'assunzione della decisione sulla consegna da parte della corte d'appello, elimin[i] qualsiasi automatismo tra il superamento di detti termini e la perdita di efficacia di detta misura»[101].
Rinviando al successivo paragrafo l'esame dell'intervento in materia cautelare, le principali novità relative alla tempistica del procedimento possono, così, essenzialmente riassumersi.
Nella procedura ordinaria, il termine entro cui va fissata l'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla consegna all'esito dell'audizione del ricercato viene ridotto da venti a quindici giorni[102]. In luogo dei sessanta giorni in precedenza previsti, detta decisione andrà assunta «nel

[97] Cfr. articoli 14, comma 4, e 17, comma 2, della legge n. 69.
[98] V. articolo 22, comma 2.
[99] V. Cass. 26.9.2012, n. 39967, *Nardea*, in *CEDCass*, m. 253397-01, e Cass. 21.10.2014, n. 44056, *Riba*, in *CEDCass*, m. 260626-01.
[100] V. articolo 21 della legge n. 69.
[101] *Rel. ill.*, 43.
[102] Va precisato che il nuovo termine opera altresì nell'ipotesi in cui, ricevuto il mandato di arresto europeo, la corte di appello decida di non applicare alcuna misura cautelare: v. i nuovi commi 4 e 4-*bis* dell'articolo 10, il primo modificato, il secondo introdotto dall'articolo 7 del decreto legislativo. In forza del rinvio di cui al comma 2

più breve tempo possibile e, comunque, entro quindici giorni dall'esecuzione della misura cautelare di cui all'articolo 9 o, nel caso previsto dall'articolo 11, dall'arresto della persona ricercata»; ove sia necessario acquisire informazioni suppletive, o ricorrano comunque «circostanze oggettive» che impediscano di rispettare il termine, il presidente della corte ne può disporre la proroga entro il limite massimo di ulteriori dieci giorni[103].
Viene dimezzato da dieci a cinque giorni il termine per proporre ricorso per cassazione, prima esperibile «anche per il merito»[104] e ora limitato ai motivi di cui alle lettere *a), b)* e *c)* dell'articolo 606 cod. proc. pen., da enunciarsi contestualmente. L'impugnazione mantiene il già previsto effetto sospensivo, ma può essere presentata unicamente presso la cancelleria della corte di appello[105]. Al conseguente inoltro alla Corte di cassazione del ricorso, del provvedimento impugnato e degli altri atti, è previsto che si proceda «con precedenza assoluta su ogni altro affare e comunque entro il giorno successivo»[106].
Il termine per l'avviso alle parti e quello per la decisione sul ricorso risultano abbreviati, rispettivamente, da 5 a 3 giorni e da 15 a 10 giorni. Sono stati altresì abbreviati da 5 a 2 giorni il

dell'articolo 13, modificato dall'articolo 9 del decreto legislativo, la medesima disciplina si applica nel caso di arresto eseguito di iniziativa dalla polizia giudiziaria e successiva udienza di convalida.

[103] V. l'articolo 17, commi 2 e 2-*bis*, a seguito delle modifiche introdotte dall'articolo 13 del decreto legislativo.

[104] Per un'efficace ricostruzione del quadro giurisprudenziale formatosi sull'ambito della cognizione della Corte sotto la disciplina previgente, v. *Rassegna di giurisprudenza sul mandato di arresto europeo*, cit., 119 - 121.

[105] La norma recepisce, nella sostanza, il più recente orientamento del giudice di legittimità circa l'inapplicabilità dell'articolo 582, comma 2, cod. proc. pen., ritenuto incompatibile con le esigenze di celerità che improntano «la *ratio* ispiratrice del sottosistema normativo» (Cass. 23.7.2020, n. 22821, *Ben Achur*, in *CEDCass*, m. 280147-01; Cass. 20.8.2020, n. 23953, *Fiore*, in *CEDCass*, m. 280147; Cass. 20.8.2020, n. 23954, non mass.). In precedenza, la possibilità di presentare l'impugnazione anche presso la cancelleria del diverso luogo in cui il ricorrente si trovi, secondo la generale disciplina codicistica, era stato sostenuto da Cass. 9.8.2011, n. 31875, *M.*, in *CEDCass*, m. 250724. A proposito della medesima questione, ma con riferimento alla materia delle impugnazioni cautelari, v. Cass. S.U., 24.9.2020, n. 1626, *Bottari*, in *CEDCass*, m. 280167-01, secondo cui «il ricorso per cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame o, in caso di ricorso immediato, del giudice che ha emesso la misura, deve essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del tribunale che ha emesso la decisione o, nel caso indicato dall'art. 311, comma 2, cod. proc. pen., del giudice che ha emesso l'ordinanza, ponendosi a carico del ricorrente il rischio che l'impugnazione, ove presentata ad un ufficio diverso, sia dichiarata inammissibile per tardività, in quanto, escluso comunque che sulla cancelleria incomba l'obbligo di trasmissione degli atti al giudice competente ex art. 582, comma 2, cod. proc. pen., la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo».

[106] Con riguardo alla trasmissione degli atti tra gli uffici giudiziari, al fine di consentire il rispetto dei nuovi e più brevi termini, l'articolo 23 del decreto legislativo ha introdotto nella legge n. 69 l'articolo 27-*bis*, con cui si è previsto che, nelle procedure in esame, «con decreto del Ministro della giustizia è autorizzata la trasmissione con modalità telematica degli atti tra gli uffici giudiziari, secondo le disposizioni stabilite con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, anche in deroga alle previsioni del decreto emanato ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 febbraio 2010, n. 24». Ai sensi del comma 3, il decreto ministeriale – che non ha natura regolamentare – andrà adottato «previo accertamento da parte del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia della funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici». Il comma 2 precisa che, nel momento in cui le previsioni andranno a regime, «[l]a trasmissione degli atti si intende eseguita al momento del rilascio della ricevuta di accettazione da parte dei sistemi ministeriali, secondo le modalità stabilite dal provvedimento direttoriale di cui al comma 1». L'ultimo comma stabilisce, infine, che «[s]ino all'attivazione dei sistemi ministeriali e alla adozione del decreto del Ministro della giustizia di cui al comma 1, la trasmissione degli atti tra gli uffici giudiziari è consentita anche tramite posta elettronica certificata, secondo le modalità stabilite con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia da emanarsi entro quindici giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana». Il provvedimento, disponibile sul Portale dei servizi telematici, risulta adottato il 24 febbraio scorso: http://pst.giustizia.it/PST/it/pst_26_1.wp?previousPage=pst_3_1&contentId=DOC8734.

termine di deposito della motivazione, quando non ne sia possibile la redazione contestuale[107], e da 20 a 10 giorni il termine per la nuova decisione nell'eventuale giudizio di rinvio[108].
In buona sostanza, dunque, il legislatore ha strutturato la tempistica in modo da ricomprendere nel termine di 60 giorni previsto dalla decisione quadro, oltre allo svolgimento del giudizio innanzi alla corte di appello e l'eventuale impugnazione in sede di legittimità, anche l'altrettanto eventuale fase di rinvio.
Nell'ipotesi di procedura consensuale, sono stati ridotti a 4 giorni sia il termine per la fissazione dell'udienza camerale, sia quello previsto per la decisione della corte d'appello. Di quest'ultimo, peraltro, si prevede una breve proroga (3 giorni), laddove sia necessario acquisire informazioni complementari o sussistano, comunque, altre «circostanze oggettive»[109].
Per la decisione, è stata mantenuta la forma dell'ordinanza, della quale tuttavia viene prevista la pubblicazione a mezzo di lettura immediata (che, ovviamente, «equivale a notificazione alle parti, anche se non presenti»)[110].
Attesa la pregressa prestazione del consenso, l'eventuale proposizione del ricorso per cassazione è considerata dal legislatore delegato come rientrante tra i «casi particolari» per i quali l'articolo 17(4) della decisione quadro legittima la proroga del termine ordinario di 10 giorni, a fronte dell'immediata informativa dell'autorità emittente[111].

[107] V. articolo 22, commi da 1 a 5, così come modificati dall'articolo 18 del decreto.
[108] Così il nuovo comma 6 dell'articolo 22 che, similmente a quanto visto in merito alla proposizione del ricorso avverso la sentenza della corte distrettuale, prevede che la cancelleria della Corte di cassazione debba provvedere alla trasmissione degli atti al giudice del rinvio «immediatamente, con precedenza assoluta su ogni altro affare e, comunque, entro il giorno successivo al deposito della decisione completa di motivazione».
[109] V. l'articolo 14, commi 1 e 4, così come modificato dall'articolo 10 del decreto legislativo. A proposito della procedura "consensuale", va anche segnalata l'introduzione di varie modifiche volte, da un lato, a chiarire che la dichiarazione di consenso – così come la rinuncia al principio di specialità – costituiscono atti irrevocabili, dall'altro a rafforzare il livello delle garanzie poste a presidio della piena consapevolezza e della volontarietà di dette dichiarazioni, in conformità alle previsioni contenute nell'articolo 13 della decisione quadro. In quest'ottica, sempre con l'articolo 10 sono stati soppressi i commi 2 e 3 dell'articolo 14. La prima previsione è stata eliminata in quanto, in contrasto con la norma eurounitaria, legittimava la persona richiesta in consegna ad esprimere il consenso anche mediante dichiarazione indirizzata al direttore della casa di reclusione. La seconda, invece, in ragione della modifica già apportata dall'articolo 7, lettera *a)*, all'articolo 10, comma 1, della legge, attraverso la quale si è stabilito che, in occasione dell'audizione conseguente all'applicazione della misura cautelare, la persona richiesta in consegna venga informata (anche) circa l'irrevocabilità del consenso alla consegna e della rinuncia alla garanzia della specialità. Alla necessità di tale informativa fa ora riferimento, a seguito della clausola di rinvio interpolatavi dall'articolo 9, lettera *a)*, del decreto, anche l'articolo 13, comma 1, in tema di udienza di convalida.
[110] Così, in particolare, il nuovo comma 5 dell'articolo 14, con cui è stata sostituita la previsione del deposito in cancelleria dell'ordinanza, con inoltro di avviso alle parti.
[111] Anche l'informativa dello Stato membro emittente è contemplata dal nuovo comma 5 dell'articolo 14. L'obbligo di informativa nel caso di mancato rispetto del termine di 60 giorni, previsto per la procedura ordinaria, è stato invece collocato nel comma 1 dell'articolo 22-*bis*, inserito dall'articolo 19 del decreto legislativo. Il comma 2 di tale disposizione si riferisce all'ipotesi in cui, per «circostanze eccezionali», la decisione non possa essere assunta neanche a seguito della proroga di 30 giorni. In tal caso, conformemente a quanto previsto dall'articolo 17(7), primo periodo, della decisione quadro, si dispone che la corte davanti alla quale pende il procedimento informi immediatamente del ritardo e delle ragioni che vi hanno dato causa il Ministro della giustizia che, a sua volta, ne darà urgente comunicazione all'*Eurojust*. Nel testo originario, la legge n. 69 aveva operato una sorta di singolare "crasi" tra i paragrafi 4 e 7 dell'articolo 17 della decisione quadro, stabilendo che, nelle ipotesi in cui «cause di forza maggiore» impedissero di rispettare il termine ordinario di 60 giorni, il presidente della corte di appello dovesse informare dei motivi del ritardo il Ministero della giustizia, che ne avrebbe dato comunicazione «allo Stato richiedente, anche tramite l'*Eurojust*» (così l'articolo 17, comma 2, secondo periodo).

Inoltre, al fine di evitare le segnalate distonie cui dava luogo la precedente disciplina, all'impugnazione viene ora espressamente riconosciuto effetto sospensivo[112].
Come già visto per la procedura ordinaria, si assiste anche in questo caso ad un'ulteriore compressione dei termini, sia per la presentazione dell'impugnazione (3 giorni in luogo di 4), sia per la conseguente decisione sul ricorso (7 giorni invece che 10), della quale ultima si prescrive l'assunzione a seguito di una camera di consiglio "non partecipata"[113]. In caso di annullamento con rinvio, sono abbreviati della metà tanto il termine per l'avviso alle parti (pari, dunque, a 2 giorni), quanto quello per l'assunzione della decisione (5 giorni)[114].

13. Come accennato nelle premesse del precedente paragrafo, la principale finalità perseguita dal legislatore delegato nell'intervento in materia cautelare è stata l'eliminazione di qualsiasi automatismo tra l'infruttuoso spirare del termine previsto per la decisione sulla richiesta di consegna e la rimessione in libertà del destinatario del MAE[115].
In realtà, che detto automatismo fosse contrario alle previsioni della decisione quadro emergeva in tutta chiarezza, oltre che dal testo dell'articolo 17(5)[116], dal raffronto tra tale norma e quella dettata dall'articolo 23(5), che – diversamente dalla prima – riconnette espressamente il rilascio della persona attinta dal MAE alla scadenza del termine fissato per la consegna[117].
L'articolo 21 della legge n. 69, per contro, disponeva – come pure visto – che, allorquando la decisione non intervenisse nei termini di cui agli articoli 14 e 17, «la persona ricercata [dovesse essere] posta immediatamente in libertà»[118]: conseguenza, ovviamente, gravissima (e potenzialmente irreversibile), soprattutto ove si consideri che, secondo la nostra giurisprudenza di legittimità, l'effetto caducatorio travolgeva qualsiasi misura coercitiva applicata, e dunque non soltanto le misure custodiali[119].

---

[112] Di conseguenza, l'articolo 20, lettera *a)*, del decreto ha modificato l'articolo 23, comma 1, precisando che, in caso di consegna disposta con ordinanza, quest'ultima debba essere divenuta «definitiva».
[113] Così il comma 5-*bis* dell'articolo 22, inserito dall'articolo 18, lettera *e)*, del decreto legislativo.
[114] V., ancora, il nuovo articolo 22, comma 6, ultimo periodo.
[115] Sul tema, di recente, v. G. Colaiacovo, *Il sistema delle misure cautelari nel mandato di arresto europeo. La tutela della libertà personale nelle procedure di consegna*, Milano 2019, 130 ss.
[116] Secondo cui «[f]intanto che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non prende una decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo, essa si accerterà che siano soddisfatte le condizioni materiali necessarie per la consegna effettiva».
[117] In tal senso si è ripetutamente espressa la Corte di giustizia in una serie di pronunce, alle cui enunciazioni di principio il legislatore delegato risulta aver informato la nuova disciplina (v. C.G.UE, 30.5.2013, *Jeremy F.*, C-168/13 PPU; C.G.UE, Grande Sezione, 16.7.2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU; C.G.UE, 12.2.2019, *TC*, C-492/18 PPU).
[118] L'incompatibilità con le disposizioni della decisione quadro 2002/584 dell'obbligo «di sospendere in ogni caso la misura detentiva [...] allo scadere di un termine di 90 giorni dall'arresto» è stata, in particolare, affermata dalla Corte di giustizia nella sentenza *TC* (punto 50), citata alla nota precedente.
[119] Cass. 25.8.2011, n. 38144, *Vasiljkovic*, in *CEDCass*, mass. n. 250982, richiamata di recente in motivazione da Cass. 10.2.2017, n. 6469, *Gehl Ottmar Erich.* Orientamenti contrastanti emergono nella giurisprudenza della Corte con riferimento alla possibilità di emettere una nuova misura coercitiva dopo la scadenza dei termini (in senso negativo, anche «nell'ipotesi in cui, dopo la scadenza del termine originario, la Corte d'appello abbia fatto richiesta di informazioni integrative», si è pronunciata Cass. 4.11.2014, n. 46165, *Belafkih*, in CEDCass, mass. n. 260825-01; favorevoli, invece, Cass. 7.8.2014, n. 35525, *Brindusescu*, in *CEDCass*, mass. n. 261744-01, e Cass. 11.12.2015, n. 49612, *Posea*, non massimata sul punto).

Il legislatore delegato ha quindi disposto l'abrogazione dell'articolo 21[120], dettando ai commi 3 e 4 del già richiamato articolo 22-*bis* una nuova disciplina dei termini di durata della custodia cautelare che, per quanto parametrati a quelli previsti per la decisione della corte di appello sulla consegna, non prefigurano alcun meccanismo di automatica perenzione della misura in caso di loro superamento.

Ed infatti il comma 3 dispone che, alla scadenza dei termini (prorogati) di cui al comma 2, la corte di appello debba valutare se la custodia cautelare eventualmente applicata alla persona richiesta in consegna risulti «ancora assolutamente necessaria» al fine di arginare il pericolo di fuga e se la sua durata appaia «proporzionata rispetto all'entità della pena oggetto dell'informazione richiamata all'articolo 6, comma 1, lettera *f)*» (e, cioè, «[la] pena inflitta, se vi è una sentenza definitiva ovvero, negli altri casi, [la] pena minima e massima stabilita dalla legge dello Stato di emissione»). Solo nel caso in cui la verifica dia esito negativo, la corte disporrà la revoca della custodia cautelare, che potrà peraltro anche essere sostituita con altre misure idonee a contenere l'eventuale pericolo di fuga, delle quali si prevede espressamente la possibilità di applicazione cumulativa.

Sulla base dell'*incipit* del successivo comma 4, deve ritenersi invece che la revoca della custodia cautelare sia obbligatoria «[q]uando il ritardo nella adozione della decisione definitiva sulla richiesta di consegna si protrae *ingiustificatamente* oltre la scadenza dei termini previsti dal comma 2». Anche in tal caso, persistendo il pericolo di fuga, la corte potrà applicare – anche cumulativamente – le misure cautelari del divieto di espatrio, dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e del divieto o dell'obbligo di dimora, nonché, trattandosi di soggetti minorenni, le prescrizioni di cui all'articolo 20 del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448.

Un'ulteriore ipotesi di revoca obbligatoria (ed eventuale sostituzione) delle misure custodiali viene prevista dalla medesima disposizione per il caso in cui risultino decorsi 90 giorni dalla scadenza dei termini di cui al comma 2 e non sia ancora intervenuta la decisione definitiva sulla consegna.

Premesso che anche tali disposizioni appaiono recepire indicazioni provenienti dalla Corte UE[121], quanto a quella da ultimo esaminata può essere di interesse notare come il ripetuto riferimento in essa contenuto alla mancata adozione della «decisione *definitiva*» rende evidente che il sindacato della corte di appello sulle ragioni del superamento di detti termini, così come la verifica

[120] V. articolo 27 del decreto legislativo. Va ricordato che con l'articolo 9, lettera *c)*, è stata altresì soppressa l'ulteriore ipotesi di perenzione della misura cautelare prevista dall'articolo 13, comma 3, della legge n. 69 per il caso in cui l'autorità emittente non avesse provveduto a trasmettere il mandato di arresto europeo o la segnalazione al SIS nei dieci giorni successivi all'udienza di convalida.

[121] Cfr. la già citata sentenza *Lanigan* (causa C-237/15 PPU, cit., punti da 57 a 60), che si è a sua volta richiamata alla giurisprudenza della Corte EDU sull'articolo 5(1), lettera *f)*, della Convenzione, nell'affermare che «se il procedimento non è condotto con la necessaria diligenza, la custodia cessa di essere giustificata (v., in particolare, Corte eur. D.U., *Quinn c. Francia* 22 marzo 1995, serie A n. 311, § 48, nonché *Gallardo Sanchez c. Italia*, n. 11620/07, § 40, CEDU-2015)». Inoltre, con particolare riferimento alla verifica circa la proporzionalità della durata della misura, il giudice del Lussemburgo ha precisato che «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione dovrà effettuare un esame concreto della situazione di cui trattasi, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti al fine di valutare la giustificazione della durata del procedimento, segnatamente, l'eventuale inerzia delle autorità degli Stati membri interessati e, se del caso, il contributo del ricercato a tale durata. Parimenti, si dovrà tener conto della pena cui si espone il ricercato o della pena al medesimo inflitta relativamente ai fatti che hanno giustificato l'emissione del mandato d'arresto europeo nei suoi confronti, nonché dell'esistenza di un rischio di fuga. In tale contesto, anche la circostanza che la persona ricercata sia stata posta in custodia per un periodo la cui durata totale eccede ampiamente i termini previsti dall'articolo 17 della decisione quadro è pertinente, posto che tali termini sono in linea di principio sufficienti, alla luce in particolare del ruolo essenziale del principio del riconoscimento reciproco nel sistema istituito dalla decisione quadro, affinché l'autorità giudiziaria dell'esecuzione proceda ai controlli preliminari all'esecuzione del mandato d'arresto europeo e adotti la decisione sull'esecuzione di tale mandato».

dell'eventuale decorrenza di (ulteriori) 90 giorni dopo la scadenza dei medesimi, investono anche la fase del giudizio di legittimità, e ciò anche laddove la corte di appello abbia deciso sulla richiesta di consegna nel rispetto della tempistica prevista. Si tratta, infatti, di un ulteriore importante aspetto di novità rispetto al regime precedente, che non prevedeva in alcun caso un limite massimo di durata della misura cautelare eventualmente applicata allorquando la decisione sulla consegna fosse stata tempestivamente assunta dalla corte d'appello[122].
Un ultimo accenno va dedicato all'ulteriore intervento correttivo operato in materia cautelare con la sostituzione del comma 5 dell'articolo 9 della legge MAE[123].
Come puntualizzato nella *Relazione illustrativa*[124], in tal caso le modifiche perseguono la finalità di meglio definire l'ambito del richiamo alle disposizioni del codice di rito in materia di misure cautelari personali, di cui al Titolo I del Libro IV[125].
In primo luogo, esso è stato circoscritto – fermo, comunque, il limite della compatibilità – ai soli capi I, II, IV e VII, e ciò «al fine di rendere palese l'applicabilità alla persona della quale è richiesta la consegna delle sole misure cautelari coercitive, e, in relazione ad esse, l'esclusione della disciplina codicistica in materia di estinzione e di impugnazione».
In secondo luogo, in parziale deroga all'esclusione delle disposizioni in tema di estinzione, sono state richiamate – sempre solo «in quanto applicabili» – le disposizioni riguardanti la revoca e la sostituzione della misura (articolo 299 Cpp) e l'ipotesi di perdita d'efficacia nel caso in cui la sua durata ragguagli o ecceda la pena irrogata (articolo 300, comma 4, Cpp).
Nell'ambito delle disposizioni astrattamente applicabili, infine, si è provveduto ad una più precisa individuazione di quelle da ritenersi incompatibili *ex lege*, aggiornandosi e completandosi l'originario elenco con l'ulteriore inserimento, oltre che del comma 2 dell'articolo 273, degli articoli 275, comma 2-*bis*, 278, 279 e 297 Cpp.

14. Alla luce delle considerazioni svolte, seppur con l'approssimazione che è propria d'una prima lettura del provvedimento, sembra potersi dire che, con il recente intervento di riforma, le previsioni della decisione quadro abbiano finalmente trovato piena attuazione nella nostra disciplina domestica.
La connotazione certamente positiva del rilievo sconta, come è ovvio, gli oltre 15 anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 69, che – naturalmente – divengono oltre 17 se si assume quale *dies a quo* la scadenza del termine di recepimento, fissata al 31 dicembre 2003*:* parafrasando il titolo di un noto commento, verrebbe a dire che, nel caso del mandato di arresto europeo, più che (solo) d'una *lunga marcia*, si sia trattato di una vera e propria *rincorsa infinita*[126].
Ciò pare tanto più vero se si considera che, fatto davvero assai singolare, pur dopo così lungo tempo, e per giunta proprio nei medesimi giorni in cui il legislatore italiano stava facendo i conti con il proprio passato, venivano a concretizzarsi almeno tre circostanze tutte potenzialmente

[122] Ciò, peraltro, secondo la Corte di cassazione, «non costitui[va] motivo di irrazionalità del sistema e di irreparabile pregiudizio del richiesto in consegna, tenuto conto dei tempi ristretti, previsti dall'art. 22, legge 22 aprile 2005, n.69, per la decisione sull'eventuale ricorso per cassazione e della disciplina relativa ai casi di sospensione e rinvio della consegna»: così, da ultimo, Cass. 4.2.2016, n. 4864, *Alexandroae*, in *CEDCass*, m. 266380-01. Nei medesimi termini, in epoca più recente, Cass. 4.12.2019, n. 12215, *Gursoy* (in motivazione).
[123] V. articolo 6, lettera *b)*, del decreto delegato.
[124] V. *Rel. ill.*, 46.
[125] Tra le disposizioni applicabili nei limiti della compatibilità risultano ora menzionati anche quelle contenute nei primi tre commi dell'articolo 19 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in tema di misure cautelari personali nel processo minorile.
[126] Il riferimento è allo scritto di L. Salazar, citato in note 5 e 46.

incidenti – seppur con tempistica variabile – sulla disciplina in corso di predisposizione o sul quadro normativo eurounitario di riferimento.
Alla prima di tali circostanze s'è accennato in premessa.
Per una curiosa (e decisamente sfortunata) coincidenza, quando lo schema di decreto legislativo era ormai prossimo al suo varo finale, la Commissione europea ha dato inizio ad una procedura di infrazione nei confronti del nostro paese. Considerata la notoria acribia con cui, talora, le attività di verifica vengono svolte, non può dunque escludersi la necessità d'un qualche ulteriore futuro "aggiustamento": anche se, va detto, il ben diverso grado di *compliance* che le nuove norme assicurano rispetto alle precedenti induce, con tutte le cautele (e gli scongiuri) del caso, a guardare con ragionevole ottimismo agli esiti della procedura.
Il secondo fattore di – potenziale e, comunque, assai circoscritta – evoluzione delle norme appena entrate in vigore costituisce evento ampiamente atteso (si direbbe, anzi, "sperato") e si individua nell'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione che l'Unione europea e l'Euratom hanno concluso con il Regno Unito nel giorno della vigilia di Natale dello scorso anno. L'Accordo evita il terrificante scenario della *hard Brexit* ma, allo stesso tempo, interpella il legislatore circa l'eventuale opportunità d'un ulteriore adeguamento della legge MAE, per estenderne le previsioni – nei limiti della compatibilità, s'intende – al nuovo *mandato d'arresto* ("*non* europeo"), di cui al Titolo VII della Parte III dell'Accordo, così come in tempi recenti già avvenuto per il precedente Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia, fatto a Vienna il 28 giugno 2006[127].
Di più ampio respiro, seppur di meno imminente rilevanza, la terza prospettiva evolutiva dischiusasi nel corso dell'approvazione della riforma MAE.
Il 20 gennaio scorso il Parlamento europeo ha infatti adottato un'articolata risoluzione, già in precedenza richiamata in relazione ad aspetti perlopiù di dettaglio, in cui sono riepilogati i risultati e tracciate talune possibili linee di sviluppo dell'*euromandato*: non senza un brevissimo, conclusivo accenno alla neo-istituita "variante inglese" di quest'ultimo, formulato – per il vero – in termini non propriamente ottimistici[128].
Pur trattandosi di un documento di sicuro interesse, i limiti del presente lavoro consentono solo alcuni telegrafici rilievi, essenzialmente circoscritti ai profili rilevanti in un'ottica *de (euro)jure condendo.*
Sul tema centrale della tutela dei diritti fondamentali, già oggetto di precedenti analoghi interventi da parte del Parlamento europeo[129], meritevole di segnalazione – tra le molteplici raccomandazioni formulate[130] – appare l'invito rivolto alla Commissione affinché esamini l'introduzione di un

[127] V., al riguardo, l'articolo 8 Legge 3 maggio 2019, n. 37, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2018, che ha interpolato i commi 4-*bis* e 4-*ter* nell'articolo 1 della legge MAE. Sul nuovo accordo con il Regno Unito, per i profili qui in esame, possono utilmente consultarsi il report di Eurojust *Judicial cooperation in criminal matters between the European Union and the United Kingdom from 1 January 2021*, disponibile sul sito dell'Agenzia (www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation-criminal-matters-between-european-union-and-united-kingdom-1-january-2021), nonché – a breve – L. Salazar, *La cooperazione penale con il Regno Unito dopo la Brexit*, in corso di pubblicazione su *CP*.
[128] Ed infatti, in riferimento al tema *Brexit*, dopo aver «invita[to] la Commissione a proseguire i negoziati con il Regno Unito con l'obiettivo di preservare le norme dell'UE in materia di diritti procedurali e fondamentali degli indagati e degli imputati», il Parlamento europeo «*esprime preoccupazione* per il fatto che i risultati conseguiti nel Regno Unito dopo l'introduzione del MAE potrebbero subire *un drastico ribaltamento*» (punto 49: il corsivo è aggiunto).
[129] Si tratta delle risoluzioni del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell'UE, del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo e del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione.
[130] V. punti 31 - 43.

«*meccanismo che assicuri un adeguato seguito alle garanzie fornite dalle autorità giudiziarie emittenti dopo la consegna*», del quale – in effetti – la decisione quadro risulta tuttora priva[131].
Nel medesimo contesto, significativo rilievo viene inoltre riconosciuto ai cd. diritti procedurali, per rafforzare i quali – come noto – sono state nel tempo adottate ben sei direttive[132]. Oltre che a vigilare sul pieno e corretto recepimento delle medesime[133], la Commissione viene in tal caso sollecitata «a esaminare *la fattibilità di strumenti aggiuntivi* [...], quali l'ammissibilità delle prove e le condizioni di detenzione durante la custodia cautelare, prendendo in particolare come base, o anche superando, le norme stabilite dal Consiglio d'Europa, anche per i termini della custodia cautelare»[134].
Di notevolissimo interesse, come a suo tempo anticipato[135], le varie raccomandazioni formulate con riferimento al requisito della *double criminality*.
Ed infatti, nel premettere che «sussistono preoccupazioni circa la mancanza di una definizione adeguata dei reati ai quali non si applica più la norma della doppia incriminabilità»[136], il Parlamento invita la Commissione ad «eseguire *una valutazione formale e sostanziale della coerenza dell'elenco delle 32 categorie* [...], integrando il criterio della gravità, la dimensione transnazionale o l'impatto negativo sui valori fondamentali dell'Unione»; in vista del raggiungimento di «una maggiore certezza giuridica», suggerisce di elaborare «*un elenco omogeneo di categorie di reato basato su reati specifici e interessi tutelati dalla legge*», nonché «*un allegato contenente le definizioni per ogni voce dell'elenco*, al fine di agevolarne

[131] Cfr., rispettivamente, i punti 38 e 39.
[132] Si tratta, in particolare, dei seguenti strumenti: direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari; direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali; direttiva (UE) 2016/800 dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali; direttiva (UE) 2016/1919 del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo.
[133] Considerando altresì «la possibilità, se necessario, di avviare procedure di infrazione»: cfr. punto 12 della risoluzione. La raccomandazione viene ripresa al successivo punto 22, con riguardo alla direttiva 2013/48/UE, oggetto di una «preoccupante relazione» presentata dalla stessa Commissione nel settembre 2019 (v. doc. COM(2019)0560: *Relazione della Commissione del 26 settembre 2019 sull'attuazione della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*). In proposito, sul presupposto che «la cooperazione tra le autorità, anche in materia di rispetto dei diritti fondamentali, può essere migliorata utilizzando le tecnologie sicure e la digitalizzazione», va ricordata la richiesta di istituire «una banca dati pubblica specifica contenente i dati di avvocati esperti di MAE», con la finalità di «contribuire a garantire il diritto di avvalersi di un difensore» (così il punto 28, ove, nell'evidenziare l'opportunità della creazione anche di un'ulteriore banca dati centralizzata destinata a raccogliere la giurisprudenza nazionale relativa all'applicazione del MAE, si esprime compiacimento per l'avvenuta realizzazione della banca dati sulla detenzione penale, istituita nel settembre 2019 dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) in vista della facilitazione degli scambi informativi necessari per l'effettuazione del cd. test *Aranyosi*: v. https://fra.europa.eu/en/databases/criminal-detention/criminal-detention/home).
[134] V. punto 37.
[135] V. paragrafo 6, in fine.
[136] Così il punto 11.

l'interpretazione»[137]; soprattutto, richiede che si approfondisca, da un lato, «la possibilità di *ridurre la soglia di 3 anni per taluni reati*, quali la tratta di esseri umani nonché lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile»[138], dall'altro, «l'inclusione di *altri reati o categorie di reato* [...] nel quadro di un impegno rafforzato per la cooperazione giudiziaria, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali da parte degli Stati membri»[139].

Dopo un'ulteriore sollecitazione, anch'essa puntuale e opportuna, rivolta alla Commissione per la regolamentazione delle problematiche inerenti i cd. «reati connessi» (o «accessori»)[140], chiudono la risoluzione alcune raccomandazioni relative alla «*Coerenza del quadro giuridico del MAE*», tra cui pienamente condivisibili appaiono quelle finalizzate a promuovere «uno studio trasversale degli strumenti di riconoscimento reciproco» e, in prospettiva di medio termine, «un codice di cooperazione giudiziaria dell'UE in materia penale che raccolga sistematicamente la legislazione vigente»[141].

C'è davvero da augurarsi che, se e quando tali interventi troveranno attuazione, il nostro paese non sia nuovamente costretto né ad una *lunga marcia*, né – tantomeno – ad un'altra *interminabile rincorsa*.

[137] Punto 13 (corsivo aggiunto).

[138] Cfr. punto 16 (corsivo aggiunto).

[139] Ciò in quanto «un maggiore livello di cooperazione giudiziaria per questo tipo di reati aiuterebbe l'Unione a raggiungere i suoi obiettivi prioritari nonché a rafforzare la cultura del rispetto della democrazia e dello Stato di diritto nell'Unione»: v. punto 14 (corsivo, anche in questo caso, aggiunto), ove l'ambito dell'estensione proposta viene specificato richiamando «i reati ambientali (es. reati di inquinamento provocato dalle navi), talune forme di evasione fiscale, reati di odio, abuso sessuale, violenza di genere, illeciti commessi con mezzi digitali come il furto di identità, reati di ricorso alla violenza, reati contro l'ordine pubblico e l'integrità costituzionale degli Stati membri commessi ricorrendo alla violenza, reati di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra».

[140] V., in proposito, *Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, cit., C 335/14 e C/335/28. Con l'espressione «reati accessori», già utilizzata in relazione all'articolo 2(2) della Convenzione europea di estradizione, ci si riferisce all'ipotesi in cui la consegna sia richiesta per una molteplicità di reati solo uno dei quali rispetti il limite minimo di pena edittale, ovvero – per il mandato di arresto europeo – la soglia di cui all'articolo 2(1) della decisione quadro. Per quanto quest'ultima non contenga «indicazioni esplicite su come trattare la questione della consegna accessoria», alcuni Stati membri (elencati nell'allegato VIII del *Manuale*) hanno deciso di consentirla. Al fine di superare qualsiasi problematica applicativa rispetto al principio di specialità, come suggerito dal Parlamento europeo, risulterebbe tuttavia opportuna l'introduzione di una espressa disciplina a livello unionale.

[141] Vedi, rispettivamente, punti 46 e 48 della risoluzione.

PUNIRE PER OTTENERE 'SICUREZZA': CORSI E RICORSI DI UN'ILLUSIONE REPRESSIVA E PROSPETTIVE ALTERNATIVE

di Antonio Cavaliere
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Napoli Federico II

Il securitarismo continua ad incidere sulla legislazione penale e parapenale. Solo in parte il decreto sicurezza del 2020 si pone, al riguardo, su una linea di discontinuità. Ciò rende necessaria una riflessione su origini, funzioni e riflessi negativi dell'ideologia della sicurezza nel diritto punitivo. Su tali basi è possibile promuovere strategie alternative di tutela dei diritti fondamentali delle persone, fondate su un garantismo positivo, costituzionalmente orientato.
Securitarianism continues to affect criminal and punitive law. The Italian security Act 2020 does not represent a real change in this field. Thus, it is necessary to analyse origins, functions and negative consequences of the ideology of security in punitive laws. On this basis it is possible to promote alternative strategies for the protection of the fundamental human rights, according to the constitutional principles and guarantees.

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.- 2.1. Luci ed ombre nei contenuti del decreto sicurezza del 2020. – 2.2. L'omissione di interventi legislativi doverosi.- 3. Il punitivismo securitario. Una sistematica delle sue implicazioni.- 3.1. Considerazioni critiche intorno ad origini e funzioni del concetto di sicurezza.- 3.2. Riflessi penalistici dell'ideologia della sicurezza.- 3.2.1. Teoria della pena.- 3.2.2. Teoria delle fonti.- 3.2.3. Teoria del reato.- 4. Dall'illusione della sicurezza mediante il diritto penale alla tutela effettiva dei diritti mediante politiche ordinamentali di orientamento personalistico e solidaristico. 4.1. Necessità di un garantismo positivo. 4.2. Per un diritto penale non solo 'liberale', ma costituzionalmente orientato.

1. 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.
Alludo, 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 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[1].

[1] 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*, Napoli 2020, 350 ss., 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, 1100 ss.; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 2; A. Sbraccia, *Effetti criminogenetici? Il decreto Salvini tra continuità e innovazione*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Pisa 2019, 13.

I tre settori in questione sono quelli della teoria e prassi in materia, rispettivamente, di fonti; di struttura dell'illecito - penale o parapenale -; 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 almeno parzialmente 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 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 Cp. Il rinvio a quest'ultima disposizione, peraltro tecnicamente problematico sotto diversi profili – in particolare perché l'art. 650 Cp, secondo l'orientamento prevalente, non sanziona l'inosservanza di provvedimenti generali ed astratti, ma solo di ordini individuali e concreti[2] -, 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».
Ma 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 Cp.
Per far fronte alla sospetta violazione del principio di legalità insita in tali rinvii all'art. 650 Cp, si era sostenuto che il rinvio all'art. 650 Cp 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 ordinanze regionali in materia – si sarebbe potuta difendere la legittimità del rinvio contenuto nelle ordinanze allo stesso art. 650 Cp, 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 dd.ll. 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, subìto 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 verso i Presidenti delle Giunte regionali.

[2] Cfr. per tutti G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*[3], 1, Milano 2001, 110-112; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*[3], I, Milano 2004, 39.

Passando al piano della teoria del reato, risulta evidente che prevedere l'applicazione dell'art. 650 Cp per la violazione di qualunque provvedimento volto alla prevenzione del contagio significava imperniare l'illecito penale sulla mera trasgressione, ovvero su un'esasperata 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[3]. 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[4].

2.
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[5]. 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[6].
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)[7]. Vengono ampliati i divieti di

[3] Si vedano ad esempio le *Osservazioni e proposte del Consiglio direttivo AIPDP sull'emergenza carceraria da coronavirus* del 23 marzo 2020, www.aipdp.it/documenti/AIPDP_Proposte_emergenza_carceraria_da_coronavirus.pdf.
[4] Secondo i dati disponibili sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it, il 31 marzo 2021 negli istituti penitenziari erano presenti 53.509 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di 50.779.
[5] 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 www.sistemapenale.it, 23 ottobre 2020; Ead., *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n.130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n.173): le novità introdotte in sede di conversione*, *ivi*, 15 gennaio 2021.
[6] Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in www.questionegiustizia.it, 22 marzo 2019, par. 1.1.
[7] Tale disposizione aveva introdotto un art. 4 co. 1-*bis* d.lgs. n. 142/2015, dichiarato illegittimo con la recente sent. Corte cost. 9 luglio 2020, n. 186.

espulsione, respingimento o estradizione in presenza di rischi di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti e 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[8]. 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 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* Cp, 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* Cp, 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 Cp. 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

[8] 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, G. MENTASTI, *Il decreto 'immigrazione-sicurezza' (d.l. n.130/2020) diventa legge*, cit., par. 3.1.

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 Cp 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* Cp 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[9]. 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 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[10], 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,

[9] M. Donini, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in www.sistemapenale.it, 21 settembre 2020, 14 ss.
[10] Per un'ampia analisi in argomento, cfr. spec. *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 *www.lalegislazionepenale.eu*, 21.7.2020, 1 ss.

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 Cp.
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 Cp. 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 inseriti nel circuito parapenale e penale[11].
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* Cp.
Il secondo comma dell'art. 131-*bis* Cp 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[12]; e, dunque, quelle offese a pubblico ufficiale, pur rientrando nei limiti di pena edittale che consentono la non punibilità *ex* art. 131-*bis* co. 1 Cp, non potrebbero mai risultare lievi.

[11] Sulla distinzione sociologica tra funzioni manifeste e latenti dell'esercizio del potere punitivo - risalente a R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale* (1949), Bologna 2000, 191 - cfr. A. Baratta, *Che cos'è la criminologia critica?*, in *Dei delitti e delle pene* 1991, 77.
[12] Cfr. per tutti, in riferimento all'art.336 Cp, G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*[4], I, Bologna 2007, 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».

Com'è noto, il Presidente della Repubblica, contestualmente alla promulgazione della l. n. 36/2019, in una lettera del 26 aprile 2019[13], aveva 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 Cp 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* Cp, 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* Cp, 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 riguardano 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.
Non risulta dunque condivisibile la sent. Corte cost., 10 febbraio 2021, n. 30, che ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 131-*bis* co. 2 Cp, sollevate anche e proprio in rapporto all'irragionevolezza dell'esclusione automatica della particolare tenuità del fatto in ogni ipotesi di cui all'art. 337 Cp. La Corte giustifica l'esclusione con la "peculiare complessità" del bene tutelato, che non definisce chiaramente, ma riconduce sostanzialmente al buon andamento della P.A. ed alla connessa "sicurezza e libertà di determinazione" delle persone fisiche che esercitano pubbliche funzioni[14]. Dunque, per la Corte «il legislatore non ha compiuto un'operazione logica di tipo presuntivo, […] ma, nell'esercizio della sua discrezionalità in materia di politica criminale, ha identificato un bene giuridico di speciale pregnanza, cui ha ritenuto di assegnare una protezione rafforzata».
Ebbene, in primo luogo, la "peculiare complessità" del bene giuridico tutelato e le stesse modalità violente della condotta sono parse finanche al legislatore del 1930 – che pure partiva da una

[13] Reperibile all'interno del sito istituzionale www.quirinale.it.
[14] Cfr. Corte cost., 10 febbraio 2021, n. 30, in www.cortecostituzionale.it, *Considerato in diritto*, 5.2.3., e 5.2.4. per la citazione che segue nel testo.

concezione «autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini»[15] - tali da fondare una cornice edittale che rientra nei limiti di pena di cui all'art.131-*bis* Cp, per cui non si comprende per quale ragione quella "complessità" del bene tutelato debba condurre ad escludere sempre e comunque la particolare tenuità del fatto pur rientrante in quei limiti. L'esclusione della particolare tenuità in rapporto agli artt. 336, 337, 341-*bis* e, ora, 343 Cp costituisce, dunque, un privilegio legislativo che ripropone l'anacronistica concezione autoritaria del codice Rocco.
In secondo luogo, la Corte aggira la questione sollevata, riferendosi alla sola "complessità" del bene giuridico – che invero non significa di per sé la sua particolare importanza, ma evidentemente viene intesa proprio in tal senso –, senza considerare affatto il profilo decisivo che fonda la non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp, ovvero l'esiguità in concreto dell'offesa a quel 'complesso' bene giuridico. In tal modo la Corte adotta, a sua volta, proprio la stessa logica assolutamente presuntiva che ha ispirato il legislatore dei 'pacchetti sicurezza': posto che il bene giuridico è di "peculiare complessità", la relativa offesa si presume non poter mai essere esigua!

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* Cp.
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[16] -; nonché i venditori ambulanti e i 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 *passe-partout*! -, 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

[15] Così definita dalla Corte cost., nella sent. n. 341/1994 in materia di oltraggio a pubblico ufficiale, richiamata nella pronuncia di cui si discute.
[16] Condotta ritenuta riconducibile all'art. 726 Cp - 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 172533, cit. da A. Bassi, *Art.726 c.p.*, in *Codice penale commentato*[2], a cura di E. Dolcini – G. Marinucci, Milano 2006, 5056.

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 pecuniaria amministrativa, nell'ipotesi dell'inosservanza del provvedimento del questore era applicabile l'art. 650 Cp. Minacciavano, così, di aprirsi le porte del carcere per mendicanti, senzatetto, 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 Cp.
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[17] «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 mendicità.
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.
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 Cp. 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 depone 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[18] ed *extrema ratio* e

[17] Su questa cifra "stellare" cfr. criticamente F. Curi, *Le alterne vicende del reato di mendicità*, in *Il decreto Salvini*, cit., 272.
[18] Cfr. in proposito P. Lobba, *Blocco stradale. Ostruzione o ingombro di strade o ferrovie*, in AA.VV., *Il decreto Salvini*, cit., 282-283.

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 orientata ad un'incostituzionale repressione 'aggiuntiva' del dissenso[19].

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 Cp, aumenta le pene per le condotte di violenza e resistenza di cui agli artt. 336, 337 e 338 Cp 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 Cp, per l'oltraggio a pubblico ufficiale, art. 341-*bis* Cp e per l'oltraggio ad un magistrato in udienza, art. 343 Cp. 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.

[19] 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. Dolcini – G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[8], Milano 2019, 11, 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 www.questionegiustizia.it, 20 giugno 2019, par. 3; S. Zirulia, *Decreto sicurezza*-bis*: novità e profili critici*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 giugno 2019, par. 8.

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 Cp, 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, onnicomprensivo ed artificialmente pubblicizzato dell'ordine pubblico[20].
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 Cp: «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 Cp, 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[21]; 2) aumento delle pene per furti e rapine, oltre che per la violazione di domicilio, con la l. 26 aprile 2019, n. 36. Il furto con strappo e il furto domiciliare, art. 624-*bis* Cp 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 Cp, 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 Cp, il co.

[20] 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*, Milano 1983, 193; G. De Vero, *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988, 3 ss. e *passim*; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 238-239; Id., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma 1990, 4; A. Bevere, *Ordine pubblico*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Milano 1980, 275-276; C. Fiore, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1985, 280.
[21] L'impiego della pistola *taser* è da tempo oggetto di diffuse critiche, in particolare da 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., 251 ss.

3 dell'art. 624-*bis* Cp, 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 Cp come modificato dall'art. 6 co. 1 lett. *a* della stessa l. n. 36/2019, dell'estorsione, art. 629 Cp, e, per altro verso, della violenza sessuale, art. 609-*bis* Cp, e ben più grave di un sequestro di persona, art. 605 Cp, 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 Cp - 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.
3.1. Sul rapporto tra sicurezza e diritto penale si discute ormai da decenni[22]. 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 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[23]. 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[24]; 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[25].
Tali fenomeni certamente contribuiscono all'esaltazione dell'idea di sicurezza; essa, d'altronde, 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,

[22] Nell'ambito di una vasta letteratura, v. spec. *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna 2011; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit.; nonché l'ampia indagine, in particolare anche in prospettiva storica, di F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit.
[23] W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, cit., 79 ss.
[24] Cfr. per tutti U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), 21. Aufl., Frankfurt a.M. 2012, *passim*, spec. 23 ss., 65-66.
[25] Cfr., a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, nouvelle éd., Paris, 2015, 7, 10, 18 e *passim*; Id., *Iperincarcerazione. Neoliberismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona 2013, *passim*, spec. 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. M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 32 ss., 46-47, 109; nella dottrina penalistica, S. Moccia, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di A. Bevere, Napoli 2007, 123-124.

comprensivo del *pactum subjectionis*, con cui i consociati cedono integralmente le loro libertà all'autorità statuale per ottenere sicurezza[26]. Ben diversi il contrattualismo di Locke e, successivamente, quello di Beccaria: il primo sancisce l'intangibilità dal potere statuale di alcuni diritti umani[27], il secondo afferma che, secondo ragione, ciascuno dei consociati non «vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile» della propria libertà[28]. Già per questa ragione l'intervento punitivo statuale, 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[29]. Ed in effetti, la sua riproposizione riflette quella "pubblicizzazione artificiale" dei beni giuridici, autorevolmente osservata nel codice Rocco[30] 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 statuale alla propria conservazione e, sul piano formale, all'obbedienza ai precetti. Ogni violazione di

---

[26] Th. Hobbes, *Leviatano* (1651), a cura di R. Santi, Milano 2001, Parte seconda, Cap. XVII, par.1 ("Il fine dello stato: la sicurezza individuale"), par. 13 ss., 275, 281 ss.

[27] J. Locke, *Due trattati sul governo* (1690), rist. della 3ª ed., Torino 2010, *Secondo Trattato*, cap. XI, 326 ss.

[28] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di G. D. Pisapia, Milano 1973, par. II, 12.

[29] La celebre definizione dell'ordine pubblico risale notoriamente a K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig 1922, 352. 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, 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 *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia - M. Palma, Milano 2001, 19 ss.; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.* 2006, 673: «La sicurezza come criterio di 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»; M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 55-56; G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 92 ss. (sia pur con una conclusione cautamente 'aperta'); L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 8 ss.

[30] T. Padovani – L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 1991, 46-47.

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 mendicità 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 protezione 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[31].
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.

3.2. 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[32]; ad essa si ricollegano struttura dell'illecito ed implicazioni in materia di fonti.

3.2.1. Ebbene, sul piano della funzione della pena sussiste un chiaro e risalente nesso tra sicurezza e prevenzione speciale negativa[33]. 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 rassicurazione 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»[34], si trova l'idea della riaffermazione dell'autorità statuale, ovvero un autorevole antecedente di quella teoria

[31] 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 ad A. Cavaliere, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *CD* 2009, 43 ss.
[32] 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 S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 17 ss., 121 ss.
[33] Lo pone in evidenza, a ragione, in particolare W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., 81-82.
[34] E. Beling, *Grundzüge des Strafrechts*[4], Tübingen 1913, 7; ma v. soprattutto Id., *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig 1908, 2 ss. e *passim*.

generalpreventiva positiva di sapore neoretributivo, collocata sul piano comunicativo-simbolico[35], enunciata da Jakobs in rapporto al diritto penale del 'cittadino', contrapposto a quello del nemico, per il quale viene in considerazione la pura neutralizzazione[36].

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[37]. 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 spersonalizzante 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 spersonalizzazione dell'autore, visto non quale soggetto di diritti all'interno di un trattamento sanzionatorio, 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.

---

[35] G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*[2], Berlin - New York 1993, 9-10; v. pure Id., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Padernborn 2004, 28-29.

[36] «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. G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS* 2004, *Heft* 3, 95. Per una più ampia analisi e critica della concezione di Jakobs, sia consentito rinviare ad A. Cavaliere, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini - R. Orlandi, Bologna 2007, 265 ss.

[37] Va ricordato che ad es. F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (ed. 1905), trad. it., Milano 1962, 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».

3.2.2. 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 lecita 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[38]. 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 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 l'Autore l'intervento punitivo, la funzione del diritto penale nei suoi confronti è la 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»[39]. 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.

[38] 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], München 2006, p.674, con ult. rif. bibl.
[39] G. JAKOBS, *Staatliche Strafe*, cit., 41.

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 Cp 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 Cp, anche a costo di riconoscere apertamente che si tratti della punizione della disobbedienza come tale[40]. Infatti, prima che venga emanato l'ordine di 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.

3.2.3. 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'onnicomprensività 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'[41]. 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 piccoli illegalismi e alle semplici trasgressioni, distogliendo l'attenzione da altre forme di criminalità ben più gravi[42].

[40] Cfr. M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 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. Di diverso avviso G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 110-112.
[41] Sull'erroneità di tale modello criminologico cfr. M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, cit., 41 ss.
[42] Cfr. per tutti L. Wacquant, *Iperincarcerazione*, cit., 64 ss.; M. Pavarini, *Governare la penalità*, cit., 154-155.

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'onnicomprensività del bene sicurezza - assume le forme più disparate, ma sempre orientate alla predetta finalità[43]. 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 pure 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 accadde con l'introduzione dei co. 2-3 dell'art. 52 Cp ad opera della l. n. 59/2006 - , ma si presumono tutti i requisiti della legittima difesa, art. 52 co.4 Cp! La stessa percezione di insicurezza, ovvero il "grave turbamento", scusa l'eccesso colposo di difesa domiciliare, art. 55 co. 2 Cp. Inoltre, come 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.
4.1. 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 statuale 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*.

[43] Cfr. l'ampia disamina di F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 396 ss.

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[44].
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[45].
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 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

[44] C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs (1969)*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York 1973, 41: «La "fuga nel diritto penale" significa spesso solo un sottrarsi della società ai propri compiti politico-sociali costruttivi. Segnalarlo ad essa e fissare in modo autocritico i limiti della propria possibilità di incidere è dovere anche della scienza penalistica».
[45] Cfr. spec. S. Moccia, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, cit., 122 ss.

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[46].

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»[47].

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 senzatetto, 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[48]. 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 extrapenali 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

[46] Cfr. A. Baratta, *Prefazione* a S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*[2], Napoli 1997, XXV-XXVII.

[47] A. Baratta, *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, 35-36.

[48] Cfr. già C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 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».

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 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).

4.2. 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[49], ovvero sull'avversione nei confronti di un diritto penale orientato verso finalità di prevenzione generale e speciale[50]. 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[51] -, quello proposto più di recente si fonda su una posizione agnostica o

[49] Si tratta dell'orientamento elaborato da E. R. Zaffaroni a partire da *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), Napoli 1994, spec. 194 ss.
[50] W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., spec. 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».
[51] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze (1905)*, r.a. Berlin 1970, *Bd.I*, 132, 152 ss., 174 ss. Cfr. in proposito Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*[3], Göttingen 1965, 381 ss.; H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim – Leipzig - Berlin 1935, 29 ss.; W. Naucke, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZStW* 1982, 525 ss., spec. 541 ss., 547.
C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, cit., 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 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 F. von Liszt, *Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des StGBs in Aussicht zu nehmen? (1902)*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, cit., *Bd. II*, 399-400.

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[52]; 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[53].
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 neoliberiste. 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 statuale, 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 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,

[52] Su tale concetto, per tutti, C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *Bd.* I, cit., 85 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.
[53] Cfr. sul tema S. Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*[2], Napoli 1988, 11 ss.

bensì una unità dialettica»[54]. 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[55]. 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"[56], 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 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, nonché della brutale repressione del dissenso. Fintanto che si tratta di opporre "liberales und autoritäres Strafrecht"[57], 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[58].

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

[54] C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*[2] (1973), in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, 46.

[55] Cfr. spec. F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, XIX, Torino 1974, 7 ss.

[56] *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 15 maggio 2019.

[57] Per richiamare l'alternativa posta da G. Dahm – F. Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933.

[58] Cfr. M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del* Manifesto del diritto penale liberale *dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in *disCrimen* 24.5.2019, 6-7.

"policromo", che può riempirsi è si è riempito di significati storicamente diversi[59], richiama chiaramente Beccaria: ma il suo "aureo libretto" contiene, com'è noto, negli ultimi paragrafi, la prospettazione 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 *egalité* e *fraternité*. «La maggior parte delle leggi non sono che privilegii, 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[60]; 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.

[59] *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, cit., 9. Sul punto cfr. spec. G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen* 10.6.2019, 1 ss.
[60] Cfr. spec. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano 2009, 591 ss., 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)». V. pure M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi*, cit., 6; G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, cit., 4-5.

LA VIOLENZA COME INFORTUNIO: SPECIFICARE LA COLPA E RAGIONARE PER PRINCIPI

di Federico Donelli
Dottore di ricerca in diritto penale Università degli studi di Teramo

Il lavoro si concentra sulla mancanza, nel TUSL, di una disciplina relativa alla cd. security sul luogo di lavoro; più in generale, si muove da tale mancanza per trattare della componente normativo-oggettiva del tipo colposo. L'idea di fondo è quella di suggerire un collegamento fra le ormai note problematiche concernenti la colpa penale (la frammentazione, la fungibilità delle sue forme) e un difetto di analisi degli strumenti interpretativi utilizzati in sede di gestione giudiziale delle regole cautelari. Ci si concentra, poi, sul ruolo dell'art. 2087 Cc e si sostiene la necessità di una sua esclusione dall'argomentazione della sentenza penale in questa materia. Fra le tecniche argomentative utilizzate in giurisprudenza per creare o ampliare lo spettro applicativo delle regole cautelari, particolare attenzione viene posta sulla tecnica argomentativa "per principi", nel tentativo di rivelarne l'efficacia in termini di costruzione e decostruzione del tipo colposo in questo settore normativo. Nelle conclusioni – accanto a un suggerimento relativo a possibili indirizzi di riforma sul tema specifico della security – si indica un possibile antidoto all'argomentazione per principi.
The paper focuses on the absence, within the Consolidated Text on Work Safety, of a specific regulation for security issues and, more broadly, on the normative and objective component of criminal negligence. It develops starting from the acknowledgment of the notorious criticalities in terms of foreseeability of the conviction in criminal negligence cases and aims at linking these with a lack of analysis of the interpretative tools used in dealing with specific provisions regarding precautionary rules. Furthermore, the role of art. 2087 Cc in criminal negligence judgements is analyzed and a case is made for its exclusion from legal reasoning in matters of criminal law. Among the argumentative techniques used in case law to create precautionary rules or to broaden the scope of existing ones, special focus is laid on "principles-oriented" argumentation, trying to expose its efficacy in constructing and deconstructing the criminal provision in this sector. In the conclusions – together with the suggestion of reform guidelines on the specific topic of security on work places – a possible antidote to principle-oriented reasoning is proposed.

SOMMARIO: 1. Un'assenza nel TuSL – 2. La colpa veramente specifica e l'argomentazione per principi: costruzione e decostruzione del tipo. – 3. (Seggiolini e) decostruzione della colpa specifica. – 4. L'art. 2087 Cc come principio. – 5. L'art. 2087 Cc come regola: il caso della "violenza come infortunio". – 6. Ambiguità della "prevedibilità" e docilità della colpa (il concorso colposo in delitto doloso) – 7. Un antidoto all'argomentazione per principi.

1. Si è di recente posto un caso che fa emergere una problematica quasi del tutto inesplorata nel diritto penale del lavoro, ovvero l'inquadramento penalistico della responsabilità del datore di lavoro per fatti di violenza ai danni del lavoratore[1].
Si intuisce da subito un problema che non ha, in sé, nulla a che vedere con la categoria della colpa, ovvero la definizione della nozione di "violenza", che nel contesto lavorativo pare suscettibile di estendersi dalle molestie sessuali in ufficio fino al caso, il nostro, in cui l'attività lavorativa venga

[1] Secondo R. Guariniello, *La violenza come rischio sul lavoro*, in *ISL* 2018, 3 la *violenza* può essere ritenuta *infortunio*, ma anche *malattia professionale* (per eventuali disturbi di ordine psichico ad essa conseguenti). Per un inquadramento della problematica, con i necessari riferimenti bibliografici, nella dottrina giuslavoristica, L. Angelini – C. Lazzari, *La sicurezza sul lavoro nelle attività svolte all'estero*, in *DSL* 2019, 73 ss., 83, nota 25.

prestata in un paese a rischio terrorismo[2]: ecco la straordinaria estensione della possibile "lacuna" sulla quale stiamo per affacciarci.
In breve, la vicenda: due lavoratori italiani muoiono, all'estero, perché mentre si recano al cantiere vengono rapiti da una banda locale, che si scontra successivamente con un gruppo rivale in una sparatoria, durante la quale i due lavoratori perdono la vita; per questi fatti vengono condannati (per omicidio colposo) i vertici dell'azienda italiana che li ha inviati al cantiere estero[3].
Forse l'unico elemento che veramente unifica la categoria del "rischio violenza" nel diritto penale del lavoro è proprio il fatto che non esistono disposizioni specifiche che obblighino espressamente il datore di lavoro a farsi carico di (e che, soprattutto, lo aiutino a gestire) questa categoria di rischio a tutela del lavoratore[4].
Se infatti in questa materia, notoriamente, il problema è spesso governare le moltissime disposizioni che la affollano, preservando un giudizio di responsabilità che si fondi sulla *vera* colpa specifica, qui si pone il problema opposto: si muove da una mancanza.
Si impone ancora una volta il tema dei rapporti fra colpa specifica e colpa generica e con esso, ovviamente, l'ambiguo ruolo dell'art. 2087 Cc[5].
È difficile, impossibile in questo lavoro, stabilire se la precarietà della distinzione fra colpa generica e colpa specifica dipenda dalla voracità della prima o dalla fragilità della seconda: esistono però, come noto, argomenti a sostegno dell'esistenza di entrambi i fenomeni[6]. Quello che ci si propone di fare in questa sede è concentrarsi sul secondo e, più in particolare, focalizzare l'attenzione su di un fattore che pare corrodere alle fondamenta la stabilità del giudizio fondato sulla colpa specifica e che si manifesta in sede di argomentazione.
Il terreno sul quale condurremo questa analisi sarà principalmente quello della sicurezza sul lavoro, ove constateremo, in particolare, l'irrinunciabilità di un collegamento normativo fra la posizione di garanzia del datore di lavoro e il tipo di rischio "violenza di terzi" che, in astratto, appare spesso ontologicamente distante dal rischio emergente dallo svolgimento delle singole mansioni.

---

[2] Senza poi considerare l'intrinseca problematicità del termine, che lo rende un perfetto "banco di prova" per le diverse concezioni del divieto di analogia, un buon esempio è la contrapposizione rappresentata in M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino 2011, 91 ss. fra la posizione dell'A. e quella di F. Viganò (in *La tutela penale della libertà individuale. Vol. 1: L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, *passim*); v. le fonti normative sovranazionali riprese da R. Guariniello, *op. ult. cit.*, 1, in tema di molestie, *mobbing* e violenza sul luogo di lavoro.

[3] G.u.p. Roma 22.1.2019, n. 125, inedita, l'unica condanna penale che ci risulta su questo tema.

[4] Constata questa assenza anche R. Guariniello, *op. ult. cit.*, 10, sul punto ritorneremo.

[5] È fin troppo nota, la dottrina è unanime, la critica al ricorso in giurisprudenza all'art. 2087 Cc come disposizione di colpa specifica, stante l'evidente difetto di specificazioni modali nel testo, che renderebbe la disposizione, a seconda dei vari accenti in letteratura, idonea a fondare un addebito di colpa generica o al più la sola posizione di garanzia del datore di lavoro: riferiscono l'art. 2087 Cc al concetto di posizione di garanzia C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *RTrimDPenEc* 1988, 128; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 427; G. Civello, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino 2013, 38; lo riconducono, in senso più ampio, alla dimensione della colpa generica C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *ED, Annali X*, 2017, 231; Id., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, *Crim* 2014, 400; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale–Parte generale*[7], Bologna 2014, 577; A. A. Sammarco, *L'art. 2087 c.c. quale fonte di responsabilità penale*, *GP* 1987, 438, critico sulla sua invocazione quale *vulnus* del principio di determinatezza; v. anche M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 76 ss., 399 sul "cumulo" delle due forme di colpa.

[6] Autorevolmente, di recente: «della colpa generica […] non [è] impresa facile sbarazzarsi» G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 5.2.2020, 2, sottolineando, fra le altre ragioni, che le regole positive "elastiche" sottendono "apprezzamenti non dissimili da quelli utilizzati nel settore della colpa generica".

Analizzando come la giurisprudenza sul tema – soprattutto quella civilistica – risolva questo problema, passeremo poi a vedere come alcune voci pretendano di trovare la soluzione (anche nella prospettiva del diritto penale) in uno strumento che già da tempo si utilizza per forzare la categoria della colpa specifica, ovvero l'argomentazione per principi.

2. Il diritto penale del lavoro è una materia che non esiteremmo ad accostare alla categoria della colpa specifica, presentando un alto tasso di normazione di dettaglio e risultando di conseguenza (apparentemente) meno permeabile di altri settori al ragionamento proprio della colpa generica[7].

La maggiore o minore permeabilità di una materia al giudizio di colpa generica è una variabile del più ampio fenomeno della "frammentazione" della colpa (che poi coinvolge molti altri aspetti, *in primis* quello sanzionatorio).

L'aspetto che qui interessa è che sarebbe lecito attendersi che di tale tendenziale "preferenza" resti traccia nelle decisioni in questa materia[8].

Occorre infatti ricordare che, su un terreno improntato alla tradizionale preservazione dell'unità concettuale fra le due forme di colpa, è progressivamente maturata la consapevolezza – filtrata dall'osservazione della prassi – della necessità di una distinzione fra colpa generica e colpa specifica, anche e soprattutto in prospettiva processuale, come *fatti diversi*[9].

Si dovrebbe dunque approdare – secondo questa prospettiva – a uno scenario in cui i rapporti fra il giudizio di colpa specifica e quello di colpa generica siano impostati in termini di autentica alternatività e non di sinergia o di supplenza: a ben vedere non pare trattarsi mai di un fenomeno di "collaborazione normativa", visto che quando la regola scritta viene superata, quella che viene veramente applicata è un'altra, diversa, in quanto ancora più *specifica*, ritagliata sulla condotta concreta[10].

---

[7] «Sono preoccupato per le critiche rivolte al criterio della colpa generica per l'accertamento della colpa che, se ho ben capito, andrebbe limitata ai casi di violazione di leggi ecc. (cioè alla sola colpa specifica). Non tanto per le conseguenze che si avrebbero in tema di infortuni sul lavoro e circolazione stradale; materie nelle quali i testi normativi sono sufficientemente esaustivi e contengono norme di chiusura che consentono di riempire eventuali lacune (artt. 10 e 141 del codice della strada; art. 2087 c.c.)»; così C. Brusco, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Pisa 2015, 338.

[8] Le parole della colpa generica cambiano, ovviamente, a seconda dell'impostazione di volta in volta seguita (nel comune tentativo di sostenere la preesistenza della norma incriminatrice alla condotta anche in assenza di una disposizione scritta); non potendo ricostruire qui la contrapposizione fra il modello "deontologico" – fondato sull'agente modello, la prevedibilità, l'evitabilità – e il modello cd. "prasseologico", fondato sugli usi cautelari (di cui principale sostenitore è F. Giunta, v. ad es. *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare. A proposito di recenti fatti di cronaca*, in *DPP*, 1999, 1296), rinviamo (oltre alla dottrina indicata *infra*, alla nota 62) a D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *RIDPP* 2011, 1267 ss. per una chiara ricostruzione del dibattito, oltre a una critica del modello "prasseologico"; di recente, per una interessante valorizzazione della "*phronensis*" nella definizione della cautela imponibile al singolo v. D. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Trento 2020, 411, nel contesto di una riflessione improntata alla valorizzazione dell'affidamento e diretta alla concretizzazione della misura cautelare in un giudizio incentrato sulla colpa grave.

[9] Cfr. E. Musco, *La contestazione dei reati colposi*, in *RIDPP* 1971, 330 ss.; cfr. Cass. 23.10.1997, Geremia, in *CP* 1998, 3381; Cass. 11.7.2001, Barnes, in *CP* 2002, 3834, con nota critica di D. Castronuovo, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa* (la contestazione della colpa è notoriamente un *topos* della produzione di quest'ultimo illustre A., il tema riemerge in molti altri scritti che citeremo più oltre ad altri fini).

[10] La funzione supplente della colpa generica degraderebbe le regole positive a "*schemi fondamentali*" sulla cui "*non immutabile falsariga*" valutare la conformità del comportamento dell'agente, salvo che "*le circostanze del caso concreto esig*[a]*no che si realizzi un comportamento ulteriore e diverso da quello che è prescritto da quelle disposizioni particolari*", rendendo così obbligatorio questo "di più"; in corsivo G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 170, 198; secondo l'illustre A., poi, la possibilità della colpa generica di integrare la colpa specifica conoscerebbe un'eccezione "*allorché il loro contenuto* [delle regole scritte] *si risolve nell'esonero*

Se si travolge con l'auto un bambino, guidando al di sotto del limite di velocità dei 50 km/h, appare arduo considerare la regola "superata" (limite dei 50 kh/h) come un "aiuto alla prevedibilità", ovvero un indizio che l'ordinamento fornirebbe al consociato per individuare la regola *veramente* applicabile (riduzione della velocità per attraversamento di bambini), posto che l'effetto primario della regola sopraggiunta (elaborata su criteri indipendenti, quali solitamente la prevedibilità) è proprio quello di *dimostrare* l'inefficacia della regola superata. Quest'ultima, a ben vedere, non è servita a nulla: si è trattato solo di un'ipotesi di qualificazione normativa che, alla prova dei fatti, ha dimostrato la sua irrilevanza.

L'omogeneità fra i due modi di decidere, dunque, più che essere un dato di partenza, appare più come un obbiettivo, peraltro di difficilissimo ottenimento, considerato che diversi sono sia il soggetto che crea la regola (legislatore in un caso, giudice nell'altro), il contesto nel quale essa viene creata (in una disposizione o in una sentenza) e, soprattutto, il momento di creazione della medesima rispetto al fatto[11].

Come si diceva, la diversità fra le due forme di ragionamento dovrebbe lasciare traccia nelle sentenze, e ancor prima nella formulazione dei capi di imputazione.

Il tratto distintivo della colpa specifica dovrebbe essere la circostanza che la regola scritta, preesistente al giudizio, permetta di individuare il sotto-evento (che essa si prefiggeva di evitare imponendo una certa cautela e) del quale si dovrà, poi, accertare il nesso teleologico con l'evento concreto che si vuole imputare all'agente[12].

La colpa specifica preserva dunque la propria identità solo laddove il giudizio operi in base al meccanismo della concretizzazione del rischio[13].

---

dall'adozione di una cautela atta a prevenire il verificarsi di eventi lesivi", solo qui vi sarebbe una "*insindacabilità del criterio che ha presieduto alla formulazione*" (*ibidem*, 203): non risulta chiarissima l'individuazione di siffatte regole "di esonero" e, ammesso che esse siano rinvenibili nel nostro ordinamento, non è agevole inquadrare la rilevanza del fenomeno; secondo G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 312 ss., che riprende un'idea di M. Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Vienna 1975, 45, stante l'omogeneità strutturale fra colpa generica e colpa specifica, le regole scritte sarebbero *Hilfsmittel* per l'accertamento della diligenza.

[11] Il nostro periodo impiega metafore (il legislatore) e ipersemplificazioni (la disposizione che "crea" la regola cautelare; il giudice che crea solo in alcuni casi, mentre forse si dovrebbe dire che crea sempre), lasciamo allora chiarire il concetto a O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 387: la disposizione è allora di colpa specifica solo se *permette di assumere che il giudizio sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento tramite la condotta specificamente ordinata dalla regola cautelare sia stato già effettuato da chi ha posto la regola*, la violazione della regola *esaurisce* la cautela doverosa e non servono accertamenti di prevedibilità ed evitabilità perché qui tale funzione è soddisfatta dalla *concretizzazione del rischio*, che traccia i limiti esterni della rilevanza penale e della tipicità dell'illecito colposo in una prospettiva che – non implicando alcun giudizio sulla *possibilità* – si svolge interamente *ex post* e richiede una mera corrispondenza tra scopo cautelare ed evento provocato; si veda anche O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 15.5.2019, in part. 14.

[12] Cfr. C. Piergallini, *Colpa*, cit., 227 e 241; Id., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *RIDPP* 1997, 1486; Id., *Colpa e attività produttive*, cit., 391, l'A. riporta l'esempio del fermarsi al semaforo rosso come regola di condotta che predetermina nettamente i soli sotto-eventi della collisione e dell'investimento, antecedenti causali della morte del pedone o dell'altro automobilista. Fondamentale su questi concetti G. Forti, *op. cit.*, 327, 503; v. anche M. Ronco. *La colpa in particolare*, in *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, diretto da M. Ronco, Bologna 2007, 538 e 563, parla di "una sorta di vincolo causale" fra violazione della regola di diligenza ed evento concreto; O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 356, parla di *dipendenza causale*.

[13] Tale criterio, come noto, non gode di favori unanimi in dottrina; si tratta, però, di riserve che in gran parte derivano dalla constatazione che esso non pare idoneo ad applicarsi indiscriminatamente a tutte le disposizioni cautelari scritte; cfr., per tutti, Fiandaca-Musco, *op. cit.*, 260; sottolinea "*il carattere sfuggente dello scopo da perseguire: la «riduzione al minimo» di un dato rischio"* D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, *DigDPen*, (Agg.; t. I), 2000, 397; sul tema anche G. Forti, *op. cit.*, 418, 439; 445-446; G. Marinucci, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in

Ovviamente il vantaggio di poter disporre di una tale predeterminazione legislativa si apprezza anche sul versante comunicativo, nella misura in cui la disposizione che predetermina l'accertamento causale manda al contempo un messaggio preventivo al consociato: l'obbligo di implementare una certa cautela serve a prevenire uno specifico evento dannoso[14].
È noto, però, che nella prassi spesso si definisce "colpa specifica" una forma di giudizio molto meno rigidamente predeterminata di quella appena tratteggiata.
Da un primo punto di vista, si osserva una netta contrapposizione fra dottrina e giurisprudenza sul grado di determinatezza delle disposizioni-fonte: per la seconda il giudizio resta "di colpa specifica" anche quando fondato su disposizioni che la dottrina non ritiene sufficientemente determinate (primo fra tutti, ai fini che qui interessano, l'art. 2087 Cc).
Qui, in estrema sintesi, la giurisprudenza *costruirebbe* troppo, muovendo da disposizioni generiche, che paiono onnivore ed assolutamente inidonee a predeterminare l'evento che ci si propone di evitare e, di conseguenza, l'accertamento dell'idoneità causale della condotta del singolo[15].
Accanto a tale fenomeno ne emerge però un altro, apparentemente opposto.
Quando, invece, la disposizione specifica – che predetermina chiaramente il singolo sotto-evento che si vuole evitare – esiste, in sede applicativa le vengono attribuite finalità ulteriori, di modo che, esattamente come sopra, la cristallizzazione legislativa del sotto-evento da impedire finisce per perdersi[16].

RIDPP 2012, 11 s.; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010 Milano, 564; A. Massaro, *"Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *CP* 2009, 4699 ss.

[14] Detto in altro modo, se le norme servono per fare delle cose e sono al contempo ragioni per agire (Cfr. F. Schauer, *Le regole del gioco*, Bologna 2000, 195, nota 14; C. Luzzati, *Del giurista interprete*, Torino 2016, 240; D. Canale, *Conflitti pratici*, Roma-Bari 2017, 14), è giusto assumere che anche il consociato se ne serva e che, di conseguenza, le regole cautelari possano essere utilizzate come veri e propri "strumenti per prevenire"; cfr. T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2019, 262; v. anche G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 4 (anche per citazioni dottrinali in questo senso, in part. nota 8); si veda anche G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2013, 126. L'esigenza di una previa comunicazione risulta poi ancora più pressante in relazione all'omissione, dove l'accertamento del nesso teleologico sostituisce (equivale al) l'accertamento della causalità materiale, che in tali casi è ovviamente indisponibile: come noto qui è tutto normativo il ragionamento in base al quale si accerta che l'evento prefigurato dall'obbligo cautelare avrebbe impedito l'evento storico; cfr., con notevole diversità di impostazioni, G. Fiandaca, *Causalità (rapporto di)*, in *DigDPen* 1988, 126 ss.; Id., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1970, 79; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio». Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP* 1999, 32 ss., 58; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *ED, Annali III*, 2010, 689; Id., *Il garantismo della* condicio sine qua non *e il prezzo del suo abbandono*, in *RIDPP* 2011, 494, 534; A. Alessandri, *Commentario della costituzione – art. 27*, Bologna 1991, 33; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2011, 350; L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2000, 1062; C.E. Paliero, *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *RIMedLeg* 2015, 1513; F. Viganò, *Riflessioni sulla c. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP* 2009, 1697; P. Astorina, *Causalità omissiva e colpa: responsabilità medica e logiche normative del diritto penale d'evento*, in *RIMedLeg* 2011, 1682; sul collegamento fra predeterminazione modale della regola cautelare e prevedibilità, anche per i necessari riferimenti dottrinali, M. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna 2020, 64, nota 107.

[15] Si vedano le riflessioni di L. Stortoni, *La categoria della colpa tra oggettivismo e soggettivismo (che ne è della colpa penale?!)*, in *IP* 2016, 12 ss.

[16] Sulla tendenza della giurisprudenza, in questo settore, a presumere l'efficacia preventiva delle regole cautelari contenute nel d.lgs. 9.4.2008, n. 81 (d'ora innanzi TuSL), *indiscriminatamente* (come nel caso di prescrizioni di natura prettamente formale, ad es. quelle che disciplinano le modalità di effettuazione della valutazione dei

Alla base delle criticità della categoria della colpa specifica paiono dunque presentarsi due fenomeni apparentemente opposti fra loro: un eccesso di *costruzione* e un eccesso di *decostruzione* delle "regole" preposte alla definizione del tipo colposo.

Vedremo che essi, nonostante si presentino spesso intrecciati nella prassi, si possono isolare: non si tratta di un'operazione immediata, perché la colpa, proprio a causa della intercambiabilità che la giurisprudenza imprime alle sue diverse forme – non solo fra colpa specifica e colpa generica, ma anche fra responsabilità monosoggettiva e plurisoggettiva – vive in una dimensione prettamente argomentativa[17].

Questi due problemi che affliggono la colpa specifica hanno un elemento comune: l'argomentazione per principi.

3. Per illustrare il fenomeno di decostruzione, utilizzeremo in prima battuta un esempio estraneo al diritto penale del lavoro: l'esempio ci farà vedere che spesso la determinatezza di una disposizione non dipende solo dalle sue caratteristiche semantiche, grammaticali o sintattiche, ma anche, e soprattutto, da quanto accuratamente la guardiamo, da quanto in profondità siamo disposti ad andare.

È da poco stato introdotto l'obbligo del seggiolino antiabbandono[18]. La disposizione che lo sancisce ha uno scopo molto preciso: fare sì che i bambini non vengano dimenticati in auto. È *facile vederlo in astratto*, questo scopo. Non tanto automatica è invece, come vedremo, la sua preservazione in sede applicativa.

Alcuni potrebbero pensare che il fatto che il legislatore abbia dovuto indirizzare specificamente questo fenomeno dimostri che abbiamo fatto un passo indietro come civiltà: lo *stress* da lavoro e gli impegni quotidiani ci fanno dimenticare i nostri bambini. Trasposta nella prospettiva del diritto penale, questa posizione ci porta a pensare che è evidente che i genitori non abbiano bisogno (oppure: che per punire i genitori non vi sia bisogno di) una norma del genere, perché tale obbligo discende già dalla loro posizione di protezione nei confronti del bambino[19].

La prassi ha purtroppo dimostrato che tale impostazione, in alcuni casi, non ha funzionato: ciò ha indotto il legislatore a introdurre la tutela preventiva di cui stiamo parlando, che comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa in caso di violazione[20].

---

rischi, gli obblighi di informazione e formazione dei lavoratori, le riunioni periodiche); cfr. M. Grotto, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 25.9.2012; Id., in *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, cit., 292; G. Civello, *La tipicità del fatto colposo nel diritto penale del lavoro: il* discrimen *fra regole cautelari e regole meramente gestionali ed organizzative*, in *AP* (2), maggio-giugno 2012; sulle fattispecie di condotta relative alla formazione e informazione del dipendente, di recente, cfr. Cass. 27.10.2020 n. 32194, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 20 novembre 2020.

[17] Non è questa la sede per affrontare il tema dei rapporti fra interpretazione e argomentazione, basti il rinvio a V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino 2012, 37, anche per i necessari riferimenti dottrinali, laddove l'A. si pone "in dialogo" con la scuola genovese (in part. nota 30); con riferimento alla nostra materia, invece, si veda O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 1, dove l'A. usa la felice espressione "luogo argomentativo" per evidenziare come le diverse stagioni giurisprudenziali si avvicendino, in materia di colpa, sul terreno di alcuni nuclei tematici, che mutano nel tempo; più oltre (*ibidem*, 5) si tratteggiano anche i rapporti fra giurisprudenza e dottrina, evidenziando come la prima dimostri di "impossessarsi" della terminologia impiegata dalla seconda, "piegandola" ai propri fini, come è avvenuto, ad esempio, in tema di prevedibilità (concetto di cui più oltre – *ibidem*, 15 – ma già nel proprio studio monografico del 2002, l'A. propone una difesa).

[18] Art. 172, co. 1 *bis*, d.lgs. 30.4.1992 n. 285 (d'ora innanzi CdS; il citato co 1 *bis* è stato inserito dall'articolo 1, co. 1, lett. b, l. 1.10.2018, n. 117).

[19] La "regola non scritta" si applica tuttora in caso di bambino di 4 anni o più.

[20] I casi sono molti di più di quanto non si possa pensare; cfr. https://codacons.it/ancora-un-bimbo-dimenticato-in-auto-ma-la-legge-sui-seggiolini-anti-abbandono-e-ferma/; la violazione comporta una sanzione pecuniaria da 83 a 332

Seguendo le categorie tradizionali non esiteremmo a definirla una regola cautelare rigida, anche se non è scritta nel modo tanto netto e banale in cui ce lo immagineremmo[21]: essa non parla, infatti, di installare un "*seggiolino*", ma un "*dispositivo di allarme, costituito da uno o più elementi interconnessi*"[22]. Questo ci fa pensare che al *fine di ridurre il rischio* di abbandonare il bambino sarebbero implementabili (forse) infinite precauzioni: acquistare il migliore seggiolino antiabbandono sul mercato e assicurarlo al sedile (o magari ne esistono di serie, più efficaci?); installare sul cellulare un'applicazione che ci avverta, tramite sistema GPS, quando ci allontaniamo mentre il seggiolino rileva ancora la presenza di un peso; controllare la carica del cellulare[23], ecc…

---

euro, la decurtazione di 5 punti dalla patente e la sospensione della patente da 15 giorni a due mesi in caso di recidiva nel biennio.

[21] L'affidabilità delle regole rigide non va comunque sopravvalutata. Per prima cosa, l'aggettivo spinge a confidare su una logica "tutto o niente" che alla prova dei fatti spesso non esiste: l'autovelox o il tutor non sono mai tanto precisi o affidabili quanto sembra in astratto (cfr. C. Luzzati, *Prìncipi e princìpi*. *La genericità nel diritto*, Torino 2011, 38 s.): nei giorni in cui si scrive, ad esempio, le difese in materia di contravvenzioni per guida in stato di ebbrezza si fondano a volte sulla mancata revisione degli apparecchi per la rilevazione (cfr. Cass. 6.6.2019 n. 38618, che ha posto in capo alla pubblica accusa l'onere di dimostrare l'omologazione e l'avvenuta revisione periodica dell'etilometro – art. 379, co. 8, d.P.R. 16.12.2002 n. 495 – importando così un *principio* [sic!] già invalso in sede civile). Più in generale, uno degli effetti del ricorso al concetto della concretizzazione del rischio è che, mettendo l'accento sullo scopo di prevenzione della regola cautelare (il sotto-evento), il problema dell'individuazione del comportamento dovuto passa – almeno potenzialmente – in secondo piano. A volte è infatti possibile affermare che difetta il nesso fra l'evento concreto e i sotto-eventi indicati dalla norma, senza il bisogno di individuare la specifica condotta prescritta. Negli esempi considerati finora le disposizioni rendono chiaro sia *cosa* si debba fare (istallare il seggiolino; fermarsi al rosso) sia *perché* – la ragione specifica per la quale – lo si debba fare (evitare di abbandonare il bambino; evitare investimenti o collisioni). Si è visto, inoltre, che, altre volte, regole che ci dicono chiaramente *che cosa* dobbiamo fare (non superare i 50 Km/h in centro abitato), siccome non ci dicono altrettanto chiaramente *il perché* dobbiamo farlo (quale evento ci assicuriamo di evitare comportandoci così), nel momento in cui succede una disgrazia possono rivelarsi pressoché inservibili. Esiste, poi, un'altra categoria di regole, sostanzialmente il reciproco di quella appena richiamata, dove è chiaro l'evento che si vuole evitare, ma non altrettanto la condotta che si deve tenere per evitarlo. Queste regole fanno ricorso a formule elastiche – proprio per preservare la loro utilità nel tempo a fronte degli sviluppi tecnologici e linguistici – che permettono un adattamento continuo, del tipo: "fare quanto possibile per", "adottare le precauzioni idonee a…", ecc… In alcuni casi, pur non essendo rigide, queste regole riescono comunque a indicare il sotto-evento che si prefiggono di scongiurare e permettono ugualmente, in una certa misura, la verifica della concretizzazione del rischio: un buon esempio è il co. 1, lett. b), art. 286 *quater* TuSL, che pone l'obbligo in capo al datore di lavoro di "adottare misure idonee ad eliminare o contenere al massimo *il rischio di ferite ed infezioni sul lavoro* […]". Anche qui, in altre parole, possiamo effettuare quella particolare forma di verifica che attiene alla pertinenza fra l'evento oggetto di prevenzione e l'evento storico: solo se tale nesso sussiste ci si dovrà porre il problema dell'individuazione della condotta doverosa, della sua efficacia e del suo adempimento da parte del soggetto agente. Non si vuole ovviamente negare il problema dell'individuazione della condotta doverosa nelle regole elastiche, che evidentemente non si esaurisce con la mera invocazione della concretizzazione del rischio, ma solo accantonarlo ai fini di questo lavoro.

[22] Cfr. art. 1, lett. b) d.m. 2.10.2019 n. 122, "dispositivo antiabbandono: un dispositivo di allarme, costituito da uno o più elementi interconnessi, la cui funzione è quella di prevenire l'abbandono dei bambini di età inferiore ai quattro anni, a bordo dei veicoli delle categorie M1, N1, N2 e N3 e che si attiva nel caso di allontanamento del conducente dal veicolo". La (bellissima) parola *seggiolino* è invece usata dal legislatore altrove, ad esempio al co. 5, art. 172 CdS (bella perché è chiara tanto per il destinatario della regola, quanto per il beneficiario della cautela cui il primo viene obbligato).

[23] E si potrebbe continuare all'infinito: non ascoltare musica con le cuffie su un altro dispositivo in modo tale da non sentire l'allarme dell'applicazione, ecc…. L'art. 3 del d.m. di attuazione contempla diverse ipotesi (seggiolino integrato, accessorio del veicolo, ecc…), tanto che potremmo definirla una disposizione elastica: si può sempre immaginare che una di queste soluzioni sia più efficace considerate il tipo di vettura, le abitudini della famiglia, ecc…Questo solo per dire che, come ricorda di recente anche O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 14, nemmeno il giudizio di colpa specifica non può prescindere comunque da un certo grado di discrezionalità.

Forse, presi dall'ansia, potremmo persino arrivare a considerare che, in definitiva, il modo più sicuro per non dimenticarci il bambino è violare un'altra disposizione del codice della strada, quella che ci proibisce di tenerlo sul sedile del passeggero: rischiamo una sanzione, ma avendolo accanto per tutto il viaggio sarebbe impossibile dimenticarsi di passare dall'asilo nido[24].
Oppure arrenderci, non partire più[25].
Riflettendo meglio, però, vediamo che il rischio di un'espansione irragionevole della sfera di operatività di questa regola cautelare può essere ridimensionato: nessuno potrebbe aspettarsi di vedersi contestare una sanzione amministrativa perché, nonostante abbia assicurato suo figlio a un seggiolino antiabbandono, si è allontanato dall'auto un momento dimenticando il cellulare nell'abitacolo. Anche ammettendo che il cellulare possa essere inteso come uno degli *elementi interconnessi* che costituiscono il *dispositivo di allarme*, è difficile che la sua temporanea dimenticanza in auto possa essere ritenuta equivalente all'omissione del dispositivo in sé[26].
Qui è sempre il criterio della finalità della norma cautelare che la preserva da un'applicazione incontrollata: eravamo lontani da una situazione di pericolo per il bambino, così la regola che prevede tale obbligo appare ancora trincerata[27].
Il rischio di espansione può però ricomparire se ci troviamo *costretti* a riflettere sulla finalità della norma e ci chiediamo se essa sia effettivamente così netta, perché sentiamo di avere delle *buone ragioni* per mettere in discussione quella finalità[28].
Immaginiamo di trasportare un passeggero accanto a noi e un bambino, senza seggiolino antiabbandono, sul sedile posteriore, libero di muoversi: al momento dell'incidente, il bambino è dietro il nostro sedile e né a noi, né a lui, accade nulla di grave; non così per il passeggero accanto a noi, che muore nell'impatto. Un passaggio della consulenza tecnica, in modo un po' ultroneo, si sofferma sulla valutazione che, se vi fosse stato un seggiolino sul sedile posteriore in corrispondenza della posizione del passeggero, questi probabilmente sarebbe sopravvissuto, perché il seggiolino avrebbe potuto assorbire l'impatto, sostenendo il suo sedile.
È evidente che non è pensabile un addebito di colpa fondato sull'*ipotesi* che se avessi adempiuto alla regola cautelare avrei installato il seggiolino proprio dietro il sedile del passeggero: nulla mi imponeva di collocarlo proprio lì. Ancor prima di valutare queste ipotesi, però, possiamo agevolmente decidere in base all'idea che la disposizione che abbiamo violato non si prefiggeva

[24] Cfr. art. 172 co. 3, lett. b), CdS.
[25] Sulla questione del dovere di astensione quale possibile contenuto della regola modale cfr. D. Castronuovo, *L'evoluzione*, cit., 1619; si veda anche, per un'elaborazione del dovere di astensione (nel contesto di un'esemplificazione analoga a quella nel testo), G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 9; v. anche *infra*, nota 80.
[26] E se la dimenticanza del cellulare non è temporanea, con conseguenze tragiche per il bambino, e il cellulare era di fatto l'unico strumento che permetteva l'emissione di un allarme, forse non si è adempiuto all'art. 172, co. 1 *bis* CdS, che impone di "utilizzare" il sistema antiabbandono (allontanandosi è quantomeno dubbio che lo si stia ancora "utilizzando").
[27] La possibilità di individuare il sotto-evento dipende dal grado di specificazione con il quale chi ha elaborato la disposizione ha ritratto una parte di realtà, cristallizzando i possibili sotto-eventi secondo generalizzazioni che ci appaiono trincerate: passando con il rosso si investe o si fa un incidente, ecc…Usiamo il concetto trinceramento della generalizzazione – nel senso di inaccessibilità della ragione sottostante alla regola – mutuandolo da F. Schauer, *Le regole del gioco*, cit., 77; v. G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 440, sulle norme di diligenza come programmazione dei vari decorsi causali, anche intermedi, che possono probabilmente portare alla realizzazione dell'evento (anche *ibidem*, 713, sul ruolo delle generalizzazioni nella elaborazione della regola cautelare); per una ricostruzione della crisi del modello nomologico-deduttivo v. D. Perin, *op. cit.*, 32 ss.
[28] Non si deve comunque dimenticare che esistono altri strumenti per intervenire sul fenomeno, a seconda delle variabili concrete; cfr. Cass. 29.5.2018 n. 27705, ove si è punita una madre per abbandono di minore per aver lasciato, mentre faceva la spesa, la figlia di 23 mesi sola all'interno della vettura, parcheggiata con i vetri alzati e gli sportelli chiusi.

lo scopo di attutire gli impatti, ma di non abbandonare il bambino. L'obbligo c'era, ed è stato violato, ma non era quello il suo scopo: è una questione di pertinenza[29].
Ma è veramente possibile decidere così? Non è troppo artificiale? Un padre/utente della strada scrupoloso certamente avrebbe installato il seggiolino, così aumentando del 50% la possibilità di sopravvivenza di quella persona, la quale, in fin dei conti, è comunque morta a causa di un *incidente stradale*: non è pur vero che tutte le disposizioni del codice della strada, *in fondo*, perseguono la finalità di garantire la sicurezza stradale?
4. *In fondo*, sotto le regole, ci sono le ragioni per cui quelle regole sono state poste. La forzatura, in conclusione del paragrafo precedente, dell'esempio del seggiolino, ci dimostra che a volte vi sono delle buone ragioni – come di certo è la morte di una persona – per andare a indagare, e poi mettere in discussione, l'assunto che *giustifica* una regola cautelare[30]. In tali casi, appare rassicurante l'idea di ritrovare una sorta di radiazione di fondo che conferisca una tensione omogenea ed efficientistica all'intero settore dell'ordinamento sul quale, a seconda delle caratteristiche del caso concreto, il diritto penale si trova ad appoggiarsi: tale tensione può essere infusa (dall'interprete) in tutte le disposizioni che appartengono a quel settore, che vengono così schierate in direzione della medesima finalità. Operare sulla *ratio* della norma serve in questo contesto per mutare la categoria dei sotto-eventi che essa si prefigge di impedire, la quale può dunque ampliarsi, estendendo le generalizzazioni in funzione dello scopo *ultimo* – in realtà: *ulteriore* – della prescrizione di volta in volta considerata[31].
Si è già detto che questo modo di trattare le disposizioni è molto ricorrente nel diritto penale del lavoro: abbiamo ricordato le pronunce in materia di violazione della disciplina sulla valutazione dei rischi, sugli obblighi di informazione e formazione dei lavoratori, sulle riunioni periodiche; per ciascuna di tali disposizioni è abbastanza agevole individuare, in astratto, un sotto-evento specifico, ma un'omissione fra quelle, di fronte a un evento infausto, viene spesso ritenuta causalmente idonea a cagionare ("direttamente") l'evento[32]. È però importante comprendere che,

[29] Ovvero di coerenza tra scopo della regola cautelare violata e dinamica di verificazione dell'evento; v. *supra* nota 21, in dottrina K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della* condicio sine qua non *e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, 308, 327, 344 e 372 e, di recente, M. Mattheudakis, *op. cit*., 63 ss., 169 ss.
[30] C. Luzzati, *Prìncipi e princìpi*, cit., 126, ricorda le origini antichissime dell'idea che una norma ne fondi un'altra; v. anche M. Atienza e J. R. Manero, *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid 2000, 18; la bibliografia sulla distinzione fra regole e principi è ovviamente immensa, per un inquadramento, anche con grande diversità di impostazioni, si veda R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 173 ss.; Id., *La sintassi del diritto*, Torino 2014, 67 ss.; C. Luzzati, *op. ult. cit*., 24 ss.; Id., *Del giurista*, cit., 342 (nel senso che l'essere un principio sia una caratteristica relazionale e non ontologica, e che i principi siano argomenti e non norme); R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 9; L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino 1986, 89 ss.; G. Pino, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica* 2009, 131; Id., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica,* in *Diritto e questioni pubbliche* 2012, 13. Emerge anche, ma è un altro tema che non può essere affrontato qui, la dimensione valoriale dei principi e la loro connessione con la morale; nella dottrina penalistica cfr. O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 162 ss.; v. anche Id., *Autoresponsabilità*, cit., 9.
[31] Lo scopo della norma è infatti, prima di tutto, un parametro di individuazione della regola prevenzionistica; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 289; A. Vallini, *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2012, 19.
[32] V. *supra*, nota 16. Non è un caso che l'A. cui si deve la più chiara enucleazione della già citata doppia tipicità dell'evento nella struttura dell'illecito colposo faccia esplicito riferimento al settore della sicurezza sul lavoro (d.P.R. 27.4.1955 n. 547): G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 484, 488, dove si evidenzia che, anche laddove la singola disposizione non identifichi espressamente il sotto-evento, essa indica almeno la fonte di rischio. Si deve poi notare che vi sono anche variabili sintattiche: il "rischio di" è solitamente idoneo a indicare il sotto-evento (v. rischio di ferita,

quando operiamo così, rivolgendoci cioè all'indietro per apprezzare le ragioni sottese alla regola, ci muoviamo in direzione contraria a quella propria delle regole, che è quella di disporre per il futuro: ci stiamo cioè allontanando dal modo di ragionare proprio della colpa specifica, per decostruire una regola che sentiamo vincolarci a premesse che non condividiamo[33].
Per mettere meglio a fuoco il problema, è bene osservare come, in giurisprudenza, si riesca a inserire tale operazione ermeneutica nell'ordito argomentativo della sentenza.
Tale operazione passa quasi sempre per l'invocazione dell'art. 2087 Cc, che entra nella motivazione (o, più raramente, già nel capo di imputazione) come addebito di colpa specifica.
Anche di questa nota *querelle* – ovvero la natura più o meno specifica dell'art. 2087 Cc – si è parlato in apertura del lavoro. In realtà la specificità di una disposizione dipende dal contesto nel quale essa viene invocata e dall'uso che se ne vuole fare: da un certo punto di vista l'art. 2087 Cc è specifico se lo rapportiamo alla globalità delle obbligazioni che il datore di lavoro assume nei confronti del lavoratore con il contratto di lavoro; da un altro punto di vista, però, la disposizione certo non è specifica quando ci proponiamo di utilizzarla in diritto penale, dove dimostra i suoi limiti non veicolando alcun apporto "regolativo"[34].
In ogni caso, si tratta di una disposizione duttilissima, come si evince dall'estrema varietà di utilizzi che le sentenze dimostrano di farne[35]: a ben vedere, però, anche se i ruoli attribuiti all'art. 2087 Cc in motivazione sono fra loro nominalmente differenti, la funzione argomentativa assolta dalla disposizione, come vedremo, è sempre la stessa: introdurre il concetto che una norma ne fondi un'altra, che vi sia un principio[36].

---

supra, nota 21); non così per il rischio "derivante da" qualcosa, che può tradursi in categorie più o meno nette di sotto-eventi.

[33] Cfr. F. Schauer, *Di ogni erba un fascio*, 2008 Bologna, 39: constatare che le regole prescrivono necessariamente per il futuro equivale a dire che esse contengono le condizioni per la loro stessa obsolescenza; sulla forza decostruttiva dei principi C. Luzzati, *Prìncipi e princìpi*, cit., 18.

[34] Cfr. D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *DigDPen*, VI, Torino 1992, 111; nonché la dottrina citata *supra*, nota 5.

[35] A volte la giurisprudenza applica all'art. 2087 Cc etichette diverse da quella di "colpa specifica", come ad esempio "principio", "obbligazione fondamentale" , invocandolo spessissimo *accanto* alle (o anche plasticamente "a chiusura" delle) più specifiche disposizioni del TuSL: parla di "obbligazione fondamentale" Cass. 5.9.2013 n. 36394; molto più ricorrente la definizione di *principio*, emblematica Cass. 20.5.2010 n. 23944: "è *principio* non controverso quello secondo cui il datore di lavoro deve sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa: tale obbligo dovendolo ricondurre, *oltre che alle disposizioni specifiche, proprio, più generalmente, al disposto dell'art. 2087 c.c.*"; parla di "*norma generale di chiusura*" Cass. 14.5.2009 n. 41782; "*generale disposizione di cui all'art. 2087 c.c.*" Cass. 26.3.2009 n. 27426; così definita anche in Cass. S.U. 25.11.1998, Loparco, in *CED*Cass, n. 212575-7, in *CP*, 1999, 2084, che la contrappone *a quelle specifiche previste dalla normativa antinfortunistica*; cfr. P. Piccialli, *Qualche riflessione sul debito di sicurezza in materia antinfortunistica*, in G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, *op. cit.*, 98, secondo la quale l'art. 2087 Cc è *norma di chiusura* che *integra* la legislazione speciale di prevenzione (tutti i corsivi sono nostri).

[36] Vi sono anche (rari) casi in cui la giurisprudenza dimostra una certa diffidenza verso la parola "principio", ma è solo una questione di forma: ad es. Cass. 9.2.2018 n. 6505. «l'art. 2087 cod. civ., pur non contenendo precetti specifici come quelli rinvenibili nelle leggi organiche per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, *non si risolve in una mera norma di principio, ma deve considerarsi inserita a pieno titolo nella legislazione antinfortunistica*, di cui costituisce norma di chiusura, che impone al datore di lavoro precisi obblighi di garanzia e protezione di fini individuali» (corsivi aggiunti); v. anche Cass. 29.9.2006 n. 32286. In astratto, i problemi sono diversi: si dovrebbe infatti distinguere fra il ritenere l'art. 2087 Cc come sufficientemente determinato (quando non lo è) e il ritenerlo un fondamento delle più specifiche disposizioni del Tusl: come visto nella nota precedente, tuttavia, spesso questi due argomenti vengono intrecciati fra loro, a dimostrazione della pervasività del ragionamento fondato sui principi. Così l'art. 2087 Cc diventa sufficientemente determinato ("norma di chiusura") *proprio perché* fonda le altre disposizioni cautelari.

In realtà, da un certo punto di vista, l'importanza riconosciuta dalla giurisprudenza all'art. 2087 Cc potrebbe persino sorprendere, posto che il diritto penale, a ben vedere, di tale disposizione potrebbe persino fare a meno. Prendiamo, ad esempio, l'idea per cui l'art. 2087 Cc sarebbe necessario a fondare la posizione di garanzia del datore di lavoro.
Senza la posizione di garanzia, come noto, non risulta possibile governare la ricaduta più temibile della natura normativa della colpa: la maggiore distanza fra condotta ed evento, rispetto al dolo[37] – che obbliga l'interprete a confrontarsi con molti più fatti storici – implica costanti rimandi fra fatto e diritto, dominabili solo secondo una previa scansione concettuale che muova dalla posizione di garanzia, passi poi per l'individuazione (o costruzione) dell'obbligo cautelare *causalmente efficace* e giunga fino all'accertamento dell'elemento soggettivo.
Ma l'art. 2087 Cc è veramente necessario per fondare la posizione di garanzia di controllo in capo al datore di lavoro? Crediamo si debba rispondere in senso negativo.
A fondare tale posizione – e, ancora più utilmente – a offrirci criteri per l'individuazione della persona fisica che ricopre la qualità di datore di lavoro, vi è il TuSL, il cui assetto complessivo rivela una generale sfiducia nei criteri formali di matrice civilistica: l'assetto vigente della disciplina ha virato verso un favore esplicito per il criterio dell'effettività dell'esercizio dei poteri, che ridimensiona fortemente il ruolo dell'elemento – che pure è autonomamente contenuto nel TuSL – della mera titolarità del rapporto di lavoro[38].
L'art. 2087 Cc risulta poi comunque non *esaustivo* anche guardando al versante prettamente civilistico del problema, come quando, ad esempio, consideriamo i problemi che emergono nel contesto delle società, dove la giurisprudenza fa riferimento ad altre disposizioni del codice civile (pensiamo all'art. 2381 Cc, all'art. 2392 Cc).
Il TuSL, dunque, offre criteri propri per individuare il datore di lavoro, e individua anche, a un livello di maggiore dettaglio, i singoli obblighi connessi alla figura, così che l'art. 2087 Cc certo non è necessario a porre le basi della posizione di garanzia[39].
Non a caso, la vera funzione che viene assunta in motivazione dall'art. 2087 Cc è quella di principio, utilizzato a *giustificazione* delle regole di colpa specifica[40].

---

[37] Cfr. M. Gallo, *Colpa penale (dir. vig.),* in *ED*, VII, 1960, 633; F. Bricola, *Aspetti problematici del cd. rischio consentito nei reati colposi*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale dell'Università di Pavia* 1960-61, 113 (anche in Id., *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano 1997, 67): nella colpa "la perfezione del precetto può aversi solo a patto di non recidere i nessi con la fattispecie concreta".

[38] Il datore di lavoro che interessa alla normativa prevenzionistica non è lo stesso datore di lavoro che interessa al diritto civile. In alcuni casi, infatti, la Cassazione dimostra di poter fare a meno dell'art. 2087 Cc, sull'assunto che l'ordinamento certo non possa stare inerte di fronte al caso di *atteggiamento passivo* davanti al *ripetersi di incidenti*, da parte di chi, pur in assenza di delega o incarichi in materia di sicurezza, rivesta comunque una posizione sovraordinata; in questo senso Cass. 11.10.2011 n. 3947, valorizza l'assunzione di fatto della posizione di garanzia da parte di chi ricopriva la posizione apicale in un negozio, senza mai fare riferimento all'art. 2087 Cc.

[39] La giurisprudenza, a volte, identifica la fonte della posizione di garanzia nell'art. 18 TuSL (Cass. 19.10.2012 n. 41063). L'idea che l'art. 2087 Cc fornisca una sorta di legittimazione "dall'alto" della materia prevenzionistica presuppone una sorta di "superiorità" o "necessità" del diritto civile rispetto all'applicazione del diritto prevenzionistico, tutta da dimostrare. Considerato, infatti, il succitato sviluppo che la materia della sicurezza sul lavoro ha avuto in direzione sempre più sostanzialistica (peraltro, dunque, in sé assonante con le esigenze che potremmo definire genericamente comuni al diritto penale) l'effetto tetico (F. C. Palazzo, *L'errore su legge extrapenale,* Milano 1974, 16-17 e 46, G. Ruggiero, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli 1965, 163-164, 214-215) del diritto civile sul TuSL è molto meno intenso che in altre materie (pensiamo, ad esempio, a quanto il diritto civile e commerciale siano presupposti dal diritto tributario e a quanto quest'ultimo sia a sua volta presupposto dal diritto penale).

[40] Colpisce che, muovendosi alla ricerca di una fattispecie (o almeno di una componente utile alla costruzione di una fattispecie penale), si scelga di utilizzare una parola che indica "per definizione" una norma *senza* fattispecie; cfr. G.

Per prima cosa, come a tutti i principi, si attribuisce alla disposizione un contenuto fondativo su cui non si può non convenire ("il datore di lavoro deve garantire la massima sicurezza"): chi potrebbe pensare, anche se non esistesse l'art. 2087 Cc, che il proprietario di una sega circolare, o di altre macchine pericolosissime, possa disinteressarsi della sicurezza di chi lavora per lui a quelle macchine[41]?
Il principio serve poi per decostruire, non solo per fondare: in questo caso serve per superare la predeterminazione dei sotto-eventi che la disposizione cautelare reca con sé, permettendo alla regola di guardare più lontano: il coinvolgimento del rappresentante dei lavoratori nella valutazione dei rischi è, in sé, funzionale a una maggiore partecipazione dei lavoratori nella gestione complessiva della sicurezza sul lavoro, ma, *a ben vedere*, serve comunque per garantire un maggior livello di sicurezza; lo stesso dicasi di obblighi annuali di indire riunioni per la sicurezza, dell'indicazione formale della categoria di rischio nel DVR, e così via. Lo specifico sotto-evento considerato dalla norma non interessa più, perché ogni regola viene intesa come avente il medesimo scopo *finale* e si finisce, così, per affermare esattamente quella *causalità di principio* dalla quale la stessa Suprema Corte, in alcune pronunce, mette in guardia[42].
Quello che occorre considerare qui è che, nella prospettiva della colpa per omissione, l'invocazione del principio muta l'evento immediato che la nostra condotta avrebbe causato: scompaiono gli incidenti all'incrocio, l'abbandono del bambino, la ferita, la riunione periodica;

Zagrebelski, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 213; analogamente, sebbene con riferimento alle norme costituzionali, Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc*., 2014, 41; l'"assenza di fattispecie", nei principi, può essere detta in modo molto più preciso (solitamente si parla di fattispecie "aperta"; cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 201), specificando se la caratteristica principale del concetto "principio" sia l'indeterminatezza, la genericità, la defettibilità o una combinazione di queste; si veda, sempre con diversità di impostazioni, la dottrina citata *supra*, nota 30, nonché ancora R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma 2008, 119 e G. Pino, *Diritti e interpretazione: il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, 55.

[41] Tanto condivisibile che, se si rimuovesse l'art. 2087 Cc dalla motivazione della sentenza, quel principio emergerebbe ugualmente (ciò però non vuol dire che identificare la fonte del principio nell'art. 2087 Cc non possa avere dei costi, v. *infra* nel testo, § 5). La capacità di "riemersione" dei principi si vede bene, in questa materia, osservando quanto accaduto al momento della ricezione dell'art. 299 TuSL in giurisprudenza: «Va sottolineato che la previsione di cui al citato art. 299 ha natura *meramente ricognitiva del principio di diritto* […] per il quale l'individuazione dei destinatari degli obblighi […] deve fondarsi […] sulle funzioni in concreto esercitate […]. Ne deriva che la codificazione della c.d. "clausola di equivalenza" avvenuta con il predetto d.lgs. n. 81 del 2008 non ha introdotto alcuna modifica in ordine ai criteri di imputazione […], senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di irretroattività della norma penale» cfr. Cass. 25.9.2014 n. 46437 (cita Cass. 7.2.2012, in *CED*Cass, n. 252676); cfr. P. Piccialli, *op. cit.*, 96 (corsivi aggiunti).

[42] Cfr. Cass. 4.12.2009 n. 3092, relativamente all'omissione della valutazione del rischio nel DVR «il rapporto di causalità fra omessa previsione del rischio e infortunio o il rapporto di causalità fra omesso inserimento del rischio nel documento di valutazione dei rischi e infortunio deve essere accertato in concreto rappresentando gli effetti indagati e accertati dell'omissione all'evento che si è concretizzato»; v. anche Cass. 2.12.2016 n. 20056; merita di essere segnalata, con riferimento però al settore dell'infortunistica stradale, anche Cass. 4.10.2017, n. 50024 (confermando un orientamento già indicato da Cass., 16.6.2010, n. 32126): si contestava l'omicidio colposo a un automobilista che, pur circolando all'interno nella propria corsia, non avrebbe, come dovuto, circolato nel rispetto dei limiti di velocità e in prossimità del margine destro della carreggiata, in violazione degli artt. 142 e 143 CdS; secondo la Suprema Corte: "i sopra indicati articoli 142 e 143 del Codice della Strada [sono] norme di carattere cautelare che hanno per finalità quella di garantire un'andatura corretta e regolare nell'ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono. Tali precetti, in altri termini, non sono sicuramente intesi ad evitare il rischio determinato dall'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dal senso opposto, in spregio di limiti di velocità, divieto di sorpasso e di corretta tenuta dei fari".

rimane solo la morte (del lavoratore) che, *per principio*, il datore di lavoro avrebbe dovuto evitare[43].
Si sono dunque messi a fuoco gli strumenti della decostruzione delle regole in questa materia: l'invocazione dell'art. 2087 Cc e l'argomentazione per principi. Occorre ora chiedersi se tali strumenti possano essere utilizzati anche per *costruire* le regole cautelari.
5. Si è detto, dunque, che spesso l'art. 2087 Cc viene presentato, in giurisprudenza, come regola (di colpa specifica), ma viene in realtà utilizzato come principio.
In altri casi, invece, la giurisprudenza – pur presentando sempre l'art. 2087 Cc come regola – dimostra anche di volerlo utilizzare come tale, nel senso di norma *bisognosa di fondamento*, bisognosa a sua volta di un principio.
A volte, infatti, il pur genericissimo testo dell'art. 2087 Cc pare non essere sufficiente a includere nella posizione di garanzia del datore di lavoro una cautela che l'interprete ritiene invece doverosa.
Giungiamo, così, al tema della violenza sul luogo di lavoro, riguardo al quale si è anticipato che non esiste una disciplina *specifica* nel TuSL.
La posizione di garanzia del datore di lavoro è, come noto, di controllo, non di protezione: inutile dire che se questi dovesse veramente farsi carico di *tutti* i rischi incombenti sui suoi lavoratori, a stretto rigore non dovrebbe permettere loro di lavorare, così come il genitore dell'esempio del seggiolino non dovrebbe mai permettere al bambino di saldare, di salire su di un traliccio o di manovrare un *sideboom*[44].
E non può essere altrimenti: con una posizione di protezione non residuerebbe alcuno spazio per l'esercizio di attività produttive pericolose; la costruzione del tipo deve, dunque, risultare incentrata sulla fonte di rischio e non sulla persona che beneficia della protezione (v. *infra* § 7).
Occorrono, allora, dei criteri per stabilire quando il rischio, per le caratteristiche intrinseche dell'attività lavorativa oppure per le specifiche modalità nelle quali essa viene svolta, diventi un rischio tipico, da includere fra le fonti di pericolo che il datore di lavoro è obbligato a controllare:

---

[43] "La descrizione in chiave generale (generalista) ed astratta dell'evento è, tra gli *escamotage* usati dalla giurisprudenza per vanificare le proprie affermazioni di principio, quello più frequente e più approfonditamente indagato"; così O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 5; v. anche S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018, 313 e ss. (ripreso anche da O. Di Giovine, *ibidem*). Qui si vede l'impatto dell'argomentazione per principi, che è probabilmente tra le cause di quel fenomeno di eterogenesi dei fini che mina alla base la tenuta della categoria della colpa specifica, la quale perde la funzione di garanzia e diventa strumento di "estensione" della responsabilità penale; cfr. F. Sgubbi, *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro*, in *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, a cura di L. Montuschi, Torino 1997, 260 parlava di «espansione totalizzante» della colpa specifica e ne evidenziava «le minacciose contiguità» con la responsabilità oggettiva.

[44] Nel senso che quella del datore di lavoro è una posizione di controllo cfr. P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Padova, 2003, § 3; O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 139. Nelle rare occasioni in cui dottrina e giurisprudenza si sono confrontate con il rischio "atti dolosi di terzi", lo hanno fatto sempre nella prospettiva in cui tale fonte di pericolo si innestava su una mancanza nel controllo di altre fonti di pericolo *già in sé* doverose; cfr. Cass. 8.6.2010 n. 31680, incendio appiccato da terzi a una motonave, i cui dispositivi antincendio sono risultati carenti, non funzionanti o non tempestivamente attivati, confermando la condanna *ex* art. 449 Cp; il caso richiama alla mente, ma non si sovrappone esattamente, al noto *Brandstiftungsfall* (RG 61, 318; richiamato da G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 590, nota 103). È indicativo che nella citata pronuncia del G.u.p. di Roma (*supra*, nota 3) il capo di imputazione parlasse esplicitamente di posizione "di protezione", rispetto al rischio terrorismo, del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori. Per una riflessione alla luce di un caso dove la posizione di garanzia del datore di lavoro e quella dei genitori si intrecciano (bambino che entra abusivamente in un cantiere) cfr. O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 12 (il caso è tratto da Cass. 15.10.2014 n. 43168, in *D&G* 2014, 26 ss. con nota di L. Piras, *Il ragazzino curioso muore in un cantiere: quali obblighi per il responsabile della sicurezza?*).

il rischio aggressione di terzi, a eccezione dei casi in cui esso è effettivamente l'oggetto della mansione del dipendente, è di per sé estraneo all'attività lavorativa[45].
Come visto, una posizione che inizia a farsi strada in giurisprudenza ritiene che tali criteri possano e debbano essere rinvenuti, in modo chiaro e sufficientemente predeterminabile, nel materiale normativo vigente.
In realtà, quanto riguarda la normativa civilistica e prevenzionistica, da esse non si possono trarre che *argomenti della possibilità*, nel senso che le formulazioni positive di molte disposizioni in materia *non si oppongono direttamente* a tale interpretazione estensiva.
Si pensi proprio all'art. 2087 Cc, che contestualizza l'obbligo di adozione delle misure necessarie alla protezione dei lavoratori nell'*esercizio dell'impresa*. Non diversamente il TuSL, che pur tacendo, come detto, sulla disciplina della *security*, contiene moltissime disposizioni in base alle quali è possibile argomentare che esso *non si oppone* a una tale estensione, con conseguente declinazione del "rischio-violenza" secondo il complesso quadro di obblighi strumentali e formali ivi descritti (dalla valutazione del rischio, all'informazione ai lavoratori, ecc…)[46].
Tali argomenti della possibilità, però, non sono conclusivi: il fatto che il testo non si opponga a una determinata interpretazione non è, di per sé, una buona ragione per operare quell'estensione; la compatibilità sintattico-semantica fra la disposizione e l'interpretazione che si propone è solo una precondizione necessaria, ma non sufficiente, a concludere in favore di quella specifica lettura del testo.

---

[45] Lo constatano anche Angelini-Lazzari, *op. cit*., 83. Vi sono ovviamente eccezioni, come il caso della guardia del corpo, che ha una posizione di garanzia di protezione rispetto al politico che l'ha incaricata; non si deve dimenticare, però, che il suo datore di lavoro, che certo ha un debito di sicurezza nei confronti della guardia del corpo, assume la veste di garante sulle medesime fonti di rischio (aggressione di terzi), nella forma però sempre di una posizione di controllo: egli ha dunque l'obbligo di porre il dipendente nelle condizioni di svolgere al meglio e con il minor rischio possibile il suo lavoro, il cui nucleo (l'obbligo di proteggere il politico) comporta comunque l'esposizione al pericolo di aggressioni altrui; cfr. Cass. 4.7.2006 n. 32286, in *CP* 2007, 3304, con nota di D. Valenza, *Limiti strutturali della posizione di garanzia nella materia degli infortuni sul lavoro*, dove la Suprema Corte ha condannato per omicidio colposo il legale rappresentante di un istituto di vigilanza per avere omesso di fornire un giubbotto antiproiettile che avrebbe impedito la morte di una guardia giurata attinta da un colpo d'arma da fuoco esploso da malviventi che rapinavano una banca (la Suprema Corte ha individuato la fonte dell'obbligo nell'art. 2087 Cc e nell'art. 9 Regolamento di servizio degli istituti di vigilanza privata operanti in Palermo, emesso dal Questore il 19.4.2001); la pronuncia è ripresa anche da D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 570 (anche Id., *L'evoluzione*, cit., 1621) per denunciare la tendenza "iperoggettivante" della Suprema Corte.
[46] Cfr. R. Guariniello, *La violenza*, cit., 10, che constata tale mancanza nel nostro ordinamento, ma emblematicamente afferma: «ciò non toglie che dalle norme generali del d.lgs., n. 81/2008 si ricavino i *principi* destinati a governare l'individuazione e la scelta di tali misure» (corsivo aggiunto). L'A. (*ibidem*, 4) evidenzia che molte disposizioni del TuSL (e l'art. 2087 Cc) non si oppongono a una tale estensione: cita ad es. l'art. 3 TuSL (laddove si riferisce a "tutte le tipologie di rischio") e l'art. 2, co. 1, lett. a), quale norma che "assorbe e valorizza quell'obbligo generale introdotto già dall'art. 2087 cod. civ." (corsivi aggiunti); si fa anche riferimento (*ibidem*, 6 s.) al fatto che l'art. 28, co. 2, lett. a) si riferisce a «tutti i rischi per la sicurezza e la salute *durante* l'attività lavorativa», a come la giurisprudenza civilistica sostanzialmente equipari alla "causa di lavoro" l' "occasione di lavoro", intesa come l'insieme delle condizioni ambientali e socio-economiche in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore (cfr. Cass. civ., sez. lav., 5.1.2015 n. 6) e anche a come l'obbligo di valutazione dei rischi si estenda alla dimensione dell'"ovunque", nel senso che l'attività lavorativa può svolgersi fuori dai locali aziendali (la nozione di luoghi di lavoro di cui all'art. 62 TuSL si applica solo al Titolo II); sulla nozione di "occasione lavorativa", v. anche Angelini-Lazzari, *op. cit*., 84. Convenendo sulla constatazione dell'assenza di una normativa in materia, si potrebbero ugualmente valorizzare altri indici "sistematici" nel TuSL che militano nel senso dell'esclusione della materia della *security* dalla sua sfera applicativa, come l'art. 74, co. 2, secondo cui non costituiscono dispositivi di protezione personale «le attrezzature di protezione individuale delle forze armate, delle forze di polizia e del personale del servizio per il mantenimento dell'ordine pubblico (lett. c)», né «i materiali per l'autodifesa o per la dissuasione (lett. f)».

Ecco riemergere il tema delle ragioni, dei principi: non resta che constatare che, proprio in considerazione del suddetto silenzio legislativo in materia, la *specificazione* di criteri oggettivi, in costanza dei quali affermare che il rischio violenza sia da considerare un rischio *tipico*, sia indubbiamente un'operazione creativa. Una tale operazione deve allora essere *giustificata*, su di un piano che trascende le potenzialità estensive del testo dell'art. 2087 Cc o delle disposizioni del TuSL, e che renda evidente le ragioni che militano nel senso di tale decisione, *chiarendo*, sul piano assiologico, che l'ordinamento *esige* una tale integrazione.
Di questo la giurisprudenza civilistica, nei casi in cui include la violenza fra i doveri di controllo del datore di lavoro, si dimostra perfettamente consapevole e opera un'*interpretazione* dichiaratamente *estensiva* dell'art. 2087 Cc, che diventa una norma *giustificata* dal diritto alla salute (art. 32 Cost.) e dai principi di correttezza e buona fede (art. 1175 Cc e 1375 Cc)[47].
Come detto, il medesimo ragionamento per principi viene ritenuto da alcuni esportabile sul terreno del diritto penale, anche qui ponendo al centro dell'argomentazione l'art. 2087 Cc [48].
Perché, però, riferire l'interpretazione estensiva all'art. 2087 Cc e non direttamente alle disposizioni del TuSL? Anche quelle norme, infatti, sono certamente fondate sul diritto costituzionale alla salute. La risposta pare agevole: queste ultime disposizioni non offrono un elemento che solo l'art. 2087 Cc può offrire, ovvero l'"automatica" possibilità di includere nella motivazione la giurisprudenza civilistica[49].

---

[47] Cfr. In tal senso Cass. civ., sez. lav., 19.2.2016 n. 3306 e 18.2.2016 n. 3212, che evidenziano la necessità di «preservare i lavoratori dalla lesione di detta integrità nell'ambiente o in costanza di lavoro in relazione ad attività anche non collegate direttamente allo stesso come le aggressioni conseguenti all'attività criminosa di terzi»; i medesimi argomenti sono utilizzati da Cass. civ., sez. lav., 23.3.2002 n. 4129, che ha affermato la responsabilità del datore di lavoro in un caso di rapimento di lavoratori, poi rilasciati, ad opera di guerriglieri etiopi.

[48] Cfr. *supra*, note 1, 3 e 47: l'art. 2087 Cc è un perno dell'argomentazione sia di R. Guariniello, del G.u.p. di Roma, che dei precedenti civilistici in tema di *security* (v. anche subito *infra* in nota).

[49] Nella giurisprudenza della sezione lavoro, hanno negato il risarcimento da parte del datore di lavoro per omissione di cautele volte a prevenire aggressioni di terzi Cass. civ, sez. lav., 28.10.2008 n. 25883 («si trattava dei normali pericoli connessi, genericamente, in qualche misura a qualsiasi attività di lavoro, in sostanza al vivere e all'operare, non di un pericolo specifico connesso al lavoro e derivante dal lavoro, come presupposto dall'art. 2087»); Cass. civ, sez. lav., 24.10.2001 n. 15350 (la ricorrente aveva dedotto la *particolare incidenza della criminalità nella zona*); Cass. civ., sez. lav., 12.3.1998 n. 11710 (la rapina a un distributore si sposta in un magazzino attiguo: *dedotte circostanze esulavano da ogni profilo di prevenzione specificamente attinente al lavoro svolto e correttamente non sono state valutate dal Tribunale*); accolgono il ricorso del lavoratore Cass. civ., sez. lav., 10.4.2019 n. 29879 (custode di un collegio, aggredita e uccisa durante il turno notturno al presunto fine di impossessarsi di una cassetta contenente poche centinaia di migliaia di lire, provento delle locazioni delle camere del collegio, il datore di lavoro ha omesso di predisporre guardiola con vetro, citofono, cassaforte, illuminazione adeguata, un secondo custode, a differenza di quanto avveniva in altri collegi, ove i custodi erano due (l'*aggressione a scopo di lucro è insita nella tipologia di attività esercitata*, in ragione della movimentazione di somme di denaro); Cass. civ., sez. lav., 28.10.2015 n. 34, responsabilità del datore di lavoro fondata sul non avere implementato strumenti volti a fornire sicurezza ai casellanti (come vetri blindati, telecamere a circuito chiuso etc.), che avrebbero prevenuto la rapina che ha comportato un infarto al casellante ricorrente; Cass. civ., sez. lav., 8.3.2006 n. 12445 accoglie il ricorso della dipendente di un'associazione che aveva subito *mobbing* sul luogo di lavoro, non essendosi data la prova di avere implementato misure volte a prevenire tali accadimenti, ma solo tese a punirli una volta accaduti (deferimento ai probiviri); Cass. civ., sez. lav., 11.2.2015 n. 7405: il caso riguardava la richiesta di risarcimento dei danni subiti effettuata nei confronti di Poste Italiane Spa (e dell'Inail) per effetto di tre successive rapine, di cui un dipendente era rimasto vittima nello svolgimento della sua attività lavorativa presso l'ufficio. La Corte territoriale aveva rigettato la domanda, fondata sull'assunto che fossero state omesse misure di sicurezza (sistemi di videosorveglianza, collegamento diretto con le forze dell'ordine, sistemi di apertura a tempo ovvero di allarme interno) idonee a prevenire l'attività delittuosa di terzi, essendo l'unica misura attuata dalla parte datoriale la protezione tramite vetri antisfondamento del bancone, mentre nessun mezzo di sicurezza rivolto all'esterno era stato concretamente realizzato ed attivato. Tutte le rapine, invece, si erano realizzate *al di fuori dei locali dell'ufficio postale* e, in particolare, nel momento in cui il lavoratore era intento a sollevare la

Ciò che rende l'art. 2087 Cc apparentemente insostituibile in questa materia, e forse la ragione fondamentale che spinge i fautori di certe posizioni inclusive a scegliere proprio questa disposizione come fulcro del proprio ragionamento per principi (v. *supra* § 4), è che questa disposizione *esiste, in una dimensione direttamente applicativa, altrove* rispetto alla materia penale: ha una sua giurisprudenza.

Rispetto allo specifico problema qui affrontato, la giurisprudenza civilistica si dimostra uno strumento formidabile, perché pare offrire quei criteri di collegamento funzionale fra attività lavorativa e rischio aggressione che il TuSL non contiene.

Così alcune sentenze in materia giuslavoristica affermano che il rischio violenza è "insito nella tipologia di lavoro" di cui il lavoratore è incaricato, ad esempio, perché la mansione lo obbliga a maneggiare denaro (altre volte la Suprema Corte civile contempla nella propria argomentazione tale criterio, ma rigetta comunque il ricorso[50]). Vi sono precedenti civilistici anche con riferimento all'esposizione del lavoratore al rischio terrorismo: in questi casi il legame oggettivo viene individuato nell'intensità, nella diffusività del rischio e altre fonti che si esprimono nel dovere di valutazione di tale rischio da parte del datore di lavoro in presenza di ragionevole e concreta possibilità di manifestazione[51].

Tale caratteristica dell'art. 2087 Cc ne preserva l'utilità argomentativa anche laddove, come nel caso del rischio violenza, la sua funzione di principio fondante il TuSL non è abbastanza, perché non si tratta di "intensificare" una sfera di tutela che questo già contiene (v. *supra*, § 3), ma occorre

---

saracinesca che vi dava accesso. La Suprema Corte, nell'accogliere il ricorso, evidenzia la prevedibilità degli eventi delittuosi – corroborata dalla reiterazione degli stessi – e chiarisce che l'obbligo di prevenire aggressioni di terzi a tutela dell'integrità lavorativa dei dipendenti deve essere contenuto, onde evitare surrettizie ammissioni di responsabilità oggettiva, ai casi in cui «*la prevedibilità del verificarsi di episodi di aggressione a scopo di lucro sia insita nella tipologia di attività esercitata dal lavoratore, in ragione della movimentazione, anche contenuta, di somme di denaro nonché delle plurime reiterazioni di rapine in un determinato arco temporale*». Per quanto riguarda l'efficacia della regola cautelare, la Corte precisa che le misure avrebbero dovuto «impedire o prevenire o, comunque, rendere più difficoltoso ed aleatorio il realizzarsi di eventi criminosi il che non significa che tali mezzi dovessero essere certamente in grado di impedire il verificarsi di episodi criminosi a danno del dipendente, bensì che gli stessi dovevano consistere in quelle misure che, secondo criteri di comune esperienza, potevano risultare atti a svolgere, al riguardo, una funzione almeno dissuasiva e, quindi, preventiva e protettiva».

[50] Si vedano i primi casi citati alla nota precedente (in particolare il caso della rapina al distributore, Cass. civ., n. 1171/1998, cit.), si deve notare che solo Cass. civ., n. 7405/2015, cit., estende tale sfera di tutela al di fuori dei locali di lavoro, sebbene in costanza di notevole prossimità spaziale (posto che le rapine sarebbero avvenute mentre il dipendente sollevava la saracinesca). È inoltre interessante notare che, a fronte di tali precedenti sul versante civilistico, non è dato rinvenire corrispondenti pronunce di condanna sul versante penalistico: si fatica infatti a trovare – come sarebbe lecito attendersi, seguendo l'assunto di omogeneità fra colpa civile e penale che *giustifica* l'invocazione dell'art. 2087 Cc – sentenze che *puniscano* il datore di lavoro nella medesima costellazione di casi. A fronte di tali precedenti in sede civilistica non ci è stato infatti dato di rinvenire casi in cui, ad esempio, il direttore di banca o delle Poste, laddove la filiale fosse collocata in luoghi particolarmente "problematici", sia stato condannato per omicidio colposo per aver cagionato la morte dei propri dipendenti omettendo cautele idonee a prevenire attività delittuosa di terzi in loro danno.

[51] Cfr. T. Ravenna, 23.10.2014, «il rischio in discorso era così immanente e totalizzante che incombeva in ogni posto ed in ogni luogo, fuori e dentro il cantiere». Si veda anche l'Interpello n. 11, 25 ottobre 2016, della relativa Commissione del Ministero del lavoro, che ritiene sussistente il dovere del datore di lavoro – con particolare riferimento al personale della compagnie aeree – di «*valutare tutti i rischi compresi i potenziali e peculiari rischi ambientali legati alle caratteristiche del Paese in cui la prestazione lavorativa dovrà essere svolta, quali a titolo esemplificativo, i cosiddetti «rischi generici aggravati», legati alla situazione geopolitica del Paese (es. guerre civili, attentati, ecc.) e alle condizioni sanitarie del contesto geografico di riferimento non considerati astrattamente, ma che abbiano la ragionevole e concreta possibilità di manifestarsi in correlazione all'attività lavorativa svolta*», fondando il proprio ragionamento sul "principio" di cui all'art. 2087 Cc, che sarebbe *ribadito* dall'art. 18, co. 1, lett. z), d.lgs. n. 81/2008; v. anche la già citata Cass. civ., sez. lav., n. 4129/2002.

integrarne lo spettro applicativo[52]. È ovvio che, una volta ricondotto il rischio all'interno dello spettro applicativo del TuSL, le disposizioni di carattere formale/organizzativo potranno ricominciare a operare secondo il modello già visto e l'art. 2087 Cc potrà recuperare la sua funzione di principio (v. *supra*, § 3).

Da questo quadro emerge, a parere di chi scrive, l'evidente necessità di una disciplina positiva in materia: si vede bene, infatti, che la categoria "rischio aggressione di terzi", lungi dal poter costituire una categoria omogenea, appare al momento suscettibile di contemplare fenomeni diversissimi fra loro, e tutto ciò si riverbera, ovviamente, sul tipo di contromisure che si rendono necessarie e sulle professionalità qualificate per valutarle. Forse, in alcuni casi, è persino dubbia la controllabilità di tale rischio, pure a fronte di un'evidente utilità collettiva dell'attività che vi si espone: si pensi alla difficoltà nel reperire le informazioni rilevanti per la gestione del rischio, la ricerca di fornitori di *security* idonei *in loco,* ecc…[53]. Più in generale, nella prospettiva della sussidiarietà, è evidente che l'appiattimento fra i due piani di tutela, civilistico e penalistico, fa perdere di vista le rispettive funzioni dei due strumenti, le quali dovrebbero invece essere il punto di partenza dell'attività ermeneutica, come variabili preesistenti e fondamentali rispetto alla definizione dell'ampiezza delle due sfere di tutela: una garantisce che il lavoratore o chi ha un legame qualificato con lui possa comunque godere di un risarcimento; l'altra, più ristretta, ha la funzione (anche) di prevenire e rieducare[54].

6. Si diceva che l'invocazione dell'art. 2087 Cc ha anche una funzione pratica e immediata, che è quella di permettere l'invocazione in sentenza della relativa giurisprudenza civilistica a sostegno – come una sorta di precedente – dell'argomentazione estensiva.

Fra gli elementi che la giurisprudenza civilistica adduce a sostegno della sussistenza di un collegamento fra la mansione svolta dal lavoratore e il rischio violenza, particolare attenzione merita il criterio della prevedibilità: il datore di lavoro avrebbe potuto prevedere tale aggressione, pertanto essa rientra nella sua sfera di protezione[55]. Così il cerchio si chiude, e la sovrapposizione fra colpa civile e penale si consuma nell'alveo del ragionamento proprio della colpa generica (sebbene nascosto, come più volte ricordato, sotto l'etichetta della colpa specifica).

Prima di soffermarci, brevemente, sull'intrinseca problematicità di questo criterio, cerchiamo di mettere a fuoco la facilità con la quale tale elemento entra nella motivazione della sentenza.

---

[52] Un affresco molto chiaro, declinato in termini descrittivi, del primo momento di abduzione nella costruzione della fattispecie colposa, in cui si formulano le prime ipotesi cautelari, in G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 657, nota 270.

[53] Cfr. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 160, ove si denuncia l'ipocrisia del metodo «induzione giuridica» che pretenderebbe di sostituire «un insieme di norme con un principio più economico, ma logicamente equivalente» (riprendendo C. S. Nino, *Diritto come morale applicata*, Milano 1999, 87); v. anche *ibidem*, 427; sulla carenza degli strumenti di "*travel and theater risk*" nel nostro sistema, con spunti comparatistici in forza dei quali si argomenta in favore dell'efficacia di modelli di *partnership* pubblico-privato e di Agenzie *ad hoc* per la gestione di questo tipo di rischio, v. G. M. Potenza, *Il caso Bonatti e la carenza di strumenti di "travel and theater risk" per le corporate security italiane*, in *Alpha analysis*, Aprile 2017, 4.

[54] Sulle criticità del «dogma dell'unitarietà della colpa civile e della colpa penale» – nonché per i dovuti riferimenti – v. D. Castronuovo, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1726; secondo l'A. la (necessaria) distinzione fra colpa penale e colpa civile deve essere imperniata "sul più penalistico degli elementi del reato: quello della colpevolezza" (così Id., *L'evoluzione*, cit., 1609); di recente stigmatizza l'ispirazione smaccatamente compensativa (e nemmeno generalpreventiva) della giurisprudenza O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 7 e il fatto che la finalità della pena sia oggi trasfigurata, essendo intesa come uno strumento di assistenza e redistribuzione economica (*ibidem*, 17).

[55] Molte delle sentenze civilistiche citate *supra* alla nota 49 invocano anche questo elemento.

In generale, la prevedibilità evoca un'intuizione garantistica che le conferisce automatica cittadinanza nella motivazione di una sentenza, come potremmo dire anche di altri principi (si pensi all'affidamento o al principio di autoresponsabilità)[56].
Sul terreno della colpa, poi, la facilità con la quale la prevedibilità entra nella motivazione della sentenza discende anche dalla duttilità delle forme della responsabilità colposa: la tematica della violenza come infortunio permette infatti un'ulteriore riflessione, che attiene al tema della responsabilità a titolo di colpa per un fatto doloso altrui, ovvero alla possibilità che la condotta colposa del datore di lavoro e quella dolosa dell'aggressore convergano in una medesima fattispecie, *grazie* all'art. 113 Cp[57].
Questa strategia argomentativa è particolarmente interessante – anche volendo prescindere dal fatto che, come noto, vi sono buone ragioni per ritenere non configurabile il concorso colposo in delitto doloso – perché sembra che le sentenze che ammettono tale figura e la considerano nella motivazione lo facciano solo per evocare una *possibilità di tipicità*[58].

---

[56] Anche considerando che, come noto, lo sprone alla valorizzazione di questo elemento discende da formanti autorevoli, non solo dottrinali, ma soprattutto la giurisprudenza sovranazionale; per un inquadramento cfr. A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino 2014, *passim*, 19; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, *passim*; v. anche Id., *Il* nullum crimen *conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, 22; M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *DPenCont*, 2016 (3), 114; sulla prevedibilità come canone interpretativo Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017, 249; di recente, offre un quadro dei problemi, con una ricostruzione dei passaggi attraverso i quali le pronunce della Corte EDU hanno enucleato una lettura propria del principio di legalità e una esaustiva ricostruzione della dottrina sul tema, P. Scevi, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 6.11.2020 (in part. 4); sulla facilità con la quale la giurisprudenza si impossessa di queste intuizioni garantistiche, v. *supra*, nota 17. Da questo punto di vista, anche alla luce di quanto si dirà appena oltre nel testo e in nota, la prevedibilità si presta a rientrare nella categoria delle cd. *weasel words*, parole che, come la donnola (che svuota l'uovo lasciandolo apparentemente intatto), possono essere usate, se si è costretti a farlo, per eliminare tutte le implicazioni che contraddicono gli assunti dell'argomentazione; cfr. M. Pei, *Weasel words: the art of saying what you don't mean*, New York 1978, ripreso da C. Luzzati, *Prìncipi e princìpi*, cit., 50.
[57] Si veda P. Aldrovandi, *commento all'art. 113 c.p.*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano 2007, 803; S. Corbetta, *Commento all'art. 113 c.p.*, in *Codice penale commentato*, vol. I, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano 2015, 1806; G. Cognetta, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *RIDPP* 1980, 83; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano 1988, *passim*; G. Bersani, *Appunti sulla funzione della cooperazione colposa nella sistematica del c.p.*, in *RP* 1995, 999; F. Angioni, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano 1984, 47; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 122 ss.; G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, *passim*.
[58] La citata sentenza del G.u.p. di Roma (*supra*, nota 3), accompagna la figura del concorso colposo in delitto doloso all'invocazione del modello delle cd. cause indipendenti (il cui il cui fondamento normativo viene individuato nell'art. 41, co. 1 Cp): ciò avviene, ci sembra, in tutte le sentenze che ammettono la configurabilità del concorso colposo in delitto doloso; sul punto, nella giurisprudenza recentemente espressasi in senso contrario all'ammissibilità della figura, poggiando solo sulla costruzione monosoggettiva della tipicità colposa, cfr. Cass. 5.10.2018 n. 57006; v. anche Cass. 19.7.2018 n. 7032, che contiene l'argomentazione che ci pare più condivisibile sul punto (*ibidem*, § 9 ss.); la citata sentenza è pubblicata in *RIDPP* 2019, 936, con nota adesiva di G. P. De Muro, *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*; anche in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 1.3.2019, con nota adesiva di P. Piras, *Svanisce il concorso colposo nel reato doloso*; sulla distinzione fra spettro applicativo dell'art. 113 Cp e cause indipendenti v. F. C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino 2013, 507; Cass. 21.1.2016, n. 50138, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15.6.2019, con nota di C. Palmeri, *La distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, e la sua rilevanza, in un caso di lesioni in ambito sanitario*. La stessa scelta di individuare il fondamento normativo del concorso di cause indipendenti nell'art. 41 co. 1 Cp peraltro, si presterebbe ad autonome considerazioni critiche; cfr. O. Di Giovine, *Il contributo* cit., 254, nota 10, 310; in dottrina si esprimono in senso contrario all'ammissibilità della figura del concorso colposo in delitto doloso T. Padovani, *Diritto penale del*

Ciò è icasticamente rappresentato dal fatto che tutte le sentenze che ammettono la configurabilità del concorso colposo in delitto doloso finiscono per proporre, più o meno esplicitamente, in termini di equivalenza la costruzione monosoggettiva (il cd. "concorso di cause indipendenti") e quella plurisoggettiva.
Quest'ultima, però, è spesso solo ventilata e assume così la veste di un'opzione che viene invocata nella misura in cui permette di non scegliere: la condotta doverosa avrebbe impedito l'evento, *o comunque avrebbe agevolato* l'impedimento[59]. Come a dire: la condotta è talmente tipica che l'ordinamento la contempla due volte.
La figura plurisoggettiva del concorso colposo in delitto doloso è un ottimo esempio di questo modo di motivare, perché per immaginare possibile questa costruzione giuridica occorre declinare in termini di mera potenzialità il nesso "psicologico" fra le condotte di cui all'art. 113 Cp: non è più la consapevolezza di cooperare, ma l'*eventualità* che le condotte si possano intersecare, a fondare l'obbligo del primo di *prevedere* e disinnescare la condotta del secondo.
Una terza fonte di legittimazione della prevedibilità discende poi dal suo tradizionale ruolo nella costruzione dell'addebito di colpa generica, anche se, come noto, sono diffuse in letteratura le riserve rispetto alla sua idoneità a svolgere tale funzione.
Il criterio della prevedibilità, infatti, nella prospettiva oggettiva/astratta che qui interessa, non si libera di un'ambiguità di fondo che in questo contesto normativo risulta molto evidente: non è *vero*, infatti, che il datore di lavoro può essere chiamato a rispondere di *tutte* le aggressioni astrattamente prevedibili ai danni dei lavoratori: la consapevolezza che uno di essi vive in un quartiere malfamato non rende addebitabile al datore di lavoro – che pure, come chiunque altro – avrebbe potuto prevederla, l'aggressione subita dal lavoratore sulla soglia di casa mentre si dirige verso il luogo di lavoro[60].
Tale ambiguità discende dal fatto che, per accertare la prevedibilità, occorre avere precedentemente messo a fuoco il soggetto in riferimento al quale tale accertamento deve essere

lavoro, Milano 1983, 91; F. Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, 177; F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Napoli 2012, 298; di recente una difesa della figura, in C. Borghi, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p.*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 marzo 2016, *passim*. Come noto, la questione è molto dibattuta soprattutto in giurisprudenza; a favore si veda Cass. 9.10.2002, in *RIDPP* 2005, 448, con nota di F. Serraino, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, la prima pronuncia che si è discostata dall'orientamento tradizionale contrario alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso; Cass. 12.11.2008 n. 4107; v. anche Cass. 14.11.2007 in *GI* 2008, 279, F. Cingari, *Presupposti e limiti della responsabilità penale della psichiatra per atti eteroaggressivi del paziente*, in *RIDPP* 2009, 440; Cass. 20.9.2011, in *FI* 2012, 94, con nota e osservazioni di A. Merlo; Cass. 14.11.2007 n. 10795 (psichiatra che riduce terapia farmacologia a paziente che poi commette omicidio); Cass. 14.7.2011 n. 34385 (Dirigente Ufficio Pronto intervento della Questura per non avere ritirato arma di ordinanza a un Ispettore capo che aveva dato segni di squilibrio); Cass. 27.4.2015 n. 22042 (medico attesta che il paziente non aveva turbe psichiche e così permette ottenimento porto d'armi); Cass. 6.7.2016 n. 32567; v. altra ampia casistica in C. Borghi, *op. cit.*, 29, spec. nota 101; sul tema anche A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli 2013, 391 ss. e, più di recente, Id., *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 8.5.2020.

[59] Oltre alla giurisprudenza appena citata, si veda il caso dell'esondazione del Rio Fereggiano a Genova (Cass. 12.4.2019 n. 22214), dove l'invocazione dell'art. 113 Cp fu particolarmente travagliata, venendo ritenuto "implicitamente" contestato (ciò che fonda un motivo di impugnazione sulla mancata correlazione fra accusa e sentenza, superato dalla Suprema Corte; cfr. *ibidem*, 145).

[60] Non è infatti un caso che si possano agevolmente rinvenire pronunce della Sezione Lavoro che negano la risarcibilità del danno da parte del datore di lavoro per omissione di cautele volte a prevenire aggressioni di terzi, v. le già citate Cass. civ., sez. lav., n. 25883/2008; Cass. civ., sez. lav., n. 15350/2001; Cass. civ., sez. lav., n. 11710/1998.

condotto, ciò che, sul terreno della colpa, comporta l'annoso problema della previa ricostruzione del soggetto ideale rispetto al quale verificare la prevedibilità dell'evento[61].
Non è questa la sede per affrontare le molte criticità sottese al concetto di agente modello[62]; è necessario, tuttavia, soffermare l'attenzione su un dato apparentemente banale, ovvero su una

[61] Mai come oggi il concetto di prevedibilità appare bisognoso di analisi nella nostra materia: se nella colpa è ormai nota la sua capacità estensiva del tipo, tramite lo strumento dell'agente modello, in altri contesti, come ricordato, sulla spinta della giurisprudenza sovranazionale viene utilizzato per sostenere le ragioni dello spostamento, sul piano delle garanzie *oggettive* della legalità penale, dell'accertamento della possibilità, in capo al consociato, di prevedere l'esito della decisione. Si moltiplicano, dunque, le figure ideali nel gioco delle previsioni: la metafora del legislatore, che effettua previsioni mentre predispone regole, in quanto tali ontologicamente protese verso il futuro; il giudice, che deve immedesimarsi nel consociato, onde verificare se gli fosse possibile prevedere l'esito della sua decisione e, al contempo, creare figure modello in capo alle quali accertare la capacità di previsione; il consociato stesso, che è autore – autonomamente o su commissione – di previsioni sia relative al possibile decorso degli eventi, sia alla possibile applicazione della legge. Trasposto sul terreno della colpa, questo sforzo corale di immedesimazione, da parte di soggetti ideali, gli uni negli altri, dovrebbe convergere verso uno *standard* unitario di prevedibilità per l'evento e per la condanna: quanto più prevedibile l'evento dannoso, tanto più prevedibile la condanna. Si ha invece l'impressione che in questo settore la prevedibilità non sia qualcosa che viene *garantita* al consociato, ma qualcosa che gli si *imputa*, a discapito dunque della rigorosa preservazione della verifica del grado di *pertinenza* e accessibilità della normativa che si invoca al fine di sostenere la condanna. Di recente, sottolinea la debolezza del criterio della prevedibilità in questo contesto, G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 25, richiamando anche Ant. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli 2020, 284 ss., 287 ss. In generale, ricollegandoci al rilievo per cui le norme sono ragioni per agire (v. *supra*, nota 14) occorrerebbe non guardare con sospetto chi intenda la legge non come un insieme di buone o cattive ragioni (in senso morale) per agire o astenersi dall'azione, ma solo come un insieme di "*material consequences*" che egli ambisce a predire, essendo privo delle "*vague* […] *sanctions of conscience*". Le parole in corsivo sono di Oliver Wendell Holmes, cui si deve appunto l'enucleazione del famoso *bad man approach*, nella famosissima opera del 1897 *The Path of the law*; cfr. M. Jimenez, *Findind the good in Holmes' Bad Man*, in *Fordham Law Review* (79), 2011, 2069; v. anche C. Luzzati, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2012, 362.; A. D'Amato, *"Law" as predicted by the "bad man"*, in *Jurisprudence. A Descriptive and Normative Analysis of Law*, a cura di A. D'Amato, Dordrecht 1984, 93.

[62] La polisemia della prevedibilità, nel contesto della colpa, risiede, evidentemente, nella sua natura ibrida fra la dimensione oggettiva e quella soggettiva, cui si vuole conferire la capacità di conciliare esigenze concettuali intimamente diverse fra loro: da una parte, infatti, la sua vocazione "psicologica" le conferisce un'apparente autonomia dal piano "normativo" della legge scritta; dall'altra, però, la si definisce come elemento strutturale della dimensione oggettiva del tipo, ciò che porta a concepirla come un insieme di "categorie di previsioni", di agenti modello, e che illude della possibilità di preservarle, al contempo, una dimensione normativo-deontica di natura puramente oggettiva. Così, nel dibattito sulla colpa, dove è inizialmente emerso in funzione garantistica, il concetto della prevedibilità ha notoriamente assunto, nelle più blande varianti della "possibilità di prevedere", una funzione pan-inclusiva, sul versante normativo-oggettivo, di ogni tipo di rischio, portando una parte della dottrina a perorare la necessità del suo contenimento sul piano soggettivo, ovvero quello della totale immedesimazione nel soggetto concreto tratto a giudizio; cfr. A. Vallini, *op. cit*., 22 (la prevedibilità per sua natura inerisce non già alla tipicità, ma al giudizio soggettivo di colpevolezza, v. anche *ibidem*, 14, in conclusione della nota 49, ove si sottolinea la facilità con la quale la "prevedibilità possa essere affermata, solo che lo si voglia, in qualsiasi caso, trattandosi di categoria altamente manipolabile, che si presta a mascherare esercizi di pure equità rispetto al caso concreto"); v. anche M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., 389 ss. sullo spostamento della *Maßfigur* sul piano della colpevolezza; sulla prevedibilità come garanzia aggiuntiva rispetto al criterio della mera "causalità efficiente" si veda la ricostruzione in O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 16 (l'A., di recente, in *Autoresponsabilità*, cit. 19, nel contesto di una riflessione condotta in considerazione dei recenti ritrovati della psicologia scientifica, esprime perplessità riguardo la possibilità di tracciare un confine al di là del quale l'agente cessi di essere "modello" e diventi "tutto concreto"); di recente, sulla difficoltà di moltiplicare le valutazioni di tipicità in funzione delle singole figure modello, v. G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 5, dove l'A. si rapporta alla nota posizione, sul punto, di M. Donini (ad es. in *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 124 ss.; v. anche Id., *Prassi e cultura del reato colposo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2019, 16, sul ruolo della prevedibilità). La necessità di mediare fra un aspetto "psicologico" e un aspetto "normativo" nella costruzione del tipo colposo è sentita da sempre in dottrina: nell'ambito di una letteratura sterminata, con grande diversità di accenti rispetto al ruolo dell'elemento della

specifica variabile che può o meno essere presente laddove ci si appresti a ricorrere al ragionamento proprio della colpa generica: alcune volte, la norma che si va a costruire appare inevitabilmente destinata a confluire in un contesto normativo ad alto tasso di positivizzazione.
Non si tratta di una variabile di poco conto: il dato del contesto positivo in cui si "ambienta" l'agente modello ha un notevole peso specifico, considerato che lascia un'evidente traccia nella motivazione della decisione, tracce che prendono la forma della ritrosia a chiamare le cose col loro nome (definendo come colpa specifica ragionamenti propri della colpa generica) oppure, come abbiamo visto, quella di uno sforzo argomentativo fondato sui principi, teso a giustificare assiologicamente l'interpretazione estensiva.
Vi è, dunque, un dato: quando si inserisce la colpa generica in un contesto ad alto tasso di positivizzazione, le sentenze tradiscono quasi sempre notevoli sforzi di giustificazione esterna della decisione[63].
Questo perché in riferimento alla figura del datore di lavoro, modello o meno che sia, è impossibile non sentire la necessità di un legame qualitativo, normativo, con la fonte di rischio, cosa che comporta uno sforzo argomentativo, la risposta a un'esigenza che non si sente, ad esempio, quando parliamo del "padrone di cane" o del "fumatore che getta la sigaretta all'aperto d'estate".
In alcuni casi, dunque, non c'è solo la mancanza (di una disposizione): c'è una mancanza e un contesto, il cui peso, come visto, si avverte anche nelle sentenze che decidono di integrarlo[64].
Se ritorniamo all'esempio appena fatto – il datore di lavoro consapevole che il suo dipendente vive in un quartiere malfamato – e proviamo a colmare quella mancanza facendo ricorso al criterio della prevedibilità, ci accorgiamo immediatamente che questo necessita di una specificazione di grado, e non offre, ma anzi presuppone, parametri normativi che stabiliscano *quando*, in presenza di *quali*

---

prevedibilità, v. G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 141, 177; Id., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 9; C. Piergallini, *Colpa*, cit., 225, 253; Id., *Colpa e attività produttive*, cit., 392; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 13, ne parla come della «grande croce» del microcosmo della colpa, (anche 184; 436; 453-454; 468), sottolinea che la *pretesa di adeguamento* non può che essere accertata in senso normativo e non psicologico; *ibidem*, 166-167; M. Gallo, *Colpa penale*, cit., 627; O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 16; M. Ronco, *Scritti patavini*, Tomo I, Torino 2017, 1301 ss.; G. Civello, *La "colpa eventuale"*, cit., 111, 165-166; F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Milano 2006, 1301; F. Giunta, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., 76; Id., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova 1993, 173, 242-249; Id., *La normatività della colpa penale*, cit., 97-100; Id., *La legalità della colpa*, in *Crim* 2008, 149; D. Micheletti, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *RTDPE* 2000, 620 ss.; Id., *La colpa del medico*, in *Crim* 2009, 195 ss.; Id., *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della Bad Samaritan Jurisprudence*, in *Crim* 2011, 275, 298; Id., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, in *Crim* 2014, 345, 350 ss.; D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *AP*, (2), maggio-agosto 2019, 12; Id., *La colpa penale*, cit., 291; Id., *L'evoluzione,* cit., 1608, 1627 ss.; Id., *La "colpa penale". Misura soggettiva,* cit., 1732; nella manualistica C. F. Palazzo, *Corso*, cit., 323-324; v. anche, sui criteri di inferenza della *normalità* e della *prevedibilità* – sebbene in riferimento all'accertamento del dolo – F. M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Crim* 2010, 469.

[63] Sulla nota distinzione fra giustificazione interna ed esterna, che si deve a J. Wróblewski, *Legal Syllogism and rationality of judicial decision*, in *Rechtstheorie*, 1974, 33 ss., si veda anche C. Luzzati, *Del giurista*, cit., 115.

[64] Da un certo punto di vista, tutte le norme sono sempre inevitabilmente create grazie a un contesto e sono sempre altrettanto inevitabilmente destinate a confluirvi (su questi concetti basti il rinvio a V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata*, cit., 40, 133; Id., *Contestualismo e interpretazione. Risposte ai miei critici*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, *passim*; C. Luzzati, *Del giurista*, cit., 222), qui ci riferiamo alla variabile – che può invece darsi o meno – consistente nel fatto che la decisione debba rapportarsi con un sistema ad alto tasso di positivizzazione, come il TuSL o il CdS.

circostanze di fatto, qualcosa è prevedibile, ovvero, in questo caso, di criteri che specifichino l'intensità del legame fra il rischio aggressione e il tipo di attività svolta.
Senza questo elemento, sembra che la norma cautelare che stiamo per costruire finisca per sembrare ultronea o rischi di tradire le stesse premesse dalle quali abbiamo dichiarato di voler partire[65].
Tale legame, prima ancora che normativamente, deve sussistere ontologicamente, nei fatti (oggetto di prova): è solo il contesto fattuale che può rivelare se l'aggressione di terzi sia un rischio inscindibile dall'attività lavorativa[66].
L'invocazione della prevedibilità comporta sempre il rischio di mettere in secondo piano la considerazione del contesto perché, tra tutti gli elementi disponibili, si finisce per conferire preminenza al mero dato della sussistenza del rapporto di lavoro, così che il contesto finisce per essere apprezzato solo eventualmente ed attraverso lo sguardo del soggetto (ideale) che effettua la previsione: in quel contesto, dove è difficile distinguere fatto e diritto, vive il singolo datore di lavoro che utilizza il TuSL come strumento per effettuare previsioni. Qui si vede, per inciso, lo strettissimo legame che intercorre fra la definizione della posizione di garanzia e la dimensione delle regole cautelari: quanto più affidabile sarà il quadro delle seconde – come strumenti nelle mani del consociato – tanto più accettabile sarà ampliare la nozione di datore di lavoro, anche indipendentemente dalla sussistenza di rapporti formali (cosa che, come visto, già ampiamente avviene); si potrà infatti dire che l'assunzione anche in via di mero fatto di una posizione sovraordinata rispetto a un altro soggetto imponga di "rivolgersi all'ordinamento": l'esigibilità di questo sforzo da parte del privato deve però essere direttamente proporzionale all'*affidamento* che questi può riporre negli strumenti specifici che l'ordinamento gli offre per garantire la sicurezza.
È dunque impossibile non sentire come nevralgica, in questo settore normativo, la necessità di poter ricorrere a indici normativi, che valorizzino *ex ante* elementi specifici del contesto concreto, predefinendo la natura tipica del rischio aggressione di terzi.
7. Sono noti i condivisibili moniti, in dottrina, rispetto agli eccessi nella oggettivizzazione della colpa e al conseguente rischio di mettere in ombra il doveroso spazio che deve essere riservato all'accertamento sul suo versante soggettivo[67].
Non si può certo avere alcun dubbio sul fatto che la violazione della regola cautelare non possa essere, di per sé sola, colpa[68], ma si deve anche constatare che buona parte dei problemi derivanti dell'eccesso di oggettivizzazione della colpa derivano da un cattivo governo del materiale normativo utile all'integrazione del tipo. Se vi è un eccesso nella normativizzazione della colpa, in altre parole, è un eccesso di qualcosa che funziona poco. Ciò deriva, in gran parte, dal fatto che la normativa extra-penale che si rinviene nell'ordinamento e che preesiste al giudizio viene

[65] Come crediamo accada al pubblico ministero della già più volte richiamata vicenda, nel momento in cui qualifica la posizione di garanzia del datore di lavoro come "di protezione"; cfr. *supra*, nota 44.
[66] Il "dovere di riconoscere" fondato sulle circostanze di fatto (cd. "Anlass"); cfr., per tutti, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 208.
[67] Le posizioni di chi concorda sulla necessità del recupero di una dimensione soggettiva della colpa sono, come noto, anche molto distinte fra loro sulla collocazione dogmatica e le modalità del recupero di questo elemento; oltre alla dottrina già citata *supra*, alla nota 62, un quadro sintetico, ma esaustivo in D. Castronuovo, *La "colpa penale"*, cit., 1734. Con riferimento al diritto penale del lavoro, Id., *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo*, in *DPenCont*, 2016 (3), 222; N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, Napoli 2012, 150 ss., in particolare relativamente alle situazioni "attualizzanti" di quei doveri strumentali già più volte richiamati. Nell'esempio del seggiolino anti-abbandono, vi era stata – in un famoso caso avvenuto a Piacenza – un'assoluzione fondata sulla "amnesia dissociativa" in cui versava il padre, che aveva dimenticato il figlio in auto per molte ore, uccidendolo.
[68] Testualmente, M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., § 3.3.

maneggiata ricorrendo a concetti spesso ritenuti intercambiabili, propri di tecniche argomentative estensive, che servono per modificare gli sforzi regolativi fatti dal legislatore: prima fra tutte l'argomentazione per principi[69].
Come tutti i principi, anche quello che la giurisprudenza riconduce all'art. 2087 Cc, lo si è detto, in astratto non si può non condividere: per questo, ogni sua specificazione, inserendo delle condizioni alla sua intrinseca forza espansiva, appare come un atto *maligno*[70].
Nel sostenere l'opportunità dell'esclusione dell'art. 2087 Cc dal discorso penalistico si è infatti anche detto che, laddove ciò avvenisse, non si sarebbe per questo automaticamente al riparo da un indiscriminato ricorso all'argomentazione per principi. Ciò non vuole, però, neanche dire che non sia possibile immaginare una controspinta, in grado di contenere la forza espansiva e mutagena (dei sotto-eventi) propria di questo stile argomentativo.
Forse una soluzione può essere offerta dall'idea del rischio consentito, che, come già visto, plasma il precetto sin dal suo fondamento, ovvero dalla posizione di garanzia, che non può che essere di controllo in questa materia.
Come noto, però, la collocazione di questo concetto nella costruzione del tipo colposo è molto travagliata: discussi ne sono, infatti, non solo il fondamento, ma soprattutto la funzione rispetto alla struttura del tipo colposo[71]. Alcuni autori pensano il rischio consentito in termini residuali – ovvero come ciò che resta dopo avere definito le regole cautelari, ricomprendente dunque gli eventi

[69] Un altro buon esempio è il concetto di "lacuna" (cfr. il passo di Brusco ripreso *supra* nota 7): sull'inevitabilità di lacune di tutela rispetto a fatti dannosi, e addirittura meritevoli di pena C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, München 1997, § 5, Rn. 3: „dass auf diese Weise gelegentlich ein besonders raffiniertes, sozialschädliches und deshalb strafwürdiges Tun straflos bleibt, ist der (nicht zu hohe) Preis, den der Gesetzgeber für Willkürfreiheit und Rechtssicherheit (d.h. die Berechenbarkeit des Einsatzes staatlicher Strafgewalt) zahlen muss", ovvero: «il fatto che in alcuni casi un comportamento particolarmente raffinato, ma offensivo e pertanto meritevole di pena, resti impunito, è il (non troppo alto) prezzo che il legislatore deve pagare per la sicurezza del diritto (ovvero per la prevedibilità dell'impiego del potere punitivo statuale) (trad. nostra)»; un altro Maestro, invece, diceva: «lacune (nel senso di assenza di regolamentazione legislativa) non sono presenti nelle fattispecie penali; ciò che nel processo potrebbe apparire soggettivamente come lacuna di punibilità, è in verità uno spazio libero dal diritto penale»; così G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *RIDPP* 2007, 1254.
[70] Il consenso sui principi dura finché non tentiamo di specificarli; C. Luzzati, *Prìncipi e princìpi*, cit., 21; l'uso del termine *maligno* riecheggia la nota immagine di G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, Milano 1996, ripresa in questo contesto da O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 142 ss. I principi, in materia di sicurezza sul lavoro, non si contano: ad esempio il (sub-)principio della *massima sicurezza tecnologicamente fattibile* (cfr. R. Guariniello, *Il T.U. sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano 2019, *sub* art. 15, 223); il *principio* della "*priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale*" art. 15, co. 1, lett. i) TuSL. (R. Guariniello, *op. ult. cit*., 224); il "*nuovo principio*" del lavoratore non più semplice creditore di sicurezza, ma compartecipe nella gestione della sicurezza (cfr. R. Guariniello, *La violenza*, cit., 13). E poi vi sono, ovviamente, i già richiamati principi di autoresponsabilità, di affidamento, ecc… tutti principi che la giurisprudenza afferma per poi spesso rinnegarli nella propria argomentazione; si veda ancora O. Di Giovine, *Autoresponsabilità*, cit., 2 (con particolare riferimento al principio di affidamento nell'infortunistica stradale); sul principio di autoresponsabilità, nel contesto di un'analisi comparatistica che evidenzia le peculiari difficoltà nel nostro ordinamento rispetto all'affermazione di tale principio v. anche M. Helfer, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 9.12.2020, *passim*.
[71] Vi è, ad esempio, chi invoca la non contraddizione dell'ordinamento (operazione che crediamo non più sostenibile, almeno in questi termini, v subito *infra* nel testo); cfr. M. Gallo, *Colpa penale*, cit., 640; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 168; F. Mantovani, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *RIDPP* 2011, 415-416; un'accurata ricostruzione dell'evoluzione del pensiero della dottrina sul tema, di recente, in S. Zirulia, *Esposizione*, cit., 335 ss., si vedano anche le conclusioni - *ibidem*, 462 ss. – ove si sottolinea la necessità di conferire al rischio consentito "un ruolo autenticamente *selettivo* degli eventi lesivi imputabili", alla luce della perdita di efficacia selettiva dei criteri di prevedibilità ed evitabilità rispetto ad attività strutturalmente pericolose (corsivo dell'A.).

infausti che derivano dalla pericolosità ineliminabile dell'attività, anche una volta rispettata la misura di diligenza richiesta[72].
L'idea, quindi, è che il rischio consentito non contribuisca a definire il contenuto delle regole cautelari, ma che anzi esso presupponga l'esistenza di regole al di fuori di esso[73].
Non si può che concordare, invece, con chi ritiene che il rischio consentito contribuisca direttamente a definire il contenuto nelle regole cautelari: anche qui, infatti, si è al cospetto di un valore, in astratto difficilmente contestabile, suscettibile di esplicare una intrinseca funzione teleologica, che indica la triste *necessità* di preservare, nell'esercizio di attività ineluttabilmente pericolose, una quota di disgrazie senza colpevoli.
Lungi dall'essere qualcosa "che rimane", qualcosa di inerte che l'interprete si ritrova in mano a seguito della definizione del portato della regola cautelare, il rischio consentito è un fondamentale strumento di gestione del materiale normativo pertinente alla definizione del tipo colposo: tale concetto deve contribuire alla determinazione del portato della regola cautelare[74].
Nel contesto della (vera) colpa specifica il ruolo del rischio consentito è allora quello di recare un'indicazione teleologica che – nonostante la sua incapacità a predeterminare in astratto il contenuto delle regole cautelari a livello sintattico/semantico – certamente influisce sulla dimensione pragmatica delle regole extrapenali: esso esprime la necessità di preservare, in sede applicativa, la qualità di *regole* delle disposizioni extrapenali che definiscono il tipo, affiancando alla domanda "cosa vuole fare questa norma" quella relativa al *modo* in cui essa *può* farlo.
Questa esigenza deve poi essere rapportata al succitato fenomeno di frammentazione della colpa, così che l'accettabilità del grado di predeterminazione dipende anche dalla contestualizzazione della questione nel singolo settore. Riprendiamo una delle assunzioni iniziali: esistono settori normativi più o meno permeabili al ragionamento della colpa generica. Questo è vero sia in fatto – perché decidere in base a regole predeterminate è più o meno facile a seconda del singolo

[72] In questo senso F. Mantovani, *loc. ult. cit.*; analogamente G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 456, distingue un'accezione lata, volta a designare il «vasto settore di attività che, benché pericolose, *in generale* possono essere esercitate» ed un'accezione ristretta, nel senso di «rischio residuale», non eliminabile neppure a seguito dell'assunzione di cautele, e dunque socialmente accettabile; con diversità di accenti, nel senso che il rischio consentito contribuisca a definire il contenuto della regola cautelare, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 206 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 296; V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 14 ss.; M. Parisi, *Rischio consentito e responsabilità colposa*, in *GP* 1998, 647 ss.; M. Maiwald, *Il concetto di rischio consentito nella scienza penale tedesca*, in *L'evoluzione del sistema penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino 1993, 175 ss.
[73] Nel senso che il rischio consentito è difficilmente pensabile nelle situazioni di vuoto normativo G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 310, nota 353; ripreso anche da S. Zirulia, *op. cit.*, 368.
[74] O. Di Giovine, *Il contributo*, cit., 383 ss. sottolinea che il concetto non riesce a segnare il confine della regola di diligenza, a causa della sua caratterizzazione meramente assiologica e preserverebbe una sua utilità solo in quanto capace di indirizzare il giudizio in termini teleologici. Pare a chi scrive che "rischio consentito" sia soltanto il nome che è stato dato, in questo contesto, a un'intuizione assiologica fondamentale derivante dalle garanzie che informano la nostra materia, ed è indicativo che si sia sentito il bisogno di un'etichetta specifica per rendere più afferrabile un'idea: indicativo della particolare problematicità del settore normativo della colpa; si può però dire che tale intuizione assiologica contribuisca a definire il contenuto delle regole cautelari, nella misura in cui ne (dovrebbe idealmente) sorveglia(re) l'applicazione in modo da farla coincidere con la loro funzione di strumento di prevenzione nelle mani del consociato; lo fa indirettamente, certo, perché quello che veramente "fonda" sono le lacune che stanno attorno alle regole cautelari, posto che le lacune – contrariamente a quanto si potrebbe intuire dal nome, e coerentemente invece a quanto evidenziato da Roxin e Marinucci nelle frasi riportate *supra*, in nota 69 – non sono autenticamente un semplice "vuoto", ma sono invece dense di assunzioni assiologiche; occorre infatti ricordare che «la stragrande maggioranza [delle lacune] sono lacune assiologiche», così Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., 161; nello stesso senso O. Di Giovine, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Crim* 2010, cit., 359.

contesto decisionale, ovvero esistono contesti decisionali in cui al consociato servono più strumenti di previsione offerti dalla fonte scritta – sia in diritto – posto che, come visto, la giurisprudenza, anche quando decide in base alla colpa generica, dimostra di non rinunciare a sostenere, anche contro ogni evidenza, l'esistenza di un collegamento con la fonte scritta (che non può che prendere le forme di un richiamo ai principi: l'art. 2087 Cc, i principi costituzionali, eccetera).

La tanto progressiva quanto inevitabile presa di coscienza dell'insostenibilità di alcuni dogmi che tradizionalmente definivano i tratti caratterizzanti del sistema giuridico (quali la sua completezza, coerenza, non contraddizione) e di alcune fragilità intrinseche dell'interpretazione-attività (la sua natura intrinsecamente analogica, l'impossibilità di pensare una sola risposta corretta), portano a rivedere il rapporto tra le fonti – legislativa e giurisprudenziale – in termini di necessaria reciproca integrazione[75].

Se le formulazioni degli artt. 12 e 14 delle Preleggi sono obsolete[76], ciò non vuol però dire che lo sia anche il loro spirito e che si debba rinunciare a individuare elementi che denuncino tanto la scarsa qualità del prodotto normativo di fonte legislativa quanto un'applicazione talmente estensiva della legge da non potere essere accettabile in diritto penale.

Su questo secondo versante, occorre osservare i segnali che fanno capire quando il giudice si sostituisce indebitamente al legislatore: un buon esempio può essere la sovrapposizione fra l'intervento del civile e del penale. Quando si sente una mancanza, ci si affretta a colmare quella lacuna in ogni sua manifestazione, ma quando lo si fa con *tutti gli strumenti possibili*, per di più impiegando i medesimi argomenti in entrambi i settori, deve essere forte il dubbio che si stia facendo una forzatura[77].

---

[75] Di recente, G. De Francesco, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 19.3.2020: «Da tale angolo visuale, non sembrerebbe, invero, del tutto azzardato o paradossale riconoscere come quello che, *bon gré mal gré*, continua a ricevere l'etichetta di 'sistema' (normativo) abbia in realtà progressivamente smarrito i tratti qualificanti (la coerenza interna, la capacità di armonizzare 'regole' e 'principi', l'attitudine a fornire gli strumenti per risolvere i casi dubbi, etc.) che una siffatta denominazione dovrebbe esigere e presupporre»; sull'impossibilità dell'unica risposta corretta v. M. Atienza, *In merito all'unica risposta corretta*, in *Ragion pratica* 2010, 45; C. Luzzati, *Del giurista*, cit., 378; V. Velluzzi, *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta"*, in *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, a cura di Vito Velluzzi, Pisa 2012, 19 ss.; sulla natura intrinsecamente analogica dell'interpretazione; cfr. M. Vogliotti, *op. cit*., 29 e 59; O. Di Giovine, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., 358; S. Brewer, *Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*, in *Harvard Law Review* 1996, 923; J. Broome, *Reasons*, in *Reason and Value: Essays on the Moral Philosophy of Joseph Raz*, a cura di R. J. Wallace, M. Smith, S. Scheffler e P. Pettit, Oxford 2004 (versione datata 18 gennaio 2003); F. Macagno - D. Walton, *Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories*, in *Philosophy and Rhetoric*, Vol. 42, No. 2, 2009, 154; R. A. Posner, *Reasoning by analogy*, in *Cornell Law Review, Vol. 91 - Issue 3 March 2006*, 761 e ss.; si vedano anche i contributi contenuti in *L'analogia e il diritto*, a cura di L. Pelliccioli e V. Velluzzi, Pisa 2011, *passim*; sulla insostenibilità del dogma della coerenza dell'ordinamento, nella nostra letteratura, l'approfondita trattazione di A. Spena *Diritti e responsabilità penale*, Milano 2008, 43 ss.

[76] Denunciava l'obsolescenza dell'art. 12 delle Preleggi ("il significato proprio" "l'intenzione del legislatore") F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano 1997, 243; è poi appena il caso di ricordare che, nell'art. 12 Prel. il ricorso ai "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" è prospettato come strumento residuale, dopo il ricorso a "disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe".

[77] Con riferimento allo specifico problema qui trattato, è icasticamente rappresentativo di tale sovrapposizione di piani il fatto che nel precedente più conferente, sul piano civilistico (la già citata Cass. civ., sez. lav., n. 4129/2002), l'argomentazione sia ricca di riferimenti a "principi" rinvenuti in precedenti penali (che poi, a ben vedere, non paiono così pertinenti). Quello della sovrapposizione fra queste due sfere di intervento (v. anche *supra*, nota 54) è notoriamente un *topos* trasversale alla nostra materia che sempre segnala punti di debolezza del sistema e crisi delle garanzie: si pensi, ad esempio, a quanto è avvenuto in tema di elusione fiscale, concetto che è servito per affermare, a volte, il "concorso" della nullità dei contratti e della punibilità delle operazioni poste in essere loro tramite, ma si può

Un altro segnale – che emerge in modo evidente in tema di *security* – è che, immaginando l'intervento che si sente doveroso da parte del legislatore, non si può che constatare che questo non potrebbe esaurirsi in un intervento di mera "interpretazione autentica", come quando, ad esempio, si specifica che anche l'energia elettrica è una *cosa* suscettibile di furto[78].
Si è infatti detto che la *security* coinvolge moltissimi rischi di tipo diverso, spesso inscindibili da attività certamente utili alla collettività, ma che vengono addossati al privato, senza riflettere sul fatto che alcuni di questi sono spesso concretamente ingestibili senza strumenti di stampo pubblicistico: non solo regole scritte, ma concreti aiuti nel reperimento di informazioni, nel contesto di un dialogo fra pubblico e privato del quale persino la sicurezza nazionale, in definitiva, potrebbe finire per beneficiare.
Forse la colpa generica è veramente imbattibile, è troppo precisa, troppo appropriata, troppo adatta al caso concreto, troppo presente al momento giusto per rinunciarvi. Non si può però non vedere che parte di tale forza trae la propria linfa dalla fragilità della colpa specifica e che tale debolezza non discende tanto dalla scarsa qualità del prodotto legislativo, quanto dall'attività degli interpreti che, convinti di "applicare" una fonte scritta, finiscono in realtà per attribuirle caratteristiche relazionali di stampo assiologico (ad es. "principi") che finiscono per negare le stesse premesse del loro ragionamento, vanificando lo sforzo di chi ha predisposto quella legge, quello "strumento" di previsione.
Lo abbiamo visto: a volte l'art. 2087 Cc *fonda*, altre volte *è fondato*. Senza un antidoto all'argomentazione per principi, non vi sarà lacuna che non possa essere colmata.
In tema di cd. *security* si sta lasciando un enorme "spazio libero", che è lecito supporre non resterà tale a lungo, colmato da pronunce che non permetteranno di distinguere fra l'attività e la condotta – distinzione che la più autorevole dottrina ci ricorda come fondamentale[79] – e ci riporteranno un passo ancora più vicini alla verificazione del paradossale esempio dell'inizio, dove il padre, sopraffatto dalla propria dispercezione della situazione di rischio (anche penale), rinunciava a portare il figlio all'asilo: non troppo diversamente, l'impresa potrebbe trovarsi a dovere, per "prudenza", rinunciare a un'attività certamente utile alla collettività[80].

---

idealmente risalire fino a uno dei precedenti più tristi e noti, la *Blutschutzgesetz*, dove la *Mischehe* era al contempo nulla (§1) e punibile (§ 5).

[78] Il terreno dell'interpretazione autentica è, peraltro, alquanto sdrucciolevole: in definitiva, la disposizione sopravvenuta, di "interpretazione autentica", non è infatti che un'ulteriore proposizione normativa, che deve a sua volta essere interpretata. In argomento, senza pretesa di esaustività, P. Rescigno, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *GCos* 1964, 774; A. Predieri, *Interpretazione autentica e collisioni con i diritti costituzionali alla difesa e al giudice naturale e precostituito nelle leggi sulle concentrazioni editoriali*, in *Quaderni Nomos* 1989, 88; A. Amorth, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *RTrimDPub.* 1958, 77; A. Pugiotto, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *SI* 1997, 64; Id., *L'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente*, in *GCos* 1998, 1194; M. Cavino, *L'intenzione del legislatore attuale come fondamento del diritto vivente*, in *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, a cura di M. Cavino, Milano 2009, 43 ss., con ampi riferimenti dottrinali; per una convincente revisione in chiave critica delle posizioni tradizionali in materia di interpretazione autentica si veda A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano 2003, *passim*; cfr. anche R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., 81 ss.; con specifico riferimento alla questione interpretativa in diritto penale cfr. F. Palazzo, *Testo, contest e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 527.

[79] Cfr. M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 332, ripreso anche da G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 26.

[80] È appena il caso di notare che non solo si beneficerebbe delle attività all'estero (approvvigionamento energetico) ma, soprattutto, considerando uno scenario di *partnership* pubblico-privata improntata alla condivisione delle informazioni, l'impresa stessa può diventare avamposto di raccolta di informazioni relativamente a situazioni di

Ritornando, in conclusione, a una prospettiva più ampia, abbiamo visto che definire la colpa come *normativa* è, in sé, ormai tanto inevitabile quanto poco significativo[81]. Si deve allora mettere l'accento sul *sollen*, e dire che la colpa penale *deve essere* normativa *in un certo modo*, posto che la normatività è al contempo una caratteristica intrinseca, ma anche graduabile della colpa e che non tutti i livelli di specificazione normativa possono essere sufficienti a integrare il tipo in modo soddisfacente: quando pensiamo alla parola "legge" nel testo dell'art. 43 Cp, non possiamo più solo pensare che il legislatore ci stia chiedendo di cercare un certo "oggetto", qualcosa che c'è o non c'è, ma dobbiamo andare oltre e pensare a qualcosa che, quando c'è, deve essere (argomentativamente) trattato in un certo modo, preservato, perché questo esigono i *principi* che presidiano la nostra materia e che, per noi, devono contare più degli altri[82].

instabilità estera che possono agevolare la tutela della sicurezza collettiva domestica. Solo per ordine concettuale, è bene ricordare che il tema dell'astensione – più volte emerso in questo lavoro – è contiguo alla pur diversa (lo sottolinea chiaramente De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 9) tematica della "colpa per assunzione", ovvero i casi nei quali il soggetto agente intraprende un'attività che eccede le sue capacità; per un inquadramento T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 261; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2017, 302; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica*, cit., 1622 s.; Id., *La colpa "penale"*, cit., 218; F. Giunta, *La legalità della colpa*, cit., 153; C. Piergallini, *Colpa*, cit., 244; N. Pisani, *La "colpa per assunzione"*, cit., *passim*.

[81] Nel senso che la natura normativa della colpa rischi di tramutarsi, da importante acquisizione, in un luogo comune, destinato ad alimentare incomprensioni, F. Giunta, *La normatività*, cit., 86 (ripreso in S. Zirulia, *op. cit*., 357, nota 153).

[82] Quando, invece, quel qualcosa non c'è, si dovrà almeno contemplare la possibilità, evidenziata nella nota frase B. Brecht, che l'ordine, a volte, possa essere la manifestazione di un'assenza (una *Mangelerscheinung*); è la citazione con cui si apre il testo di P. K. Feyerabend, *Contro il metodo*, Bologna, 1979, ormai ricorrente anche nella nostra letteratura.

IL CARCERE E L'IDEA DELLO SCOPO

di Gianluca Gentile
Professore associato di Diritto penale, Università Suor Orsola Benincasa

Il carcere ha preso il posto della pena di morte e delle pene corporali in concomitanza con l'affermarsi dell'idea dello scopo. Mentre alcuni studiosi attribuiscono il merito dell'umanizzazione dei sistemi penali alle teorie relative della pena, altri ritengono che la nascita del penitenziario sia piuttosto legata al modo di produzione capitalistico. Partendo dal pensiero di Franz von Listz e di Cesare Beccaria, il presente contributo propone alcune riflessioni sull'idea dello scopo, sui suoi rapporti con la giustizia e sulla legittimità costituzionale del carcere a seconda del modo in cui si intende il principio rieducativo.
Prison took the place of the capital and corporal punishment in conjunction with the rise of the idea of purpose. While some scholars attribute the humanization of penal systems to the relative theories of punishment, others believe that the birth of the penitentiary is rather linked to the capitalistic mode of production. Starting from the works of Franz von Listz and Cesare Beccaria, this contribution proposes some reflections on the idea of purpose, on its relationship with justice and on the constitutional legitimacy of the prison according to the way in which the principle of re-education is understood.

SOMMARIO: 1. L'idea dello scopo tra giustizia e violenza. - 2. L'utilitarismo umanitario di Cesare Beccaria. – 2.1. Pena di morte e carcere, tra utopia e riforma -3. L'idea dello scopo messa in discussione. - 3.1. Carcere e disciplina. - 4. Prospettive costituzionali dell'idea dello scopo.

1. Nella sua celebre prolusione marburghese, Franz von Liszt afferma che «l'accentuazione degli scopi della pena» ha fortemente influenzato l'evoluzione storica dei modelli sanzionatori, specialmente per ciò che riguarda «la formazione e la deformazione dell'elemento caratteristico dei sistemi penali, la pena detentiva»[1].
Rispetto al passato, sarebbe stato infatti lo «scialbo razionalismo» dell'idea dello scopo a consentire l'eliminazione delle pene crudeli e disumane, non certo l'idealismo intransigente della teoria retributiva[2]. Guardando al futuro, «il posto di maggior rilievo nel sistema» sanzionatorio spetterebbe alla pena detentiva, che grazie alla sua duttilità sarebbe in grado di conseguire tutti gli scopi che von Liszt assegna alla pena, e cioè a seconda dei casi l'intimidazione dei delinquenti occasionali, la rieducazione dei soggetti recuperabili e la neutralizzazione dei criminali incorreggibili[3].
A proposito dei rapporti tra giustizia e idea dello scopo, von Liszt sostiene che pena giusta e pena necessaria si equivalgono, perché se la pena va intesa come un mezzo adeguato per raggiungere uno scopo, allora essa deve essere usata con la massima parsimonia, e cioè solamente quando i bisogni dell'ordinamento giuridico la pretendono in modo assoluto; per dirla con Rudolf von Jhering, se «Beccaria nella sua celebre opera sui delitti e sulle pene (1764) non avesse levato la

* Lo scritto riproduce, con alcune modifiche di taglio editoriale e bibliografico, il contributo destinato agli *Studi in onore di Lucio Monaco*, in corso di stampa ma già disponibile in una versione digitale sul sito della Urbino University Press. Si ringraziano i Curatori per aver autorizzato la pubblicazione anche in questa sede.
[1] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Erster Band (1875 bis 1905), Berlin 1905, 127, con qualche piccola modifica rispetto alla traduzione di A.A. Calvi in F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* Milano 1962, 6.
[2] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 161 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 46).
[3] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 164 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 52).

propria voce contro la smisuratezza delle sanzioni penali, lo avrebbe dovuto fare Adam Smith nella propria sulle cause della ricchezza delle nazioni (1766)»[4].

Questa citazione sembra essere qualcosa in più di un omaggio che von Liszt rende al suo maestro von Jhering[5], l'autore di *Lo scopo nel diritto,* e quindi merita di essere contestualizzata per cogliere i punti di contatto tra i due giuristi.

Nel sistema di von Jhering, «la forza gioca un ruolo di protagonista assoluta nella definizione del diritto in un duplice senso: sia in quanto forza che crea diritto sia in quanto forza oggetto del diritto»[6]. Infatti, il diritto fa parte della «meccanica sociale», ossia di quell'insieme di incentivi e coercizioni che nasce nella società per coordinare gli interessi egoistici dei singoli e trasformarli nell'interesse oggettivo comune. Traendo origine da un conflitto, il diritto è pertanto una «politica della forza» (o della violenza: *Politik der Gewalt*[7]), nel senso che la forza non si congeda dalla storia «per lasciare spazio al diritto, ma mantiene saldamente il suo posto e include solamente il diritto come suo elemento accessorio – la forza giusta»[8]. Si tratta di un processo guidato dalla necessità, perché se la storia del mondo si riproponesse «cento e mille volte», giungeremmo comunque allo stesso risultato, al diritto[9].

Per quanto riguarda il diritto penale, la meccanica sociale consiste in ciò, che da un lato il criminale ragiona egoisticamente e non si preoccupa certo degli scopi dello Stato o della società, dall'altro lo Stato cerca di influenzare queste valutazioni attraverso la minaccia della pena, la quale è funzionale alla salvaguardia dei propri interessi[10].

Sennonché, lo Stato rischia di ferire se stesso quando maneggia l'arma a doppio taglio della pena, perché ogni delinquente giustiziato o incarcerato lo priva di una sua componente o di una sua forza lavorativa: il «riconoscimento del valore della vita umana e della forza umana ha per il diritto penale un significato eminentemente pratico». Ecco spiegato perché Adam Smith si sarebbe battuto contro le pene dell'*ancien régime* se non lo avesse già fatto Beccaria: «la società che in assenza della più pressante necessità offre in sacrificio allo scopo della pena la vita o il tempo lavorativo dei suoi membri agisce contro il proprio interesse, come il proprietario che maltratta il suo animale fino a danneggiarlo»[11].

---

[4] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 161 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 46), riferendosi a R. von Jhering, *Das Zweck im Recht,* vol. I, Leipzig 1893, 375. Di quest'opera jheringhiana esiste una traduzione italiana di Mario G. Losano pubblicata dapprima in R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto,* Torino 1972, e poi (in forma rivista) in R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto,* Roma 2014. Sul passo in esame, cfr. G. Marra, Extrema ratio *ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino 2018, 45 ss.

[5] Infatti, von Jhering era stato professore di von Liszt a Vienna (A. A. Calvi, *Introduzione,* in F. von Liszt, *La teoria*, cit., VII nota 2).

[6] L'illuminante sintesi è in F. Viola, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974, 42. Resta sempre fondamentale D. Pasini, *Saggio sul Jhering*, Milano 1959.

[7] Sulla ricchezza semantica di *Gewalt*, che può significare anche 'potere', M. Balestrieri, *L'ambivalenza della Legge. Note critiche su 'diritto' e 'violenza',* in *Limiti e diritto,* a cura di A. Rossi, A. Cauduro e E. Zanalda, Milano 2017, 22.

[8] R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 249 ss.

[9] R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 241.

[10] R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 44, il quale precisa che il frequente fallimento di questo meccanismo dipende dal fatto che la minaccia della pena è neutralizzata dalla percezione della probabilità di non essere scoperti.

[11] R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 375 (anche per la citazione precedente). Si potrebbe cogliere un'analogia tra la meccanica sociale jheringhiana e la mano invisibile di Adam Smith, che porta gli interessi economici dei privati inconsapevoli a promuovere il benessere della società (A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, Torino 1975, 584). Tuttavia, sul ruolo che nel sistema economico di Smith il principio di «simpatia» svolge a scapito dell'egoismo, A. e T. Biagiotti, *Introduzione*, in A. Smith, *La ricchezza*, cit., 18 ss.

Chi non si è fatto suggestionare dalle fascinose metafore naturalistiche di von Jhering – l'egoismo sarebbe come gli infusori, quegli organismi animali invisibili a occhio nudo che senza rendersene conto costruiscono una montagna[12] – ha obiettato che l'idea di giustizia compare nel pensiero jheringhiano «come un *deus ex machina* tratto da un altro mondo» e nasconde a malapena la riduzione del diritto alla forza[13]. Forse non a caso, tale dottrina sarebbe stata successivamente tenuta in considerazione da alcuni giuristi sovietici, e cioè da coloro che svilupparono nei termini più radicali il tema della subordinazione del diritto alla politica[14].

Anche per von Liszt, che al pari del suo maestro allude alla coincidenza tra gli interessi dell'individuo e quelli della società[15], il diritto nasce dalla forza/violenza. Mentre la pena primitiva sarebbe stata una reazione istintiva (e quindi non finalisticamente orientata) alla lesione di un interesse, il «passaggio della funzione punitiva dai circoli immediatamente interessati a organi giudicanti disinteressati e imparziali» avrebbe progressivamente fatto maturare una consapevolezza più precisa degli interessi comunitari da tutelare e dell'efficacia delle reazioni sanzionatorie[16]. A tale processo di «obiettivazione» della pena si sarebbe accompagnata una jheringhiana limitazione della forza, sicché il potere punitivo (*Strafgewalt*) si sarebbe trasformato in *ius puniendi* e lo Stato avrebbe impugnato «la spada della Giustizia per tutelare l'ordinamento giuridico contro lo scellerato che lo aggredisce»[17].

Che l'equivalenza tra la pena giusta e la pena necessaria discenda logicamente dal rapporto di congruenza tra mezzo e scopo, è stato messo in dubbio.

Secondo alcuni si tratterebbe piuttosto di un'affermazione ideologica[18], di un altro frutto di quel compromesso riformistico lisztiano che oscilla costantemente tra le remore garantistiche di matrice liberale e le altrimenti inarrestabili istanze della difesa sociale[19].

In termini più critici, si è rimproverato a von Liszt di essere «molto lontano dal prestare una particolare attenzione alla libertà individuale»[20]. La celeberrima definizione lisztiana del diritto penale quale barriera invalicabile della politica criminale[21] rappresenterebbe niente più di «un vago

---

[12] R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 46. Il passo è citato da F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 137 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 18).

[13] H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano 1965, 290. Sui rapporti tra giudice, legislatore e giustizia, cfr. comunque R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 366 ss.

[14] Cfr. P. I. Stučka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, in *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. Cerroni, Milano 1964, 15 ss., 48 ss., 54 ss. Sui punti di contatto tra von Jhering e W. Benjamin¸ *Per la critica della violenza*, in W. Benjamin, *Angelus novus*, Torino 1995, 5 ss., cfr. M. Balestrieri, *L'ambivalenza*, cit., 23 ss.

[15] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 137 e 146 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 18 e 29). Sul punto, G. Cazzetta, Qui delinquit amat poenam. *Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna,* in *QuadF* 2009, 451.

[16] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 146 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 30).

[17] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 150 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 33).

[18] A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano 1966, 114 e nota 200.

[19] Sul sincretismo politico - culturale di von Liszt, A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano 1963, 40 ss.; C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in C. Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin 1973, 58 ss.; A. A. Calvi, *Introduzione,* cit., XX ss.; G. V. de Francesco, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato,* in *AP* 1975, 27 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano 2011, 144 ss.

[20] W. Naucke, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programm 1882*, in *ZStW* 1982, 546, citando A. Baumgarten, *Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, in *SchwZStr* 1937, 9. Condivide in buona parte le critiche di Naucke, M. A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino 1990, 160.

[21] F. von Liszt, *Über den Einfluß der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, e F. von Liszt, *Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen*

richiamo» della critica mossa da Kant alle teorie utilitaristiche della pena[22], quella di trattare l'uomo come un mezzo e non come un fine[23]. Anche l'altrettanto famoso assunto della politica sociale quale migliore e più efficace politica criminale[24] non servirebbe a circoscrivere la pervasività illiberale dell'idea dello scopo. Nel pensiero di von Liszt la politica sociale mira a combattere la criminalità, e quindi sarebbe un equivalente funzionale della politica criminale[25], come sarebbe dimostrato dalle misure proposte contro i mendicanti e i vagabondi, e cioè case di lavoro, luoghi di ricovero, reclusione a tempo indeterminato per gli irrecuperabili[26].
Si tratta di una lettura forse troppo polemica[27], che però conferma come l'idea dello scopo si collochi in un diagramma di forze conflittuali tra l'individuo e la società, tra il «sistema *frenante*» del diritto penale e il «motore del cambiamento» rappresentato dalla politica criminale[28].

2. Il problema dei rapporti tra giustizia e idea dello scopo ha radici ancora più antiche. Si è detto che in tutto il pensiero penalistico moderno il principio di umanità sarebbe «una sorta di *enclave* non protetta delle teorie assolute della pena nel regno del diritto penale conforme allo scopo»[29]. Sostenere che le pene crudeli siano imposte dalle teorie assolute e contrastate dal finalismo utilitaristico sarebbe una petizione di principio[30]. Una dottrina utilitaristica potrebbe assumere una valenza garantista quando si pone l'obiettivo della «*minima sofferenza necessaria* da infliggere alla *minoranza formata dai devianti*», non anche quando si incentra sulla «*massima utilità possibile* da assicurare *alla maggioranza formata dai non devianti*», come invece sarebbe avvenuto in tutta la tradizione penalistica a partire da Beccaria, Bentham e Montesquieu[31].

Strafgesetzbuchs, entrambi in F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band (1892 bis 1904), Berlin 1905, rispettivamente 80 e 102. Ritiene che il diritto penale di cui parla von Liszt sarebbe il diritto positivo manipolabile a piacimento dal legislatore, W. Naucke, *Die Kriminalpolitik*, cit., 541. Diversamente, W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990, 197.

[22] W. Naucke, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona,* in *Teoria e prassi della prevenzione generale*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, 59.

[23] I. Kant, *La metafisica dei costumi,* Roma-Bari 1996, 164 (§ 49 E). Cfr. per tutti M. A. Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano 1981, 6 ss.

[24] F. von Liszt, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, in F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band (1892 bis 1904), cit., 246.

[25] In effetti F. von Liszt, *Die Forderungen der Kriminalpolitik*, cit., 95, scrive che la politica criminale è «uno dei rami più importanti della politica sociale».

[26] W. Naucke, *Die Kriminalpolitik*, cit., 544. Il riferimento è a F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1908, 620.

[27] La si confronti con quella, celeberrima, di C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 1998, 37 ss.

[28] L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, 54 e 104.

[29] W. Naucke, *Prevenzione generale*, cit., 59.

[30] M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena,* Torino 1996, 30, riferendosi a Voltaire.

[31] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1996, 248 ss., il quale dopo aver riferito puntualmente le enunciazioni dei pensatori illuministi orientate alla minima sofferenza necessaria, le ritiene tuttavia «incapaci di suggerire criteri di effettiva delimitazione e minimizzazione del diritto penale». Cfr. però il successivo L. Ferrajoli, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria,* in *MatStCultG* 2015, 137 ss., nel quale si esalta la dimensione genuinamente garantista del pensiero di Beccaria. Sull'*impasse* in cui cade l'illuminismo nel momento in cui identifica giustizia e utilità dei più, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico,* vol. 2, Milano 2005, 89. Cfr. anche M. A. Cattaneo, *I principi dell'illuminismo giuridico penale*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli,* a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1993, 31 ss.

La presenza di Beccaria in questo elenco potrebbe stupire più delle altre, considerando i numerosi passaggi del celebre «libriccino» a favore della «dolcezza delle pene»[32].
Il Marchese scrive infatti che uno «dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse»[33]; che quanto più la pena è pronta e vicina al delitto, tanto più è giusta, perché «risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza»[34]; che le pene devono essere «proporzionate fra loro ed ai delitti nella forza, ma anche nel modo di infliggerle»[35]; che, «serbata la proporzione», deve essere prescelto quel metodo di inflizione delle pene tale da procurare «una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo»[36]; che il limite al rigore delle pene è dato dal «sentimento di compassione, quando comincia a prevalere su di ogni altro nell'animo degli spettatori d'un supplizio più fatto per essi che per il reo»[37]; che non «vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*»[38]; e si potrebbe sicuramente continuare[39].
Sennonché, Beccaria ha anche sostenuto che la giustizia corrisponde al «vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari», e che «la parola *diritto* non è contradittoria alla parola *forza,* ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero»[40]. Vanno inoltre considerate le pagine dedicate alla pena di morte, tanto memorabili quanto controverse. Nonostante sia diventato la bandiera della corrente abolizionistica[41], non solo Beccaria ha ammesso eccezionalmente la possibilità di disporre il supplizio capitale, ma nell'opporsi a esso ha speso argomenti che sembrano contraddire il suo umanitarismo.
Il Marchese parte da una premessa contrattualistica, e cioè che nessun cittadino ha conferito al sovrano l'arbitrio di ucciderlo, e afferma che la pena di morte non è «un *diritto*», ma piuttosto «una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere»[42]; si propone poi di vincere «la causa dell'umanità» con l'argomento utilitaristico secondo il quale la pena di morte non è né utile né necessaria, tranne quando la sicurezza della nazione è in pericolo oppure quando la morte del cittadino è «il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal

[32] Così si intitola il § XXVII di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* a cura di F. Venturi, Torino 1994, 59 ss. Di «libriccino» ha parlato ovviamente A. Manzoni, *Storia della colonna infame,* Roma 1993, 37.
[33] C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 59 (§ XXVII, *Dolcezza delle pene*).
[34] C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 47 (§ XIX, *Prontezza della pena*).
[35] C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 72 (§ XXIX, *Della cattura*).
[36] C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 31 (§ XII, *Fine delle pene*)
[37] C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 64 (§ XXVIII, *Della pena di morte*).
[38] C. Beccaria, *Dei delitti,* cit., 50 (§ XX, *Delle violenze*). Vedono in questa frase un'anticipazione del pensiero kantiano, A. Cavanna, *Storia,* cit., 219; G. Marinucci, *Cesare Beccaria, nostro contemporaneo*, in *RIDPP* 2014, 2039; L. Ferrajoli, *L'attualità,* cit., 140 ss. La considera la chiave di lettura di tutta l'opera, M. Pisani, *Cesare Beccaria e il principio di umanità,* in *RIDPP* 2011, 409. Si noti che l'argomento serve a legittimare le pene corporali per gli attentati contro la persona, prestandosi quelle pecuniarie a consentire al «grande» e al «ricco» di «mettere a prezzo gli attentati contro il debole e il povero».
[39] Cfr. la recente rilettura di S. Larizza, *"…e delle pene": la concezione di Cesare Beccaria*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini,* a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G. L. Gatta, vol. I, Milano 2018, 363 ss.
[40] C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 13 (§ II, *Diritto di punire*).
[41] Basti leggere P. Ellero, *Programma,* in *Giornale per l'abolizione della pena di morte,* Milano 1861, 3 ss.; E. Pessina, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice vigente (1764-1890),* in *Enciclopedia del diritto penale italiano,* a cura di E. Pessina, vol. II, Milano 1906, 554. Più di recente, H. Feng, *Cesare Beccaria e le riforme penalistiche in Cina,* in *RIDPP* 2014, 2108.
[42] Per una rassegna delle numerose critiche rivolte a questo argomento, N. Bobbio, *Contro la pena di morte*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti,* Torino 2014, 183.

commettere delitti»[43]; dall'esperienza storica e dalla natura dell'uomo emergerebbe tuttavia una verità, ossia che è non è l'intensità («intensione») della pena a fare «il maggior effetto sull'animo umano», ma la sua durata («estensione»); dato che la pena giusta «non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti», ne deriva che la «schiavitù perpetua» potrebbe efficacemente sostituire la pena di morte; l'esempio di una «bestia di servigio» che sta «fra i ceppi o le catene, sotto il bastone, sotto il giogo, in una gabbia di ferro», avrebbe il pregio di spaventare «più chi la vede che chi la soffre»; invece, il lugubre spettacolo della pena di morte rischierebbe di non distogliere il singolo dal delinquere, e allo stesso tempo lancerebbe agli consociati un «esempio di atrocità»: quelle leggi che «detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime»[44].

2.1. Questi passaggi argomentativi sono stati diversamente interpretati. Ad avviso della visione più critica, Beccaria avrebbe subordinato ogni diritto individuale al «primato assoluto dell'autorità giustificato in chiave utilitaristica»[45]. Come il Rousseau del *Contratto sociale* scrive che «quando si condanna a morte il colpevole lo si condanna meno come cittadino che come nemico»[46], così Beccaria (o chi per lui) dichiara che quando la morte di un uomo è «utile e necessaria al ben pubblico, la suprema legge della salvezza del popolo dà podestà di condannare a morte, e questa podestà nascerà come nasce quella della guerra»[47]. In questo modo, Beccaria avrebbe filosoficamente legittimato la pena di morte «*utile al potere*», e cioè quella strumentale alla repressione del *crimen laese maiestatis* («la sicurezza della nazione») e quella esemplare («il vero ed unico freno per distogliere altri dal commettere delitti»). Al Beccaria pensatore corrisponderebbe il Beccaria consulente legislativo, che nel partecipare alla Giunta delegata per la riforma del sistema penale della Lombardia austriaca avrebbe ritenuto legittima la pena di morte

[43] Ci informa A. Cadoppi, *Cesare Beccaria, John Bessler and the Birth of Modern Criminal Law*, in *UnBaltimoreJIntL* 2015, 18, che la seconda eccezione scompare nelle traduzioni dell'opera in francese e inglese del XVIII e del XIX secolo.

[44] Per tutte le citazioni, C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 62 - 67 (§ XXVIII, *Della pena di morte*).

[45] I. Mereu, *La morte come pena*, Roma 2007, 100 ss., sviluppando tesi già enunciate in I. Mereu, *Storia del diritto penale nel '500,* vol. I, Napoli 1964, 82 ss. e note corrispondenti. Anche nella dottrina tedesca non mancano riletture critiche dell'utilitarismo di Beccaria: cfr. per tutti K. Ambos, *Cesare Beccaria und die Folter – Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht –*, in *ZStW* 2010, 506 ss., e sul punto i rilievi di A. Cadoppi, *Beccaria e la sua influenza sulla scienza e sulla legislazione penale in Italia e all'estero*, in *I 250 anni "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, a cura di G. Flora, Pisa 2015, 62 ss.

[46] J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Milano 2010, 36. Sui rapporti tra Beccaria e Rousseau, cfr. tuttavia P. Costa, *Lo* ius vitae ac necis *alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *QuadF*, 2015, 875 ss.

[47] Il passo si legge nella *Risposta ad uno scritto che s'intitola Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, in C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 181, uno scritto attribuito a Pietro e Alessandro Verri che costituisce la replica alla dura critica mossa da F. Facchinei, *Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, s.l. 1765, 98 ss. (sul punto, U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1974, 46 ss.). Tuttavia, secondo I. Mereu, *Storia*, cit., 83, l'opera dei fratelli Verri andrebbe comunque attribuita a Beccaria «per espresso desiderio dell'Autore», come si evince dall'assunzione di paternità contenuta in C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 6, introduzione *A chi legge*. Sui dubbi relativi alla paternità di Beccaria di tale introduzione, cfr. peraltro M. Papa, *"A chi legge": l'incipit visionario* dei delitti e delle pene, in *Crim* 2014, 637 nota 1; G. Francioni [nel testo erroneamente Frangioni], *Il testo dell'edizione livornese di* Dei delitti e delle pene, in *I 250 anni*, cit., 27, il quale ricostruisce la complessa storia redazionale ed editoriale dell'opera. Ricordando il contributo di Pietro Verri alla scrittura di *Dei delitti e delle pene*, osserva M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *MatStCultG* 2015, 164, che «l'*atelier* Beccaria perseguiva una politica del diritto abbastanza condivisa», e ciò rendeva «meno importante chi fosse il redattore materiale dei testi».

per il titolo di cospirazione contro lo Stato[48]. Infine, il tradizionale arsenale punitivo a disposizione dei sovrani non sarebbe stato indebolito, ma al contrario rafforzato dalla nuova sanzione del carcere a vita[49].

Secondo un indirizzo ricostruttivo di segno diametralmente opposto, l'argomento contrattualistico chiarirebbe che la pena di morte è sempre illegittima[50]. Ciò posto, subentrerebbe l'argomento utilitaristico secondo il quale in tempi di pace la «pena di schiavitù» perpetua è sempre più efficace della pena di morte, mentre quest'ultima potrebbe operare sotto forma di potestà (di «guerra») solamente quando «l'anarchia ha sopraffatto ogni ordine giuridico»[51]. Per quanto attiene al ruolo di Beccaria nella stesura del progetto di codice lombardo, non si dovrebbe confondere il «sottomesso, metodico e diligente servitore del governo asburgico» del 1792 con l'audace scrittore del 1764, né trascurare il mutato contesto politico, e neppure dimenticare che la relazione di minoranza firmata da Beccaria e da altri due consiglieri contiene un nuovo spunto critico contro la pena di morte, quello della sua irreversibilità in caso di errore giudiziario[52].

Se a questo punto leggiamo congiuntamente il capolavoro di Beccaria e la relazione di minoranza presentata in Giunta, il primo orientamento interpretativo ci apparirà troppo severo. Beccaria e gli altri consiglieri affermano infatti che «nel pacifico stato di una società e sotto la regolare amministrazione della giustizia» la pena di morte sarebbe ammissibile solamente quando la persona già carcerata continua a costituire un pericolo per la società[53], non anche in relazione a tutte quelle «offese, di qualunque sorta esse siano, fatte immediatamente alla persona del Principe»[54]. Per invocare l'altra ipotetica ragione di necessità della pena di morte, quella che fa leva sulla sua asserita funzione deterrente, si dovrebbe confutare empiricamente ciò che risulta da un esame «imparziale e tranquillo» dell'esperienza storica e della legislazione degli altri paesi, e cioè che i delitti sono meno frequenti quando le pene sono moderate ma inflessibili[55].

Rispetto alla seconda linea interpretativa presa in esame, può invece osservarsi che le argomentazioni della relazione di minoranza non sono pienamente coincidenti con l'opera di Beccaria[56]: l'argomento contrattualistico è stato abbandonato; non si contesta al «sovrano

---

[48] Il verbale della *Sessione XLVIII della Giunta criminale* del 22 gennaio 1792 si legge in C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze 1862, 357. Cfr. anche C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto degli infrascritti individui della Giunta delegata per la riforma del sistema criminale per la Lombardia austriaca riguardante la pena di morte*, in C. Cantù, *Beccaria*, cit., 369, dove Beccaria e gli altri due consiglieri di minoranza ammettono di aver convenuto con tutti «che la pena di morte dovesse restringersi a pochissimi delitti». Sulla compilazione del progetto, e sul ruolo e la composizione della Giunta, A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, 83 ss., 151 ss.; F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1985, 546 ss.

[49] I. Mereu, *La morte come pena*, cit., 54 ss., 98 ss.

[50] A. Cavanna, *Storia*, cit., 213. Cfr. anche G. P. Massetto, *Leggendo Mario Pisani su "Cesare Beccaria e l'*Index librorum prohibitorum*"*, in *RIDPP* 2014, 412 ss.; P. Costa, *Beccaria e la filosofia della pena*, in *I 250 anni*, cit., 42; A. Cadoppi, *Cesare Beccaria*, cit., 15 ss.

[51] A. Cavanna, *Storia*, cit., 213. Cfr. P. Costa, *Lo* ius vitae ac necis, cit., 894; S. Canestrari, M. Celva, *Cesare Beccaria y la pena de muerte. Del "De los delitos y de las penas" al debate actual sobre la sanción capital*, in *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, a cura di L. Arroyo Zapatero, R. Estrada Michel, A. Nieto Martín, Cuenca 2016, 168.

[52] A. Cavanna, *La codificazione*, cit., 173 ss. Cfr. C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 372 ss.

[53] Per inciso, anche a F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 173 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 60), la pena di morte sembrava superflua a condizione che gli irrecuperabili fossero resi «innocui».

[54] C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 370. Cfr. S. Canestrari, M. Celva, *Cesare Beccaria*, cit., 168.

[55] C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 371. Criticamente, F. Cordero, *Criminalia*, cit., 563 ss.

[56] Si noti che C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 370, distinguono il caso del carcerato pericoloso dalla possibilità di uccidere i «sediziosi che facciano resistenza», giacché solo quest'ultima «non sarebbe una pena legale di morte, ma un effetto di una vera intimazione di guerra» (cfr. anche L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 451 nota

legislatore» il «diritto» di prescrivere la pena di morte «quando coi superiori suoi lumi la credesse necessaria a reprimere i delitti»[57]; anzi, Beccaria e gli altri ritengono che risponda a un loro «preciso dovere» l'aver proposto l'eccezione del carcerato pericoloso per la sicurezza dello Stato[58], con ciò prendendo esplicitamente le distanze dalla scelta pienamente abolizionista compiuta qualche anno prima dal codice leopoldino[59].

In breve, il tema della pena di morte è il luogo in cui si avvertano maggiormente le tensioni tra l'indiscutibile spirito umanitario di Beccaria e il suo utilitarismo[60]. Ciò sembra trovare conferma nella fosca descrizione del condannato destinato a diventare «bestia di servigio», da Diderot in avanti ritenuta in irriducibile contrasto con il principio della dolcezza delle pene[61].

Per spiegare l'apparente contraddizione, alcuni hanno ipotizzato un sapiente calcolo politico di Beccaria, il quale avrebbe suggerito l'utilizzo della pena perpetua nei termini che conosciamo per non porsi in frontale opposizione con il potere e far accettare le sue idee[62], peraltro in un contesto in cui l'obiettivo più urgente era rappresentato dalla mitigazione di un apparato sanzionatorio sanguinario[63].

Altri sottolineano invece la «dolorosa coerenza» tra le pagine sulle alternative alla pena di morte e «i presupposti storico-politici dell'agire intellettuale del Beccaria»[64]. In questa prospettiva, la pena detentiva rappresenterebbe il «faticoso traguardo» di un pensiero sospeso tra utopia e riforma che affida il compito di scongiurare la dissoluzione del patto sociale all'utilitarismo, e non alla «"filantropica" difesa della vita umana»[65]. La quadratura del cerchio si sarebbe quindi realizzata grazie a una pena uguale per tutti (a differenza delle esecrate pene pecuniarie del passato[66]), la più

147). Invece, nella *Risposta*, cit., 181, i fratelli Verri puntualizzano che il «punire di morte» non sarebbe un «*diritto*», perché ciò sarebbe in contrasto con l'argomento contrattualistico, ma una «*podestà giusta, e necessaria*», che nasce «come nasce quella della guerra».

[57] C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 373.

[58] C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 373.

[59] Il codice leopoldino del 30 novembre 1786 (sul quale cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto,* Bologna 1976, 547 ss.) aveva infatti abolito con l'art. 51 la pena di morte «contro qualunque reo, sia presente, sia contumace, e ancorché confesso e convinto di qualsiasi delitto dichiarato capitale dalle leggi fin qui promulgate» (cfr. C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 274). Sostiene pertanto T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa 2014, 47, che il vero abolizionista è Pietro Leopoldo, non Beccaria.

[60] Commenta ironicamente F. Cordero, *Criminalia,* cit., 567, che «ammessa la condanna a morte del delinquente politico con una logica brutalmente liquidatoria, suona male lo slogan abolizionistico rispetto ai delitti comuni». Sui limiti del pensiero utilitaristico nel sostenere la linea abolizionista, N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte,* in N. Bobbio, *L'età dei diritti,* cit., 201 ss.

[61] C. Beccaria, *Traité des délits et des peines, traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée, précédée d'une correspondance de l'auteur avec le traducteur, accompagnée de notes de Diderot, et suivie d'une théorie des lois pénales par J. Bentham*, Paris 1797, 81 in nota al § XVI sulla pena di morte. Cfr. poi M. A. Cattaneo, *I principi*, cit., 12; M. Pisani, *Cesare Beccaria,* cit., 410 ss.; A. Cavanna, *Storia,* cit., 214; P. Costa, *Beccaria*, cit., 41 ss.; E. Palombi, *Il rispetto della persona umana,* in *I diritti dell'uomo.* Dei delitti e delle pene *a 250 anni dalla pubblicazione,* a cura di E. Palombi, Torino 2016, 158.

[62] S. Canestrari, M. Celva, *Cesare Beccaria y la pena de muerte*, cit., 170.

[63] Da «sagra dell'*horror*», secondo A. Cavanna, *Storia*, cit., 211. Invita a storicizzare il pensiero di Beccaria per apprezzarne il coraggio, A. Cadoppi, *Beccaria e la sua influenza*, cit., 64 ss.

[64] S. Manacorda, *Cesare Beccaria e la pena dell'ergastolo*, in *Jus* 2015, 182.

[65] G. M. Labriola, *Amministrazione della pena e luoghi della verità*, Napoli 2008, 25 e 29, riprendendo F. Venturi, *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Torino 1971, 126 ss. Per approfondimenti, P. Costa, *Lo* ius vitae ac necis, cit., 817 ss., 888 ss.

[66] Ricorda G. M. Labriola, *Amministrazione della pena*, cit., 30, che C. Beccaria, *Dei delitti,* cit., 44, § XVII (*Del fisco*), aveva criticato il tempo in cui «quasi tutte le pene erano pecuniarie» e i «delitti degli uomini erano il patrimonio del principe». Inoltre C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 52, § 22 (*Del furto*), riteneva che la pena più opportuna per il furto non fosse la pena pecuniaria (perché non avrebbe tenuto conto delle disuguaglianze sociali), ma piuttosto la «schiavitù

efficace sul piano della prevenzione generale e allo stesso tempo «la meno tormentosa sul corpo del reo»[67]: per dirla con Michel Foucault, una pena «minimale per chi la subisce» e «massimale per colui che se la rappresenta»[68].
Nel suo capolavoro Beccaria aveva accostato la pena detentiva all'obbligo del lavoro, e a questo rapporto prestò attenzione anche nella sua successiva attività politica[69], fino a definire la «pena de' pubblici lavori» una misura «efficacissima» e «utile allo scopo d'ogni buona legislazione criminale, che è prima la correzione del reo, quando è possibile, e sempre l'esempio dato agli innocenti per allontanarli dal delitto»[70].
In effetti, sul finire del XVIII secolo il dibattito sui meriti del lavoro forzato sarebbe stato molto intenso, costituendo il punto di contatto tra la «filantropia illuminista», il calcolo economico e «un'antica crudeltà che veniva a rivestire forme nuove e razionali»[71]. Successivamente anche von Liszt avrebbe insistito sulla necessità di far lavorare sia i soggetti incorreggibili, sia quelli recuperabili[72]. A quanto pare, lavoro e idea dello scopo sono strettamente connessi, e non necessariamente in chiave umanitaria. È il caso di soffermarsi su questo legame.

3. Una citatissima massima di von Jhering recita che la storia della pena è quella del suo continuo ridimensionamento (*Absterben*)[73]: il ricorso agli strumenti sanzionatori sarebbe inversamente proporzionale alla «perfezione dell'ordinamento giuridico e alla maturità dei popoli»[74].

---

per un tempo delle opere e della persona alla società», magari accompagnata da pene corporali in caso di comportamenti violenti. Su questo passo, D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*[3], Bologna 1982, 109 (ma la prima edizione è del 1977).

[67] Secondo il principio generale stabilito in C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 52 (§12, *Fine delle pene*)

[68] M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1993, 104. Sul punto, S. Manacorda, *Cesare Beccaria*, cit., 179 ss. Sulla rilettura foucaltiana di Beccaria cfr. anche B. E. Harcourt, *"Dei delitti e delle pene" di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno*, in *Crim.* 2013, 173 ss. È interessante notare che G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, tomo III, Pisa, 1832, 100 ss., leggeva in J. Bentham, *Traités de législation civile et pénale*, Paris, 1802, 406, e non in Beccaria, l'idea che la pena dovesse essere «*drammatica*» e che il dolore del condannato dovesse essere «il minimo in realtà e il massimo in apparenza».

[69] Ricorda G. Marinucci, *Cesare Beccaria*, cit., 2041, che nello svolgere il suo ruolo di Magistrato politico camerale della Lombardia austriaca Beccaria suggerì di modificare in senso umanitario il trattamento dei detenuti, ad esempio allungando «le catene tanto da poter passeggiare per lavorare e per guadagnare qualche cosa».

[70] C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 374.

[71] F. Venturi, *Utopia e riforma*, cit., 140. Lo spunto è ripreso da A. Cavanna, *La codificazione*, cit., 158 ss. Pone l'accento sull'ambivalenza del progetto illuministico, rivolto da un lato alla tutela della libertà individuale, dall'altro alla «trasformazione antropologica dell'individuo mediante l'educazione e la stessa penalità», D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano 2002, 30.

[72] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 166 ss. (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 54 ss.).

[73] R. von Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen 1897, 4 (cfr. R. von Jhering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Napoli 1990, 5, dove *Absterben* è reso con «deperimento»; ringrazio Francesco Lucrezi per avermi messo a disposizione questo libro e Gaetano Carlizzi per i preziosi suggerimenti). L'opera si riferiva al diritto privato romano e si concludeva con una domanda al destinatario dell'opera, niente meno che J. M. F. Birnbaum, sulla possibilità di estendere la medesima conclusione anche ad altri rami del diritto (R. von Jhering, *Das Schuldmoment*, cit., 68; R. von Jhering, *Il momento*, cit., 63). La massima non va quindi considerato come un'anticipazione delle «opinioni di criminologi progressisti sull'inutilità delle pene» (J. Benedikt, *Culpa in Contrahendo. Transformationen des Zivilrechts*, Band 1, *Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen - oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung*, Tübingen 2018, 81), opinioni peraltro criticate da L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto e criminologia*, in *StUrb* 1980-81, 442 ss.

[74] R. von Jhering, *Das Schuldmoment*, cit., 67 (cfr. R. von Jhering, *Il momento*, cit., 63). Cfr. E. H. Sutherland, D. R. Cressey, *Criminologia*, Milano 1996, 489 ss., e qui la teoria della coerenza culturale tra le pratiche punitive e le altre modalità di comportamento presenti nella società.

Il divario che sussiste tra le «atrocità del passato concepite e praticate sotto il nome di "pene"»[75] e la realtà odierna, in particolare in quei paesi in cui non sono più previste la pena di morte e le pene corporali, parrebbe confermare l'assunto, che abbiamo peraltro già incontrato nelle pagine lisztiane sui meriti dell'idea dello scopo.

Tuttavia, la lenta fuoriuscita del diritto penale dalla logica della vendetta non risponde allo schema di un progresso irreversibile, come sarebbe dimostrato dalle pratiche penali dell'alto medioevo e dell'epoca comunale, a quanto pare più miti sia di quelle precedenti, sia di quelle successive[76].

Inoltre, la chiave di lettura che fa discendere la trasformazione epocale dei sistemi punitivi avvenuta a partire dal XVIII secolo dall'impegno filantropico di un gruppo di riformatori illuminati è stata messa in discussione da un indirizzo storiografico revisionista[77] che ha le sue premesse nello studio di Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*[78].

L'opera, pubblicata nel 1939 ma divenuta celebre a partire dagli anni '70 del secolo scorso[79], muove alle teorie della pena la critica di aver ostacolato l'analisi storico-sociologica delle forme punitive: le teorie assolute avrebbero considerato la pena «come un'entità eterna e immutabile», mentre le teorie relative si sarebbero invece limitate a «scrivere una storia dell'idea di pena piuttosto che delle forme punitive» e a rileggere gli avvenimenti storici nella «supposizione che in essi si rivelasse l'idea di progresso»[80].

Da qui la necessità di «strappare i veli ideologici e giuridici» che occultano le dinamiche sociali punitive, chiarendo che la pena «non è né una semplice conseguenza del delitto, né il lato nascosto di esso, né un mero strumento determinato dallo scopo che si propone»: si può anche pensare che la pena abbia scopi specifici, ma la prima non potrebbe essere compresa solo sulla base dei secondi[81].

Tali scopi potrebbero tutt'al più fungere da fattore di condizionamento negativo, sicché una società che ritenga la pena in grado di distogliere l'individuo dal delinquere andrà a selezionare metodi

---

[75] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., 382 ss., con ricchi riferimenti. Un inventario delle tecniche sanzionatorie in F. Cordero, *Criminalia,* cit., 46 ss. Cfr. anche T. Padovani, *La pena carceraria,* cit., 21 ss.

[76] M. Sbriccoli, *Giustizia criminale,* in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007),* tomo I, Milano 2009, 4. Cfr. anche I. Mereu, *La morte*, cit., 12 ss. sull'istituto del guidrigildo, nonché I. Mereu, *Studi,* cit., 75 ss., sul valore «mitico» della Rivoluzione francese. Reputa troppo severo il giudizio sul diritto penale pre-illuministico che emerge dal celebre *incipit* di *Dei delitti e delle pene,* M. Papa, *"A chi legge"*, cit., 641 ss., 645 ss.

[77] Parla di revisionismo per distinguere questo modello dall'orientamento che legge l'evoluzione dei modelli penali come una «storia di riforme», M. Ignatieff, *State, Civil Society, and Total Insitutions: A Critique of Recents Social Histories of Punishment,* in *CrimeJ,* 1981, 153 ss. Sui diversi approcci ricostruttivi alla storia del carcere, cfr. anche S. Cohen, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification,* Cambridge 1985, 15 ss.

[78] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna 1978. Cfr. anche G. Rusche, *Il mercato del lavoro e l'esecuzione della pena. Riflessioni per una sociologia della giustizia penale,* in *QuestC* 1976, 519 ss. Sulla vicenda editoriale del testo, D. Melossi, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer*, in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 7 ss. Per una dettagliata analisi critica di *Pena e struttura sociale*, D. Garland, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale,* Milano 1999, 128 ss.

[79] Racconta M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *ius17@unibo.it* 3/2013, 7 nota 3, traduttore con Melossi di *Pena e struttura sociale*, che presso la biblioteca della *London School of Economics* l'unica copia del libro non era consultata da anni, e quindi rischiava seriamente la «critica roditrice dei topi» (l'espressione è ripresa da K. Marx, *Prefazione* del 1859 a *Per la critica dell'economia politica*, in K. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Libro Primo – II, Torino 1975, 957).

[80] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 44 - 45.

[81] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 46. Cfr. G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Bari 2017, 4 ss.

punitivi improntati alla deterrenza, ma al di là di questo la pena «troverà la propria forma concreta all'interno delle trasformazioni della struttura sociale»[82].

A questo punto, Rusche e Kirchheimer possono formulare la loro tesi. Non esiste la pena come tale, ma solo «concrete forme punitive e specifiche prassi penali», e quindi la trasformazione di tali forme e prassi è certamente influenzata dai «bisogni della lotta contro il delitto», ma dipende principalmente dal modo di produzione sottostante[83]. Pertanto, la funzione sociale della pena si comprende alla luce della situazione dei rapporti di classe e dei «secolari rivolgimenti che di questa sono propri»[84]. In particolare, bisogna partire dal principio della «minore preferibilità» (*less eligibility*)[85], secondo il quale «ogni sforzo per una riforma nel trattamento del delinquente trova il proprio limite nella situazione dello strato proletario, socialmente significativo, più basso, che la società vuole trattenere dal commettere azioni criminali»[86]. Poiché i reati sono prevalentemente commessi dalle classi più povere, le quali non possono offrire altro che la loro manodopera, la categoria del mercato del lavoro diventa a questo punto fondamentale: il diritto penale sarebbe più mite quando c'è scarsità di lavoratori e il valore sociale della vita umana aumenta, più crudele nel caso contrario[87].

Sulla scorta di questo schema, Rusche e Kirchheimer ritengono che nell'alto medioevo la pratica sanzionatoria più diffusa sia consistita nel pagamento di una somma di denaro alla parte offesa perché la ricchezza era sufficientemente diffusa e l'esigenza primaria era quella di evitare faide e vendette personali[88].

La progressiva centralizzazione del potere e la correlativa esigenza di incrementare le entrate fiscali spiegherebbe la pubblicizzazione del diritto penale, e cioè la sottrazione della gestione del conflitto alle parti coinvolte e l'introduzione delle pene pecuniarie pubbliche[89]. Successivamente, la diffusione della pena capitale e delle feroci pene corporali sarebbe parallela all'impoverimento di larghe fasce della popolazione registratosi a partire dal XV secolo, perché «da questo tipo di criminali non v'era nulla da prendere»[90].

La nascita delle prime tecniche punitive di privazione della libertà personale si sarebbe avuta in epoca mercantilista con le case di correzione, quando il crollo dell'offerta di lavoro dovuto a varie calamità rese necessario educare al lavoro gli oziosi, i vagabondi, i mendicanti, i ladri, ecc., non

---

[82] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 45.

[83] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 46. Sul modo di produzione come costrutto determinato dall'interazione dialettica tra le forze produttive e i rapporti di produzione, K. Marx, *Prefazione*, cit., 957 ss.

[84] G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 522.

[85] Questa formula si deve probabilmente a J. Bentham, *Panopticon; or: The Inspection - House*, in J. Bowring (Ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, Edimburgh 1843, 123 («*the ordinary condition of a convict doomed to a punishment that few or none but the individuals of the poorest class are apt to incur, ought not to be made more eligible than that of the poorest class of subjects in a state of innocence and liberty*»).

[86] G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 524. Cfr. G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 166, dove si dice che il principio «rimase il *leitmotiv* di ogni amministrazione carceraria fino a oggi».

[87] G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro*, cit., 525. Ritorna un concetto che già emergeva dal paragone jheringhiano tra Beccaria e Smith (cfr. §1), peraltro ripreso in altro contesto da G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 279.

[88] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 49 ss. Sul paradigma della giustizia penale negoziata e sul successivo modello di diritto penale egemonico, M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., 4 ss. Cfr. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2003, 3 ss.; M. Foucault, *La verità e le forme giuridiche*, Napoli 2007, 77 ss.

[89] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 51 ss.

[90] G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 530. Cfr. anche G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 62: più «le masse si facevano misere, più severe si facevano le pene al fine di trattenerle dal delitto».

più annientarli[91]. Ma la rivoluzione industriale avrebbe fatto nuovamente calare la domanda di forza lavoro, determinando un aumento della criminalità al quale si rispose con il paradigma della pena detentiva. Il ritorno ai feroci metodi punitivi pre-mercantilistici, che pure era stato proposto[92], sarebbe stato inconcepibile dopo l'illuminismo[93]: pertanto il carcere prese il posto delle case di correzione ma assunse per il principio della *less eligibility* una dimensione puramente afflittiva[94], con il sostegno ideologico sia delle teorie preventive sia di quelle retributive[95].
Le conclusioni sono nette: l'indiscutibile progresso garantistico del diritto penale post-illuministico fu strumentale agli obiettivi della borghesia, e cioè sconfiggere i residui del feudalesimo e dell'assolutismo[96]; le idee di Ferri e di von Liszt sulla rieducazione del condannato (recuperabile) ebbero successo perché furono interpretate «come un buon investimento, e non certamente come un capriccio paternalistico»[97]; le riforme penali possono affermarsi quando i princìpi umanitari coincidono con le esigenze dell'economia[98]; la repressione resterà la più semplice delle risposte fino a quando la società non avrà deciso di farsi carico dei problemi dei ceti svantaggiati[99]; anche il più avanzato metodo rieducativo non potrà mai indurre il condannato «ad accettare di buona voglia la prospettiva di una vita da povero diavolo»[100].

3.1. Alle tesi di *Pena e struttura sociale*, e in particolare all'indicazione metodologica di non analizzare i sistemi punitivi alla luce della «sola armatura giuridica della società» e delle «sue scelte etiche fondamentali»[101], si è rifatto Michel Foucault, ovviamente declinandole all'interno del suo complesso sistema di pensiero[102].
In *Sorvegliare e punire* il filosofo francese individua tre momenti dell'evoluzione delle pratiche punitive: l'età dell'*ancien régime*, nella quale ogni infrazione rappresenta un *crimen maiestatis* e lo «splendore dei supplizi» è lo strumento grazie al quale il sovrano riafferma il suo potere illimitato sul corpo del condannato[103]; l'età dei riformatori settecenteschi, i quali si propongono di «punire meglio», non di «punire meno»[104], e cioè di escogitare modalità punitive più regolari ed efficaci al duplice scopo di delimitare la potestà punitiva del sovrano e di contrastare gli «illegalismi» delle classi meno abbienti, non più accettabili in una società borghese[105]; infine, l'età

[91] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 71 ss., 95 ss., e qui la descrizione delle prime case di correzione sorte nei paesi protocapitalistici, che si affiancarono alla servitù sulle navi (le «galere») e alla deportazione.
[92] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 170 ss.
[93] G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 531.
[94] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 178 ss.
[95] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 172 ss. (a proposito di A. Feuerbach), 175 ss. (su Kant ed Hegel).
[96] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 238 ss.
[97] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 236 ss., 241.
[98] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 153 e 254.
[99] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 336 ss.
[100] G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 253.
[101] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 27.
[102] Per dar conto di tale complessità, si dovrebbero considerare le opere che hanno preceduto o accompagnato *Sorvegliare e punire*: cfr. M. Foucault, *Teorie e istituzioni penali. Corso al Collège de France (1971 – 1972)*, Milano 2019; M. Foucault, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972 – 1973)*, Milano 2016; M. Foucault, *La verità*, cit., 103 ss.; nonché gli scritti raccolti in M. Foucault, *La società disciplinare*, Milano - Udine 2010.
[103] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 33 ss., 51 ss., 59 ss. che riprendendo *Pena e struttura sociale* vede nella pratica dei supplizi «l'effetto di un regime di produzione in cui le forze del lavoro, e dunque il corpo umano, non hanno l'utilità e quindi il valore commerciale che saranno loro conferiti in un'economia di tipo industriale».
[104] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 89.
[105] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 92 ss., 95 ss.

disciplinare, o del panoptismo[106], nella quale le idee dei riformatori vengono clamorosamente smentite da un paradigma punitivo, quello della pena carceraria, che non risponde alla logica illuminista della rappresentazione pubblica – prospettare ai cittadini l'inderogabile connessione tra delitto e pena, tra il vantaggio immaginato del crimine e lo svantaggio percepito dei castighi –, ma a quella segreta dell'ispezione, della sorveglianza, della normalizzazione, della disciplina appunto[107].

Nata in ambito militare e poi diffusasi nei conventi, nelle scuole, nelle fabbriche, la disciplina sarebbe la «forma generale» che ha «disegnato l'istituzione-prigione, prima che la legge la definisse come la pena per eccellenza»[108]. Si spiega così l'improvvisa e inarrestabile ascesa della pena detentiva: innanzitutto, è particolarmente adatta a una società in cui la libertà è un bene che appartiene a tutti nello stesso modo[109]; poi, si basa sul meccanismo dello scambio tra infrazione commessa e tempo prelevato al detenuto, e quindi riflette la logica di una società che usa il tempo per misurare gli scambi[110]; infine, riproduce i meccanismi della società panoptica «salvo accentuarli un po'», tant'è che si potrebbe dire che il carcere è «una caserma un po' stretta, una scuola senza indulgenza, una fabbrica buia, ma, al limite, niente di qualitativamente differente»[111].

Il radicamento del carcere nelle pratiche disciplinari spiegherebbe altresì la difficoltà a escogitare alternative alla pena detentiva, nonostante il suo plateale fallimento sia chiaro a tutti: invece di rieducare, il carcere fabbricherebbe delinquenti; invece di ridurre i tassi di recidiva, li aumenterebbe; invece di favorire il reinserimento nella società, impoverirebbe le famiglie dei detenuti. Ma ciò che a prima vista sembra uno scacco sarebbe in realtà un successo, perché la funzione reale del carcere non sarebbe quella di reprimere gli illegalismi, ma di differenziarli, producendo una specifica tipologia di delinquenza utile al potere[112].

Una sintesi critica di *Pena e struttura sociale* e di *Sorvegliare e punire* è stata operata da Dario Melossi e Massimo Pavarini in un altro classico della materia, *Carcere e fabbrica.*

---

[106] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 218 ss., prendendo a modello J. Bentham, *Panopticon; or The Inspection House*, cit., 40 ss., 60 ss. Una critica a Foucault per aver travisato il pensiero di Bentham in A. D. Calzetta, *I limiti del panoptismo o Panopticon unbound*, in *Michel Foucault : diritto, sapere, verità*, a cura di A. Di Lisciandro, L. Scudieri, Milano 2015, 59 ss. Sul Panopticon, P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano 1974, 370 ss.; D. Melossi, M . Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 67 ss.

[107] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 139 ss. Sulla pubblicità quale caratteristica essenziale delle pene corporali, cfr. già G. Contento, *Osservazioni sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna* (1964), in G. Contento, *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Bari-Roma 2002, 6.

[108] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 251.

[109] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 252. Sul punto, G. Contento, *Osservazioni*, cit., 6 ss.; T. Padovani, *La pena carceraria*, cit., 41 ss.

[110] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 253. Questo aspetto è stato affrontato anche da M. Pavarini, *In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico*, in *QuestC* 1976, 266 ss.; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 22 ss., 85 ss. (e nella nota 185 un cenno a Foucault), 241 ss., sulla scia di E. B. Paŝukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in *Teorie*, cit., 230 ss. Importanti considerazioni in M. Donini, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *www.disCrimen.it*, 4.6.2020, 15 ss. Il passaggio concettuale successivo sta nella differenza tra la teoria retributiva, che rispetta rigorosamente «la signoria del condannato sul tempo della sua detenzione», e la teoria specialpreventiva, che invece si «'appropria'» di tale tempo attribuendosi il diritto di riempirlo di contenuti (L. Monaco, *Prospettive*, cit., 22).

[111] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 253. Cfr. anche M. Foucault, *La verità*, cit., 146.

[112] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 291 ss. Una critica alla tesi dello scacco in M. Sbriccoli, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in M. Sbriccoli, *Storia*, cit., tomo II, Milano 2009, 1088; M. Pavarini, «*Concentrazione*» *e «diffusione del penitenziario». Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 343 ss.

Secondo i due autori, la griglia analitica del mercato del lavoro non avrebbe consentito a Rusche e Kirchheimer di cogliere «quel nodo tematico estremamente complesso che è la creazione, attraverso le istituzioni *ancillari* alla fabbrica, di un'antropologia borghese»[113].
Melossi e Pavarini collocano il sorgere di tale antropologia tra il XVI e il XVII secolo, nella fase storica della marxiana accumulazione originaria[114], quando una moltitudine di persone precedentemente assoggettata ai vincoli feudali fu costretta a cercare lavoro per sopravvivere.
La nascita parallela delle manifatture e delle prime case di correzione, che per Rusche e Kirchheimer sarebbe dipesa dall'eccesso di domanda di lavoro, troverebbe invece la sua ragione più profonda nell'esigenza del capitalismo nascente di massimizzare l'impiego della forza-lavoro, l'unica merce in grado di produrre plusvalore, e quindi di addestrare il nascente proletariato alla nuova mentalità produttiva[115].
Alle case di correzione si sarebbero poi affiancate le altre istituzioni ancillari alla fabbrica (la famiglia borghese, la scuola, i manicomi, il carcere), tutte da leggersi attraverso la categoria interpretativa della disciplina, che però a differenza di Foucault è radicata in un preciso momento storico[116].
L'aver ricondotto il carcere alla sua «originaria *matrice contrattuale*» consentirebbe di spiegare l'apparente antinomia tra il garantismo dei riformatori illuministi e le istanze disciplinari, perché il parallelismo tra pena detentiva e lavoro ci farebbe comprendere che in entrambi i casi assistiamo «alla presenza contemporanea di un *diritto* e di un *non* o *contro-diritto*»[117]. Infatti, la pena retributiva (intesa come pena certa e proporzionata) e il contratto garantiscono formalmente l'uguaglianza e i diritti, si strutturano nella realtà secondo moduli disciplinari e gerarchici, sono entrambi basati sulla logica dello scambio, riducono ogni valore alla logica del lavoro salariato misurabile in termini di tempo, collocano il lavoratore e il condannato in uno spazio nel quale la libertà è limitata per una determinata frazione temporale.
Carcere e fabbrica riguarda l'origine del penitenziario e si arresta alle soglie della rivoluzione industriale, quando «il disprezzo per una forza-lavoro perennemente sovrabbondante» comporterà l'abbandono degli ideali correttivi e farà dell'istituzione uno «strumento terroristico di controllo sociale», in applicazione del principio della *less eligibility*[118]. Il mutamento dei rapporti tra capitale e lavoro, il dominio della società disciplinare, la crisi della pena detentiva si collocano «*dopo* il testo»[119], ma già si intravede all'orizzonte lo spettro del carcere di massima sicurezza, che segna «l'atto ufficiale di morte» dell'ideologia rieducativa[120].

---

[113] D. Melossi, *Mercato del lavoro*, cit., 18.
[114] K. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Roma 1996, 524 ss.
[115] D. Melossi, *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in *QuestC* 1976, 293 ss.; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 71 ss.; M. Pavarini, *Introduzione a…La criminologia*, Firenze 1980, 13 ss.; D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit. 24 ss.; D. Melossi, *Pena, subordinazione, riforma*, in *StQuestC* 2020, 100 ss.
[116] Sul punto, sottolineando l'astrattezza storica della disciplina foucaltiana, D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 73 ss., 204 ss., 249 ss. (e qui l'appendice di D. Melossi, *Alcune osservazioni sulla letteratura più recente*); D. Melossi, *Mercato del lavoro*, cit., 13 ss. e nota 22, 30 ss. Cfr. A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Milano 1982, 195; da ultimo, D. Melossi, *Pena*, cit., 102, che peraltro valorizza molto i rapporti tra *Carcere e fabbrica* e Foucault, tanto da equiparare la sua tesi delle istituzioni ancillari al panoptismo.
[117] D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 243. Cfr. M. Pavarini, *In tema*, cit., 266 ss.
[118] D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 81 ss., 138 ss.; M. Pavarini, *In tema*, cit., 274.
[119] D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 25 ss. Cfr. D. Melossi, *Istituzioni di controllo sociale*, cit., 302 ss.
[120] M. Pavarini, «*Concentrazione*», cit., 359. Da ultimo, M. Pavarini, *Governare*, cit., 9 ss., 137 ss. ha affiancato il carcere alla guerra e non più alla fabbrica. Questo binomio è contestato da D. Melossi, *Pena*, cit., 105.

Al di là delle differenze e delle eventuali revisioni storiografiche[121], le opere sommariamente illustrate hanno fornito lo strumentario concettuale a una corrente di pensiero che si propone di guardare alla funzione reale svolta dagli apparati punitivi nell'ambito dei sistemi sociali[122], e non agli scopi ideologicamente attribuiti alla pena[123].

Premesso che la pena sarebbe una violenza istituzionale perché comprime intenzionalmente i diritti fondamentali della persona, l'analisi sociologica avrebbe messo in crisi tutti i postulati dell'idea dello scopo, dimostrando che la società è conflittuale e quindi i beni giuridici tutelati riflettono prevalentemente gli interessi delle classi dominanti, che a dispetto del principio di uguaglianza la popolazione criminale è in gran parte costituita dai gruppi più deboli, che il sistema punitivo non può strutturalmente farsi carico di tutti i reati commessi e quindi è inidoneo a prevenirli, e così via[124].

E ancora, per quanto attiene alla prevenzione generale negativa, i pretesi effetti deterrenti della pena riguarderebbero nel migliore dei casi gli individui più socializzati e le infrazioni meno gravi; in merito alla prevenzione speciale positiva, peraltro già ideologicamente in crisi a seguito del declino dello stato sociale, il sistema punitivo non riuscirebbe a ridurre i tassi di criminalità, ma al contrario li farebbe aumentare; infine la prevenzione generale positiva, con la sua strategia di rafforzamento dei sentimenti di coesione sociale, si risolverebbe in una sorta di pubblicità ingannevole perché sarebbe evidente che il «diritto penale previene poco o nulla»; insomma, l'idea della scopo apparterrebbe alla sfera del dover essere, non a quella dell'essere, e una teoria che ignora la realtà perde il suo valore giuridico, al pari di una legge che ci obbligasse a camminare fino alla luna; per questi motivi, l'unico scopo che il diritto penale potrebbe realisticamente perseguire sarebbe quello di limitare il più possibile il potere punitivo, assoggettandolo al proprio apparato di garanzie e delegittimandolo costantemente[125].

---

[121] Si è ad esempio retrodata all'epoca dei comuni l'inserimento della detenzione tra gli strumenti abituali del potere punitivo (G. Geltner, *La prigione medievale. Una storia sociale*, Roma 2012). Tuttavia, secondo E. De Cristofaro, *Recensione*, in *QuadF* 2014, 839 ss., mancherebbe nel carcere medievale quella funzione disciplinare di organizzazione del tempo che, come abbiamo visto, sarebbe il connotato dell'istituzione moderna.

[122] Rilegge Foucault e Rusche/Kirchheimer nel senso che «il carcere non ha più, e non potrà mai più avere, alcuna funzione reale e oggettiva di "apparato" di rieducazione», M. Pavarini, «*Concentrazione*», cit., 345.

[123] Di risultati «irreversibili» sul piano epistemologico ha parlato A. Baratta, *Criminologia critica*, cit., 193. La differenza tra funzione obiettiva e scopo soggettivamente perseguito è discussa in G. Fiandaca, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, L. Monaco e S. Manacorda, Napoli 2013, 107 -129. Cfr. anche la tassonomia di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 314 ss.

[124] Il libro di A. Baratta, *Criminologia critica*, cit., 45 ss. è quasi interamente rivolto a confutare la c.d. ideologia della difesa sociale, sinonimo dell'idea dello scopo. Cfr. poi A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo, Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *DelPene* 1985, 443 ss.

[125] Così l'efficace sintesi di E. R. Zaffaroni, *Diritto penale*, in *ius17@unibo.it*, 3/2011, 12 – 13 (ma si v. ovviamente E. R. Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico – penale*, Napoli 1994). Per i necessari approfondimenti cfr. almeno L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 325 ss., sulla minimizzazione della violenza informale e sulla delegittimazione dei sistemi punitivi; M. Pavarini, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *DelPene* 1985, 525 ss., sulle differenze tra queste prospettive teoriche e le correnti che propugnano l'abolizione del diritto penale; M. Pavarini, *Corso di Istituzioni di diritto penale*, Bologna 2015, 23 ss., 33 ss., e qui anche l'osservazione che la prevenzione speciale negativa sarebbe una strategia empiricamente praticabile, ma assiologicamente inaccettabile.

4. La dottrina penalistica si è seriamente confrontata con i problemi sollevati dai critici dell'idea dello scopo[126], e ciò le ha consentito di rivendicare il primato del dover essere sull'essere: dal «dato per cui la pena, nel suo essere attuale, è spesso inumana, non può ricavarsi che non possa mai non esserlo, né tantomeno che debba esserlo»[127].
Certo, a questo punto bisognerebbe intendersi su quale sia il dover essere da prendere a modello, essendo la Costituzione suscettibile di diverse letture[128].
A ridosso della riforma penitenziaria del 1975, si disse che le misure alternative alla detenzione sarebbero incostituzionali perché in contrasto con l'equazione pena = punizione = privazione della libertà personale[129]; una pena non detentiva sarebbe una contraddizione in termini, perché ciò che distinguerebbe la pena dalla «mera terapia» o dalla «sorveglianza risocializzante» sarebbe «l'austerità e il significato di valore dello stesso trattamento cui si è sottoposti», in altri termini «un certo tipo di privazione della libertà personale»[130]; l'art. 27, comma 3, Cost. sancirebbe che la rieducazione è il fine primario di una pena necessariamente connotata in termini di afflittività, non anche che la punizione può essere sostituita dalla rieducazione[131].
La tesi è stata recentemente riformulata da chi ha letto nella nostra Costituzione un programma di «diritto penale minimo» incentrato sulla pena detentiva, «*l'unica sanzione penale principale costituzionalmente legittima*» che il sentimento comune di giustizia riterrebbe adeguata a punire le offese alle condizioni minime di esistenza della società[132]. Secondo questo programma, il principio rieducativo dovrebbe armonizzarsi con quello di stretta legalità e con quello di sicurezza, e quindi potrebbe legittimamente operare «*solo "all'interno" dell'esecuzione della pena detentiva in carcere*»[133]. Ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale delle misure alternative e più in generale del trattamento progressivo: l'esecuzione della pena detentiva dovrebbe essere vista «*come un "bene"*» non solo dal punto di vista morale, ma anche in una «*logica "utilitaristica" per la "sicurezza" della società*»[134].
Per quanto riguarda il disastroso stato delle nostre carceri, che è ovviamente denunciato anche dall'orientamento in esame, la soluzione andrebbe ricercata in una drastica riduzione dei reati e della custodia cautelare, nell'abbassamento dei massimi edittali, nel miglioramento delle strutture

[126] Sui problemi empirici della prevenzione generale, cfr. L. Eusebi, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, 19 ss.; M. Ronco, *Il problema*, cit., 126 ss.; V. de Francesco, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 15 ss. Sulla selettività del sistema penale, C. E. Paliero, «*Minima non curat praetor* ». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 203 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 231 ss. Su entrambi i profili, G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 188 ss., 391 ss.
[127] A. Cavaliere, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta*, in *www.archiviopenale.it*, 3/2018, 13. Nello stesso senso, S. Moccia, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in *La pena, ancora*, cit., 151 e 159.
[128] Lo ha ricordato di recente E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *RIDPP* 2019, 29.
[129] A. Pecoraro - Albani, *I docenti di diritto penale e la riforma del libro primo del codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misure di sicurezza*, in A. Pecoraro - Albani, *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli 1975, 108 ss. In senso contrario, G. Contento, *Osservazioni*, cit., 12. Sui rapporti tra pena e limitazione della libertà personale, T. Padovani, *La pena carceraria*, cit., 13.
[130] A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 150 e 160.
[131] A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 127 e 161.
[132] M. Trapani, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *RIDPP* 2018, 1703. Cfr. D. Santamaria, *Pena di morte ed ergastolo*, in D. Santamaria, *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Milano 1996, 416 ss.
[133] M. Trapani, *La rieducazione del condannato*, cit., 1706 ss.
[134] M. Trapani, *La rieducazione del condannato*, cit., 1713.

penitenziarie e nella politica sociale[135]. In questa visione l'istituzione carceraria rappresenta pertanto un dover essere, e quindi le sue disfunzioni concrete non ne giustificano l'abolizione[136].
Agli stessi esiti di legittimazione dell'istituzione carceraria possono giungere anche quelle concezioni polifunzionali della pena che concedono alla prevenzione generale di esercitare il proprio ruolo anche nella fase dell'esecuzione della pena, e non solo in quella edittale: un sistema carcerario troppo confortevole «ben difficilmente potrebbe colpire la immaginazione dell'uomo della strada, o risvegliare in egual misura la sensazione che il crimine vada perseguito come un'attività vergognosa e pericolosa»[137]; oppure quei modelli teorici che distinguono tra risocializzazione e rieducazione, argomentando che la natura strutturalmente afflittiva della pena detentiva sarebbe incompatibile con la prospettiva del reinserimento sociale del condannato, non anche con quella di promuovere la consapevolezza dell'importanza del valore offeso[138].
Dovrebbe a questo punto essere chiaro che la tendenziale incompatibilità tra l'idea del carcere e l'idea dello scopo si profila nel momento in cui l'accento è posto proprio sulla risocializzazione[139].
Chi vorrà coltivare questa prospettiva dovrà impegnarsi su due fronti. Innanzitutto, per rispondere definitivamente alla critica del retribuzionista Karl Binding – se lo scopo della pena è risocializzare, perché non reagire al reato con un provvedimento pedagogico?[140] – sarà necessario elaborare e diffondere nel corpo sociale una nozione di pena che mantenga la sua valenza di reazione negativa alla devianza[141], ma allo stesso tempo abbia reciso le sue radici con la logica millenaria della violenza di cui hanno parlato von Liszt e von Jhering[142]. Poi, per dirla con Foucault, bisognerà emanciparsi da quel dispositivo disciplinare che impedisce di pensare

[135] A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 143; M. Trapani, *La rieducazione del condannato*, cit., 1718.
[136] Commenta A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 141, che se «la istituzione della scuola o quella del servizio sanitario non funzionano […] non perciò sono da sopprimere o da limitare nel raggio di azione». Cfr. anche A. Moro, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, 123; M. Ronco, *Le ragioni della giusta pena*, in M. Ronco, *Scritti patavini*, Torino 2017, 1518.
[137] J. Andenaes, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi*, cit.**,** 39. Sulle antinomie tra gli scopi della pena nella fase dell'esecuzione carceraria, E. H. Sutherland, D. R. Cressey, *Criminologia*, cit., 764 ss.
[138] Nel riprendere la raffinata rilettura della prevenzione generale e della prevenzione speciale in chiave positiva e costituzionalmente orientata elaborata da G. de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 24 ss., 177 ss., T. Travaglia Cicirello, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerche di alternative*, Milano 2018, 62 ss., non esclude la compatibilità tra rieducazione e carcere, purché siano contenuti i fattori di desocializzazione e sia promossa l'autodeterminazione del condannato.
[139] Per tutti, L. Eusebi, *La pena "in crisi"*, cit., 83 ss., 95 ss.
[140] K. Binding, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, in *GrünhutsZ* 1877, 421. Contro questo argomento, F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 176 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 65); L. Eusebi, *La pena in "crisi"*, cit., 84.
[141] Del resto, «nessuna società si pone, attraverso l'esecuzione penale, il fine di spingere alla commissione di reati» (G. Rusche, *Il mercato*, cit., 522).
[142] Sulle convinzioni sociali che sostengono l'idea dell'irrinunciabilità del carcere, F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena, ancora*, cit., vol. II, 524 ss. Dubbi sulla possibilità di prescindere dalla «genetica vendicatoria» della penalità, al termine di un approfondito *excursus* storico –antropologico, C. E. Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *La pena, ancora*, cit., 69 ss. Il superamento della pena come raddoppio del male è al centro della riflessione di M. Donini, *Per una concezione post – riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *RIDPP*, 1183 ss., 1210 ss., da ultimo sviluppata M. Donini, *Pena subìta e pena agita. Il modello del delitto riparato*, in *www.questionegiustizia.it*, 29/10/2020, e in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Lucio Monaco*. Da sempre impegnato a concettualizzare una penalità orientata a far leva sul consenso dei cittadini piuttosto che sulla deterrenza, L. Eusebi, «*Gestire*» *il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione»*, in *La pena, ancora*, cit., 223 ss.

meccanismi punitivi radicalmente alternativi al carcere[143], ma allo stesso tempo occorrerà proporre alla collettività risposte rassicuranti ed efficaci, all'altezza del compito che il progetto giuridico della modernità ha affidato allo Stato, quello del mantenimento della pace sociale[144].
Si tratta di un compito arduo, che però potrà giovarsi dell'insegnamento di chi ci ha illustrato magistralmente le prospettive dell'idea dello scopo senza nasconderne gli aspetti più problematici, anzi donandoci gli strumenti metodologici che ci consentono di riconoscerli, e forse di risolverli[145].

[143] Cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 252. Denuncia la «centralità ideologica, prima ancora che effettuale, della pena detentiva», G. Mannozzi, *Pena e riparazione. Un binomio non irriducibile*, in, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1131.
[144] Per una sintesi delle varie correnti politico-criminale di critica al carcere, che vanno dal miglioramento delle condizioni della detenzione alla giustizia riparativa, F. Palazzo, *Presente*, cit., 530 ss. Meditate proposte *de iure condendo* orientate (per il momento) alla drastica riduzione della carcerazione in L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 409 ss.; S. Moccia, *Riflessioni*, cit., 158 ss.; L. Eusebi, «*Gestire*» *il fatto di reato*, cit., 235 ss.; M. Donini, *Pena subìta*, cit., § 7 ss. Sulle scarsamente valorizzate esperienze degli istituti a custodia attenuata e della vigilanza dinamica, F. De Simone, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino 2018, 123 ss., 189 ss. Nel senso dell'abolizione del carcere, cfr. invece i contributi raccolti in *Basta dolore e odio. No prison*, a cura di L. Ferrari e M. Pavarini, Milano 2018.
[145] Il riferimento è ai già citati L. Monaco, *Prospettive*, cit., 3 ss.; L. Monaco, *Su teoria e prassi*, cit., 399 ss. Sulle difficoltà che incontra chi si propone di rifondare il sistema penale nell'ottica del paradigma preventivo e sui delicati rapporti tra la dimensione empirica e quella normativo-valutativa, v. da ultimo G. Fiandaca, *Nodi problematici del diritto penale "di scopo", tra ieri e oggi*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Lucio Monaco*.

LA RIFLESSIONE PENALISTICA SPAGNOLA IN MATERIA DI FINE VITA: DALLE ELABORAZIONI D'EPOCA FRANCHISTA ALLA *LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA* DEL 18 MARZO 2021

di Andrea Tigrino
Dottorando in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento

Premessi giustificati motivi per una fruttuosa comparazione con l'ordinamento spagnolo, il contributo si propone di offrire una prima, complessiva analisi della *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* approvata in via definitiva dal *Congreso* in data 18 marzo 2021, evidenziandone i caratteri maggiormente innovativi e valutandone la compatibilità rispetto alle indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale italiana in materia di fine vita. La ricognizione è arricchita da rilievi storici tali da porre in risalto un retaggio politico e culturale comune ai due Paesi, segnalando peraltro come la dottrina penalistica iberica, già in epoca precedente al Codice del 1995, avesse operato significative aperture circa la non punibilità di specifiche condotte eutanasiche.
The article provides some important reasons for a comparison with the Spanish legal system and, in particular, with the *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* recently approved on 18 March 2021 by the Congress of Deputies, focusing both on its most innovating contents and on its compatibility with the remarks made by the Italian constitutional jurisprudence on end-on-life issues. The analysis is also enriched by some historical details that evidence a common political and cultural heritage shared by the two countries. Lastly, it's important to observe how many distinguished Spanish authors who wrote before the introduction of the current Criminal Code (1995) argued that specific euthanasia practices should not be punished.

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un confronto con l'ordinamento spagnolo. - 2. Cenni storici sulle origini del dibattito in Spagna. - 3. La soluzione adottata dal Codice penale del 1995 e il confronto dottrinale sulla liceità di condotte di eutanasia *attiva.* - 4. Le più recenti iniziative legislative in materia di fine vita e l'approvazione *della Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*. - 4.1. I profili di maggiore interesse della novella legislativa. - 4.2. Il contenuto degli emendamenti introdotti dal *Senado*. - 5. Considerazioni conclusive.

1. La vasta attività ricognitiva finora operata in dottrina circa i più recenti progressi maturati in ambito giuridico nel campo del fine vita ha consentito, nell'ultimo lustro, di sondare importanti novità legislative e giurisprudenziali provenienti da numerosissimi Paesi: basti pensare –

limitatamente all'ambito europeo – ai casi *Cappato*[1] e *Trentini*[2], alla pronuncia resa dal *Bundesverfassungsgericht* in relazione al § 217 StGB[3] e alla recentissima legge portoghese in

[1]Nell'impossibilità di menzionare l'intera letteratura scientifica dedicata all'ordinanza n. 207 del 2018 e alla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, si richiamano *ex multis* i lavori di AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini, C. Cupelli, Napoli 2019; AA.VV., *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti e S. Vinciguerra, Padova 2019, in particolare la Sez. II; AA.VV., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Torino 2020; M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia* 19.11.2018; S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *RIDPP* 2019, fasc. 4, 2159 ss.; C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.12.2018; ID., *Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19.4.2019; ID., *Il* caso Cappato *e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla 'doppia pronuncia' della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di Assise di Milano*, in *CP* 2020, fasc. 4., 1428 ss.; M. Donini, Libera nos a malo. *I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale* 10.2.2020; L. Eusebi, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *DisCrimen* 19.12.2018; G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale sul caso Cappato?*, in *DisCrimen* 3.2.2020; G. M. Flick, *Un passo avanti problematico nella dignità per morire*, in *CP* 2021, 2, 436 ss.; G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino 2020; G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *DPP* 2020, 3, 577 ss.; F. Giunta, *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito*, in *DisCrimen* 25.11.2019; A. Massaro, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino 2020; A. Nappi, *Diritto penale e malattia irreversibile: dal 'dovere di vivere' al diritto di autodeterminazione*, Napoli 2019; F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?*, in *PD* 2020, 1, 3 ss.; V. Pugliese, *Corte costituzionale, sent. 242/2019: l'incostituzionalità in parte qua dell'art. 580 c.p. e l'attenzione alla fragilità dei pazienti più deboli e vulnerabili. Pandemia e rotture anche nella democrazia liberale*, in *GP* novembre 2020, 302 ss.; L. Risicato, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *DisCrimen* 11.3.2019; ID., *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.3.2020; M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema Penale* 8.1.2020; S. Tordini Cagli, *Tutela dei soggetti vulnerabili e tutela dell'autodeterminazione: una sintesi possibile? (A margine del caso Cappato)*, in *www.archiviopenale.it*, Maggio-Agosto 2019, fasc. 2; C. Tripodina, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *GCos* 2018, fasc. 6, 2476 ss..

[2]In attesa degli ulteriori sviluppi inerenti la vicenda in parola, la pronuncia della Corte di Assise di Massa ha ricevuto un primo commento ad opera di C. Cupelli, *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in *Sistema Penale* 3.8.2020; F. Lazzeri, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre Dj Fabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sistema Penale* 14.9.2020; A. Massaro, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridescrizione o* interpretatio abrogans?, in *Giur. pen. trim.* 2020, 3, 6 ss..

[3]In seno alla vasta dottrina interessatasi alla sentenza, si rimanda in questa sede a S. Canestrari-M. L. Caproni, *Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo*, in *DisCrimen* 27.1.2021, in particolare il § 3; N. Colaianni, *L'aiuto al suicidio tra Corte costituzionale 242/2019 e BundesVerfassungsGericht 26 febbraio 2020*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 2020, n. 6; G. Fornasari, *Paternalismo* hard, *paternalismo* soft *e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e* Bundesverfassungsgericht *a confronto*, in *Sistema Penale* 11.6.2020; F. Lazzeri, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma "commerciale"*, *in Sistema Penale* 28.2.2020; M. B. Magro, *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217* StGB, in *Dir. pen. XXI sec.*, gennaio-giugno 2020, 5-36; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni fra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *DisCrimen* 26.05.2020; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del*

materia di morte medicalmente assistita (rispetto cui il *Tribunal Constitucional* si è tuttavia espresso nel senso della sua illegittimità costituzionale[4] a seguito della richiesta avanzata dal Presidente della Repubblica Marcelo Rebelo de Sousa[5]). Proprio l'esigenza di un costante aggiornamento in un settore così stimolante e in rapida evoluzione esorta oggi ad un'attività di comparazione con l'ordinamento spagnolo, quantomai fertile alla luce di molteplici rilievi.

In primo luogo, Italia e Spagna hanno conosciuto un passato comune, in cui il condizionamento di matrice cattolica appare manifesto tanto nella dottrina d'epoca fascista quanto in quella operante durante l'età franchista, persistendo più ampiamente nella concezione dei diversi codici penali succedutisi in terra spagnola tra il XIX e XX secolo. In seconda istanza, l'ordinamento spagnolo non ha suscitato negli ultimi anni un interesse pari a quello attestato dalla copiosa produzione scientifica dedicata alle soluzioni adottate da altri Stati europei, ove significative aperture in materia già rappresentano una consolidata conquista (si pensi in primo luogo a Belgio e Olanda); nonostante ciò, la dottrina degli ultimi decenni si è lungamente confrontata sul tema dell'eutanasia *attiva*, giungendo addirittura a formulare dubbi quanto alla possibilità di considerare la vita "imposta" quale bene giuridico realmente meritevole di tutela penalistica. Una consistente mole di monografie dedicate alla questione in esame risulta peraltro precedente al dibattito pubblico stimolato dal caso di Ramón Sampedro Cameán, attestazione di una particolare sensibilità da tempo dimostrata da parte della letteratura giuridica iberica: il celebre pescatore, reso immortale dalla pellicola *Mar adentro*, iniziò nel 1993 un'estenuante battaglia legale finalizzata al riconoscimento di un diritto a morire, essendo egli rimasto quadriplegico per ventinove anni a seguito di un grave incidente occorso a seguito di un tuffo in mare. Negatagli la possibilità di percorrere una via legale, Sampedro progettò la propria morte domandando la collaborazione di undici amici, ciascuno dei quali autore di una condotta penalmente irrilevante secondo la definizione di cooperazione al suicidio offerta dall'art. 143 del Codice penale spagnolo del 1995 (il quale, come si osserverà, richiede che la stessa avvenga attraverso atti "necessari" alla determinazione del suicidio medesimo). A seguito del decesso, avvenuto il 12 gennaio 1998, la Procura iscrisse Ramona Maneiro nel registro degli indagati, ma la mancanza di prove a suo carico impose l'archiviazione del procedimento; soltanto a prescrizione intervenuta, la donna, invitata dall'emittente *Telecinco* ad esprimersi sulla vicenda, ammise di aver collocato il bicchiere contenente il cianuro in prossimità del letto di Sampedro e di aver ripreso con una telecamera i suoi ultimi istanti di vita.

Identico clamore ha suscitato nell'aprile 2019 il caso di María José Carrasco, il quale, similmente a quello riguardante Fabiano Antoniani, ha riacceso l'interesse della collettività verso le tematiche di fine vita, stante l'immobilismo della classe politica di entrambe le nazioni. Tuttavia, in base a

---

Bundesverfassungsgericht, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.3.2020; N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e* Bundesverfassungsgericht. *Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *DPenCont* 2020, 2, 63 ss.; V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte Europea dei Diritti Umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12.3.2020. Fra i giudizi maggiormente critici, vedasi L. Eusebi, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in *Corti supreme e salute* 2020, 1, 59 ss.. Sia infine permesso il richiamo ad A. Tigrino, *Il* Bundesverfassungsgericht *in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?*, in *www.archiviopenale.it*, Settembre-Dicembre 2020, fasc. 3.

[4]La sentenza (n. 123/2021) è disponibile all'indirizzo *Internet*:
https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html.

[5]Sindacato preventivo disciplinato dall'art. 278 della Costituzione portoghese. La lettera recante la richiesta in parola è disponibile all'indirizzo *Internet*:
https://www.presidencia.pt/archive/doc/Requerimento_Tribunal_Constitucional_20210218.pdf.

quanto si avrà modo di rilevare, il *Congreso* spagnolo ha conosciuto in tempi recenti un buon numero di proposte di legge d'iniziativa parlamentare, l'ultima delle quali elaborata dal *Partido Socialista* tra la fine del 2019 e gennaio 2020. L'accordo programmatico di governo siglato dalla forza politica in parola e da *Podemos*, recante la legalizzazione delle pratiche di eutanasia *attiva* quale obiettivo condiviso, si è infine tradotto nell'approvazione della *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* in data 18 marzo 2021[6], i cui contenuti, pienamente compatibili con alcune indicazioni offerte dalla nostra Corte costituzionale, possono costituire un importante stimolo nonché una decisiva fonte d'ispirazione anche per il quiescente legislatore italiano.

2. Lo studio delle posizioni assunte dalla legislazione pre-codicistica e dai codici del Regno di Spagna precedenti al XX secolo imporrebbe in questa sede un'attività didascalica tale da ricalcare pregevoli opere già interessatesi a una simile ricostruzione storica[7], ragion per cui pare opportuno limitarsi ad una ricognizione circoscritta alla storia recente.
Il Codice penale spagnolo promulgato l'8 settembre 1928 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1929, di pochi anni successivo al *golpe* del generale Primo de Rivera (13 settembre 1923), fu il primo a introdurre modifiche sostanziali alla disciplina dettata dal Codice del 1848 in materia di intervento del terzo nella condotta suicidaria: a tal proposito, l'art. 517 distinse fra un ausilio e un'induzione "semplici", puniti con la prigione da quattro ad otto anni, ed un ausilio o induzione "esecutivi", protrattisi cioè fino al punto da spingere il terzo a darsi la morte, da cui la pena della prigione da sei a quindici anni (una sanzione ragguardevole, se si considera che l'omicidio volontario contemplato dall'art. 515 era punito con la pena della prigione dagli otto ai venti anni); particolare interesse suscita l'art. 517, comma 2, in base a cui il giudice, valutando le condizioni personali del reo, i motivi che animarono la sua condotta e le circostanze del fatto, avrebbe potuto disporre non solo una pena inferiore rispetto a quelle previste dal primo comma della norma medesima, bensì addirittura, in osservanza all'art. 518, la conversione della pena della prigione in quella della reclusione[8].
Questo margine di benevolenza in un Codice penale improntato a grande rigore e severità fu tuttavia destinato a svanire con quello del 1932, immediatamente successivo alla nascita della Seconda Repubblica e alla Costituzione del 1931: riprendendo quasi testualmente il disposto del vecchio art. 517 all'art. 415, quest'ultimo soppresse la possibilità per il giudice di esaminare i succitati criteri al fine di comminare una sanzione più mite. Il successivo Codice del 1944, al contrario, non presentò alcuna novità, stabilendo all'art. 409: *«El que prestare auxilio o induzca a*

[6]Per una prima disamina della presente novità legislativa, vedasi F. Lazzeri, Dum Romae (non) consulitur, *la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva*, in *Sistema Penale* 22.3.2021.
[7]Si consideri a tal proposito E. Díaz Aranda, *Dogmatica del suicidio y homicidio consentido*, Madrid 1995, 13-85 e M. Á. Núñez Paz, *Historia del derecho a morir. Análisis histórico y antecedentes jurídico-penales*, Oviedo 1999, 117-176. A partire dalle "siete Partidas" di Re Alfonso X (1256-1265) e passando attraverso le *Ordenanzas Reales de Castilla* del 1484, le soluzioni apportate dal Diritto penale moderno vengono analizzate tenendo conto degli innumerevoli interventi – o proposte di intervento – elaborati nel corso degli ultimi duecento anni: Codice penale del 1822, progetti del 1830, 1831 e 1848, Codici del 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 e riforma sistematica del 1973, progetti del 1980, 1983, 1992 e 1994, Codice del 1995, quest'ultimo attualmente in vigore benché oggetto di ripetute riforme organiche.
[8]Secondo il Codice in parola, prigione e reclusione rappresentavano le uniche pene consistenti nella privazione della libertà personale (affiancandosi, ai sensi dell'allora art. 87, alla pena di morte, alla deportazione, al confino, all'esilio, alla pena accessoria dell'interdizione perpetua o speciale da pubblici uffici, professioni, arti e dall'esercizio dei diritti politici nonché all'arresto), la cui commisurazione, lungi dal dipendere da qualsivoglia criterio o indice, era rimessa alla "prudente discrezionalità" dei singoli Tribunali. Così specificano J. M. Rodriguez Devesa, A. Serrano Gomez, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid 1995, 110.

otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor. Si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión meno»; nessuna disposizione fu anche in questo caso riservata all'omicidio del consenziente, il quale, al pari della soluzione adottata dal Codice penale italiano del 1889[9], continuò ad essere equiparato *tout court* all'omicidio volontario.

In un'opera del 1955[10], Eugenio Cuello Calón, Professore ordinario presso le Università di Barcellona e Madrid che contribuì alla redazione del Codice del 1928 e particolare influenza esercitò in quella dei successivi, rese conto del dibattito penalistico in tema di fine vita riservando ad essa riflessioni non certo discordanti rispetto a quelle espresse dai già ricordati esponenti del tecnicismo giuridico italiano[11]: in tal senso, l'Autore ricordò i numerosissimi studi pubblicati in Europa nei decenni precedenti, segnalando le opere di Morselli e Ferri e criticando certi orientamenti giurisprudenziali tendenti all'assoluzione sulla base di motivi pietistici e compassionevoli, da cui vicende giudiziarie narrate dalla stampa *«con no oculta simpatía»*[12]. Dalle pagine di Cuello Calón si evince inoltre un conservatorismo persino più rigido di quello sperimentato in Italia: sebbene già nei primi decenni del Novecento fosse stata proposta una definizione di eutanasia rigorosamente fedele all'etimo del vocabolo, connessa cioè alla possibilità di *«procurar una muerte dulce y tranquila»*[13], l'Autore ritenne la stessa eccessivamente generica, aprendo unicamente alle pratiche che, nelle intenzioni del medico, non avessero procurato direttamente la morte, agendo con funzione lenitiva al fine di mantenere in vita il paziente in attesa del naturale decorso tanatologico. La difesa di una tesi così radicale fu affidata, oltre al parere di un consistente numero di medici del tempo, al Libro del Siracide (38,7, per cui il compito del medico, ispirato da Dio, sarebbe quello di preparare soltanto i farmaci mirati all'eliminazione del dolore) ed allo storico, persistente precetto deontologico fondato sull'aprioristica difesa e conservazione della vita umana[14]. Risulta evidente come una simile nozione, la quale nega il fine

[9]Più nel dettaglio, il Codice Zanardelli predispose una disciplina *ad hoc* per le sole ipotesi di aiuto e istigazione al suicidio, riservando ad esse l'art. 370 («Chiunque determina altri al suicidio o gli presta aiuto è punito, ove il suicidio sia avvenuto, con la reclusione da tre a nove anni»).

[10]E. Cuello Calón, *El problema penal de la eutanasia*, in *Tres temas penales*, Barcellona 1955, 119-173.

[11]Si consideri, *ex multis*, l'opinione espressa da V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1951, Vol. VIII, 86, secondo cui fu «l'esempio delle assoluzioni, le prospettive di una larga rinomanza e della fama di persone dotate di squisita sensibilità morale e di pietà celestiale, ma soprattutto l'utilità di sbarazzarsi impunemente di una persona molesta, [che] fece crescere con impressionante progressione l'eutanasia». Addirittura, O. Vannini, *I delitti contro la integrità della stirpe e l'omicidio del consenziente*, in *Riv.it. dir. pen.* 1932, 163, criticò la classificazione dell'omicidio del consenziente quale delitto contro la persona, tutelando a suo giudizio tale norma *«un interesse di immediata, diretta pertinenza statale»* consistente nell'«interesse pubblico alla conservazione della esistenza fisica dei consociati, […] un interesse demografico e nient'altro»; ancora, «Nell'omicidio del consenziente soggetto passivo non è l'uomo, bensì lo Stato: l'uomo, mercé il consenso, declina la qualità giuridica di titolare dell'interesse alla conservazione del bene in lui protetto dalla legge, e rimane mero oggetto materiale del reato» (163-164).

[12]E. Cuello Calón, *op. cit.*, 125. *«En estas y en otras numerosas absoluciones pronunciadas, en particular en el presente siglo, se reconoce o parece reconocerse que la eutanasia, practicada por motivos elevados, por compasión humanitaria o por sincera convicción profesional, constituye un hecho de acuerdo con la moral y, jurídicamente, una causa de justificación del homicidio o, cuando menos, una causa de exclusión de la culpabilidad»* (126).

[13]R. Royo-Villanova y Morales, *El derecho a morir sin dolor (el problema de la eutanasia)*, Madrid 1929, 20.

[14]E. Cuello Calón, *op. cit.*, 130-131, il quale, a sostegno di tale concezione a sua detta rappresentante *«la verdadera eutanasia»*, cita K. Engisch, *Euthanasie und Vernichtung Lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung*, Stoccarda 1948, 4, che con formule ampie e non certo risolutrici fu convinto assertore della non punibilità dei trattamenti mitigatori della sofferenza qualora essi fossero risultati conformi alle regole dell'arte medica (o perché consistenti in medicamenti direttamente assumibili da parte del paziente stesso, o perché riconducibili ad un legittimo esercizio della professione sanitaria). Una simile riflessione si pone in linea di continuità con le osservazioni svolte anni addietro da E. Morselli, *L'uccisione pietosa (L'eutanasia) in rapporto alla Medicina, alla Morale ed all'Eugenica*,

dell'artificiale anticipazione del decesso del paziente, paia piuttosto attagliarsi alle moderne cure palliative, rinnegando così l'essenza del lemma.
Maggiori dubbi suscitò il ricorso ad un'eutanasia c.d. "larvata". In accordo con alcuni studiosi dell'epoca, infatti, *«el médico no debe acortar la vida del paciente pero "puede emplear medios narcóticos aun cuando posiblemente o probabilmente precipiten la muerte"»*: una sorta di tolleranza verso le ipotesi di dolo eventuale, in base a cui la condotta del sanitario di per sé diretta ad altro scopo (mitigare i patimenti del degente) avrebbe potuto comportare il rischio – accettato da parte del medesimo – di determinare la morte del paziente. Proprio tale accettazione, in accordo con il ragionamento impostato dal penalista castigliano, veniva tollerata sostenendo che *«este riesgo* […] *es muy distinto de un daño seguro, y por otra parte no es equivalente ni moral ni materialmente a la prescripción de dosis intrínsecamente letales»*[15]. In conclusione, Cuello Calón prospettò quella che ritenne essere la soluzione maggiormente corretta per l'allora Diritto penale spagnolo, consistente nel ritenere responsabile per il delitto di omicidio colposo il medico che *«con el solo fin de mitigar el dolor del paciente imprudentemente utiliza un narcótico o un estupefaciente sin prever las posibles concomitancias dañosas que pueden originarse»*[16].
Il percorso argomentativo così sintetizzato denota ancora una volta le ferme resistenze nell'accettare la morte intenzionalmente cagionata mediante la somministrazione di farmaci direttamente produttivi della stessa, contraria tanto a cardinali principi ecclesiastici quanto all'idea di una scienza medica capace col tempo di prestare rimedio a qualsivoglia afflizione fisica (nell'attesa della quale si accettava – *faute de mieux* – il ricorso a forme di accanimento terapeutico)[17].
Ritornando al Codice penale del 1944, l'omicidio del consenziente soggiaceva come già osservato alla medesima pena prevista dall'allora art. 407 in tema di omicidio volontario. Unici fattori mitiganti il regime sanzionatorio potevano essere rappresentati dal riconoscimento dei motivi di *«piedad o de misericordiosa compasión hacia el triste paciente»* (integrando essi l'attenuante

Torino 1923, 226: «Una Umanità veramente superiore penserà a prevenire il delitto e la malattia, non a reprimere nel sangue né a curare il dolore colla morte».
[15]E. Cuello Calón, *op. cit.*, 132, argomentazione che, condivisa da L. Lattes, *La Buona e la Mala Morte, Discorso inaugurale del corso 1952-1953 presso l'Università di Pavia*, Pavia 1953, 9, varrebbe a decretarne la liceità: *«La responsabilidad de dar dosis analgésicas no usuales es un deber inherente a la asistencia médica, y ni tampoco es considerada por la autorizada opinión jurídica como ilícita por no existir intención homicida ni culpa punible».*
[16]*Ibidem*, 133.
[17]*Ibidem*, 136-137. Per privare di rilevanza giuridica il consenso del paziente e rimarcare l'indisponibilità del bene vita, l'Autore cita F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Lucca 1868, Vol. II, 74-75, § 1408, nt. 1, per il quale «La *uccisione del consenziente* è sempre omicidio, e sarà costantemente delitto anche in faccia ad una legge che non contempli il suicidio […] e malgrado la pretesa teorica del *buon fine»*; tuttavia, gli esempi successivamente formulati dal giurista lucchese riguardano ipotesi in cui il consenso del soggetto che sopporti la lesione di un proprio bene risulti assente o al massimo qualificabile come "presunto": «Pretendere che la uccisione del consenziente non possa incriminarsi perché chi lo uccise *credette di fargli un benefizio*, innanzi tutto converte una iperbole fantastica in una realtà. Ed oltre a ciò partirebbe da un principio che non può senza pericolo ammettersi come precedente nella materia penale. Colui che ha rubato al vicino la carne in un venerdì, può dire io lo feci per impedirgli di peccare. Colui che ha adulterato con la donna del vicino inutilmente desideroso di prole, può dire io lo feci per procacciargli la consolazione di un figlio». In questi termini, nessuna riflessione viene realmente riservata ai casi in cui l'omicidio del consenziente sia stato consumato a seguito della manifestazione di un consenso validamente prestato.
Sempre con riguardo alla dottrina dell'epoca, rendono conto del paradigma dell'indisponibilità del bene vita tradizionalmente dominante in seno all'ordinamento spagnolo L. Jiménez De Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de criminalista sobre Eugenesia, Eutanasia, Endocrinología*, Madrid 1928, 429; F. F. Olesa Muñido, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcellona 1958, 16-19 e 33-34.

disciplinata dall'allora art. 9, n. 7*: «La de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia»*) o dall'insorgere di un "impeto od offuscamento [= di giudizio]" – apprezzati come attenuante dall'art. 9, n. 8 – a causa delle intollerabili sofferenze, delle condizioni fisiche e dell'accorata richiesta di liberazione manifestate dal paziente. Al contrario, coerentemente a quanto sostenuto dalla dottrina finora richiamata, nessun rilievo avrebbe potuto assumere l'esimente dell'esercizio della professione medica contemplata dall'allora art. 11, n. 8 (relativa al compimento di un dovere o all'esercizio legittimo di un diritto, ufficio o incarico), poiché *«el médico ejerce legítimamente su profesión cuando cura o alivia el sufrimiento, no cuando mata»*[18].

Tuttavia, in apparente controtendenza con quanto fin qui rilevato e nonostante le riserve espresse in tali decenni su di un tema tanto divisivo, l'Autore ritenne che *«la regulación de nuestro Código penal en esta materia es dura con exceso, más severa aún que hace cien años»*: pur affermandosi fermo oppositore della *«eutanasia homicida»*, egli credette *«firmamente que no es justo* […] *equiparar un homicidio por compasión, que es un móvil de relevante altura, al homicidio común. La justicia, el progreso científico, las mismas concepciones jurídicas populares, exigen en estos casos que, atendida la motivación del hecho, a la que tan alto valor concede el derecho penal moderno, y la circunstancias personales del agente, se dé a los jueces la posibilidad de atenuar considerablemente la pena. Mas entiéndase bien: la razón de la mitigación del castigo que propugnamos no se funda en el supuesto consentimiento – que si puede ser válido para los derechos de exclusiva pertenencia privada, no lo es para un bien de tan alto rango como la vida, – sino en la motivación moral del hecho y en ímpetu emocional que lo determina»*[19]. In sintesi, premessa la contrarietà dell'eutanasia "omicida" ai doveri del medico, contestuale è la considerazione in base a cui una simile condotta non potesse già al tempo essere equiparata a un omicidio comune, argomentandosi ciò non già a fronte della prestazione di un consenso pur valido (stante l'indisponibilità del bene vita) bensì dell'alto valore morale della stessa e del particolare coinvolgimento emotivo ravvisabile in capo all'agente.

Con la caduta del franchismo e la promulgazione della Costituzione del 1978, il dibattito intorno alla disponibilità della vita e, conseguentemente, all'opportunità di una risposta penale all'eutanasia tornò comprensibilmente ad animarsi, stante peraltro il mancato intervento operato dall'importante revisione del 1973 al più volte menzionato art. 409. Tuttavia, nonostante le aperture – variamente gradate – espresse in dottrina negli anni immediatamente precedenti all'entrata in vigore dell'attuale Codice penale spagnolo[20], dominante anche in terra iberica rimase il paradigma

[18]E. Cuello Calón, *op. cit.*, 151, che con riguardo alla citata attenuante dell'*ímpetu de arrebato u obcecación* erra in maniera puramente ostativa, riferendosi all'art. 8, n. 8 in luogo del corretto art. 9, n. 8.

[19]*Ibidem*, 152-153. D'altronde, a rendere ancor più aspro il trattamento sanzionatorio riservato alle condotte eutanasiche, il giurista spagnolo evidenziò come la loro realizzazione non già da parte di un terzo estraneo bensì di un familiare integrasse al tempo il diverso delitto di "parricidio" (art. 405), quest'ultimo punibile persino con la pena di morte.

In Italia, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano 1960, I, 54, operò considerazioni assai simili in relazione alla disciplina delineata dal Codice Rocco, osservando come il riconoscimento del dolo di premeditazione e l'aggravante dei rapporti di parentela avrebbe contributo all'inflizione di pene di estrema gravità.

[20]Per un quadro sufficientemente esaustivo, si rimanda *ex multis* a J. C. Carbonell Mateu, *Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto*, in *Cuadernos de política criminal* 1991, n. 45, 661-672; J. L. Díez Ripollés, L. Gracia Martín, *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia 1993, 204; B. Del Rosal Blasco, *El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España*, in *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia 1996, 54-55, il quale subordina l'individuazione di criteri fondanti l'irrilevanza penale di specifiche condotte eutanasiche al rispetto degli artt. 1, 10.1 e 15 della Costituzione spagnola. Sulla base dei medesimi presupposti normativi, si consideri inoltre il lavoro del *Grupo de Estudios de Política Criminal* del 1993 titolato *Una alternativa al tratamiento jurídico de la*

dell'indisponibilità del bene giuridico in gioco, come attestato da costante giurisprudenza costituzionale[21].

3. Falliti i progetti di Codice del 1992 e 1994, il Codice penale del 1995 (L.O. n. 10 del 23 novembre 1995) affronta i profili penalistici del fine vita all'art. 143, corrispondente in tutto e per tutto al testo già proposto dall'appena citato progetto del 1994: *«1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».*
L'intero complesso di condotte causalmente connesse alla morte del terzo viene così regolato da un'unica norma, con graduazione del regime sanzionatorio in relazione alla tipologia di contributo prestato. Tuttavia, a differenza della soluzione adottata dal Codice Rocco, quello spagnolo non ha inquadrato le stesse mediante *rubricae legis*[22], da cui l'assunzione da parte di dottrina e giurisprudenza di formule ed espressioni sinonimiche[23].
L'art. 143.1 non pone alcuna questione esegetica, sanzionando, al pari del nostro art. 580 Cp, la condotta di istigazione (*inducción*) al suicidio; tuttavia, assente è la distinzione – operata dalla

disponibilidad de la propia vida, sottoscritto da numerosi accademici e magistrati. *Contra* Á Torío López, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, in *Estudios penales y criminológicos* 1989-1990, n. 14, 240-242, il quale, stante il divieto penale di uccidere, esclude anzitutto per ragioni di coerenza la possibilità che l'art. 10 della Costituzione spagnola in tema di dignità della persona, diritti inviolabili e soprattutto di libero sviluppo della personalità possa essere invocato per legittimare condotte di eutanasia *attiva.*

[21]Con riferimento alla più nota, autorevole ed aggiornata manualistica e tenuto conto della nuova disciplina dettata dal Codice del 1995, vedasi S. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*[10], Barcellona 2016, 527; C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M. Á. Boldova Pasamar, *Derecho penal. Parte general*[2], Granada 2016, 255; F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho Penal. Parte General*[10], Valencia 2019, 328. Egualmente, B. Escudero García-Calderón, *El consentimiento en Derecho penal*, Valencia 2014, 196 ss., e, più recentemente, M. Á. Núñez Paz, *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Valencia 2016, Cap. II, § 3, ed. digitale.
Sul versante giurisprudenziale, il *Tribunal Constitucional*, con sentenza del 27 marzo 1990, affermava che quando *«el consentimiento afecta a la vida -bien indisponible- es absolutamente ineficaz»*; inoltre, con pronunce del 11 aprile 1985, 27 giugno e 19 luglio 1990, gli stessi giudici avevano già posto in risalto le medesime considerazioni espresse dalla Consulta nel caso *Cappato* sulla scia delle riflessioni svolte dalla Corte di Strasburgo, osservando come dall'art. 15 della Costituzione spagnola, specificatamente riguardante il diritto alla vita, non possa essere fatto discendere il suo esatto contraltare consistente nel diritto a morire (rilievo evidenziato, *ex multis*, da C. Guerrero Picó, *Spagna*, in *Decisioni di fine vita ed ausilio al suicidio*, a cura di P. Passaglia, Corte costituzionale, servizio studi, area di diritto comparato, 147). Fra i contributi, sull'assenza di un diritto a morire nell'ordinamento spagnolo si rimanda ad M. Á. Alegre Martínez, *La respuesta constitucional ante el final de la vida humana*, in AA.VV., *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, a cura di A. D'Aloia, Napoli 2011, 1 ss.; F. Rey Martínez, *¿Qué significa en el ordenamiento español el derecho a «vivir con dignidad el proceso de la muerte»?*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di A. D'Aloia, Napoli 2012, 571 ss..
In dottrina, sempre in tema di disponibilità del diritto alla vita e del suo bilanciamento con altri beni giuridici costituzionalmente garantiti, C. Juanatey Dorado, *El tratamiento del suicidio en el ordenamiento jurídico español*, in *La ley penal*, 2009, n. 60, 3 ss., la quale sintetizza con efficacia le numerose e variamente gradate soluzioni offerte.

[22]E. Díaz Aranda, *op. cit.*, 149.

[23]Fra gli autori che, rispetto alle scelte lessicali adottate dal Codice del 1995, etichettano il fatto tipico di cui all'art. 143, comma 3 come *"auxilio ejecutivo"*, vedasi C. Juanatey Dorado, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994.

norma italiana – fra una condotta di istigazione tradottasi nel suicidio del soggetto passivo (punita in Italia con la reclusione da cinque a dodici anni) o al contrario priva di tale fatale conseguenza (sanzionata nel nostro ordinamento con la reclusione da uno a cinque anni).
Tale differenziazione è invece specificata fra il secondo e il terzo comma della disposizione spagnola, distinguendosi fra una cooperazione realizzatasi attraverso atti "necessari" al suicidio (punita con la detenzione da due a cinque anni) ed una giunta al punto da determinare (*"ejecutar"*) la morte dell'individuo (punita con la detenzione da sei a dieci anni). In questo caso, i due capoversi prestano il fianco a plurimi spunti di riflessione: in primo luogo, l'interrogativo concernente la nozione di "necessità" degli atti fondanti la cooperazione di cui al secondo comma (nonché al terzo, riferendosi quest'ultimo al medesimo tipo di cooperazione) viene sciolto includendo in essa tutte e sole le condotte in assenza delle quali il suicidio non si sarebbe verificato, con esclusione pertanto degli atti di mera complicità[24]. Tale "filtro" alla selezione delle condotte penalmente rilevanti costituisce senza dubbio un profilo di maggior favore rispetto alla disciplina originariamente dettata dall'art. 580 Cp, il quale, prima dell'intervento operato dalla Consulta in relazione al caso *Cappato* e della circoscritta area di non punibilità tratteggiata in relazione alla norma[25], puniva com'è noto la condotta di chi agevolasse «in qualsiasi modo l'esecuzione». In seconda istanza, ulteriore quesito è rappresentato dal significato del verbo *ejecutar*, alla base della distinzione fra le succitate forme di cooperazione non esecutiva ed esecutiva: a tal proposito, i dubbi relativi al ruolo giocato dal terzo e dalla vittima nella verificazione della morte di quest'ultima sorgono sia dalla già segnalata mancanza di una *rubrica legis*, sia dalla discutibile tecnica redazionale adottata dal legislatore spagnolo, nonché dall'assenza di indicazioni risolutive da parte della non vasta giurisprudenza di merito confrontatasi con l'art. 143[26]. Per tali ragioni, il

[24]Per tutti, F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*[20], Valencia 2015, ed. digitale, il quale in ogni caso evidenzia la necessità di una valutazione casistica a seconda delle condizioni del suicida e della particolare relazione intrattenuta con il terzo ausiliatore. A titolo puramente esemplificativo, l'Autore distingue la messa a disposizione di un veleno o di una pistola – qualificandole come forme di cooperazione necessaria – dal semplice consiglio concernente le modalità di conseguimento dei medesimi beni, quest'ultimo da considerarsi tipologia di cooperazione non necessaria.

[25]Il riferimento è ovviamente al *dictum* espresso da C. cost., 22.11.2019 n. 242, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 Cp «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

[26]Fra le più recenti pronunce di condanna, si segnalano Juzgado de lo Penal de Avilés 24.5.2016 (relativa ad ipotesi di tentata cooperazione *ex* art. 143.4 e di cooperazione necessaria *ex* art. 143.2 conseguenti alla vendita di farmaci terminali da parte di volontari di alcune associazioni sensibili alle pratiche di fine vita), Audiencia Provincial de Madrid. Tribunal Jurado 15.11.2016 (caso di ausilio esecutivo al suicidio *ex* art. 143.3 consistente nel contributo offerto all'incendio della casa ove la vittima si era addormentata sotto effetto di alcool e stupefacenti), Audiencia Provincial de Almería, 21.1.2019 (relativa ad una condotta di induzione al suicidio *ex* art. 143.1 consistente nelle ripetute violenze e pressioni psicologiche esercitate da un uomo nei confronti della consorte). Maggiore interesse suscita Audiencia Provincial de Zaragoza, 19.4.2016, ove l'aiuto prestato da un uomo in favore della madre da tempo malata, consistente nell'aver determinato il soffocamento mediante l'impiego di due sacchi dell'immondizia, ha condotto ad affermare la responsabilità dello stesso a titolo di ausilio esecutivo al suicidio *ex* art. 143.3: oltre a porre in risalto le gravi turbe paranoiche che affliggevano la donna e la repentina volontà terminale espressa dalla stessa (elementi che evidenziano il discrimine rispetto alla richiesta espressa, seria e inequivoca invece imposta dall'art.

ricorso ad un'interpretazione letterale si presenta quale soluzione esegetica maggiormente prudente. Affiancare la nozione di "cooperazione" (di per sé mera forma di partecipazione) a quella di "esecuzione" (la quale evoca invece la diretta determinazione della morte per mano del terzo[27]) pare condurre a una sostanziale assimilazione del verbo *ejecutar* al *causar* di cui al quarto comma della norma, cristallizzando così una condotta che, pur principiando come semplice cooperazione, assuma sviluppi («[…] *si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte*») tali da tradursi in una vera e propria esecuzione per iniziativa di un soggetto diverso dalla vittima, punita così più gravemente rispetto all'ipotesi tipizzata dal comma precedente (la quale, invece, fa espresso riferimento ad un *suicidio*, lasciando intendere che la morte si sia prodotta per effetto di una condotta decisiva proveniente dallo stesso morituro).
Il quarto e ultimo comma[28] (parzialmente modificato per effetto della *Ley Orgánica* che si andrà ad esaminare), riferendosi alla causazione o cooperazione attiva del terzo alla morte di un individuo con atti necessari e diretti a tale scopo, si distingue dall'ipotesi di cui al terzo comma in ragione della richiesta espressa, seria ed inequivoca proveniente da quest'ultimo (e non, dunque, un'occasionale manifestazione di volontà in tal senso rivolta), sempre che – letteralmente – la vittima soffra una malattia grave tale da condurre inevitabilmente alla morte (senza riferimento ad un determinato lasso di tempo entro cui è necessario che tale esito infausto si realizzi) o comunque produttiva di gravi sofferenze permanenti e difficili da sopportare.
Merita anzitutto di essere rilevato come autorevole dottrina, stante l'ampiezza del vocabolo *enfermedad*, abbia definito lo stesso quale alterazione temporale o permanente del normale funzionamento dell'organismo umano, includendo pertanto anche i disturbi psichici ed assumendo così una chiara posizione in seno ad un dibattito particolarmente acceso[29].
Il disposto in esame, affiancando all'ipotesi di cooperazione nel decesso anche quella relativa alla sua diretta "causazione", include pertanto condotte sanzionate in Italia come omicidio del consenziente (art. 579 Cp), optando non già per la loro liceità bensì per un regime sanzionatorio attenuato rispetto alle pene previste dall'art. 143, commi secondo e terzo. In ciò si scorge una fondamentale differenza rispetto alla disciplina italiana in materia: mentre l'art. 579 Cp contempla in ogni caso una pena superiore a quella riservata alle condotte sanzionate *ex* art. 580 Cp, in Spagna la sussistenza di una richiesta reiterata da parte del malato e la sua particolare condizione di salute assumono una rilevanza superiore rispetto alla natura della condotta tenuta dal terzo, pur essendo quest'ultima più grave rispetto a quelle descritte nei commi precedenti. Ciò non significa che l'art. 143 accolga in sé il requisito di un movente "pietistico" (il quale, lungi da qualsivoglia

143.4), i giudici, ravvisando in tale dinamica un'ipotesi di c.d. omicidio *pietatis causa*, ritenevano di valutare il rapporto di parentela quale circostanza attenuante, diversamente dalla natura aggravante altrimenti riconosciutagli.
[27]Di questo avviso M. Á. Núñez Paz, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid 1999, 385. Occorre inoltre tenere in considerazione come, a differenza della soluzione adottata in Italia dal Codice Rocco con riferimento all'istituto del concorso di persone nel reato, la Spagna abbia optato all'art. 27 ss. per un modello differenziato, da cui la particolare importanza assunta dal differente ruolo del soggetto attivo nella perfezione e consumazione del disegno criminoso.
[28]Per un quadro relativo alle problematiche poste dall'art. 143.4, vedasi G. Quintero Olivares, *Auxilio al suicidio y eutanasia en España*, in *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, cit., in particolare 65 ss..
[29]Così M. Á. Núñez Paz, *Homicidio consentido*, cit., 434, ove si comprendono anche *«los trastornos psíquicos»*; egualmente J. L. Díez Ripollés, *Art. 143*, in *Comentarios al Código penal. Parte especial*, a cura di J. L. Díez Repollés e L. Gracia Martín, Valencia 1997, I, 233-234, che letteralmente parla di *«menoscabos de la integridad con efectos funcionales y minusvalías de cualquier tipo»*. D'altronde, vale osservare come lo stesso *padecimiento*, letteralmente traducibile come "sofferenza", paia rappresentare un concetto assai più ampio del ben più specifico *dolor*, consentendo di ricomprendere non soltanto il dolore fisico, muscolare, viscerale ma anche l'afflizione di natura spirituale, umorale, psicologica.

automatismo, potrà piuttosto essere valorizzato discrezionalmente da parte del giudice[30]), bensì più semplicemente come la libertà di autodeterminazione e la rilevanza di una grave malattia assumano per l'ordinamento spagnolo, se coesistenti, un peso maggiore rispetto al tipo di intervento realizzato dal terzo[31].

A completamento della digressione inerente l'art. 143.4, va infine osservato come il riferimento a condotte attive (*activamente*)[32] attesti in negativo la liceità dei trattamenti di eutanasia *passiva*, oggi variamente disciplinati da una legge nazionale (L. 41/2002, modificata con L.O. 2/2010 e L. 33/2011) nonché da quelle specificatamente emanate da alcune fra le diciassette Comunità Autonome[33].

Fatta eccezione per il differente apparato punitivo predisposto dai due ordinamenti italiano e spagnolo, nessuna apertura era dunque concessa nei confronti delle pratiche di eutanasia *attiva*; senonché in terra iberica, già prima del Codice penale del 1995, numerose voci si erano espresse in favore di queste ultime, ritenendole giustificate – e pertanto lecite – in presenza di particolari requisiti[34]. Rivolgendosi così alla dottrina penalistica che più efficacemente ha saputo dischiudere un varco nel muro della tradizione, Gimbernat Ordeig ha sostenuto che, nell'ipotesi in cui il paziente sia prossimo al decesso e vittima di gravi sofferenze – eventualità nella quale vengono convogliati tanto casi di perdita irreversibile della coscienza e ricorso a mezzi di sostegno artificiale quanto incidenti determinanti amputazioni multiple e/o perdita di uno o più sensi – la condotta eutanasica *attiva* risulterebbe giustificata dalla sussistenza di uno stato di necessità, rappresentando essa l'unica strada percorribile per proteggere i principi costituzionali del libero sviluppo dell'individuo, della dignità (art. 10.1 Cost.) della libertà ideologica del medesimo (art. 16.1 Cost.); agendo in senso contrario, il mantenimento in vita forzoso potrebbe dar luogo a forme di responsabilità per lesioni se non addirittura per trattamenti inumani o degradanti (questi ultimi espressamente vietati dalla stessa Costituzione spagnola all'art. 15)[35].

Più ampiamente, in coincidenza con l'introduzione del nuovo Codice e partendo dal presupposto che la vita non sia, al contrario di quanto tradizionalmente considerato, un bene assolutamente indisponibile, altri autori hanno valorizzato in misura maggiore rispetto al passato il consenso del paziente, ritenendo che esso non rilevi solamente al fine di attenuare la pena bensì di escludere

[30]M. Á. Núñez Paz, *Homicidio consentido*, cit., 441.

[31]*Ibidem*, 439, che a tal proposito osserva: *«Debe reconocerse que las reformas introducidas en este artículo 143 Cp, y especialmente en el n.° 4 del mismo, han salvado en buena parte algunas de las situaciones anteriores, como la equiparación de penas entre el homicidio consentido y simple, y ha supuesto una considerable atenuación de las penas, junto, por supuesto, a la superación efectiva de la pena privativa de libertad para buena parte de los casos, por lo que se hablado de una atenuación "con visos de impunidad material"».*

[32]Nonostante tale specificazione concerna unicamente il quarto comma della disposizione in esame, la dottrina tende ad escludere che anche le forme di cooperazione concepite ai due commi precedenti possano realizzarsi mediante condotta omissiva, dato che la volontà del paziente a morire eliminerebbe radicalmente qualunque posizione di garanzia che si volesse eventualmente riconoscere in capo al terzo. Così M. Á. Núñez Paz, *Homicidio consentido*, cit., 395-399 e 432.

[33]Il riferimento è alle *Comunidades Autónomas del País Vasco* (L. 7/2002, modificata con L. 11/2016), *de Andalucía* (L. 5/2003, modificata con L. 2/2010), *de las Illes Balears* (L. 1/2006, modificata con L. 4/2015), *de Aragón* (L. 10/2011), *de Canarias* (L. 1/2015), *de Galicia* (L. 5/2015) e *de Madrid* (L. 4/2017). Si consideri inoltre la *Comunidad Foral de Navarra* (*Ley Foral* 8/2011).

[34]F. Bueno Arús, *Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal*, in *Poder Judicial* 1985, n. 15, 11-21. Ad ampio spettro, sintetizza efficacemente il dibattito favorevole all'apertura nei confronti dell'eutanasia *attiva* E. Díaz Aranda, *op. cit.*, 217 ss..

[35]Così E. Gimbernat Ordeig, *Eutanasia y Derecho Penal*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 1987, n. 12, 107-112. Concorda quanto alla rilevanza della medesima causa di giustificazione di cui all'art. 20, 5° del Codice penale spagnolo F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ed. digitale.

radicalmente la punibilità dell'omicidio consentito[36]. Infine, si è osservato *come «en el caso de la muerte de un tetrapléjico, incapaz de valerse por sí mismo, sería* […] *indiferente, si él mismo tomó con ayuda de una pajita el líquido del vaso en el que alguien había vertido el veneno y que un tercero dejó a su alcance, o si el veneno se lo hubiera inyectado la persona misma que le ayudó a morir, pues lo importante es saber (y probar) si* […] *su petición era expresa, seria e inequívoca, es decir, objetivamente razonable, y su enfermedad le producía graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, aunque no necesariamente le condujeran a la muerte a corto plazo»*[37]: in questi termini, come oggi recepito dalle "Disposizioni generali" della *Ley* del 18 marzo 2021, la piena liceità di una condotta eutanasica non dipenderebbe dallo specifico ruolo assunto dal terzo nel corso dell'*iter* procedurale conclusosi con la morte del consenziente, bensì dalla possibilità di accertare la sussistenza di requisiti che attestino l'espressione di una volontà non coartata e persistente da parte di quest'ultimo.

È pertanto da molti anni palpabile in Spagna la convinzione che *«una despenalización de la eutanasia en las condiciones previstas consensualmente no parece que pueda producir una pérdida del valor de la vida. Y por otra parte, la efectividad de ese valor de la vida depende sobre todo más que del Derecho penal, de una adecuación político social»*[38].

Va dunque osservato come, ancor più convintamente che in Italia e già in epoca precedente all'intervento dei più noti casi giudiziari attinenti il tema oggetto di dibattito, la dottrina abbia reagito alla percepita inadeguatezza della disciplina penalistica in vigore formulando considerazioni di indubbio rilievo in materia di eutanasia *attiva*, dapprima influenti nella concezione dell'art. 143.4 e successivamente stimolanti la formulazione di numerose proposte di legge. Un primo dibattito parlamentare riservato alla necessità di una disciplina riguardante i trattamenti in parola risale addirittura al 1988 (III Legislatura), su impulso dell'allora deputato del *Partido Nacionalista Vasco* Emilio Olabarría Muñoz[39]; ad esso seguirono sollecitazioni a tavoli di

[36]J. C. Carbonell Mateu-J. L. González Cussac, *Comentarios al nuevo Código penal de 1995*, a cura di A. Vives, Valencia 1996, Tomo I, 751, ove si afferma espressamente che la vita imposta contro la volontà del suo titolare non potrebbe assurgere a valore costituzionale né, pertanto, configurarsi quale bene giuridico meritevole di tutela penale. Similmente, C. M. Romeo Casabona, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid 1994, 105, che definisce il diritto alla vita *«un derecho de autonomía que no implica un deber de protección más allá de la propia voluntad»*. Parimenti efficace C. Juanatey Dorado, *El tratamiento del suicidio en el ordenamiento jurídico español*, cit., laddove il principale discrimine fra liceità ed illiceità di condotte di aiuto a morire – in seno ad una varietà di soluzioni intermedie – è appunto individuato nell'accertamento di una volontà autentica: «[...] *sólo serán punibles las conductas de intervención en el suicidio de otro cuando la decisión de morir del suicida no sea autónoma»*.

L'idea della vita quale bene giuridico liberamente disponibile risulta peraltro già enunciata, prima ancora della dottrina espressasi a seguito dell'avvento del Codice del 1995, da J. J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcellona 1986, Vol. I, 45-46, che addirittura considera come la Costituzione spagnola, non esplicitando la natura del bene vita quale valore preminente in seno all'ordinamento giuridico, valorizzi al contrario la libertà come principio di rango superiore; ID., *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1988, 131-132, ove appunto si afferma che l'antigiuridicità di una condotta di eutanasia *attiva* verrebbe meno proprio in ragione della supremazia riconosciuta alla libertà personale, *subspecie* libertà di autodeterminazione; J. M. Valle Muñiz, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, in *Cuadernos de Política Criminal* 1989, n. 37, 164.

[37]F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ed. digitale.

[38]M. Á. Núñez Paz, *Homicidio consentido*, cit., 447.

[39]*Preparacion por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo de un borrador de la futura ley reguladora de la eutanasia activa. (184/013745), Pregunta al Gobierno con respuesta escrita* del 6.6.1988, disponibile all'indirizzo *Internet*: *http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/D/D_202.PDF*.

discussione, interpelli indirizzati al Governo circa l'urgenza di "colmare il vuoto legale esistente in materia di eutanasia *attiva*"[40], studi[41] ed importanti iniziative legislative.

4. Procedendo così a focalizzare l'attenzione sulle più recenti proposte di *Ley Orgánica* avanzate nel tentativo di adeguare il dettato codicistico alle sempre più pressanti istanze di legalizzazione delle condotte in parola, va anzitutto segnalata quella datata 18 gennaio 2017, presentata dal gruppo parlamentare *Podemos* in occasione dell'ultimo Governo Rajoy (XII Legislatura). Posto in risalto il vasto consenso popolare e professionale maturato rispetto al tema dell'eutanasia *attiva* nonché i limiti insiti nel più volte menzionato art. 143.4, essa subordinava la liceità di simili pratiche al rispetto di rigorosi requisiti: fra di essi, il possesso della maggiore età o il rispetto della condizione di emancipato legalmente, la ripetizione del consenso in forma scritta per almeno due volte a distanza di un intervallo minimo di quindici giorni, la sussistenza delle medesime condizioni di salute prescritte dall'art. 143.4, l'elencazione da parte del personale medico di tutte le possibili alternative terapeutiche nonché l'obbligo in capo a quest'ultimo di predisporre appositi documenti attestanti l'aderenza alla procedura esatta dal testo normativo; al tempo stesso, l'articolato concepiva la creazione di un'apposita commissione di valutazione presso ognuna delle Comunità Autonome, ciascuna delle quali coordinata da una commissione statale di verifica preposta a compiti di accertamento dei criteri imposti dalla legge (sulla base di un rilievo *ex post* operato al termine della singola procedura, con conseguente comunicazione alla competente Procura delle eventuali violazioni riscontrate)[42]. Nonostante l'innegabile valore delle novità apportate, il *Congreso* si esprimeva in senso contrario, registrandosi 86 voti favorevoli (*Podemos*, *Partido Nacionalista Vasco*, *Esquerra Republicana*, *Grupo Parlamentario Mixto*), 132 contrari (*Partido Popular*, *Grupo Parlamentario Mixto*) e 122 astensioni (*Partido Socialista*, *Ciudadanos*, *Grupo Parlamentario Mixto*).
Nel corso della medesima legislatura, il *Partido Socialista* aveva redatto e presentato al *Congreso* una nuova proposta in data 3 maggio 2018, la quale, rispetto alla precedente, contemplava espressamente fra i requisiti d'accesso alle pratiche di "aiuto a morire" la nazionalità spagnola o la residenza legale in Spagna, riprendendo per il resto la quasi totalità dei contenuti già esaminati[43]. Purtroppo, l'iniziativa in questione è caducata al pari di quelle successivamente intervenute nel corso del 2019[44], complice l'instabilità politica spagnola segnata prima dalla sfiducia al Governo

[40]*Interpelación urgente sobre medidas previstas por el Gobierno para llenar el vacío legal existente en materia de eutanasia activa. (172/000040)*, presentata dal *Grupo Parlamentario Mixto* il 2.3.1994, disponibile all'indirizzo *Internet*: *http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/D/D_073.PDF#page=7*.
[41]*Estudio de la posibilidad de legislar en materia de eutanasia activa. (184/024805)*, presentato il 5.4.2005, disponibile all'indirizzo *Internet*:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/D/D_188.PDF#page=96.
[42]Il testo è disponibile all'indirizzo *Internet*: *http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-77-1.PDF#page=1*.
Nel dettaglio, la proposta in esame proponeva una riformulazione dell'art. 143.4 nei seguenti termini*: «No será punible la conducta de aquel que con actos necesarios y directos coopere en o cause la muerte a otro cuando este lo haya solicitado de manera expresa, inequívoca y reiterada con arreglo a lo que establezca la legislación específica. La persona solicitante habrá de ser una persona con una enfermedad grave que conduzca necesariamente a su muerte o que padezca sufrimientos físicos o psíquicos que ella considere insoportables»*. Quanto al regime sanzionatorio, essa prevedeva l'intervento delle sanzioni amministrative di cui al Titolo I, Capo VI della Ley 14/1986 *General de Sanidad*, senza pregiudizio per le concorrenti forme di responsabilità civile, penale, professionale o statutaria previste per legge.
[43]Il documento è disponibile all'indirizzo *Internet*:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-270-1.PDF#page=1.
[44]Il riferimento è alle proposte presentate da *Podemos* e dal *Partido Socialista*, disponibili agli indirizzi *Internet*: *http://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-62-1.PDF#page=1*;

Rajoy (1° giugno 2018) e in seguito dalle difficoltà connesse alla formazione di un nuovo esecutivo, stante la costituzione di un Governo di minoranza, l'indizione di elezioni anticipate (28 aprile 2019, di un mese precedenti l'avvio della XIII Legislatura in data 21 maggio 2019) e di quelle del 10 novembre 2019 a ridosso dell'inizio della XIV Legislatura (3 dicembre 2019).
Proprio alla vigilia delle elezioni dell'aprile 2019, la Spagna veniva scossa dalla vicenda della sessantunenne madrilena María José Carrasco, afflitta da sclerosi multipla per oltre trent'anni: il 3 aprile 2019, a seguito di un video realizzato il giorno prima dal marito Ángel Hernández con l'intenzione di attestare l'effettiva, solida volontà della donna a terminare la propria penosa esperienza vitale, quest'ultima assumeva il *Pentobarbital* di sodio da un bicchiere portole proprio dal consorte, il tutto nuovamente registrato con ripresa audiovisiva; le immagini, censurate soltanto in corrispondenza degli ultimi istanti di vita di María José, venivano riprese dai principali quotidiani spagnoli, congiuntamente a quelle riguardanti l'arresto dell'uomo spontaneamente denunciatosi alle autorità competenti. Il giorno seguente, Pedro Sánchez, leader socialista ed attuale Presidente del Governo spagnolo, dichiarava nel corso di un'intervista rilasciata a *Telecinco* di sentirsi "scioccato ed emozionato" dalla vicenda umana della coppia, ma al tempo stesso "indignato" dall'ostruzionismo esercitato da due partiti per evitare l'entrata in vigore di una legge in materia, assicurando il proprio impegno per una nuova proposta nell'ipotesi di una maggioranza parlamentare risultante dalle allora imminenti elezioni nazionali[45]. La reazione politica ed emotiva del Presidente ha seguito di quindici anni quella del collega di partito ed allora Presidente del Governo José Luis Rodríguez Zapatero, il quale, al termine della proiezione del già citato *Mar adentro* in occasione della 61ª Mostra Internazionale d'Arte Cinematografica di Venezia, espresse il proprio apprezzamento per la pellicola ma senza sbilanciarsi quanto all'opportunità di un pronto intervento normativo, come attestato dall'assenza della materia eutanasica fra quelle componenti l'agenda politica del *Partido Socialista* alle successive elezioni.
Un decisivo punto di svolta è stato infine raggiunto grazie all'iniziativa dell'attuale Governo in carica, il quale, a seguito della sua travagliata formazione, ha presentato in data 24 gennaio 2020 – undici giorni dopo il suo giuramento – una nuova proposta di *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* quale primo atto del nuovo esecutivo[46].

4.1. Dichiarato l'obiettivo di depenalizzare le condotte di eutanasia *attiva* realizzate nel rispetto di specifici requisiti, il preambolo della proposta in questione esplicita la volontà di qualificare la medesima – ergo la "buona morte" – come un vero e proprio "diritto individuale"[47]. Assunta la

http://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-64-1.PDF#page=1.
[45]Il video dell'intervista è disponibile all'indirizzo *Internet*:
https://www.telecinco.es/informativos/nacional/despenalizada-eutanasia-pedro-sanchez-entrevista-piqueras_2_2733180195.html.
[46]Il documento è disponibile all'indirizzo *Internet*:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-46-1.PDF#page=1.
[47]Con riguardo alla riflessione italiana sul punto e facendo da ultimo riferimento al caso *Cappato*, la Corte costituzionale, fin dall'ordinanza n. 207 del 2018, ha scelto di non condividere l'impostazione originariamente assunta dalla Procura meneghina in occasione della richiesta di archiviazione formulata in data 2 maggio 2017 (con cui i P.M. Siciliano e Arduini avevano teorizzato il riconoscimento di un "diritto al suicidio" in favore dei soggetti versanti nelle medesime condizioni cliniche di Fabiano Antoniani), richiamando sinteticamente la sentenza *Pretty c. Regno Unito* per escludere la derivazione di quest'ultimo quale precipitato del diritto alla vita riconosciuto tanto dall'art. 2 Cedu, quanto dall'art. 2 Cost.. Eppure, come autorevolmente osservato da M. Donini, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini, C. Cupelli, Napoli 2019, § 5 ("Il "diritto di morire" già esistente, ma dissimulato

definizione di "eutanasia" quale *«actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios»*, centrale è il rilievo in base a cui la lesione inferta al bene vita non impedirebbe di considerare l'eutanasia stessa quale pratica legittimata dalla valorizzazione di altri beni giuridici egualmente riconosciuti dalla Costituzione spagnola, fra cui la libertà individuale (art. 1.1), la dignità umana (art. 10), l'integrità fisica e morale della persona (art. 15), la libertà di pensiero e di coscienza (art. 16) nonché il diritto all'intimità (art. 18). Rispettati tali presupposti, *«el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta misma razón, el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica»*[48].

Proseguendo in una dettagliata valutazione dei contenuti, il Capo I del documento, riservato alle "Disposizioni generali", fissa all'art. 1 l'oggetto della proposta nella regolazione del *«derecho que*

---

e ineffettivo"), tener conto della possibilità di domandare l'interruzione di trattamenti salvavita secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 5 della l. 22.12.2017, n. 219 significa già rapportarsi con una vera e propria richiesta di morire soddisfatta da un decisivo intervento medico. Proprio alla luce del presente, lucido rilievo l'Autore osserva come, «in termini di disvalore», se il sanitario «stacca il respiratore iniettando un anestetico potrebbe anche iniettare o aiutare a iniettare una dose letale. Le differenze si fanno esigue» (121-122); ad essere ancor più espliciti, l'unica distinzione potrà individuarsi nella manciata di ore o di giorni entro cui il trapasso interverrà.

L'impressione è che in Italia la locuzione "diritto a morire" sia ancora epidermicamente concepita quale formula scomoda e per certi versi scandalosa, quasi si intendesse evocare un rozzo e primitivo "diritto ad ammazzare" svincolato da criteri selettivi. Sul pacifico riconoscimento nel nostro ordinamento di un diritto a morire, si veda incisivamente A. Gorgoni, *L'autodeterminazione nelle scelte di fine vita tra capacità e incapacità, disposizioni anticipate di trattamento e aiuto al suicidio*, in *Persone e Mercato*, 2020, 3, 90: «Negare il diritto di morire, esistente nei limiti previsti dalla legge ed enucleati dalla Corte costituzionale, significa accogliere una posizione valoriale difficilmente armonizzabile con le fonti e con il diritto vivente». Relativamente al confronto fra l'impostazione seguita dai giudici costituzionali italiani e tedeschi (laddove il *Bundesverfassungsgericht*, con sentenza del 26 febbraio 2020, ha espressamente affermato l'esistenza di un vero e proprio "diritto al suicidio" quale diretta conseguenza della dignità umana e del libero sviluppo della personalità riconosciuti agli artt. 1 e 2 GG), si considerino le riflessioni di G. Fornasari, *Paternalismo* hard, cit., 6: «[…] sembra allora che la differenza fondamentale tra gli atteggiamenti tra le due Corti costituzionali tragga origine non tanto da una diversa concezione del ruolo del diritto penale nell'ambito del trattamento del suicidio, ma, molto più a monte, nella possibilità di configurare la scelta suicidiaria come un diritto, per di più dotato di copertura costituzionale ai massimi livelli possibili come esplicazione del principio di autodeterminazione rapportato alla salvaguardia della dignità umana, come avviene ora in Germania, o una libertà meramente tollerata, come era chiaro nell'ideologia che stava alla base del codice Rocco, secondo un modello di riferimento che però continua ad esercitare una sua influenza anche al giorno d'oggi» e A. Manna, *Esiste un diritto a morire?*, cit, 15-16: «Tirando le fila del discorso, se la Corte costituzionale tedesca ha sostenuto il pieno riconoscimento del diritto a morire come manifestazione del principio di autodeterminazione e della dignità personale, la Corte costituzionale italiana ha, invece, delimitato il campo di applicazione della fattispecie incriminatrice dell'aiuto al suicidio, tracciando una "zona neutra", un perimetro di non punibilità della condotta de qua, in presenza di precise condizioni oggettive, senza, tuttavia, alludere, neppure lontanamente, al riconoscimento del diritto a porre fine alla propria vita avvalendosi dell'aiuto altrui. […] È proprio qui che si pone la frattura fra le due Corti: se quella italiana è ricorsa alla giustificazione procedurale, restringendo ai minimi termini l'area di incostituzionalità della norma, quella tedesca, nel momento in cui ha depennato il § 217 StGB dal sistema penale, ha sostenuto il pieno riconoscimento del principio di autodeterminazione, contenente il diritto alla vita e alla morte, di cui ciascuna persona è il legittimo ed esclusivo titolare».

[48]Testo della proposta disponibile all'indirizzo *Internet: http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-46-1.PDF#page=1*, cit., 3.

corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha da seguirse y las garantías que han de observarse»; particolarmente felice appare l'impiego della formula onnicomprensiva "aiuto necessario a morire", la quale guarda all'obiettivo unico della morte rapida, degna ed indolore, senza operare limitanti distinzioni – con conseguenti differenze sul piano del regime giuridico applicabile – fra le tipologie di eutanasia ad oggi correntemente in uso (*attiva, passiva, attiva indiretta*, ecc...): così, l'art. 3 si riferisce alle "prestazioni di aiuto a morire" includendo in esse tanto le ipotesi di *«administración directa al o la paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente»* quanto quelle di *«prescripción o suministro al o la paciente por parte del profesional sanitario competente de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, ya sea en el propio centro sanitario o en su domicilio, para causar su propia muerte»*[49].

Quanto ai profili definitori recati dalla versione originaria della proposta, lo stesso art. 3 – parzialmente modificato per effetto di emendamenti di cui si renderà conto in seguito – definiva il presupposto della "malattia grave, cronica e invalidante" quale *«situación que resulta de una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física, así como sobre su capacidad de expresión y relación, y que llevan asociadas un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vaya a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable»*[50]. In questi termini, la proposta ricomprendeva afflizioni tali da incidere tanto sull'autonomia fisica dell'individuo così come sulla "capacità di espressione e relazione" della persona, purché le stesse risultassero associate ad una sofferenza fisica o psichica costante e intollerabile e non vi fosse per esse, "certamente o con grande probabilità", prospettiva di cura o di apprezzabile miglioramento. Alla luce di un'interpretazione letterale, già la prima versione del testo pareva aprire uno spiraglio all'accesso a trattamenti di aiuto a morire in presenza di malattie di natura psichiatrica (si pensi, in accordo con le scelte lessicali adottate dal documento, ad una limitazione della capacità di espressione e relazione associata ad una sofferenza esclusivamente psichica di carattere costante e intollerabile, purché insanabile o non reversibile); come si osserverà a breve, il testo finale della legge ha inequivocabilmente imposto il riscontro di una malattia grave e incurabile o, alternativamente, una sofferenza grave, cronica e "impeditiva", scelta che rinvigorisce ancor più il dibattito relativo all'inclusione di afflizioni mentali non necessariamente connesse ad un congiunto dolore fisico.

Il Capo II, inerente i requisiti per l'esercizio del diritto a sollecitare una prestazione di aiuto a morire, impone nel seguente ordine all'art. 5: a) il possesso della nazionalità spagnola o della residenza legale in Spagna, la maggiore età nonché piena capacità e coscienza al momento della richiesta d'accesso al trattamento; b) l'esistenza di un documento scritto relativo al quadro medico del richiedente, comprendente le possibili alternative quali l'accesso alle cure palliative; c) l'aver formulato in forma scritta e in piena volontà due richieste a distanza di almeno quindici giorni l'una dall'altra (salva la possibilità di un lasso temporale inferiore qualora il medico responsabile ritenga che la morte o la perdita della capacità necessaria per prestare il consenso informato siano imminenti); d) soffrire una malattia grave o incurabile o patire una malattia grave, cronica e invalidante nei termini già osservati, certificata dal medico responsabile (nella versione approvata in via definitiva, una malattia grave e incurabile o una sofferenza grave, cronica e "impeditiva"); e) prestare consenso informato prima di ricevere il trattamento di aiuto a morire (il quale sarà incluso nella storia clinica del paziente).

[49] *Ibidem*, 4-5.
[50] *Ibidem*, 4.

Occorre osservare in questa sede come la legge in esame non contempli la necessaria dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, come invece imposto dalla Corte costituzionale tenendo in considerazione il quadro clinico di Fabiano Antoniani. Il presupposto in parola, fortemente criticato dalla prima, autorevole dottrina interessatasi alla pronuncia della Consulta[51] e "ridisegnato" dalla Corte di Assise di Massa in occasione del caso *Trentini* ampliandone la portata definitoria (dovendosi ricomprendere, oltre all'idratazione e all'alimentazione artificiali, *«qualsiasi trattamento sanitario interrompendo il quale si verificherebbe la morte del malato anche in maniera non rapida»*[52]*)*, determina a ben vedere un'irragionevole restrizione all'accesso, arrecando un grave pregiudizio al principio di eguaglianza con riguardo a soggetti afflitti alla medesima patologia o da malattie determinanti sintomi e patimenti fra loro assimilabili. Non si può quindi che condividere la scelta operata dal legislatore spagnolo in relazione alla problematica in esame, auspicando che anche quello italiano, impegnato un giorno in un complessivo riassetto normativo della materia, escluda il medesimo dal novero dei criteri selettivi.

L'art. 6 prevede per la richiesta del trattamento di aiuto a morire la forma scritta, recante data e firma del paziente richiedente; in caso di impossibilità fisica, la sottoscrizione potrà essere realizzata da altro soggetto maggiore d'età e pienamente capace. Il documento dovrà essere firmato in presenza del medico responsabile della procedura (o da altro professionista incaricato di trasmetterlo a quest'ultimo), il quale lo allegherà alla storia clinica del paziente. L'istante potrà ritirare la propria richiesta in qualunque momento, così come domandare il rinvio della procedura.

L'art. 7 contempla le ipotesi di rifiuto della domanda, il quale dovrà realizzarsi per iscritto e in forma motivata a cura del medico responsabile salvo che esso sia conseguenza dell'esercizio di obiezione di coscienza. Avverso tale rifiuto il richiedente potrà presentare, entro i cinque giorni successivi, un ricorso da indirizzare alla Commissione di Controllo e Valutazione competente per territorio.

Il Capo III, dedicato alla procedura da seguire per la realizzazione del trattamento di aiuto a morire, dispone all'art. 8 che il medico responsabile, entro due giorni dalla ricezione della richiesta e verificati i requisiti previsti dall'art. 5, intraprenda con il paziente un percorso deliberativo il quale, oltre a fungere da momento diagnostico, garantisca la ricerca di possibilità terapeutiche e dei conseguenti risultati medici auspicabili, ivi compreso l'eventuale ricorso alle cure palliative. Trascorse ventiquattro ore dalla conclusione di tale processo, lo stesso medico raccoglierà informazioni circa l'effettiva volontà del paziente di perseverare o desistere dalla propria decisione: nel primo caso, il medico si porrà in contatto con l'*équipe* medica di riferimento, in particolare con

[51]In tal senso, vedasi in dottrina A. Gorgoni, *L'autodeterminazione nelle scelte di fine vita*, cit., 98: «Questa condizione delimita eccessivamente la casistica, almeno rispetto a quei malati che, afflitti da sofferenze resistenti alle terapie e autonomi nelle funzioni vitali, vorrebbero essere liberati da una condizione avvertita come di mera sopravvivenza. In tali casi non costituisce un *discrimen* ragionevole quello tra l'essere o no dipendente da un sostegno vitale. L'aspetto davvero decisivo è il grado di sofferenza fisica e psichica e l'impossibilità di contenerla così da renderla accettabile (così le leggi olandese n. 136/2001 e belga n. 144/2003)». Parimenti critica è l'opinione espressa da M. Donini, Libera nos a malo, cit., 16, ove «il richiamo a trattamenti di sostegno vitale […] appare un limite arbitrario perché anche se legato a una soglia minima di impegno costituzionale, soglia sopra la quale è ben possibile una legislazione più liberalizzante, nondimeno presenta una ratio di difficile giustificazione per la forte capacità escludente rispetto a importanti patologie analogamente atroci».Per S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., 2171, l'imposizione di un simile requisito consentirebbe alla Corte «di «risolvere» (*rectius*: di «non affrontare») le questioni più complesse che emergono nel dibattito mondiale relativo alla legalizzazione o alla depenalizzazione del suicidio medicalmente assistito e delle condotte eutanasiche», escludendo «dall'oggetto della sentenza quelle malattie che si prestano per la loro natura ad un accertamento di estrema difficoltà in relazione alla capacità decisionale della persona malata».

[52]Ass. Massa, 2.9.2020, 31.

gli specialisti di infermieristica, nonché con un secondo medico il quale, esaminata la storia clinica del paziente e visitato personalmente quest'ultimo, redigerà entro i dieci giorni successivi una relazione recante conclusioni da comunicare al richiedente. Al termine del presente processo, il medico responsabile comunicherà l'esito di tale *iter* al Presidente della competente Commissione di Valutazione e Controllo, incaricata di un ulteriore controllo previo ai sensi dell'art. 10. La Commissione in parola, nella persona del suo Presidente, ha il compito di selezionare due suoi membri affinché gli stessi, nei sette giorni successivi alla data della loro investitura, si esprimano con parere non vincolante circa la documentazione medica pervenuta e i requisiti d'accesso al trattamento prima che l'organo si pronunci collegialmente in via definitiva. Assunta tale decisione, suscettibile di ricorso amministrativo in caso di risoluzione sfavorevole al paziente, la Commissione dovrà porsi in contatto con il medico responsabile nel minor tempo possibile.
L'art. 11, regolando l'esecuzione del trattamento di aiuto a morire, raccomanda al personale sanitario la massima "attenzione e professionalità", richiedendo costante assistenza al paziente dal momento della prescrizione del farmaco alla cessazione delle funzioni vitali. Entro cinque giorni dalla realizzazione del trattamento, il medico responsabile dovrà trasmettere alla Commissione competente per territorio due documenti: il primo, relativo alle generalità del defunto, del medico responsabile e del secondo medico consultato; il secondo, inerente il sesso e l'età del defunto, il luogo e la data della morte, il tempo trascorso fra la prima e l'ultima richiesta di aiuto a morire (ivi comprese le informazioni relative al carattere volontario e reiterato della decisione assunta), la descrizione della patologia e delle sofferenze giustificanti il trattamento, l'allegato di un eventuale documento di istruzioni previe, l'indicazione della procedura seguita dal medico responsabile e dal resto dell'*équipe* professionale nonché le competenze dei medici consultati e le date dei consulti medesimi.
Il Capo IV, riguardante le garanzie di accesso al trattamento di aiuto a morire, prevede all'art. 13 che tale prestazione sarà compresa nella Carta dei servizi garantiti dal Sistema Nazionale di Salute e finanziata pubblicamente; oltre a ciò, il Consiglio Interterritoriale del Sistema Nazionale di Salute, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge in esame, sarà tenuto ad elaborare un "manuale di buone pratiche" al fine di garantire uguaglianza e qualità assistenziale nella prestazione del trattamento, così come opportuni protocolli riguardanti i richiedenti che versino in condizione di incapacità naturale. Sotto il profilo logistico, la prestazione dell'aiuto a morire si realizzerà presso centri sanitari pubblici, privati o "concertati" (questi ultimi regolati dalla già menzionata *Ley* 14/1986), senza che l'accesso e la qualità assistenziale garantiti possano risultare pregiudicati dall'esercizio dell'obiezione di coscienza sanitaria o dal particolare luogo di svolgimento (art. 14)[53].

[53]In Italia, il coinvolgimento del Servizio Sanitario Nazionale è stato caldeggiato dalla proposta elaborata da AA.VV., *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico plurale e consapevole*, a cura del gruppo di lavoro in materia di aiuto medico a morire riunito presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, in *BioLaw Journal*, 2019, 3, 12, ove, «Al fine di evitare discriminazioni nell'accesso all'aiuto medico a morire e al fine di garantire l'eguaglianza sull'intero territorio nazionale, le procedure dovranno essere inserite nei livelli essenziali di assistenza (LEA) fra le prestazioni erogate in via esclusiva dal SSN. In particolare, dovranno essere ricomprese anche le prestazioni di assistenza sanitaria di base e specialistica preliminari all'inizio delle procedure, in modo da non lasciare scoperte dalla garanzia del servizio sanitario fasi importanti dell'aiuto medico a morire. Si suggerisce di includere nei LEA anche prestazioni di consulenza e supporto psicologico (estendendole eventualmente anche ai familiari), al fine di assicurare una piena informazione al paziente e il più adeguato sostegno».
Come previsto dalla legge spagnola oggetto d'esame, anche il documento italiano formula la possibilità che l'aiuto medico a morire possa svolgersi, ove il paziente lo richieda e le sue condizioni lo consentano, presso il suo domicilio. Ove ciò non fosse possibile, il testo propone che venga effettuato presso strutture pubbliche o convenzionate, ma in ogni caso in ambienti adeguati e differenti rispetto a quelli ove si svolgono le normali attività di diagnosi e cura.

L'art. 15 si preoccupa della tutela della *privacy* e della riservatezza nello svolgimento della prestazione, imponendo un alto livello di sicurezza nella gestione e nella conservazione dei dati personali.
L'art. 16, riservato all'annosa questione del diritto all'obiezione di coscienza sanitaria, garantisce il medesimo quale decisione individuale da manifestarsi con anticipo e in forma scritta. Il testo risulta certamente apprezzabile in relazione alla problematica appena considerata, affermando come l'accesso ai trattamenti non potrà essere "pregiudicata", "compromessa" (*menoscabada*) dall'esercizio dell'obiezione, la quale – specifica l'articolo in esame – dovrà inoltre essere espressa con anticipo e in forma scritta per poi confluire in un Registro pubblico specificatamente riservato a tali dichiarazioni. Una presa di posizione la quale, a prescindere dalla sua concreta operatività, dimostra maggiore scrupolo rispetto a quanto sinteticamente affermato dalla Consulta con sentenza n. 242 del 2019, limitandosi essa a riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza ma senza ammonire un eventuale, prevedibile esercizio pretestuoso ed ostruzionistico dello stesso da parte del personale medico[54].
Il Capo V chiude la proposta di legge interessandosi alla creazione e alla composizione delle Commissioni di Controllo e Valutazione, contemplando la concezione di una Commissione per ogni comunità autonoma nonché per le città di Ceuta e Melilla; le stesse, aventi natura di organo amministrativo, dovranno costituirsi entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge quale risultato dell'accordo maturato dai singoli governi autonomi (prevedendosi inoltre il coinvolgimento del Ministero della Salute, del Consumo e del Benessere Sociale nel caso di Ceuta e Melilla), disponendo esse di un regolamento interno. Fra le funzioni attribuite a ciascuna Commissione, l'art. 18 prevede: a) la decisione, nel termine massimo di venti giorni dalla ricezione, in merito ai ricorsi formulati dalle persone alle quali il medico responsabile abbia rigettato la richiesta di prestazione di aiuto a morire. Nell'ipotesi di pronuncia favorevole al paziente e nei sette giorni successivi alla stessa, la Commissione dovrà porsi in contatto con il centro medico affinché assicuri la prestazione grazie all'intervento di un altro medico o di un'*équipe* esterna al personale sanitario della struttura. Trascorsi venti giorni in assenza di una decisione, il ricorso dovrà intendersi rigettato, garantendo al ricorrente stesso la possibilità di adire il giudice amministrativo; b) la verifica, nel termine massimo di due mesi dalla valutazione del succitato secondo documento[55], circa il fatto che la prestazione di aiuto a morire sia stata effettuata nel rispetto dei procedimenti e dei requisiti previsti dalla legge, sollecitando se del caso il medico responsabile a trasmettere le informazioni relative alla storia clinica del paziente. Qualora almeno i due terzi dei componenti dovessero rilevare il mancato rispetto delle condizioni imposte dalla legge, la Commissione dovrà comunicarlo alla direzione del centro sanitario affinché proceda all'avvio di un'indagine interna; lo stesso centro sanitario dovrà mettere a conoscenza la Commissione delle conclusioni delle indagini e adottare le misure necessarie per assicurare la corretta applicazione della legge; c) il rilievo di eventuali problemi nel rispetto degli obblighi imposti dalla legge, proponendo, se del caso, migliorie da far confluire nei manuali di buone pratiche e nei protocolli; d) la risoluzione di

[54]C. cost., 22.11.2019 n. 242, cit., § 6 del *Considerato in diritto*: «Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato».
[55]La stessa norma prevede inoltre, in caso di dubbi, l'accesso al primo documento a seguito di decisione assunta a maggioranza semplice, recante come già osservato i dati personali del paziente, del medico responsabile e del medico consultato. Qualora tale rimozione dell'anonimato dovesse pregiudicare l'imparzialità di uno o più membri della Commissione, tali soggetti potranno volontariamente astenersi o essere ricusati.

dubbi o questioni che possano sorgere nell'applicazione della legge, svolgendo attività di organo consultivo presso il territorio di competenza; e) elaborare e rendere pubblico un rapporto annuale di valutazione circa l'applicazione della legge nel suo ambito territoriale di competenza; f) qualunque ulteriore funzione che a ciascuna Commissione dovesse essere attribuita dai singoli Governi autonomi o, nel caso delle città di Ceuta e Melilla, dal Ministero della Salute, del Consumo e del Benessere Sociale.
L'art. 19, infine, impone un obbligo di segreto in capo ai membri delle Commissioni, obbligandoli a mantenere il riserbo sopra il contenuto delle deliberazioni assunte nonché a proteggere il carattere confidenziale dei dati personali relativi ai soggetti coinvolti nella procedura (personale sanitario, pazienti e altre persone menzionate dalla proposta di legge in esame).
Il documento reca da ultimo alcune disposizioni addizionali, transitorie, derogatorie e finali. Fra di esse, la prima, relativa al regime sanzionatorio, prevede che le violazioni concernenti le disposizioni della presente legge vengano sanzionate in via amministrativa secondo quanto previsto dal Titolo I, Capo VI della Ley 14/1986 *General de Sanidad*, senza pregiudizio alcuno per le possibili, concorrenti forme di responsabilità civile, penale, professionale o statutaria.
Così strutturata, la proposta di legge appare solida, ricca di spunti lodevoli e pienamente condivisibili: alla valorizzazione della dignità e della libertà personale è infatti congiunta la riflessione inerente la parziale, condizionata disponibilità del bene vita, da cui la felice scelta lessicale dell'espressione "aiuto a morire" tale da racchiudere in sé differenti tipologie di condotte fra loro accomunate dall'obiettivo di garantire un termine esistenziale quanto più rapido, indolore ed assistito dalle debite garanzie mediche. Apprezzabile è inoltre il particolare equilibrio raggiunto fra esigenze di controllo – da cui la concezione di una procedura particolarmente articolata per numero di passaggi e soggetti coinvolti – e necessità di concludere l'*iter* esaminato in tempi ragionevolmente brevi (con un pensiero particolare ai pazienti dall'aspettativa di vita assai ridotta), assicurata dal limitato numero di giorni concesso per l'espletamento delle singole attività. Infine, il coinvolgimento del Sistema Nazionale di Salute – equivalente al nostro Servizio Sanitario Nazionale – garantisce maggiore uniformità e trasparenza nello svolgimento delle procedure di fine vita, anche grazie al ricercato coordinamento territoriale con le singole Commissioni di Valutazione e Controllo.
Fernando Marín, Presidente dell'Associazione *Derecho a Morir Dignamente*, si è espresso auspicando che, a seguito dei già ricordati fallimenti nella discussione delle precedenti proposte di legge, il 2020 potesse finalmente essere l'anno decisivo per l'approvazione di una disciplina organica in materia[56], stante l'avanzamento dei lavori parlamentari in costanza dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Tale speranza, sostenuta dal colore politico del Governo in carica (nonostante una maggioranza risicata di soli due voti in occasione del primo voto di fiducia affrontato dall'esecutivo), è stata rafforzata dal fortunato esito della prima votazione al Congresso, la quale ha registrato 201 voti a favore, 140 contrari e 2 sole astensioni; fra gli schieramenti di opposizione, il *Partido Popular* e *Vox* hanno espresso critiche tradizionali, accusando i sostenitori delle pratiche di eutanasia *attiva* di voler così risparmiare su pensioni e cure mediche[57]. La reazione della Chiesa spagnola, com'era prevedibile, non ha tardato a farsi sentire: in occasione della sua ultima assemblea plenaria, la *Conferencia Episcopal Española* ha annunciato la redazione di una

[56]*Movilización en el Congreso para aprobar la ley de eutanasia este año*, *El País* del 9.2.2020, disponibile all'indirizzo *Internet*: *https://elpais.com/sociedad/2020/02/07/actualidad/1581106299_343966.html*.
[57]*El Congreso da luz verde a la proposición de ley de eutanasia con un amplio apoyo*, *El País* del 12.2.2020, disponibile all'indirizzo *Internet*: *https://elpais.com/sociedad/2020/02/11/actualidad/1581435461_814808.html*.

Instrucción pastoral, anticipando contenuti in netta contrapposizione con quelli della proposta di legge finora considerata[58].
Tuttavia, gli studi sociologici a disposizione fotografano un atteggiamento di sempre maggiore apertura nei confronti del tema: secondo una ricerca del 2018, infatti, il 58,4% degli intervistati si dichiarava favorevole ad una nuova regolamentazione dell'eutanasia, mentre solo il 10.3% si è detto certamente contrario a tale prospettiva[59]; con riguardo all'atteggiamento manifestato dal personale medico, una ricerca della fine del 2019 condotta sul 24% dei professionisti del settore ha registrato il sostegno di sette sanitari su dieci ad un complessivo riassetto normativo della materia[60].
Nell'attesa di ulteriori sviluppi dell'attività parlamentare e mentre il Comitato spagnolo di Bioetica prendeva posizione all'unanimità contro la qualificazione dell'eutanasia quale diritto[61], la Procura provinciale di Madrid ha comunicato, in relazione al procedimento riguardante la morte di María José Carrasco, che chiederà per il marito Ángel Hernández la condanna a sei mesi di reclusione; tuttavia, la stessa Procura ha annunciato che, nel caso di una domanda di grazia giustificata dalle particolari circostanze di fatto (su tutte, il grave declino psico-fisico della donna, la persistente volontà di morire da lei manifestata e la particolare premura dimostrata dal consorte nei suoi confronti), non si opporrà, emettendo al contrario parere favorevole[62].

4.2. In data 18 marzo 2021, il *Congreso*, riunitosi in seduta plenaria per votare l'incorporazione degli emendamenti del *Senado*, ha approvato in via definitiva la proposta diffusamente esaminata con 202 voti a favore, 141 contrari e 2 astensioni[6364]. La versione finale del testo, intervenendo

[58]*Los obispos preparan una 'Instrucción pastoral' para combatir la ley de eutanasia*, *El País* del 6.3.2020, disponibile all'indirizzo *Internet: https://elpais.com/sociedad/2020-03-06/los-obispos-preparan-una-instruccion-pastoral-para-combatir-la-ley-de-eutanasia.html*.
[59]R. Serrano Del Rosal, A. Heredia Cerro, *Actitudes de los españoles ante la eutanasia y el suicidio médico asistido*, in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* gennaio-marzo 2018, n. 161, 103-120. Più nel dettaglio, il 10,9% delle persone coinvolte ha dichiarato di non saper cosa rispondere, e solo l'1% ha preferito non esprimersi. Ancora, rispettivamente il 15,2% e il 4,2% si sono detti a favore e contro pur senza esserne pienamente sicuri.
[60]*Regulación de la eutanasia: 7 de cada 10 médicos a favor*, 13.12.2019, disponibile all'indirizzo *Internet*: *https://www.rtve.es/television/20191213/7-cada-10-medicos-favor-regulacion-eutanasia/1993744.shtml*. Il presente esito appare suffragato dai risultati del sondaggio realizzato dal *Colegio de Médicos* di Las Palmas de Gran Canaria tra settembre e ottobre 2019, al termine del quale il 68,49% dei clinici ha ritenuto certamente opportuna una nuova disciplina legislativa dell'eutanasia. Il lavoro è disponibile all'indirizzo *Internet: https://www.medicoslaspalmas.es/index.php/colegio/institucion/fundamentos/eutanasia*.
[61]*Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, a cura del Comité de Bioética de España, 6.10.2020, disponibile all'indirizzo *Internet*: *http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf*.
[62]*La Fiscalía pide seis meses de prisión para el hombre que ayudó a morir a su mujer, enferma de esclerosis múltiple*, *El Pais* del 28.10.2020, disponibile all'indirizzo *Internet*: *https://elpais.com/sociedad/2020-10-28/la-fiscalia-pide-seis-meses-de-prision-para-el-hombre-que-ayudo-a-morir-a-su-mujer-que-tenia-ela.html*.
[63]*El Pleno aprueba la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia y la Ley de medidas urgentes para hacer frente a la crisis del COVID-19*, comunicato stampa del *Congreso de los Diputados*, 18.3.2021, disponibile all'indirizzo *Internet*: *https://www.congreso.es/web/guest/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_notasprensa_mvcPath=detalle&_notasprensa_notaId=39090*; *España aprueba la ley de eutanasia y se convierte en el quinto país del mundo en regularla*, *El Pais* del 18.3.2021, disponibile all'indirizzo *Internet*: *https://elpais.com/sociedad/2021-03-18/espana-aprueba-la-ley-de-eutanasia-y-se-convierte-en-el-quinto-pais-del-mundo-en-regularla.html*.
[64]Il testo è disponibile all'indirizzo *Internet*:

anzitutto sugli artt. 3 e 5 precedentemente osservati, riformula in senso maggiormente inclusivo il requisito d) necessario per l'accesso a una prestazione di aiuto a morire, imponendo il riscontro di «*una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante*»; nel dettaglio, la condizione di *padecimiento grave, crónico e imposibilitante* viene definita quale «situazione che fa riferimento a limitazioni tali da incidere direttamente sull'autonomia fisica e sulle attività della vita quotidiana – in maniera tale da impedire [= alla persona] di badare a se stessa – così come sulla capacità di esprimersi e relazionarsi, accompagnata a una sofferenza fisica o psichica costante e intollerabile per chi la patisce, essendovi certezza o alta probabilità che le stesse limitazioni siano destinate a persistere nel tempo senza possibilità di cura o apprezzabile miglioramento. Talvolta, [= la presente condizione] può comportare la dipendenza assoluta da mezzi di sostegno tecnologico». In questi termini, la legge non prescrive più il riscontro della sola *enfermedad* (*lett.*, malattia), affiancando alternativamente il rilievo di un *padecimiento* (*lett.*, sofferenza) il quale, pur rigorosamente tratteggiato nei suoi connotati essenziali, afferisce ad un campo semantico più ampio rispetto a quello d'appartenenza di una vera e propria patologia e si caratterizza per la sua potenziale indipendenza da mezzi di sostegno artificiale. Stante l'importanza dell'inciso «per chi la patisce» (il quale esalta l'autonomia del paziente rispetto a pareri esterni nella determinazione dell'effettiva sofferenza sopportata[65]), il più consistente ostacolo a tangibili punti di svolta risiede tuttavia nella possibilità di acclarare l'assenza di prospettive di cura o di "apprezzabile" miglioramento con riguardo a quelli che autorevole dottrina, esprimendo serie riserve quanto ad una loro inclusione, ha denominato "ferite dell'anima"[66]. Lungi dall'intenzione di affrontare in termini risolutivi la questione eminentemente medica della reversibilità o meno di taluni disturbi e sofferenze psichiatriche, è comunque possibile svolgere un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, la convinzione inerente alla reversibilità delle principali patologie di natura mentale non può ergersi a giudizio perentorio ed onnicomprensivo, non potendo uno Stato voltare lo sguardo rispetto a casi limite i quali, a fronte della diagnosi formulata da uno psichiatra (l'unico a poter esprimere un parere definitivo, sempre che non si intenda stimare la

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-46-8.PDF.

[65]*In Colombia, l'importante sentenza T-970/14 della Corte Constitucional ha indicato al legislatore i «presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente, mientras el Congreso regula la materia» mediante il richiamo alla precedente pronuncia C-239/97 (§ 7.2.2), nella quale venne affermata la necessità che il quadro clinico del paziente fosse valutato tanto in ottica oggettiva, quanto soggettiva: mentre il vaglio attinente al carattere terminale di una patologia impone in ogni caso l'intervento di uno specialista, il rilievo dell'intensità del dolore patito non può che realizzarsi riconoscendo prevalenza alle dichiarazioni del malato, ritenendosi un accertamento di natura esclusivamente medica della stessa in contrasto con i principi di autonomia e libertà della persona.*

[66]Il riferimento è a S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.3.2019; ID., *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., 2177, laddove non si ritiene «possibile stabilire o tipizzare criteri sicuri, né identificare soggetti in grado di accertare la «genuinità» di una richiesta di assistenza al suicidio» giustificata da ferite dell'anima; S. Canestrari, M. L. Caproni, *Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo*, cit., 9, ove viene ribadita la convinzione secondo cui «nei casi "tradizionali" di suicidio caratterizzati dalle indecifrabili "lacerazioni dell'anima" […] non sia possibile stabilire o tipizzare criteri sicuri, né identificare soggetti in grado di accertare la "autenticità" di una richiesta di agevolazione al suicidio. Nei casi delineati dalla Corte costituzionale italiana (modellati sulla vicenda Antoniani/Cappato) il corpo assume invece il ruolo di protagonista con i suoi diritti – il principio dell'intangibilità della sfera corporea ed il diritto a vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà – e i suoi tormenti». Ancora: «[…] queste indagini rimangono sostanzialmente "all'esterno" e la loro efficacia è relativa, in quanto anche le disamine più raffinate non riescono a dare conto del coinvolgimento della psiche nella condotta suicidaria. Occorre sottolineare che nella maggioranza dei casi il suicidio ricorre in situazioni umane comuni e non – come sarebbe tranquillizzante pensare – negli psicotici ospedalizzati: ogni suicidio ha il suo particolare, individuale lato d'ombra» (11).

psichiatria quale branca scientifica inferiore o comunque non equiparabile a quelle deputate allo studio di malattie fisiche[67]), appaiano irrecuperabili in ragione dell'età e/o delle condizioni di vita dell'individuo specificatamente esaminato[68]. In seconda istanza, è innegabile constatare come una radicale preclusione all'accesso, comprensiva dei pazienti più gravi e con minime se non nulle possibilità di recupero, equivalga lasciare agli stessi la soluzione rappresentata dalla "fuga" verso Paesi la cui legislazione già garantisca un trattamento invece negato in patria (si pensi anzitutto ai Paesi Bassi, ove le statistiche a nostra disposizione evidenziano ad ogni modo un numero assai ridotto di richieste d'accesso motivate da patimenti della psiche[69]).

---

[67]Quanto al valore epistemologico della psichiatria, i dubbi relativi ad una qualificazione scientifica della stessa sono segnalati *ex multis* da C. De Bortolini, *Evidenza scienza e relativismo in psichiatria psicoanalisi e psichiatria forense*, Roma 2015, 12, ove si sottolinea l'accusa mossa dagli *«uomini di scienza che rimproverano alla psichiatria di non essersi ancora liberata, almeno in molti dei suoi aspetti, da un approccio conoscitivo di tipo metafisico o, comunque, prescientifico con l'invito ad appropriarsi del "metodo scientifico"»; nell'ambito di una più ampia indagine di matrice filosofica, vedasi U. Galimberti, Psichiatria e fenomenologia, Milano 2003.*

Nell'introduzione all'edizione italiana del celeberrimo DSM (il riferimento è al *DSM-5. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*[5], a cura dell'*American Psychiatric Association*, ed. italiana a cura di M. Biondi, Milano 2014), si esplicita come il sistema formale di classificazione e diagnosi dei disturbi mentali in esso proposto, pur adottato da una preponderanza di specialisti nazionali, non goda di identica popolarità in altri Paesi europei; oltre a ciò, si afferma come i criteri diagnostici operativi e i sintomi tipici proposti dall'opera non siano sempre stati supportati da opportune conferme induttive (soprattutto in relazione alla loro presenza e ripetitività nel tempo), rappresentando addirittura *«una sintesi inadeguata e fuorviante della parte narrativa del testo» rispetto ad alcune patologie (p. X). Ancora più esplicito è il giudizio offerto nelle pagine successive: «Dunque, in estrema sintesi, il DSM-III e i suoi successori hanno raggiunto in qualche misura, molto probabilmente anche in Italia, il loro obiettivo di delineare in modo chiaro e preciso i prototipi dei vari disturbi mentali, favorendo la comunicazione tra i clinici nonché la comprensione delle diagnosi da parte dei pazienti e dei loro familiari. Molto più discutibile, invece, è il successo delle soglie da essi proposte, che non hanno ricevuto un'adeguata validazione empirica e che vengono raramente usate nella pratica clinica. Inoltre, nel caso di alcune categorie diagnostiche – in particolare la schizofrenia – la traduzione in termini operativi del prototipo è risultata inefficace» (p. XI). La stessa definizione di "disturbo mentale" offerta dal testo in esame, infine, «non è di grande aiuto: "Un disturbo mentale è una sindrome caratterizzata da un'alterazione clinicamente significativa della sfera cognitiva, della regolazione delle emozioni o del comportamento di un individuo, che riflette una disfunzione nei processi psicologici, biologici o evolutivi che sottendono il funzionamento mentale. I disturbi mentali sono solitamente associati a un livello significativo di disagio o di disabilità in ambito sociale, lavorativo o in altre aree importanti". Questa definizione contiene un elemento di tautologia (è un disturbo mentale ciò che è "clinicamente significativo"), un elemento assai difficile da rilevare allo stato attuale delle conoscenze (che vi sia una "disfunzione nei processi che sottendono il funzionamento mentale") e un elemento comune a una varietà di problemi di salute mentale (causare un disagio o una disabilità significativi)» (p. XIII).*

[68]Tale riflessione sorge, fra l'altro, a fronte di dichiarazioni quale quella rilasciata dal Prof. Claudio Mencacci (Direttore del Dipartimento di Neuroscienze e Salute Mentale dell'ASST Fatebenefratelli Sacco di Milano) al quotidiano online *Vice*, secondo cui *«la stragrande maggioranza delle malattie psichiatriche sono in gran parte episodiche e non necessariamente stabili e incurabili»: è immediato concludere che, pur costituendo i quadri clinici reversibili la quasi totalità di quelli noti alla letteratura e alla pratica medico-psichiatrica, tale constatazione ammette l'esistenza di una minoranza – pur ridotta ma parimenti significativa – di casi insuscettibili di miglioramento. L'articolo richiamato è disponibile all'indirizzo Internet: https://www.vice.com/it/article/5989y8/eutanasia-malati-psichiatrici.*

[69]J. Agterberg, *Eutanasia e assistenza al suicidio in Olanda: i dati del 2018*, segnala come tali domande

Fra le ulteriori e più significative modifiche, il legislatore ha affiancato al presupposto della nazionalità spagnola o della residenza legale in Spagna il possesso di un certificato di *empadronamiento* che attesti un tempo di permanenza sul territorio spagnolo superiore a dodici mesi (art. 5, lett. *a*). Quanto alle ipotesi in cui il paziente non sia nel pieno possesso delle sue facoltà, non possa prestare un consenso libero, volontario e cosciente in relazione alla richiesta e abbia anticipatamente sottoscritto un documento di istruzioni previe (o altro documento legalmente riconosciuto), la richiesta medesima potrà essere presentata da altra persona maggiore d'età e pienamente capace o, nel caso in cui quest'ultima non esista, dal medico curante (artt. 5, comma 2 e 6, comma 4). Gli emendamenti del *Senado*, oltre a prescrivere il coinvolgimento di specialisti d'infermeria nella composizione delle Commissioni di Garanzia e Valutazione (nuova denominazione delle originarie Commissioni di Controllo e Valutazione), hanno inoltre inciso sulla rideterminazione di alcuni termini previsti per il compimento di singoli *step* procedurali, in ogni caso senza comportare stravolgimenti rispetto alle istanze di celerità cui l'articolato è ispirato. Infine, la prima disposizione finale riformula l'art. 143 del Código Penal nei seguenti termini, introducendo un nuovo quinto comma: *«4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3. 5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».* Pertanto, le condotte compiute in favore di un richiedente che versi nelle condizioni sanitarie contemplate dalla novella continuano ad assumere rilevanza penale nelle sole ipotesi in cui l'aiuto a morire si realizzi nel mancato rispetto della procedura scrupolosamente prescritta. Una simile scelta rappresenta un valido esempio quanto all'opportunità di condizionare la liceità dei contegni finora considerati al rispetto di c.d. scriminanti "procedurali", istituto di derivazione tedesca[70] concepito in relazione «a quelle materie» rispetto a cui si ritiene che il Diritto penale dovrebbe intervenire «solo (e soltanto) se non è stata rispettata una procedura amministrativa in grado di realizzare con le dovute garanzie un accertamento tecnico che richieda speciali competenze»[71]: in tal senso, «la scriminante procedurale investe condotte ad alto rischio di illiceità o contrassegnate da un carattere eticamente controverso (si pensi alla materia dell'aborto o, in sistemi penali diversi dal nostro, alla sperimentazione sugli embrioni): in questi particolari casi la liceità del fatto può presupporre in via costitutiva l'intervento regolatore di soggetti o

abbiano rappresentato l'1% delle segnalazioni complessivamente giunte alle responsabili Commissioni di controllo olandesi. Il testo è disponibile sul blog dell'*Associazione Luca Coscioni* all'indirizzo *Internet*: *https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/blog/eutanasia-in-olanda-dati-commissioni/*.

[70]Sull'origine della categoria in relazione ad una vicenda giudiziaria in tema di interruzione della gravidanza, vedasi M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *RIDPP* 2007, II, 1269 ss., ove il riferimento è alla teorizzazione proposta da W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2000, 87 ss.. Per un'approfondita analisi delle scriminanti procedurali, il richiamo va anzitutto all'importante monografia di A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli 2018; ID., *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.5.2019.

[71]L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008, *77.*

comitati competenti a bilanciare i profili etico-giuridici della scelta da compiere, ovvero a verificare i requisiti di sussistenza del consenso prestato dal soggetto interessato alla procedura»[72]. Nonostante le resistenze opposte da parte della dottrina quanto alla consistenza dogmatica della categoria e le riflessioni circa la mancata necessità di invocarla[73], il modello in esame si propone quale soluzione solida ed adeguata, poiché attraverso quest'ultimo l'ordinamento «non vieta, né liberalizza» adottando scelte perentorie e radicali, prevedendo piuttosto «bilanciamenti che lasciano al singolo margini decisivi di una scelta autonoma, fissati certi presupposti di maturazione della scelta stessa, oltre che di legittimità sostanziale del contesto»[74].

5. La nuova disciplina spagnola giunge così come una ventata di rinnovamento e speranza, presentando essa molteplici profili meritevoli di futura riflessione da parte del legislatore italiano. Una visione complessiva della stessa esalta anzitutto un *iter* ispirato al coinvolgimento di professionisti plurispecializzati e delle figure più vicine al malato, procedimento che, nonostante la sua scrupolosa articolazione, non abdica ad imprescindibili esigenze di celerità. In secondo

[72]*Ibidem*. Egualmente, A. Sessa, *Il processo all'art. 580 del Codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione, in www.lalegislazionepenale.eu* 11.10.2019, 20-21, a commento dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale: *«[…] la nuova idea di giustificazione affiderebbe la complessa risoluzione del conflitto tra inviolabilità del bene vita, salute, dignità della persona ad una procedura, non meramente dichiarativa, ma costitutiva di uno spazio di diritto libero in cui l'accertamento anticipato del diritto all'aiuto "nel morire" viene subordinato a condizioni legalmente prefissate con la finalità, neppure malcelata, di limitarne la praticabilità lungo un pendio solo così non scivoloso, ma razionalmente controllato tra la tipicità dell'art. 580 Cp e le articolazioni di licitizzazione dell'aiuto al suicidio come concretizzazione normativa della scriminante relazionale di cui all'art. 32 Cost.». L'essenza della scriminante procedurale viene così colta in una valutazione ex ante del connotato di antigiuridicità della condotta, evitando, come invece avviene in relazione a quelle sostanziali, un successivo bilanciamento tra beni rimesso alla discrezionalità del giudice penale, da cui incertezze e discrepanze inaccettabili in ambiti così delicati quali il fine vita.*

[73]M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1284-1286, laddove l'Autore, interrogandosi sulla possibilità che le scriminanti procedurali possano avere *«diritto di cittadinanza nel sistema» penale*, giudica il loro ruolo puramente dichiarativo nella definizione di uno spazio libero dal diritto e la funzione *«soltanto servente rispetto al rilievo del bene che la legge ritiene nel conflitto prioritario»*. Oltre a ciò, la presente dottrina stima che la "proceduralizzazione" non sarebbe davvero in grado di modificare la natura sostanziale della scriminante, non potendosi così prescindere dal controllo *ex post* comunque operato dal giudice. Parimenti critico nei confronti dell'autonomia della presente classe di scriminanti è F. Mantovani, *Autorizzazioni e cause di giustificazione*, in *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna 2010, 185 ss..

[74]M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto", in CP, 2007, II, 908-909.*

D'altronde, a sostegno del ricorso a scriminanti procedurali già depongono le considerazioni svolte dal G.u.p. di Roma a proposito della vicenda *Welby* (17.10.2007, n. 2049): «[…] laddove il legislatore ha voluto garantire l'esercizio corretto e consapevole di alcuni diritti di problematica valutazione etico-sociale o nei casi di contrasto di opposti interessi oppure quando ha inteso tutelare le c. d. figure "deboli", egli ha sempre dovuto prevedere esplicitamente specifiche scriminanti procedurali, rispetto alle quali è stato inserito il Giudice in qualità di figura di garanzia, come ad esempio è avvenuto nel caso del diritto di abortire […]». Oltre a ciò, la Corte di Assise di Massa (2.9.2020) ha offerto nel caso *Trentini* una prima risposta quanto alla natura dell'area di non punibilità individuata dalla Corte costituzionale in seno all'art. 580 Cp, qualificandola espressamente come causa di giustificazione subordinata al rispetto dei quattro, noti requisiti operativi.

luogo, il presente testo sgombra il campo da equivoci ed opta per una scelta coraggiosa, qualificando l'accesso a trattamenti di aiuto a morire quale vero e proprio diritto dell'individuo; ancora, il rifiuto di distinzioni terminologiche fra le più comuni forme di intervento nella fase terminale del terzo si traduce in una sostanziale parificazione delle stesse, di cui si afferma la complessiva liceità purché compiute nel rispetto del processo dettagliatamente delineato. Quanto agli aspetti operativi di carattere medico, la regolamentazione dell'obiezione di coscienza mira a prevenire condotte che, in Italia, hanno *in primis* contribuito a paralizzare l'esercizio di pratiche pur incluse nei LEA (livelli essenziali di assistenza) quali l'interruzione volontaria di gravidanza[75]. Infine, il coinvolgimento di un sistema sanitario centrale è felicemente congiunto alla possibilità – figlia dell'empatia dimostrata nei confronti del sofferente – di attuare le ultime fasi dei trattamenti regolati dalla novella presso il domicilio di quest'ultimo.

Peraltro, l'opportunità di guardare a una legge così strutturata consegue a stimolanti osservazioni svolte dalla più recente giurisprudenza costituzionale: già in seno all'ordinanza n. 207 del 2018, la Consulta, reputando inaccettabile che Fabiano Antoniani fosse costretto a scegliere un'unica alternativa terminale rispetto alla prosecuzione delle forme di sostentamento in atto, ha ritenuto di riflettere sulla possibilità che il Parlamento, impegnato un giorno nella concezione di un *corpus* organico, ricomprenda in esso l'opzione della «somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte»[76] ad oggi non ancora garantito. Dar seguito alla presente prospettiva significherebbe, come ribadito in occasione della sentenza n. 242 del 2019, prestare realmente al sofferente un «aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento», ossia garantire la percorribilità di un cammino «con il quale ugualmente decidere di concludere la propria esistenza»[77]. In quest'ottica, risulta fondamentale rilevare come la stessa Corte, pur chiamata in occasione del caso *Cappato* a confrontarsi con il solo art. 580 Cp, abbia ritenuto tale circostanza «non […] d'ostacolo» ad una più ampia riflessione su «specifiche esigenze di disciplina» suscettibili di risposte normative «differenziate»[78]. D'altronde, persistere nella previsione di un trattamento giuridico differente a seconda dell'identità dell'esecutore pur in presenza della medesima patologia o di sofferenze assai similari se non identiche, negando così l'esigenza di procedere in direzione del più ampio concetto di "aiuto medico a morire", determinerebbe un grave pregiudizio al principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost., *sub specie* divieto di discriminazione: lo stesso grado di patimento, sopportato da un individuo sprovvisto o dotato delle facoltà fisiche per ingerire o attivare autonomamente il meccanismo collegato al farmaco interruttivo delle funzioni vitali, comporta rispettivamente l'intervento o meno di un soggetto terzo nella fase strettamente attuativa, da cui la conseguente applicazione dell'art. 579 Cp (reclusione da sei a quindici anni) o dell'art. 580 Cp (reclusione da cinque a dodici anni, posti i noti margini di liceità riconosciuti dalla Corte costituzionale).

---

[75]L'elevatissimo numero di medici antiabortisti operanti sul territorio italiano è oggi quantificato in una percentuale del 70%, con picchi ancor più elevati in alcune aree del Sud della Penisola. Il presente rilievo statistico, riferito da P. Flores D'Arcais, *"La democrazia ha bisogno di Dio". Falso!*, Bari-Roma 2015, ed. digitale, è peraltro confermato *ex multis* da G. Brunelli, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2009, 815 ss.; F. Luzzato, *Esiste ancora lo Stato sociale? Passato, presente e futuro del sistema italiano di welfare*, Milano 2013, 68 e da recenti fonti giornalistiche *Ansa, Aborto: in Italia 7 ginecologi su 10 sono obiettori*, 22.2..2017, disponibile all'indirizzo *Internet*: *https://www.ansa.it/canale_saluteebenessere/notizie/sanita/2017/02/22/aborto-in-italia-7-ginecologi-su-10-sono-obiettori_8e057fe0-efcf-4305-8c87-26a6bf6a946c.html*.

[76]C. cost., ordinanza n. 207/2018, § 10 del *Considerato in diritto*.

[77]C. cost., 22.11.2019 n. 242, cit., § 2.3. del *Considerato in diritto*.

[78]*Ibidem*, § 4 del *Considerato in diritto*.

Oltre a ciò, la meritoria procedura eutanasica spagnola risponde a precise esigenze segnalate dagli stessi giudici italiani, i quali, in assenza di una disciplina in materia di fine vita, hanno subordinato la liceità di determinate condotte di aiuto al suicidio al rispetto delle modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017, al coinvolgimento di una struttura pubblica del SSN nonché del comitato etico territorialmente competente: la necessità di "filtrare" le domande provenienti dai pazienti risoluti a porre termine alla propria esistenza, infatti, risponde non solo all'ambizione di una regolamentazione sorretta da irrinunciabili garanzie mediche, quanto prima di tutto di escludere dal novero dei legittimati i soggetti «più deboli e vulnerabili»[79], facilmente condizionabili all'atto di intraprendere decisioni terminali.
In conclusione, l'esperienza iberica si erge a esempio di costanza di un preciso disegno normativo che, come ricordato, era stato più volte perseguito già nel corso delle precedenti legislature. Al tempo stesso, appare innegabile come ulteriori progressi in un ambito eticamente sensibile richiedano specifiche congiunture politiche, risultando pretestuoso il riferimento all'attuale emergenza sanitaria globale quale supposto, ineludibile ostacolo allo sviluppo di una legislazione in materia di fine vita[80].

[79]C. cost., ordinanza n. 207/2018, cit., § 6 del *Considerato in diritto*.
[80]Non si può quindi che condividere l'opinione espressa da F. Lazzeri, Dum Romae (non) consulitur, cit., ove si osserva laconicamente come «a febbraio 2021 il quadro più completo disponibile […] delle proposte di legge pendenti non risulta confortante, considerato che solo una parte di esse risultano in corso di esame in commissione e che la seduta più recente si è svolta, se non erriamo, il 29 ottobre 2020. Certo lo stallo politico che ha anticipato e accompagnato la crisi di governo di gennaio-febbraio non ha giovato ai lavori parlamentari, e si potrebbe anche sostenere che la campagna vaccinale e le misure di sostegno dell'economia debbano in questa fase assorbire le principali energie delle istituzioni. Anche da questo punto di vista si rivela interessante guardare a quanto recentemente accaduto in Spagna, dove nella stessa seduta […] il Congresso dei Deputati ha approvato, oltre a quella in esame, anche una legge di conversione di un decreto contenente misure di contrasto al covid-19, offrendo una dimostrazione pratica del fatto che anche la gestione dell'emergenza (o meglio, della crisi) sanitaria e l'attività legislativa in tema di diritti civili possono talora coesistere».

TANTO TUONÒ CHE PIOVVE: IL DISASTRO INNOMINATO "AMBIENTALE" COME REATO EVENTUALMENTE PERMANENTE. ANALISI CRITICA DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN MATERIA DI INQUINAMENTO STORICO E PROGRESSIVO

di Filippo Venturi
Perfezionando in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

L'articolo, traendo spunto da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, si focalizza sulla struttura temporale del delitto di disastro innominato nei processi relativi a macroscopiche contaminazioni dell'ecosistema. L'indagine si articola come segue: innanzitutto, si ripercorrono sinteticamente le principali fasi della parabola applicativa del disastro innominato in materia ambientale, nonché le relative obiezioni dottrinali; in un secondo momento, si approfondiscono le ripercussioni che le diverse ricostruzioni del suo fatto tipico hanno sul piano della sua istantaneità o (eventuale) permanenza; infine, si formula una proposta di interpretazione sistematica diretta a ricondurre la sua amorfa tipicità entro confini maggiormente delimitati.
The paper, originating from a recent ruling of the Corte di Cassazione, focuses on the temporal structure of the crime of "unnamed" disaster when applied to processes of macroscopic environmental pollution. The study is developed as follows: firstly, it briefly recalls the main passages of the judicial history of the crime of "unnamed" disaster in environmental matters, as well as the related scholars' objections; secondly, it analyses the consequences that the various interpretations of its material structure have on its instantaneity or (eventual) permanence; lastly, it proposes a systematic interpretation aimed at limiting its amorphous legal shape.

SOMMARIO: 1. L'occasione per uno studio.- 2. La amorfa tipicità del disastro innominato nell'elaborazione giurisprudenziale in materia ambientale.- 2.1. La debole *actio finium regundorum* della Corte costituzionale.- 2.2. Il consolidamento dell'indirizzo giurisprudenziale volto a ricondurre i fenomeni di inquinamento storico al disastro innominato.- 2.3. Le critiche della dottrina: dai *nomina nuda* dei disastri tipizzati alla *calamitas pristina* degli artt. 434 e 449 Cp.- 3. *Excursus* su istantaneità e permanenza del reato tra dottrina e giurisprudenza.- 4. Istantaneità e permanenza del disastro innominato "ambientale" nella precedente giurisprudenza di legittimità.- 5. Tanto tuonò che piovve: il "tipo giurisprudenziale" di disastro innominato come reato eventualmente permanente.- 5.1. Rilevanza pratica e simbolica della qualificazione del disastro innominato come reato eventualmente permanente.- 6. Brevi considerazioni di politica criminale: miopia e alternative della strategia giudiziale di tutela penale dell'ecosistema dai fenomeni di inquinamento storico.- 7. Il ripristino della tipicità del disastro innominato tramite la clausola di riserva dell'art. 452 *quater* Cp (ossia, fare di necessità virtù).

1. - Il presente contributo trae origine dalla sentenza con la quale la Corte di Cassazione, confermando la pronuncia di condanna emessa in sede di appello, ha concluso il "maxi-processo ambientale"[1] relativo alla contaminazione della falda acquifera sotterranea allo stabilimento chimico adiacente all'abitato di Spinetta Marengo[2]. Le argomentazioni elaborate dalla Corte in

[1] L'espressione è tratta da C. Ruga Riva, *L'avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di prova dei maxi-processi ambientali: qualche spunto su criteri di accertamento e quantificazione del pericolo*, in *RIDPP* (n. 3) 2017, 1008 ss.
[2] Cass., 7.5.2020, n. 13843, in www.dejure.it.

tale decisione si snodano, infatti, lungo il sentiero interpretativo degli artt. 434 e 449 Cp, da tempo tracciato e ormai abitualmente frequentato dalla giurisprudenza di legittimità nei casi di "inquinamento storico"[3]. La pronuncia rappresenta, dunque, l'occasione per esaminare criticamente tale tormentato percorso ermeneutico[4], il quale peraltro, in tale decisione, è stato condotto ad un approdo ulteriore, consistente nella qualificazione del delitto di disastro innominato quale reato (eventualmente) permanente. Questo esito, sebbene non rappresenti - ad avviso di chi scrive - una inattesa deviazione dalla via già solcata dalla Corte nelle sue precedenti pronunce (costituendone piuttosto un coerente proseguimento), pare comunque, per le ragioni che si esporranno, meritevole di approfondite considerazioni.

Il punto di fuga delle riflessioni che si svolgeranno nel presente studio è dunque rappresentato dal tema, assai sensibile[5], del profilo temporale del delitto di disastro innominato nei processi relativi a macroscopiche contaminazioni dell'ecosistema. Si procederà, pertanto, come segue: innanzitutto, si ripercorreranno sinteticamente le principali fasi della parabola applicativa di tale delitto in materia ambientale, nonché le relative obiezioni dottrinali; in un secondo momento, si approfondiranno le ripercussioni che le diverse soluzioni proposte hanno sul piano della sua istantaneità o (eventuale) permanenza, sostenendosi in particolare che la qualificazione (apparentemente innovativa) cui è da ultimo pervenuta la Corte di Cassazione fosse in verità già tacitamente ricompresa entro i connotati della (ormai) risalente figura giurisprudenziale di disastro innominato, la cui amorfa tipicità si presta a ricomprendere (anche) forme di realizzazione permanente dell'illecito; infine, dopo aver svolto alcune cursorie considerazioni riguardanti l'opportunità politico-criminale della strategia attualmente adottata dalla giurisprudenza per la tutela penale dell'ambiente a fronte dei fenomeni di inquinamento storico, si formulerà una proposta volta a ricondurre la tipicità del reato di disastro innominato entro confini maggiormente delimitati (e, dunque, ammissibili) tramite un'interpretazione sistematica fondata sul raffronto con il delitto di disastro ambientale (art. 452 *quater* Cp), la cui iniziale clausola di riserva impone (ormai) di razionalizzare la portata applicativa delle incriminazioni di cui agli artt. 434 e 449 Cp.

Tale programma di ricerca potrebbe parere, *prima facie*, esorbitare dai confini, (apparentemente) circoscritti, del tema che ci si propone di indagare, ossia quello della configurazione temporale del delitto di disastro innominato "ambientale"[6]. In verità però, ad una riflessione più accorta, si comprende che tale questione si radica proprio nell'anomalia della tipicità di tale reato, la quale, esaurendosi testualmente nella causazione di un disastro "altro" rispetto a quelli nominati negli artt. 423 ss. Cp, tende nella prassi a dilatarsi in modo abnorme, fungendo da parametro politropo entro cui ricondurre fenomenologie di danno all'ecosistema assai diversificate sul piano materiale

[3] L'espressione è utilizzata dal molteplici Autori. Da ultimo, A. Gargani, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, che la associa proprio all'impiego della fattispecie di disastro innominato in materia ambientale e sanitaria. Per una definizione, si v. G. Rotolo, *Historical Pollution: in search of a legal definition*, in *Historical pollution. Comparative legal responses to environmental crimes*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, 61: ad avviso dell'Autore, l'espressione «inquinamento storico» indica «*the pollution of sites and natural resources (intended as the relevant behaviour), which started or took place in the past, due to industrial activities or other production-related activities. Historical pollution usually entails the emergence—or the persistence—of contamination of sites and natural resources (meant as the effect of such a conduct) a long period of time after the original pollution took place*». Peraltro, a p. 70, in tale nozione viene ricondotto anche l'inquinamento in corso («*ongoing pollution*»).

[4] T. Padovani, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *GD* 2015 (32), definisce la questione dei rapporti tra art. 434 Cp e materia ambientale «uno dei nodi ermeneutici più tormentati dell'ultimo quarto di secolo».

[5] Come dimostra la vicenda Eternit. Su tale aspetto si sofferma, in particolare, G. L. Gatta, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *DPenCont* (n. 1) 2015, 77 ss.

[6] Tale espressione si rinviene non solo in dottrina (di norma con una connotazione critica: *ex multis* A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020), ma anche nella stessa giurisprudenza di legittimità. Ad es. Cass., 19.10.2018, n. 47779, in www.dejure.it e Cass., 14.7.2011, n. 46189, in www.dejure.it.

(e, quindi, temporale). Pertanto, la riflessione in ordine alla problematica della istantaneità o (eventuale) permanenza del disastro innominato "ambientale" non può andare disgiunta da una (pur sintetica) analisi critica della sua biografia applicativa, poiché è nella pertinente elaborazione giurisprudenziale (e non nella *littera legis*) che si rinvengono i tratti identificativi del fatto tipico di tale delitto[7], di cui il dato temporale costituisce un corollario logicamente subordinato[8]. Peraltro, sarà proprio lo studio dell'intera vicenda applicativa, in materia ambientale, di tale (ormai) famigerato «delitto *extra ordinem*, relitto dell'*Ancien Régime*»[9] e dei relativi *vulnera* al principio di legalità penale ad imporre, nelle battute conclusive del presente scritto, la ricerca di correttivi interpretativi "nuovi" (in quanto fondati sul mutato assetto legislativo) in grado di contenere l'ingigantita tipicità di tale reato e di ripristinarne la conformità all'assetto costituzionale.

2. - L'evoluzione ermeneutica che ha connotato le fattispecie di disastro innominato *ex* artt. 434 e 449 Cp è nota e verrà, pertanto, esposta sinteticamente. Ad essa sembra attagliarsi perfettamente quella che Ulrich Beck ha definito «confusione di secoli», essendo stata la giurisprudenza per lungo tempo costretta a fronteggiare «le sfide dell'era della tecnologia […] con concetti e ricette derivanti dalla prima società industriale del diciannovesimo secolo e degli inizi del ventesimo secolo»[10]. Le risalenti lacune dell'ordinamento penale in materia ambientale sono state infatti colmate in sede giudiziale proprio mediante la fattispecie di disastro innominato, già intesa dal legislatore degli anni '30 quale «clausola di adeguamento automatico della tutela dell'incolumità pubblica alle macro-offese dipendenti dallo sviluppo tecno-industriale»[11]: sin dall'origine, dunque, essa era stata concepita come incriminazione esonerata dal vincolo della tipicità penale.
Dopo una prima fase in cui gli artt. 434 e 449 Cp sono stati infatti applicati, in materia ambientale, a casi di «macro-danneggiamento, caratterizzato da complessità, estensione, gravità, diffusività e contestualità dell'evento di danno»[12] pericoloso per la pubblica incolumità, la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente valorizzato l'originaria vocazione «complementare e di chiusura»[13] di tali delitti, concepiti dal legislatore codicistico proprio «in vista dello sviluppo assunto dalla attività industriale e commerciale, ravvivata e trasformata incessantemente dai progressi meccanici e chimici»[14], e li ha pertanto ritenuti idonei a ricomprendere anche fenomeni di grave inquinamento storico e progressivo.
Si tratta di una tendenza ermeneutica inaugurata nel 2006 con la pronuncia della Corte di Cassazione relativa al caso del Petrolchimico di Porto Marghera[15], ove si legge che il disastro «può realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato, senza che si verifichi un evento disastroso immediatamente percepibile e purché si verifichi quella compromissione delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori […] che consentono di affermare l'esistenza di una

[7] D. Brunelli, *Il disastro populistico*, in *Crim*, 2014, 269 afferma infatti che la Corte di Cassazione è «artefice del tipo» del disastro innominato.
[8] Come si desume da C. cost., 17.12.1987, n. 520 in www.dejure.it, secondo cui «la natura permanente o istantanea del reato non può dipendere da esplicita ed apodittica qualificazione […] ma dalla sua naturale essenza, trattandosi di un carattere che inerisce alla qualità della condotta così come si presenta nella realtà» e «di cui il legislatore [o il giudice] prende atto».
[9] Secondo l'incisiva espressione di A. Gargani, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *ED*, Annali VIII 2015, 590.
[10] U. Beck, *La società globale del rischio*, Trieste 2001, p. 69, richiamato da F. Centonze, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano 2004, 19.
[11] A. Gargani, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *CP* (n. 7-8) 2016, 2705 ss.
[12] *Amplius*, A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020. Il *leading case* è rappresentato dall'incidente avvenuto nello stabilimento Icmesa di Seveso nel 1976.
[13] L. Ramacci, *Il «disastro ambientale» nella giurisprudenza di legittimità*, in *Amb. & Svil*. 2012, 722.
[14] Così Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Volume V, Relazione del Guardasigilli sui libri II e III del Progetto definitivo di un nuovo codice penale, 1929, p. 224 e 255.
[15] Cass., 17.5.2006, n. 4675 in www.dejure.it.

lesione della pubblica incolumità». A tale conclusione la Corte perviene osservando che «non tutte le ipotesi di disastro previste dal capo I del titolo VI» del libro II Cp sono connotate da un'immediata ed evidente forza distruttiva poiché «la frana […] può consistere in spostamenti impercettibili che durano anni» e «l'inondazione può consistere in un lentissimo estendersi delle acque in territori emersi».

2.1. - A seguito della riscoperta, da parte della giurisprudenza di legittimità, dell'ampiezza e della duttilità applicativa della fattispecie di disastro innominato così come concepita dal legislatore del '30, la Corte costituzionale è stata chiamata dal Gup del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere a pronunciarsi in ordine al preteso difetto di tassatività e determinatezza dell'incriminazione di cui all'art. 434 Cp, asseritamente fondata su un'analogia *in malam partem* anticipata ed espressa[16].
Nel dichiarare la questione di legittimità costituzionale infondata, la Consulta, mediante il raffronto con le ipotesi tipizzate dal legislatore nel capo I del titolo VI del libro II Cp, ha enucleato due profili che ha ritenuto identificare la nozione, «unitaria», di disastro: da un lato, la presenza «di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi»; dall'altro lato, la sussistenza di un «pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone, senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verificazione della morte o delle lesioni di uno o più soggetti»[17]. Peraltro, ad avviso della Corte costituzionale, questi due requisiti, ossia quello dimensionale e quello offensivo, sarebbero stati correttamente identificati dal «diritto vivente» e considerati, «senza oscillazioni significative», perno applicativo delle incriminazioni di cui agli artt. 434 e 449 Cp. In quest'ottica, dunque, l'esistenza di «un indirizzo giurisprudenziale costante» confermerebbe, secondo la Consulta, la possibilità di individuare «la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa».
I profili di frizione di tale pronuncia rispetto all'esigenza di garantire un'applicazione rigorosa dei corollari di garanzia del principio di legalità in materia penale sono noti e non verranno, pertanto, indagati in questa sede[18]. Ciò che, invece, può essere qui più interessante rilevare è che, alcuni anni dopo averla redatta, il giudice relatore di questa sentenza ha condiviso alcune perplessità espresse in dottrina con riguardo alla prassi applicativa del delitto di disastro innominato, giungendo ad affermare che la tendenza pretoria volta a ricondurre «ad esso fenomeni di progressiva, imponente contaminazione dei suoli, delle acque o dell'aria con sostanze pericolose per la salute, attuata tramite condotte reiterate e diluite nel tempo è il frutto di una elaborazione interpretativa giurisprudenziale che oltrepassa i limiti della formulazione normativa e si risolve nella creazione di una nuova e diversa norma». Ad avviso dello scrivente, infatti, questo indirizzo ermeneutico contraddirebbe «i canoni sulla cui base la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la censura (in particolare, nella specie, il canone della necessaria omogeneità tra il disastro innominato e gli altri disastri dianzi indicati)», potendo ciò addirittura condurre a ravvisare i presupposti per un nuovo sindacato di legittimità costituzionale in ordine agli artt. 434 e 449 Cp[19].

[16] Come rileva A. Gargani, *Le plurime figure*, in *CP* (n. 7-8) 2016, 2705 ss.
[17] C. cost., 1.8.2008, n. 327, in www.dejure.it. Per un più ampio commento si v. F. Giunta, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, in *GiurCost*. (n. 4) 2008, 3539 ss.
[18] Per alcune perplessità, oltre a F. Giunta, *op. loc. ult. cit.*, anche D. Brunelli, *op. cit.*, in *Crim*, 2014, 254 ss., G. De Francesco, *Diritto Penale*, Torino 2018, 104 e A. Gargani, *Le plurime figure*, in *CP* (n. 7-8) 2016, 2705 ss. il quale parla di sentenza «debole […] più sensibile al quieto vivere ordinamentale e all'*horror vacui* che alla *ratio* di garanzia del principio di determinatezza».
[19] Così, G. M. Flick, *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 Cp*, in *CP* (n. 1) 2015, p. 12 ss. Anche S. Corbetta, *Il disastro innominato: una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, in *Crim*, 2014, 282, rileva il tradimento della «sostanza» dei «principi fissati dalla decisione della Corte costituzionale» da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

Il fatto che tali considerazioni provengano dal giudice estensore della sentenza della Corte costituzionale n. 327/2008 dimostra che con tale decisione non si intendesse affatto legittimare l'impiego della fattispecie di disastro innominato allo scopo di reprimere fenomeni di inquinamento storico e progressivo[20], essendo piuttosto implicito nel requisito dell'«evento distruttivo di proporzioni straordinarie» il carattere della «concentrazione spaziale e soprattutto temporale» dell'accadimento catastrofico, il quale dovrebbe essere «puntuale» ed «individuabile»[21]. Tuttavia, la mancata esplicitazione di tale connotato ha reso l'*actio finium regundorum* della Consulta tanto debole ed inefficace da alimentare quell'indirizzo giurisprudenziale estensivo del fatto di "altro disastro" che essa intendeva, invece, contenere[22].
In effetti, il parametro dell'«evento distruttivo», per come apoditticamente utilizzato dalla Consulta con riferimento al «piano dimensionale» della fattispecie, si presta a interpretazioni discordanti: non a caso, nella sentenza Eternit, la Corte di Cassazione ha asserito che, se si decidesse di escludere dal delitto di disastro innominato l'ipotesi di «immissione di fattori inquinanti», «arbitrariamente» si ridurrebbe «la nozione di distruzione ai fenomeni macroscopici e visivamente percepibili, escludendo senza fondamento la rilevanza di tutti i fenomeni distruttivi prodotti da immissione tossiche»[23]. Tuttavia, laddove ci si sforzi di cogliere la connotazione (non solo dimensionale, ma anche) qualitativa di tale espressione, pare che essa debba essere riferita esclusivamente ad eventi eclatanti, dirompenti ed esteriormente percepibili. Tale asserzione si giustifica non solo in ragione dell'etimologia del verbo "distruggere"[24], ma anche in ragione dell'impiego che di tale termine si fa nella legislazione punitiva, ove esso indica una condotta caratterizzata dalla massima intensità lesiva, tale da annientare la consistenza materiale delle cose che la subiscono. Ciò emerge in particolare dalle norme del codice penale, ove, sebbene con talune ambiguità, la distruzione è ritenuta condotta differente e più grave rispetto al mero deterioramento o al mero danneggiamento[25]. In questa prospettiva qualitativa, dunque, parrebbe fuorviante ricomprendere nella nozione di «evento distruttivo» anche fenomeni silenti e lungolatenti di (pur significativo) deterioramento dell'ecosistema. Ad ogni modo, è evidente come tale faticoso esercizio di "ginnastica" interpretativa produca risultati non concludenti a causa della scarsa precisione della Corte costituzionale nel definire la nozione di «evento distruttivo»: anzi, per quanto i summenzionati argomenti (letterale e sistematico) possano risultare convincenti, la circostanza che la Consulta impieghi tale sintagma per definire il profilo «dimensionale» del disastro innominato lascia inalterata la possibilità (di cui si è poi avvalsa la giurisprudenza di legittimità) di ritenere che qualsiasi avvenimento idoneo «a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi» possa essere ritenuto «distruttivo».

---

[20] In effetti, la Consulta, nell'auspicare un intervento del legislatore penale, fa riferimento esplicito a «soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato - e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale».
[21] Per utilizzare ancora le parole di G. M. Flick, *op. cit.*, in *CP* (n. 1) 2015, 12 ss.
[22] In effetti, pare condivisibile il rilievo di A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 5, secondo cui dopo la pronuncia della Consulta «la giurisprudenza di legittimità ha intensificato l'applicazione del disastro innominato ambientale».
[23] Cass., 23.2.2015, n. 7941, in www.dejure.it. Molteplici sono le reazioni e le riflessioni che tale pronuncia ha prodotto in dottrina. Nella prospettiva delle presenti considerazioni, *ex multis*, si segnala L. Masera, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *RIDPP* (n. 3) 2015, 1565 ss.
[24] Il termine distruzione deriva dal latino *destruĕre*, che si compone della particella privativa *de* e del verbo *struĕre* (costruire, ammassare). In quest'ottica, esso indica l'azione contraria a quella della costruzione, ossia l'abbattimento, il disfacimento, la riduzione al niente. Non pare a chi scrive che una contaminazione ambientale possa essere assimilata a tale nozione.
[25] Ai sensi dell'art. 635 Cp, infatti, la condotta di distruzione integra il reato di danneggiamento. Tuttavia, nelle norme in cui anche il termine danneggiamento è impiegato per indicare una specifica tipologia di condotta (ad es. art. 420 Cp), esso assume un significato distinto (ed evidentemente connotato da una minore offensività) rispetto a quello che caratterizza la condotta di distruzione.

2.2. - La prassi ermeneutica inaugurata dalla sentenza relativa al Petrolchimico di Porto Marghera - entro i laschi confini segnati dai due requisiti (dimensionale ed offensivo) indicati dalla Corte costituzionale - si è infatti, nel tempo, consolidata.
Tra le più importanti pronunce in materia, una menzione particolare merita la sentenza Eternit[26], in cui il richiamo alle precedenti decisioni della Corte di Cassazione e della Consulta è funzionale all'affermazione secondo cui nella fattispecie di disastro innominato rileverebbero non solo «fenomeni macroscopici e visivamente percepibili» ma anche «fenomeni distruttivi prodotti da immissioni tossiche che, come nel caso in esame, incidono altresì sull'ecosistema e addirittura sulla composizione e quindi sulla qualità dell'aria respirabile, determinando imponenti processi di deterioramento, di lunga o lunghissima durata, dell'habitat umano». Secondo la Corte, infatti, il requisito della "violenza", che come noto caratterizza i delitti di cui al capo I, titolo VI, libro II Cp, è da intendersi quale «impiego di un qualsivoglia energia o mezzo idoneo a superare l'opposizione della potenziale vittima e a produrre l'effetto offensivo senza la cooperazione di quella; sicché non è seriamente dubitabile che anche l'energia impiegata nell'ambito di un processo produttivo che libera sostanze tossiche […] rappresenta, nell'accezione considerata, violenza». Tali considerazioni, come noto, non hanno, tuttavia, impedito alla Corte di ritenere che, nella vicenda sottoposta al suo scrutinio, il reato si dovesse considerare prescritto, venendo identificato il momento della sua consumazione nell'istante di cessazione delle condotte inquinanti: su tale questione, comunque, ci si soffermerà più approfonditamente tra breve.
Un'altra recente pronuncia che, in questa sede, è opportuno considerare è la decisione relativa alla discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino[27] ove, in piena continuità con la precedente giurisprudenza di legittimità, si sostiene che il reato di disastro innominato (colposo) possa essere integrato anche da eventi non immediatamente e visivamente percepibili che si realizzano in periodi di tempo molto prolungati, purché siano ovviamente pericolosi per la pubblica incolumità. Anche in questa pronuncia, peraltro, il momento di consumazione dell'illecito viene identificato nella cessazione delle condotte inquinanti e il reato viene, pertanto, ritenuto prescritto: rispetto ai precedenti testé richiamati, tuttavia, in questa sede la Corte afferma esplicitamente che il disastro innominato deve essere qualificato quale «reato istantaneo ad effetti permanenti».
Tra le sentenze che si inscrivono in questo percorso di consolidamento della fattispecie giurisprudenziale di "disastro ambientale"[28] occorre poi richiamare un'altra recente pronuncia della Suprema Corte, ove si afferma che le emissioni di polveri sottili provocate da una centrale termoelettrica e protrattesi «lungo un arco temporale pluriennale» possono integrare la fattispecie di cui all'art. 434 Cp, la quale ricomprende anche quei fenomeni di inquinamento, «non dirompenti ed eclatanti, ma diffusi, silenti e penetranti», che «alterano negativamente e continuativamente l'ambiente circostante allo stabilimento industriale e la qualità dell'ecosistema, determinando imponenti processi di deterioramento di lunga durata delle condizioni di vivibilità umana»[29].

[26] Cass., 23.2.2015, n. 7941, cit. A tal riguardo, A. Gargani, *Le plurime figure*, in *CP* (n. 7-8) 2016, 2705 ss., parla di «disastro sanitario».
[27] Cass., 19.10.2018, n. 47779, *cit*. Per l'analisi delle precedenti sentenze di merito si rinvia a S. Zirulia, *La sentenza d'appello sul caso di Bussi sul Tirino (avvelenamento di acque e disastro ambientale)*, in *DPenCont* (n. 1) 2017, 318 ss.
[28] Come viene esplicitamente definita in alcuni arresti della Suprema Corte. Ad es. Cass., 19.10.2018, n. 47779, in www.dejure.it e Cass., 14.7.2011, n. 46189, in www.dejure.it.
[29] Cass., 10.1.2018, n. 2209, in www.dejure.it. La Suprema Corte offre, in questa sede, anche una dettagliata valutazione del tema della consumazione della fattispecie di disastro doloso aggravato dall'evento cui all'art. 434, co. 2 Cp. Essa, tuttavia, non pare discostarsi significativamente dai principi espressi nella sentenza Eternit. Maggiormente controversi paiono, invece, i passaggi argomentativi volti ad escludere, nel caso di specie, l'applicazione dell'art. 434 co. 2 Cp, poiché sembrano poggiare su motivazioni non del tutto convincenti (prima, l'assenza di conseguenze lesive per la collettività; quindi, più condivisibilmente, l'assenza di «una

Tali conclusioni sono state confermate anche da un'altra decisione, quasi contestuale, della Corte di Cassazione[30], riguardante però un ulteriore ambito di applicazione della fattispecie giurisprudenziale di disastro innominato[31], ossia la compromissione di una o più risorse ambientali dovuta ad attività abusive di smaltimento e deposizione di rifiuti industriali. In tale sentenza, infatti, dopo aver operato espliciti richiami ai precedenti giurisprudenziali testé analizzati, si conclude affermando che «la durata dell'abbandono incontrollato dei rifiuti e del materiale (cinque mesi), il quantitativo di sostanze contaminate […], la loro intensa tossicità, la loro diffusione nell'ambiente circostante […] e il pericolo di causazione di danni ulteriori alla salute» sono «idonei a produrre il disastro ambientale». È interessante rilevare come la durata delle condotte inquinanti e della relativa contaminazione ambientale sia nel tempo divenuta, da aspetto di controversa compatibilità con l'incriminazione di cui agli artt. 434 e 449 Cp, elemento utile ai fini dell'accertamento della sua integrazione[32].
Siffatta dilatazione del "tipo giurisprudenziale" di disastro innominato "ambientale" è stata da ultimo confermata dalla Suprema Corte nella sentenza relativa allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo[33], concernente un caso di significativa contaminazione della falda acquifera adiacente ad un centro abitato dovuta all'accumulo abusivo e prolungato di rifiuti tossico-nocivi in concentrazioni superiori alle soglie stabilite dal d. lgs. 152/2006. È interessante peraltro osservare come, in tale vicenda, l'impiego del delitto di disastro innominato colposo (art. 449 Cp) sia stato non il risultato della strategia della pubblica accusa, che anzi aveva originariamente contestato il reato (più grave sul piano sanzionatorio) di avvelenamento di acque o sostanze alimentari (art. 439 Cp)[34], bensì l'esito della scelta del giudice di primo grado di riqualificare il fatto nell'incriminazione di cui all'art. 449 Cp e di affidarsi, così, ad un modulo punitivo connotato da una duttilità ampiamente collaudata in sede pretoria[35], secondo una inerzia riscontrabile in numerosi processi relativi a casi analoghi[36]. In ragione di tale decisione, infatti, il tribunale

situazione di macroscopico inquinamento dell'aria»). A tal proposito, giova ribadire che nelle fattispecie di cui all'art. 434, co. 2 e 449 Cp, il macroevento distruttivo debba consistere in una significativa modificazione della realtà materiale che presenta una pericolosità per la pubblica incolumità il cui inveramento è però estraneo al fatto tipico delle incriminazioni in esame.

[30] Cass., 23.2.2018, n. 40718, in www.dejure.it. Per un commento critico, si v. E. Mazzanti, *Il delitto inquinato. ancora su sversamento di rifiuti e disastro innominato*, in *CP* (n. 5-6) 2019, 2060 ss.

[31] Che, come rileva A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, p. 2, trova la più significativa espressione in Cass., 14.7.2011, n. 46189, in www.dejure.it, infatti richiamata anche nella sentenza relativa allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo.

[32] Cfr. anche Cass., 16.1.2008, n. 9418, in www.dejure.it, ove ancor più esplicitamente si sostiene che «la durata in termini temporali e l'ampiezza in termini spaziali delle attività di inquinamento giustificano la sussunzione della fattispecie concreta nella contestata ipotesi di reato di disastro innominato». Interessante è anche Cass., 21.9.2016, n. 5273 in www.dejure.it, relativa ad un caso di esposizione all'amianto dei lavoratori di uno stabilimento chimico, ove la Corte, dopo aver confermato la riconducibilità alla fattispecie di disastro innominato colposo delle immissioni tossiche di lunga durata che determinano un deterioramento «dell'habitat umano» tanto significativo da implicare un pericolo per la pubblica incolumità, giustifica tale consolidato orientamento giurisprudenziale mediante il richiamo al metodo dell'interpretazione evolutiva, impiegato allo scopo di adeguare le fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 Cp «ai mutamenti tecnologici che hanno grandemente mutato il contesto entro il quale esse sono state 'distillate' dal legislatore».

[33] Cass., 7.5.2020, n. 13843, cit.

[34] Questo è solo il principale capo di imputazione. Originariamente vi è infatti anche un secondo capo di imputazione riguardante l'ipotesi di reato di cui all'art. 257 del d.lgs. 152/2006, ossia la contravvenzione di "contaminazione ambientale" (cfr. A. Di Landro, *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28.2.2014). Nella sentenza di primo grado, però, tutti gli imputati vengono assolti con riferimento a tale imputazione, la quale cessa così definitivamente di avere rilevanza nella vicenda processuale in esame.

[35] A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, p. 590, parla, in modo ancor più icastico, di «carattere liquido» di tale «modulo di imputazione».

[36] Cfr. C. Ruga Riva, *op. cit*., in *RIDPP* (n. 3) 2017, 1008 ss., che ne ravvisa le cause in due caratteristiche della fattispecie di disastro innominato: la minore cornice edittale rispetto al delitto di avvelenamento di acque e il maggior tempo di prescrizione rispetto alle contravvenzioni ambientali astrattamente applicabili. Sebbene tali fattori siano di indubbio rilievo, chi scrive ritiene

perviene ad una pronuncia di condanna, confermata, pur con alcuni marginali adattamenti[37], anche in sede di appello[38]. Argomentando l'infondatezza di tutti i motivi di ricorso che compongono il lungo (e a tratti ridondante) *cahier de doléances* articolato dalla difesa avverso la sentenza di secondo grado[39], la Corte di Cassazione elabora una motivazione assai complessa e approfondita, di cui molteplici sono i profili di interesse[40]. In questa sede, è opportuno soffermarsi sulle considerazioni elaborate dal Collegio per definire il fatto tipico del delitto di disastro innominato colposo. A tal fine, la Corte muove, con apprezzabile (e non comune) rigore analitico, dal tentativo di definire le condotte suscettibili di integrare tale reato: trattandosi tuttavia di «fattispecie di evento a forma liberissima»[41], lo sforzo profuso dal giudice di legittimità risulta di scarsa utilità poiché si traduce in formule che, esaurendosi in definitiva nel riferimento alla violazione delle pertinenti regole cautelari, hanno una ridotta capacità di contenere la abnorme tipicità dell'art. 449 Cp[42] e falliscono dunque nel compito di fugare l'*horror vacui* dell'interprete innanzi a tale delitto[43]. Di maggiore interesse è, dunque, l'argomentazione che la Corte elabora a proposito dell'evento tipizzato dalla fattispecie in esame, ove essa recepisce e consolida le (ormai) tralatizie formule descrittive impiegate in tale materia dalla giurisprudenza di legittimità: si legge infatti in molteplici passaggi della sentenza che «il delitto di disastro colposo innominato è integrato da un "macroevento", che comprende non soltanto gli eventi disastrosi di grande immediata evidenza (crollo, naufragio, deragliamento ecc.) che si verificano magari in un arco di tempo ristretto, ma anche gli eventi non immediatamente percepibili, che possono realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato» (ossia «goccia a goccia, per mesi o anni») e connotati «dall'impossibilità di individuare il momento storico del raggiungimento dell'acme della contaminazione».

che un ruolo non marginale abbia anche la polifunzionalità, sul piano dei bisogni di tutela, di questa «clausola generale di fonte giurisprudenziale», secondo l'espressione di A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 10.

[37] La pronuncia di primo grado viene infatti riformata solo con riguardo alla posizione di un imputato, rispetto al quale il reato contestato si è frattanto prescritto, e con riguardo alle pene applicate agli altri (tre) imputati precedentemente condannati, le quali vengono, in ragione dell'applicazione delle attenuanti generiche, ridotte a un anno e otto mesi di reclusione, consentendo ciò la concessione dei benefici della sospensione condizionale e della non menzione della condanna nel casellario giudiziale.

[38] Ove si sostiene, secondo quanto riportato dalla Corte di Cassazione, che il delitto di disastro innominato (colposo) rappresenti una fattispecie di «chiusura inserita per disciplinare anticipatamente disastri non ipotizzabili dal legislatore del 1930 in quel contesto storico» e che, soprattutto, per la sua integrazione sia sufficiente un «evento naturalistico diacronico» consistente in «un lento processo di contaminazione della matrice ambientale […] inevitabilmente collegato alla condotta umana e, in quanto tale, eventualmente permanente», decorrendo dunque il termine di prescrizione a partire dal «momento di cessazione della funzione ricoperta dal singolo imputato».

[39] Tralasciando le impugnazioni relative alle statuizioni civili e soffermando piuttosto l'attenzione sui motivi di doglianza relativi ai punti propriamente penali della decisione, essi possono essere schematicamente ricondotti ai seguenti profili: 1) il difetto di correlazione tra imputazione e sentenza; 2) la condotta, l'evento e la consumazione del delitto di disastro innominato; 3) la presenza e la valutazione del pericolo per la pubblica incolumità; 4) la sussistenza, in capo agli imputati, di posizioni di garanzia rilevanti in ambito ambientale; 5) la presenza di una colpa degli imputati; 6) la commisurazione delle pene inflitte.

[40] Interessanti sono, in particolare, i passaggi argomentativi relativi all'impiego del metodo del *risk assessment* per verificare la presenza di un pericolo per la pubblica incolumità (su cui, criticamente, G. P. Accinni, *"Larve" di processi e parodie di giustizia*, in *RIDPP* (n. 2) 2016, 559 ss.) nonché quelli relativi alla sussistenza di una successione di garanti in materia ambientale (a tal riguardo, T. Padovani, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *RIML*. (n. 2) 2015, 383 ss.; A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc* (n. 3-4) 2011, 508 ss.; M. Grotto, *Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia*, in *RTrimDPenEc* (n. 3) 2011, p. 561 ss. Cfr. anche E. Mazzanti, *Emissioni nocive e disastro innominato. Cronache di resistenza giurisprudenziale*, in *DPP* (n. 8) 2018, 1092 ss.).

[41] D. Brunelli, *op. cit.*, in *Crim* 2014, 261.

[42] Sostiene infatti il giudice di legittimità che «nella forma commissiva, oltre alle condotte genericamente imprudenti, vengono in considerazione quelle contrastanti con le norme presenti in vari rami dell'ordinamento, che dettano particolari cautele […] nell'esercizio di attività rischiose», mentre «nella forma omissiva, la condotta criminosa può consistere nella mancata adozione delle misure consigliate dalla più moderna tecnologia atta ad aumentare la sicurezza».

[43] Sostiene F. Forzati, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, ILVA ed emergenza rifiuti in Campania*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.3.2015, 13, che «il vero volto dell'art. 434 Cp è il vuoto normativo che l'*horror vacui* giurisprudenziale aveva rimosso».

Approfondendo ulteriormente tale profilo, inoltre, il Collegio precisa che il disastro innominato colposo, pur richiedendo *ex* art. 449 Cp la effettiva verificazione del macroevento distruttivo, è in verità connotato da un «duplice evento, di danno e di pericolo»[44]: il primo consiste nell'accadimento fisico che determina una modificazione della realtà materiale (ossia, il disastro in senso stretto), mentre il secondo consiste nella sua potenzialità lesiva per «la vita, incolumità fisica o salute di una pluralità indeterminata di persone» (ossia, il pericolo la pubblica incolumità)[45]. Declinando poi tali statuizioni nella peculiare prospettiva della tutela penale dell'ecosistema, la Corte sostiene dunque che «danno ambientale e disastro» coincidono «qualora l'attività di contaminazione di siti […] con sostanze pericolose per la salute umana assuma connotazioni di durata, ampiezza e intensità tale da risultare in concreto straordinariamente grave e complessa, mentre non è necessaria la prova di immediati effetti lesivi sull'uomo». Ancora una volta, quindi, la durata delle condotte inquinanti è ritenuta elemento (non problematico, bensì) utile ai fini dell'accertamento dell'integrazione della fattispecie di disastro innominato "ambientale".
Anche dall'analisi della giurisprudenza più recente, pertanto, risulta evidente come in ambito applicativo la flessibilità e l'adattabilità del «tipo aperto»[46] del reato di disastro innominato siano state sfruttate in modo ampio, tale da ricomprendere «le molteplici fenomenologie di danno o di pericolo correlate all'attività produttiva, incidenti sull'ambiente e sulla salute collettiva»[47]. Tuttavia, se da un punto di vista prasseologico sono chiari i vantaggi perseguiti dall'impostazione accolta in sede pretoria[48], non può non rilevarsi come l'identificazione di tale peculiare figura di macro-evento disastroso a formazione progressiva[49], inteso quale risultato «della stratificazione ed accumulo» nel tempo «di micro-accadimenti omogenei […] suscettibili» di determinare una contaminazione ambientale pericolosa (anche) per la pubblica incolumità[50], sia destinata a riverberarsi sul profilo del momento di consumazione delle fattispecie di cui agli artt 434, co. 2 e

[44] M. Poggi d'Angelo, *Il doppio evento (danno/pericolo) nel nuovo delitto di disastro ambientale-sanitario*, in *CP* (n. 2) 2019, 630 ss. Per un'impostazione lievemente differente, C. Ruga Riva, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss. Cfr. anche A. Gargani, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 4.4.2016, p. 10 (il quale parla, con riferimento alla nozione di disastro, di «nozione normativa a doppio parametro»).

[45] Declinando in materia ambientale tale statuizione generale, la Corte afferma che «il disastro innominato, quindi, è reato di pericolo a consumazione anticipata, che si perfeziona nel caso di contaminazione di siti a seguito di sversamento continuo e ripetuto di rifiuti di origine industriale, con la sola *immutatio loci*, purché questa si riveli idonea a cagionare un danno ambientale di eccezionale gravità». In proposito, inoltre, si sostiene, conformemente al consolidato indirizzo della Corte costituzionale in materia (*ex multis*, C. cost. 7.7.2005, n. 265 in *www.dejure.it*, su cui cfr. G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra princìpi e democrazia*, in *CP* (n. 1) 2017, 13 ss.), che il pericolo sia "astratto" ma che, al contempo, «l'offensività in concreto del fatto» vada comunque accertata, verificando «con giudizio *ex ante*, se […] il fatto fosse in grado di esporre a pericolo l'integrità fisica di un numero potenzialmente indeterminato di persone». Pertanto, la produzione di conseguenze lesive per gli individui, quali decessi o lesioni, non è ritenuta requisito tipico del delitto in esame.

[46] M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPenCont* (n. 3) 2016, 24.

[47] A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 4.

[48] Sui quali, *ex multis*, S. Corbetta, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 275 ss., D. Castronuovo, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.7.2015 e A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED, Annali VIII* 2015, 571 ss. Oltre all'esigenza di colmare l'assenza, prima della legge n. 68/2015, di delitti volti a reprimere la causazione di un pericolo concreto o di un danno all'ecosistema, la fattispecie giurisprudenziale di disastro innominato "ambientale" consente, nei casi in cui vi siano stati lesioni o morti, di agevolare la prova del nesso di causalità e, sebbene con risultati che sinora non sono sempre stati soddisfacenti per la pubblica accusa (soprattutto nei casi di inquinamento storico esauritosi da tempo), di posticipare la prescrizione al momento in cui cessi la condotta del soggetto agente (considerata la protrazione dell'evento di contaminazione).

[49] Al paradigma della «formazione progressiva» fanno riferimento molteplici autori, tra i quali D. Castronuovo, *op. cit.*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.7.2015 e E. Mazzanti, *op. cit*., in *CP* (n. 5-6) 2019, 2060 ss.

[50] A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020.

449 Cp[51]. Il tracciato ermeneutico di (abnorme) dilatazione del fatto tipico del disastro innominato pare infatti condurre, quale mèta ultima, alla sua qualificazione quale reato eventualmente permanente. Per comprendere le ragioni per le quali si può ritenere che tale esito sia connaturato al percorso applicativo appena analizzato, pare però opportuno esporre sinteticamente le critiche ad esso mosse in sede dottrinale: solo mediante una loro sommaria analisi si può infatti dar conto di quanto vacua ed amorfa sia la tipicità del disastro innominato "ambientale".

2.3. - Come anticipato, comunque, occorre preliminarmente riconoscere come non sia la giurisprudenza ad essere incapace di identificare gli esatti connotati della fattispecie di disastro innominato (quasi fosse affetta da una sorta di "prosopagnosia normativa"). Al contrario, è la stessa formulazione legislativa delle norme in esame, fondata sulla nozione di "altro disastro", ad essere carente sul piano della determinatezza e della tassatività. Lo ha rilevato, con le sue ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, il Gup del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere e lo ha osservato incidentalmente la dottrina, considerandola un'evidenza ormai quasi lapalissiana[52].
I commentatori, infatti, hanno preferito impegnarsi nel tempo a delineare una fattispecie di disastro innominato ammissibile dal punto di vista del principio di tipicità penale, ricavandola - in virtù dell'aggettivo "altro" - dai connotati tipici dei disastri c.d. nominati del capo I del titolo VI del libro II Cp. Dai *nomina nuda* si è tentato, pertanto, di risalire alla *calamitas pristina*, secondo la direttiva di metodo interpretativo prospettata (ma non condotta ai suoi esiti più rigorosi) dalla sentenza n. 327/2008 della Corte costituzionale[53].
In estrema sintesi, si è ritenuto che il raffronto con le incriminazioni tipizzate agli artt. 423 ss. Cp consentisse di enucleare, quali connotati strutturali tipici della fattispecie unitaria di disastro, i seguenti requisiti: 1) Le «proporzioni straordinarie» dell'evento disastroso (con riguardo alla sua «gravità, complessità, estensione, diffusività, e difficoltà di contenimento»)[54]; 2) La violenza dell'evento disastroso, ossia la sua «intrinseca (e pressoché immediata) forza espansiva e distruttiva» suscettibile di estrinsecarsi mediante un percepibile «impatto traumatico sulle cose»[55]; 3) La precisa connotazione spazio-temporale dell'evento disastroso, che deve pertanto essere contestuale ed istantaneo, o quasi[56]; 4) La pericolosità dell'evento disastroso per la vita o l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone[57].

[51] Come nota L. Masera, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 3) 2015, 1565 ss., infatti, «il problema-chiave, decisivo anche agli specifici fini dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione, è quello della esatta definizione della nozione di disastro».
[52] Si v. G. M. Flick, *op. cit.*, in *CP* (n. 1) 2015, 12 ss. Maggiormente scrupolosa a tal riguardo pare essere la dottrina più risalente. Si legga, ad es., G. Marinucci, *Crollo di costruzioni*, in *ED*, XI, 1962, 411 ss. il quale sostiene che l'inciso "altro disastro" è connotato da «una elasticità e una indeterminatezza tale, peraltro, che ha fatto dubitare, persino durante i lavori preparatori, della sua compatibilità col principio di stretta legalità (art. 1 Cp). Oggi, assurto quel principio a rigido principio dell'istituzione (art. 25 comma 2), i dubbi sarebbero certamente tanto più fondati e rilevanti».
[53] *Ex multis*, A. Gargani, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 4.4.2016 e D. Castronuovo, *op. cit*., in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.7.2015.
[54] A. Gargani, in molteplici scritti, tra cui *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in *CP* (n. 11) 2017, 3879 ss. Quelli richiamati sarebbero (non solo le «proporzioni»), ma anche i «modi» del «danneggiamento». In altro testo (*Le plurime figure*, in *CP* (n. 7-8) 2016, 2705 ss.), il medesimo Autore puntualizza tale nozione: «la pluridirezionalità e incontrollabilità dei molteplici processi causali, innescati dalla complessità della modificazione materiale, si materializzano nella diffusività del danno materiale, nel pericolo incombente sull'incolumità di più persone».
[55] In particolare, A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 574.
[56] Tra gli altri, D. Brunelli, *op. cit.*, in *Crim*, 2014, 262, il quale osserva che «anche la "frana" di cui all'art. 426 Cp, per esempio, può realizzarsi a seguito di spostamenti del terreno impercettibili durati per anni, ma, a un certo punto l'evento finale si manifesta fragorosamente all'esterno in maniera prorompente e definitiva». Cfr. S. Corbetta, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 275 ss. e L. Masera, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 3) 2015, 1565 ss.
[57] Ad es. S. Corbetta, *op. loc. ult. cit.*

Se il primo e l'ultimo connotato corrispondono con chiarezza ai due requisiti, dimensionale ed offensivo, già identificati dalla Consulta quali elementi distintivi della nozione normativa di disastro, gli altri due rappresentano invece il *proprium* dell'elaborazione dottrinale e sono stati enucleati anche attraverso la distinzione tra le nozioni di "violenza" e di "frode"[58], le quali caratterizzano - rispettivamente - il capo I e il capo II del titolo relativo ai delitti di "comune pericolo" contro "l'incolumità pubblica".

A ben vedere, è proprio la negazione da parte della giurisprudenza della rilevanza dei connotati della violenza e dell'unità spazio-temporale dell'evento catastrofico a rappresentare il principale motivo delle critiche che i commentatori hanno rivolto alla figura pretoria di disastro innominato in materia ambientale[59]. Risulta evidente, infatti, che ricomprendere nelle fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 Cp anche fenomeni di inquinamento di lunga durata «diffusi, silenti e penetranti» e, quindi, «eventi non immediatamente percepibili, che possono realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato» (composti da una pluralità di micro-accadimenti omogenei a dinamica seriale e progressiva), equivale a privare il disastro dei caratteri distintivi della pressoché contestuale ed istantanea «forza espansiva distruttiva»[60].

Tuttavia, come è stato condivisibilmente osservato, se alla nozione di disastro vengono sottratti questi connotati modali, a residuare è una fattispecie la cui tipicità si esaurisce nel «pericolo per la pubblica incolumità, quali che siano le modalità con cui questo è provocato»: «in sostanza non rimane nulla, il disastro non diventa altro che qualsiasi modificazione della realtà, che cagioni un pericolo alla pubblica incolumità»[61]. E ciò, peraltro, senza considerare che l'elaborazione giurisprudenziale in materia pare frequentemente orientata più alla salvaguardia dell'ambiente che alla protezione dell'incolumità pubblica, la cui messa in pericolo viene sovente identificata nella massiva contaminazione di una o più componenti dell'ecosistema, con una discutibile sovrapposizione di beni giuridici tutelati che rende plurioffensiva la figura pretoria di disastro innominato "ambientale"[62].

Le fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 Cp cessano, in tal modo, di costituire illeciti di modalità di lesione. La loro tipicità amorfa si presta a contenere, parificandoli, fenomeni differenti che già il legislatore del '30 pareva, in verità, voler distinguere[63]. In effetti, sono (*rectius*, erano prima della legge n. 68/2015) le fattispecie del capo II del titolo VI del libro II Cp ("delitti di comune pericolo mediante frode") a parere maggiormente idonee a ricomprendere i fenomeni di inquinamento storico e di contaminazione lungolatente delle falde acquifere: rispetto ad esse, infatti, «l'elemento qualificante è rappresentato dagli oggetti materiali della condotta di modificazione materiale, normativamente selezionati in dipendenza della destinazione pubblica»

[58] Per questa impostazione, in particolare, A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 571 ss., richiamato anche da D. Castronuovo, *op. cit*., in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.7.2015.

[59] Come osserva D. Brunelli, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 270, «il *vulnus* al principio di legalità, consumato "a monte", ricade a valle perché il giudice qui si fa artefice del tipo, scorgendo le sembianze del reato e della sua consumazione, con un criterio di specie non ripetibile e non generalizzabile».

[60] Lo rilevano molteplici Autori. *Ex multis*, S. Corbetta, *op. cit.*, in *Crim*, 2014, 275 ss., G. Ruta, *Problemi attuali intorno al disastro innominato*, in *Crim*, 2014, 293 ss., D. Castronuovo, *op. cit*., in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.7.2015, A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020. Cfr. anche G. M. Flick, *op. cit.*, in *CP* (n. 1) 2015, 12 ss., che attribuisce minor rilievo al requisito della "violenza" e che, invece, ritiene fondamentale l'elemento della concentrazione spazio-temporale del disastro.

[61] Così L. Masera, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 3) 2015, 1565 ss.

[62] *Ex multis*, S. Corbetta, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 275 ss. e E. Mazzanti, *op. cit*., in *CP* (n. 5-6) 2019, 2060 ss. Cfr. anche A. Gargani, *Esposizione ad amianto*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 4.4.2016 e A. L. Vergine, *Il c.d. disastro ambientale: l'involuzione interpretativa dell'art. 434 cod. pen. (parte prima)*, in *Amb. & Svil*. (n. 6) 2013, 537, secondo la quale c'è il rischio che «in ogni fatto offensivo dell'ecosistema si possa (voglia) riconoscere un potenziale pericolo per la incolumità pubblica».

[63] Cfr. D. Brunelli, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 261.

e l'evento di pericolo per la pubblica incolumità è «occulto», «non necessariamente concentrato nel tempo e nello spazio»[64]. In tale prospettiva, dunque, non è irrilevante osservare che, come si è potuto constatare, nei procedimenti relativi a fenomeni di inquinamento storico la pubblica accusa ha in origine spesso contestato il delitto di avvelenamento di acque o di sostanze alimentari doloso (art. 439 Cp) o colposo (art. 452 Cp): era questa infatti, nelle more di una «autonoma considerazione [del disastro ambientale] da parte del legislatore penale»[65], l'incriminazione *ictu oculi* più adatta ad attribuire rilevanza penale a condotte che determinano una grave contaminazione delle falde acquifere da fonte industriale, nonostante la presenza di alcune questioni interpretative non marginali[66].
Per queste (e per altre) ragioni[67], dunque, i commentatori hanno severamente criticato la prassi giurisprudenziale in materia di inquinamento storico e progressivo, ritenendola non meramente interpretativa bensì propriamente «creativa»[68], tale da determinare un'applicazione analogica *in malam partem* delle fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 Cp[69] e, dunque, «una vera e propria lacerazione della legalità»[70]. Non è comunque difficile accorgersi come, perlomeno sino all'introduzione degli ecodelitti nel codice penale avvenuta con la legge n. 68/2015, l'indirizzo giurisprudenziale in esame si potesse motivare nella prospettiva di garantire «l'effettività della tutela (e della repressione) […] di fronte a fenomeni che presentano una oggettiva gravità»[71]. A fronte del mutato contesto normativo, però, tale giustificazione non è più sostenibile.
Chiariti i termini del dibattito riguardante le caratteristiche del fatto tipico del disastro innominato, ci si può ora soffermare sulla questione dell'istantaneità ovvero dell'(eventuale) permanenza di tale figura delittuosa. Dopo aver acclarato la marcata differenza tra i connotati dei due volti, giurisprudenziale e dottrinale, di questo tormentato Giano bifronte, si può difatti comprendere per quale ragione la soluzione da ultimo adottata dalla Corte di Cassazione a tal proposito si possa ritenere connaturata al "tipo giurisprudenziale" (e, al contempo, estranea al "tipo dottrinale") degli artt. 434 e 449 Cp.

3. – Per esaminare il tema del profilo temporale della fattispecie di disastro innominato, occorre però preliminarmente operare una sommaria ricostruzione del più ampio orizzonte di teoria

[64] E la sua "diffusività" «è determinata dalla peculiare destinazione collettiva degli oggetti materiali modificati […], che, quali mezzi oggettivamente insidiosi, fungono da vettori e moltiplicatori dell'offesa». Così A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 582.
[65] Così si esprime la C. cost., 1.8.2008, n. 327, cit.
[66] Il tema è approfondito da C. Ruga Riva, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 3) 2017, 1008 ss. L'Autore, al fine di distinguere la fattispecie da lui esaminata rispetto a quella di disastro innominato sotto il profilo della (eventuale) permanenza del reato, sostiene che «l'avvelenamento […] può avere diversi gradi (e tempi) di sviluppo offensivo, sia dal punto di vista della "meccanica" dell'offesa […], sia dal punto di vista dei suoi destinatari». Nel rilevare una serie di questioni interpretative dell'incriminazione *ex* art. 439, però, egli afferma che «il delitto di avvelenamento delle acque, nelle intenzioni del legislatore del 1930, […] non è tanto "ritagliato" su gravi contaminazioni da accumulo progressivo di sostanze inquinanti per la matrice ambientale "acqua", quanto invece sulla fenomenologia del sabotaggio di pozzi o acquedotti». Anche l'impiego della fattispecie di cui agli artt. 439 e 452 avrebbe pertanto, nel caso in esame, determinato alcune forzature ermeneutiche.
[67] Una sintetica rassegna si rinviene in A. L. Vergine, *Il c.d. disastro ambientale: l'involuzione interpretativa dell'art. 434 cod. pen. (parte seconda)*, in *Amb. & Svil*. (n. 7) 2013, 644 ss.
[68] In tali termini, D. Castronuovo, *op. cit.*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.7.2015, 23. Cfr. G. M. Flick, *op. cit.*, in *CP* (n. 1) 2015, 12 ss.
[69] *Ex multis*, A. Gargani, *Le plurime figure*, in *CP* (n. 7-8) 2016, 2705 ss.
[70] In tal modo, A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 590.
[71] Come osserva G. Ruta, *op. cit.*, in *Crim*, 2014, 293 e 294. Non a caso, anche in ambito scientifico, alcuni Autori hanno mostrato maggiore comprensione per l'elaborazione giurisprudenziale. Ad es., L. Siracusa, *La legge 22 maggio 2015, n. 68, sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.7.2015, 14, la quale afferma che «va senz'altro ascritto ai giudici […] il merito di aver tentato di colmare il suddetto vuoto normativo mediante un'interpretazione estensiva della fattispecie incriminatrice del disastro innominato».

generale del reato in cui esso si colloca. L'assunto da cui occorre perciò muovere è costituito dalla distinzione, ormai consolidata, tra perfezione e consumazione dell'illecito: la prima si ha nel momento in cui si verificano tutti gli elementi costitutivi della singola fattispecie incriminatrice, mentre la seconda si ha nel momento in cui uno o più di tali requisiti venga a mancare e in cui, pertanto, si conclude l'*iter criminis*. In modo sintetico ma efficace si può affermare che «mentre la perfezione indica il momento in cui il reato è venuto ad esistere, la consumazione indica il momento in cui è venuto a cessare»[72]. Tali due momenti coincidono nei reati istantanei ma differiscono nei reati permanenti. La permanenza, infatti, consiste proprio nel periodo di tempo che intercorre tra la perfezione e la consumazione dell'illecito e in cui vi è una «ininterrotta protrazione nel tempo di tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico» antigiuridico e colpevole[73]. Di conseguenza, fintanto che la permanenza non si esaurisce è configurabile un concorso di persone nel reato, mentre dal momento in cui essa si esaurisce inizia a decorrere il termine di prescrizione.

Peraltro, in dottrina, le opinioni divergono con riguardo alla rilevanza della permanenza rispetto all'integrazione del reato: secondo una prima teoria, ormai minoritaria, essa indicherebbe esclusivamente una fase ulteriore e, quindi, sempre eventuale rispetto al momento della perfezione del reato[74], mentre secondo una differente e maggioritaria impostazione in talune fattispecie incriminatrici la permanenza del fatto tipico per un certo periodo di tempo sarebbe necessaria per la stessa perfezione del reato[75]. Di conseguenza, mentre la prima opinione rifiuta la categoria dei reati necessariamente permanenti[76], il secondo indirizzo consente invece di discernere (in astratto) reati necessariamente permanenti e reati eventualmente permanenti[77].

Ad ogni modo, se si abbandona il terreno delle classificazioni astratte[78], si può ritenere che una tendenziale convergenza di vedute si registri con riguardo alle ipotesi in cui l'illecito possa dirsi, in concreto, realizzato in forma permanente: a tal fine si ritiene necessario che a protrarsi ininterrottamente nel tempo debba essere tutto il reato, ossia il fatto tipico antigiuridico e colpevole[79], e non solo la condotta[80].

---

[72] F. Mantovani, Diritto Penale[10], Vicenza 2017, 425.

[73] R. Bartoli, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *RIDPP* (n. 1) 2001, p. 137 ss. sostiene che «la permanenza […] deve essere identificata soltanto con l'ulteriore protrazione nel tempo del reato oltre il momento della perfezione».

[74] Ancora R. Bartoli, *op. loc. ult. cit*. L'Autore, ovviamente, non nega che talune incriminazioni richiedano «il mantenimento del fatto tipico per un'entità minima di tempo giuridicamente apprezzabile». Ma ciò, a suo avviso, «non costituisce la permanenza, bensì soltanto un carattere della condotta essenziale per l'integrazione del tipo». Tale impostazione potersi far risalire a R. Rampioni, *Reato permanente*, in *ED*, XXXVIII 1987, 861 ss.

[75] Tale opinione è condivisa con chiarezza da F. Mantovani, *op. cit*., 427, da T. Padovani, *Diritto Penale[10]*, Milano 2012, 274 e da G. De Francesco, *op. cit*., 611.

[76] Secondo R. Bartoli, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 1) 2001, 137 ss., infatti, si dovrebbero distinguere: «a) reati necessariamente istantanei, che si hanno quando la fattispecie incriminatrice astratta esclude l'eventualità della permanenza perché anche uno soltanto degli elementi costitutivi del reato non è suscettibile di protrarsi nel tempo […]; b) reati suscettibili di permanenza, i quali possono essere [in concreto] istantanei, […] oppure permanenti», Cfr. R. Rampioni, *op. cit.*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 861 ss.

[77] In particolare, T. Padovani, *op. cit*., 274. Cfr. anche F. Mantovani, *op. cit.*, 428, secondo il quale però, «più che una autonoma categoria», quella dei reati eventualmente permanenti sarebbe null'altro che «l'ovvia constatazione che l'offesa al bene giuridico può, in concreto, non esaurirsi in un solo atto offensivo», finendo per «abbracciare la stragrande maggioranza di reati» e non avendo dunque «alcuna utile funzione».

[78] Le quali paiono avere limitato rilievo con riferimento al profilo temporale dell'integrazione del reato poiché, come rileva R. Rampioni, *op. cit.*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 861 ss. «il concetto stesso di reato permanente è della realtà e non una creazione normativa».

[79] F. Mantovani, *op. cit.*, 427, afferma che «sono reati permanenti quelli per la cui esistenza la legge richiede che l'offesa al bene giuridico si protragga nel tempo per effetto della persistente condotta volontaria del soggetto». R. Bartoli, *op. cit*., in *RIDPP* (n. 1) 2001, 137 ss., afferma a più riprese che la permanenza del reato «consiste nella protrazione di tutti gli elementi costitutivi del reato».

[80] Lo esplicita R. Rampioni, *op. cit.*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 861 ss. il quale asserisce che «il criterio differenziale fra reato istantaneo e reato permanente […] va ravvisato in un duplice elemento, condotta ed evento».

Nella prospettiva del presente studio, dunque, è opportuno rimarcare che, secondo la dottrina, un reato può reputarsi, in astratto, (eventualmente) permanente quando tutti i suoi elementi costitutivi, per come delineati nella fattispecie legale, sono suscettibili di protrarsi nel tempo senza soluzione di continuità e che esso può ritenersi, in concreto, realizzato in forma permanente quando tale possibilità, ossia l'integrazione prolungata e ininterrotta dell'illecito, si sia verificata nel fatto storico in giudizio[81].

La giurisprudenza pare giungere a conclusioni analoghe a quelle cui perviene la dottrina. Nell'elaborazione della Corte costituzionale il tema è trattato sporadicamente e marginalmente[82]. L'elaborazione della Corte di Cassazione è, per ovvie ragioni, più approfondita a tal proposito. In una importante e risalente pronuncia[83], infatti, le Sezioni Unite, dopo aver asserito la natura unitaria del reato permanente e dopo aver distinto tra perfezione e consumazione dello stesso, sostengono che la permanenza dell'illecito consiste nella «condotta cosciente e volontaria del soggetto, cioè, nell'azione colpevole che si protrae, protraendo l'offesa nel contemporaneo perdurare di tutti gli altri dati materiali e giuridici caratterizzanti la fattispecie»[84]. Nel tempo, il Supremo Collegio ha ulteriormente affinato tale definizione[85], giungendo recentemente a sancire che il reato permanente è «definibile come quello in cui si ha la previsione legislativa di una condotta di durata continuativa in costanza di tutti gli elementi del fatto tipico»[86]. Nella più autorevole giurisprudenza di legittimità, pertanto, nonostante l'attenzione sia prevalentemente focalizzata sull'elemento della condotta del soggetto agente, si richiede che la permanenza, intesa come ininterrotta protrazione nel tempo, debba riguardare tutti gli elementi della fattispecie incriminatrice.

Anche l'elaborazione delle Sezioni semplici conferma questa impostazione[87]. Sulla scorta di tale ricostruzione, peraltro, la Terza Sezione della Corte di Cassazione ha, in una recente pronuncia, sviluppato alcune interessanti riflessioni sulla categoria del reato eventualmente permanente[88]. Dopo aver ripudiato la nozione di «reato istantaneo con effetti permanenti» in quanto «quasi tutti i reati possono avere conseguenze dannose più o meno irreparabili»[89], la Corte ha sostenuto che «è dunque alla fattispecie incriminatrice, come tipizzata nella norma penale, cui occorre avere riguardo per stabilire, anche attraverso il ricorso ad un criterio empirico-fattuale, se essa sia o meno

---

[81] A tal proposito, chiaro è R. Bartoli, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 1) 2001, 137 ss.: «poiché la permanenza […] consiste nella protrazione di tutti gli elementi costitutivi del reato, si deve ritenere che un reato sia suscettibile di permanenza quando tali elementi, nessuno escluso, possono protrarsi nel tempo».

[82] Cfr. anche la risalente C. cost., 17.12.1987, n. 520, cit. Più di recente, C. cost., 8.3.2018, n. 53 in www.dejure.it, invece, sostiene che nei reati permanenti, a differenza di quanto avviene nei reati istantanei, l'offesa al bene giuridico protetto «non si esaurisce nel momento stesso in cui viene prodotta, ma si protrae nel tempo per effetto del perdurare della condotta volontaria del reo».

[83] Cass. S.U., 13.7.1998, n. 11021 in www.dejure.it.

[84] Peraltro, in questa sede, la Suprema Corte aderisce all'opinione secondo cui, in talune fattispecie incriminatrici, un *minimum* di permanenza possa essere requisito necessario del fatto tipico, non considerandosi ancora il fenomeno del reato eventualmente permanente.

[85] Cfr. anche Cass. S.U., 14.7.1999, n. 18 in www.dejure.it.

[86] Cass. S.U., 26.7.2018, n. 35852 in www.dejure.it.

[87] Interessante è una risalente e pregevole pronuncia, Cass., 15.1.1998, n. 444 in www.dejure.it, ove si legge che «individuati i requisiti costitutivi del reato permanente nel carattere continuativo ed unitario del protrarsi dell'offesa scaturente dalla condotta dell'agente e nella sua persistenza volontaria […], costituisce passaggio essenziale quello dell'esame della formulazione della fattispecie astratta in relazione a quella concreta, caratterizzata da un dato fattuale quale è quello della condotta costitutiva suscettibile di durare nel tempo». Il prioritario riferimento alla condotta non oblitera l'esigenza che a persistere nel tempo senza soluzione di continuità sia tutta l'offesa, ossia tutto il fatto tipico.

[88] Cass., 4.4.2019, n. 29508 in www.dejure.it.

[89] Tale posizione critica pare consolidata nella più recente giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., 09.3.2012, n. 15727, in *www.dejure.it*. Incidentalmente si noti che la categoria del reato eventualmente permanente è impiegata anche nella sentenza relativa al Petrolchimico di Porto Marghera (Cass., 17.5.2006, n. 4675, *cit.*) con riguardo, però, ad una contravvenzione che puniva il superamento dei limiti di accettabilità di scarichi da insediamenti produttivi di acque reflue (art. 21, co. 3 legge n. 319/1976).

suscettibile di permanenza, classificando nella categoria dei reati istantanei quelli in cui la norma incriminatrice descrive una condotta logicamente incompatibile con la protrazione della condotta stessa nel tempo e perciò insuscettibile, in relazione all'episodio della vita concretamente realizzato dall'autore, di permanenza». Trattasi di una statuizione condivisibile, la cui insistenza sul solo elemento della condotta rischia però di offuscare i connotati che comunemente si ritengono caratterizzare il fenomeno in esame[90]. Per tale ragione, in conclusione, è opportuno ribadire che per poter qualificare un reato come (eventualmente) permanente è necessario che a (essere suscettibili di) protrarsi nel tempo senza soluzione di continuità siano tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e, dunque, del fatto tipico. Questa impostazione analitica è contrassegnata dal massimo rigore in termini di garanzia[91], in quanto è sufficiente che uno solo di tali elementi (in particolare, la condotta o l'evento) non si presti a una realizzazione prolungata e ininterrotta per escludere che possa ricorrere il fenomeno della permanenza del reato. Irrilevante è, invece, la persistenza o meno di ulteriori conseguenze lesive estranee alla fattispecie tipica (c.d. effetti permanenti).

4. - Quello appena descritto è l'orizzonte di teoria generale del reato in cui si radica la controversa questione della istantaneità ovvero della (eventuale) permanenza del delitto di disastro innominato doloso aggravato dall'evento o colposo (artt. 434, co. 2 e 449 Cp). Alla luce di questo inquadramento, dunque, si possono ora verificare le soluzioni a tal riguardo adottate dalla giurisprudenza di legittimità che ha applicato tale fattispecie in materia ambientale.
A tal proposito, nevralgica è ancora la sentenza Eternit[92]. Innanzitutto, in tale pronuncia, la Corte asserisce che nell'incriminazione di cui all'art. 434 co. 2 Cp, per identificare il momento di consumazione del reato rileva anche il «momento in cui l'evento si è realizzato». Tale argomentazione, *a fortiori*, vale anche per l'ipotesi colposa di cui all'art. 449 Cp. Successivamente, trattando il delicato profilo dell'identificazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione, i giudici di legittimità criticano l'impostazione accolta in primo grado, ove si era ritenuto che il momento di consumazione del reato di disastro innominato coincidesse non con l'evento di contaminazione ambientale, bensì con il «perdurare nel tempo delle conseguenze pericolose della contaminazione stessa». Ad avviso della Corte di Cassazione, infatti, il giudice di prima istanza avrebbe confuso le nozioni «di evento differito e di effetti permanenti», attribuendo indebito rilievo alla permanenza di questi ultimi: al contrario, si afferma - e trattasi di un passaggio di particolare pregio - «che in tanto nel reato permanente […] si determina uno spostamento in avanti della consumazione rispetto al momento di iniziata realizzazione del reato, in quanto, e fino a quando, la condotta dell'agente "sostenga" concretamente la causazione dell'evento». A rilevare sono, pertanto, esclusivamente la condotta e l'evento tipici delle fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 Cp (e non i loro ulteriori effetti dannosi o pericolosi). In parte analoghe sono le critiche mosse dalla Corte alla ricostruzione operata in secondo grado, ove il giudice d'appello aveva ritenuto che l'evento tipico del disastro innominato non fosse ancora esaurito in quanto esso sarebbe coinciso con «il concreto manifestarsi del persistente pericolo per la pubblica incolumità». A tal riguardo, la Corte rammenta che, sebbene la proiezione offensiva (da valutarsi in termini di pericolo per la pubblica incolumità) del disastro innominato sia requisito costitutivo della fattispecie, tuttavia il

[90] Probabilmente, comunque, tale insistenza si giustifica in ragione della anomalia, giustamente rilevata da L. Masera, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 3) 2015, 1565 ss., della «figura di evento tipico di lunga o lunghissima durata, che mal si presta ad essere inquadrato nelle consolidate figure dogmatiche in tema di consumazione».
[91] Massimo è infatti il rispetto per il «principio di personalità della pena», poiché dare rilievo alla persistenza del solo evento tipico (senza che si protragga anche la condotta) significherebbe rimproverare un soggetto che non ha più «il dominio sui fattori di rischio (o di danno)». Cfr. C. Ruga Riva, *op. cit.*, in *RIDPP* (n. 3) 2017, 1008 ss.
[92] Cass., 23.2.2015, n. 7941, cit.

giudizio di pericolosità «non trasforma, *de iure condito*, l'effetto paventato in evento ulteriore del reato e non può spostarne la consumazione oltre l'esaurimento dell'iter criminoso tipico sino al momento di cessazione del pericolo»[93].
In definitiva, secondo la Corte di Cassazione, ai fini dell'individuazione del momento di consumazione del delitto, non sono rilevanti né «il perdurare nel tempo delle [sole] conseguenze pericolose della contaminazione» né la permanenza del solo evento di disastro «indipendentemente dal perdurare della condotta che gli ha dato origine»: al contrario, ad essere determinante è il venir meno del primo degli elementi tipici del reato che si interrompa, ossia - in questo caso - la condotta. Ne consegue che «la consumazione del reato di disastro non può considerarsi protratta oltre il momento in cui ebbero fine le immissioni delle polveri e dei residui della lavorazione dell'amianto». E ciò anche in quanto «l'evento, consistendo nella *immutatio loci*, si è realizzato […] parallelamente e contestualmente alla prosecuzione dell'attività di lavorazione dell'amianto» e il suo acme non si può collocare in «momenti successivi alla chiusura degli stabilimenti».
Le argomentazioni della Corte paiono sufficientemente chiare e condivisibili. Esse sono state peraltro ribadite anche da altre recenti sentenze riguardanti vicende analoghe[94]. Risulta evidente, dunque, come da tali considerazioni non si possa in alcun modo evincere la qualificazione del delitto di disastro innominato (doloso aggravato dall'evento e colposo) quale reato istantaneo. Anzi, secondo taluni, «la conclusione della sentenza pare riecheggiare la tesi del disastro come reato eventualmente permanente»[95].
Di diverso avviso è invece la sentenza della Corte relativa alla discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino[96], ove si asserisce esplicitamente la natura (necessariamente) istantanea della fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 Cp. È interessante ripercorrere le argomentazioni del giudice di appello, poi confutate dalla Corte di Cassazione: nella sentenza di secondo grado si era ritenuto che, sebbene il delitto di disastro innominato si dovesse qualificare come reato istantaneo con effetti permanenti, nel caso in esame la sua consumazione andasse identificata in un momento successivo rispetto alla cessazione delle condotte inquinanti, essendosi l'evento di contaminazione manifestato, nella sua massima gravità e pericolosità, «sino all'avvenuta dismissione del sito produttivo» da parte della società che lo gestiva[97]. La Corte di Cassazione correttamente respinge tale ricostruzione, ritenendo che il giudice di appello abbia, similmente a quanto accaduto nella sentenza di secondo grado del processo Eternit, «erroneamente ricondotto il concreto manifestarsi del persistente pericolo per la pubblica incolumità nell'alveo dell'evento disastro, individuando la consumazione del reato nel momento di recessione di tale fenomeno». Anche in questa pronuncia, pertanto, il giudice di legittimità ritiene che ai fini dell'identificazione del momento di

[93] Per una ricostruzione critica degli orientamenti adottati in primo e secondo grado con riguardo al tema della consumazione del delitto di disastro innominato si rinvia a G. L. Gatta, *op. cit.*, in *DPenCont* (n. 1) 2015, 77 ss.
[94] Cass., 10.1.2018, n. 2209, cit., ove si conclude che «nel caso di specie, la consumazione del reato di disastro non può considerarsi protratta oltre il momento in cui ciascuno degli imputati cessava dalla carica di amministratore delegato della società […], conformemente a quanto affermato nella sentenza di legittimità emessa nel processo "Eternit"». Cfr. anche Cass., 6.11.2019, n. 10504 in www.dejure.it., ove, nel dichiarare l'avvenuta prescrizione del reato, si sostiene che «i pregiudizi effettivi per la salute di singoli individui o l'ulteriore deterioramento del sito, verificatisi successivamente al realizzarsi del disastro, non sono idonei a determinare lo slittamento in avanti del momento di decorrenza iniziale del termine prescrizionale, che va individuato nel tempo della cessazione dell'attività produttiva, dalla quale si era generata la contaminazione dell'ambiente lavorativo e del territorio circostante».
[95] L. Masera, *op. cit*., in *RIDPP*, (n. 3) 2015, 1565 ss. Cfr. A. Aimi, *Decorso del tempo e disastri ambientali. Riflessioni sulla prescrizione del reato a partire dal caso Eternit*, in *QuestG*, (n. 1) 2017, 37, il quale sostiene che «il reato contestato nel caso di specie, pertanto, avrebbe dovuto essere qualificato come permanente», pur conducendo anche tale percorso argomentativo alla «dichiarazione di prescrizione del reato».
[96] Cass., 19.10.2018, n. 47779, cit.
[97] Ass. app. L'Aquila, 17.2.2017, da 188 a 190, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.10.2017. Per un commento, come accennato, si rinvia a S. Zirulia, *op. cit*., *in DPenCont*, (n. 1) 2017, 318 ss.

consumazione dell'illecito sia irrilevante la successiva persistenza del pericolo per la pubblica incolumità: a rilevare è, invece, esclusivamente il permanere (e il venir meno del primo) degli elementi costitutivi del fatto tipico (in particolare, la condotta e l'evento penalmente rilevanti) ed il reato viene, pertanto, dichiarato prescritto. Tuttavia, diversamente dalla sentenza Eternit, per corroborare tale conclusione la Corte ritiene in questa occasione necessario qualificare il delitto di disastro innominato come «reato istantaneo ad effetti permanenti». Probabilmente, il riferimento a tale categoria è ritenuto utile al fine di distinguere ciò che rileva per il computo del termine di prescrizione da ciò che invece, essendo estraneo al fatto tipico, non va a tal fine considerato (gli «effetti permanenti»). Tuttavia, sebbene l'esito cui perviene la Corte (ossia, la declaratoria di prescrizione dell'illecito) sia condivisibile, la qualificazione del disastro innominato quale reato necessariamente istantaneo, oltre a non essere essenziale per pervenire a tale conclusione, non è neanche coerente con la descrizione, sviluppata nella medesima pronuncia, del fatto tipico di tale reato. Se si ritiene, come la Corte di Cassazione fa in questa decisione, che tipico sia anche «l'evento, non visivamente ed immediatamente percepibile, che si realizza in un periodo molto prolungato», non vi sono infatti ostacoli concettuali alla possibilità di realizzare il delitto di disastro innominato in forma permanente laddove, come statuito nella sentenza Eternit, oltre all'evento si protraggano ininterrottamente anche le condotte inquinanti[98].

5. - In effetti, è proprio questo l'approdo definitorio cui è da ultimo pervenuta, in maniera (apparentemente) innovativa, la Corte di Cassazione nella sentenza relativa allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo. Dopo aver recepito e confermato i tralatizi connotati tipici del "tipo giurisprudenziale" di disastro innominato "ambientale", infatti, il Collegio giunge infine a qualificare tale illecito quale «reato eventualmente permanente, in cui il fatto previsto dalla legge può esaurirsi nel momento in cui si concretano gli elementi costitutivi della ipotesi tipica di reato, ma può anche protrarsi con una ininterrotta attività che in ogni momento riproduce l'ipotesi stessa». Nella vicenda sottoposta al suo giudizio, peraltro, la Corte ritiene che si possa identificare proprio un caso di «realizzazione in forma permanente» della fattispecie di cui all'art. 449 Cp, in quanto a protrarsi nel tempo sono state sia le condotte di inquinamento sia l'evento di contaminazione delle falde acquifere[99]. Ad avviso della Corte, tale conclusione non contrasta con l'orientamento precedentemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità nella sentenza Eternit[100], in quanto ai fini dell'individuazione del momento di consumazione del delitto non viene dato rilievo alle ulteriori conseguenze dannose del disastro (decessi o lesioni), ma solo al protrarsi (e al venir meno) di tutti gli elementi tipici del reato (ossia, in particolare, della condotta e dell'evento penalmente rilevanti). In definitiva, dunque, e in espresso contrasto rispetto a quanto sostenuto dalla Corte medesima nella recente sentenza relativa alla discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino[101], il disastro innominato (colposo) viene ricompreso tra le ipotesi di reato eventualmente permanente,

[98] A differenti conclusioni si potrebbe pervenire qualora si ritenesse, come pure aveva fatto in tale processo il giudice di prime cure (Ass. Chieti, 19.12.2014, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.10.2017, 185) che tale reato si perfezioni e, istantaneamente, si consumi «nel momento in cui la condotta di inquinamento è assurta a livelli di gravità, diffusività e pericolosità per la salute, tale da integrare la fattispecie di disastro innominato»: ma non si rinvengono tracce di tale conclusione nel consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità.

[99] La distinzione tra inquinamento quale condotta e contaminazione quale evento è tratta da G. Rotolo, *op. cit*., in *Historical pollution*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, p. 63 e 64.

[100] Cass., 23.2.2015, n. 7941, cit.

[101] Cass., 19.10.2018, n. 47779, cit. In tale pronuncia si sostiene infatti che il delitto di disastro innominato sia un «reato istantaneo ad effetti permanenti».

le quali esigono o ammettono «una protrazione nel tempo senza soluzione di continuità» della fattispecie definita dal legislatore[102].
Nell'elaborare tale soluzione il Collegio opera, peraltro, numerosi riferimenti alla pregressa giurisprudenza di legittimità. In tal modo, esso si dimostra consapevole della continuità e, al contempo, della (parziale) innovatività della qualificazione adottata, la quale rappresenta, in definitiva, l'esito inedito ma coerente (e, probabilmente, ineludibile) del percorso applicativo della fattispecie di disastro innominato *ex* artt. 434 e 449 Cp in materia ambientale. Utilizzando una metafora critica diffusa in dottrina, potrebbe dirsi che esso rappresenti «il frutto avvelenato» dell'«albero avvelenato»[103], intendendosi con tale immagine raffigurare il modo in cui l'amorfa ed abnorme tipicità della fattispecie giurisprudenziale di disastro innominato "ambientale" si ripercuota, posticipandolo, sul momento di consumazione del reato[104].
Se, infatti, come sostiene la consolidata giurisprudenza di legittimità, «il delitto di disastro colposo innominato è integrato da un "macroevento", che comprende non soltanto gli eventi disastrosi di grande immediata evidenza […] che si verificano magari in un arco di tempo ristretto, ma anche gli eventi non immediatamente percepibili, che possono realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato», allora nulla osta a considerare tale fattispecie (e la corrispondente ipotesi dolosa aggravata dall'evento) quale reato eventualmente permanente. Del resto, si è chiarito in precedenza come tale qualificazione si presti ad essere attribuita agli illeciti i cui elementi costitutivi sono tutti (nessuno escluso) in astratto suscettibili di protrarsi unitamente nel tempo senza soluzione di continuità. Ebbene, tanto le condotte inquinanti quanto l'evento di contaminazione (nonché il relativo nesso di causalità) possono, per come descritti dalla Corte di Cassazione nella tralatizia elaborazione giurisprudenziale testé analizzata, astrattamente persistere in modo prolungato e ininterrotto. A ben vedere, tale eventualità pare anzi essere quella di più frequente verificazione nei casi di inquinamento storico e progressivo. Le condotte inquinanti sono, infatti, spesso ripetute e protratte nel tempo, soprattutto nei casi in cui esse siano correlate ad attività di produzione industriale[105]. In tali casi l'evento di contaminazione è (di conseguenza) a formazione progressiva, ossia realizzabile «goccia a goccia»[106]: esso, dunque, si perfeziona nel

[102] Giova rilevare, da un punto di vista prettamente pratico, come la Corte di Cassazione elabori tale soluzione per perseguire un duplice scopo: il primo consistente nell'attribuire rilevanza penale al contributo (omissivo) dei garanti che si sono succeduti nel periodo di tempo posteriore all'originaria insorgenza della contaminazione della falda acquifera, in cui essa si è incrementata; il secondo, invece, consistente nel posticipare il *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione al momento di consumazione del delitto, identificato per ciascun imputato con la «data di dismissione della propria carica all'interno della società di riferimento». Tali esiti argomentativi, peraltro, acquisiscono ulteriore rilievo pratico alla luce del peculiare regime della prescrizione stabilito dal legislatore proprio con riferimento al disastro innominato colposo: all'art. 157, co. 6 Cp, infatti, viene sancito il raddoppio del termine (anche) per il delitto di cui all'art. 449 Cp, il quale viene così equiparato a quello della corrispondente ipotesi dolosa di cui all'art. 434, co. 2 Cp (dodici anni, estensibili fino a un massimo di quindici anni). Su tale norma è stata sollevata una questione di costituzionalità, ritenuta tuttavia infondata dal Giudice delle Leggi. C. cost., 22.11.2017, n. 265, in www.dejure.it. Per alcune considerazioni, si v. F. Lazzeri, *Per la Corte costituzionale non è irragionevole la previsione di un termine di prescrizione per i c.d. disastri colposi uguale a quello delle corrispondenti fattispecie dolose*, in *DPenCont* (n. 7) 2018, 150 ss.
[103] L'icastica espressione è di S. Corbetta, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 291.
[104] Cfr. A. Gargani, *Il rischio nella dinamica*, in *CP*, (n. 11) 2017, 3879 ss., il quale afferma che «il difetto di tipicità che affligge le fattispecie giudiziarie di disastro ambientale […] si riverbera, inevitabilmente, sulla determinazione del momento consumativo, rimessa alla più ampia discrezionalità del giudicante».
[105] Lo rilevano F. Centonze e S. Manacorda, *Preventing and Sanctioning Historical Pollution Beyond Criminal Law: An Introduction*, in *Historical pollution*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, p. 5, i quali peraltro osservano anche che «*historical pollution must be distinguished from cases where pollution is generated* […] *by destructive events—disasters connected with ongoing industrial activities which are inscribed into history along with the date, hour, and sometimes even the minute on which they occurred*».
[106] Come osserva G. Rotolo, *op. cit*., in *Historical pollution*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, 69, «*contamination coincides with accretion […], that is to say that the overall harmful consequence depends on the accumulation of less significant effects*».

momento in cui ne deriva un pericolo per la pubblica incolumità, ma si protrae fintanto che le condotte inquinanti ne incrementano le dimensioni e la gravità.
Ovviamente, qualificare il disastro innominato come reato eventualmente permanente non impone di considerare che esso sia sempre, in concreto, realizzato in tale forma. Anzi, l'amorfa tipicità che lo caratterizza nell'elaborazione giurisprudenziale impone di prestare particolare attenzione alla verifica delle modalità di integrazione di tale delitto nel fatto storico in giudizio. Nella sentenza relativa allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo, la conclusione cui perviene la Corte pare coerente con le premesse da cui l'argomentazione si sviluppa[107], ma nulla esclude che, nella proteiforme fenomenologia del disastro innominato, si verifichino episodi in cui la condotta o l'evento penalmente rilevanti siano istantanei[108]. Come anticipato, però, tale eventualità sembra, nelle ipotesi di inquinamento storico e progressivo, addirittura marginale, tant'è che nei casi menzionati in precedenza, tra i quali in particolare quello Eternit e quello relativo alla discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino, si può ritenere che il reato di disastro innominato fosse stato realizzato in forma permanente. In entrambe le sentenze, infatti, la Corte di Cassazione, ai fini dell'individuazione del momento di consumazione del delitto, ha attributo rilevanza alla cessazione delle condotte inquinanti[109], le quali si erano però protratte per un periodo di tempo prolungato. Anche in queste pronunce la Corte ha dunque ritenuto che l'evento di contaminazione ambientale fosse persistito nel tempo, «parallelamente e contestualmente»[110] alle attività inquinanti, e che, pertanto, il reato si dovesse considerare esaurito solo al venir meno delle condotte penalmente rilevanti: vi era dunque stata, in concreto, una certa permanenza dell'illecito. Le ulteriori argomentazioni sviluppate in tali decisioni sono dirette soltanto ad escludere che, in tale ambito, si attribuisca rilievo al permanere del solo evento tipico (senza cioè che contestualmente persista anche la rilevante condotta) o dei soli effetti dannosi o pericolosi (i quali, come detto, non sono requisiti del fatto tipico del disastro innominato): tale proposito è condivisibile alla luce del principio generale, esposto in precedenza, secondo il quale un reato è, in concreto, integrato in forma permanente solo laddove, e fino a quando, tutti i suoi elementi costitutivi si protraggono ininterrottamente nel tempo. A tal riguardo, peraltro, sia consentito incidentalmente osservare come, nella maggior parte delle sentenze richiamate, l'argomentazione pare muovere dall'assunto, spesso implicito, secondo cui le condotte di inquinamento e l'evento di contaminazione ambientale siano - parafrasando la sentenza Eternit - «paralleli e contestuali»: in effetti, sul piano empirico è ragionevole assumere che una attività possa dirsi propriamente inquinante (e dunque avere rilevanza penale) fintanto che essa incida, incrementandola, sulla contaminazione ambientale. In

[107] Secondo la Corte di Cassazione (Cass., 7.5.2020, n. 13843, cit.), infatti, «nella fattispecie in esame, il reato è caratterizzato come permanente, in quanto attuato mediante una condotta prolungata e progressiva, mediante il prosieguo delle attività di inquinamento e di sversamento, via via incrementatesi, senza poter configurare un momento dal quale le successive condotte non rilevassero sotto il profilo penale. L'allargamento della falda persisteva e proseguiva […] senza soluzione di continuità, […]. L'aggravamento della contaminazione si perpetrava nel tempo e non rilevava la riduzione dell'entità dell'incremento».
[108] O in cui, magari, le condotte inquinanti si siano concluse prima che la contaminazione sia divenuta pericolosa per la pubblica incolumità. In tal caso, non appena tale pericolosità si verifichi (e l'evento, dunque, si realizzi compiutamente), il reato si dovrà considerare consumato (in quanto un elemento del fatto tipico, ossia la condotta, è già venuto meno). In questa (non improbabile) evenienza, evidentemente, la circostanza che la condotta si sia esaurita prima della verificazione dell'evento impedisce che la persistenza dell'evento medesimo sia rilevante ai fini della consumazione del reato: perfezione e consumazione del reato vengono, così, a coincidere.
[109] Nel caso Eternit (Cass., 23.2.2015, n. 7941, cit.), «le immissioni delle polveri e dei residui della lavorazione dell'amianto»; nel caso della discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino (Cass., 19.10.2018, n. 47779, cit.), «le dispersioni nelle matrici ambientali». Anche in quest'ultima pronuncia, dunque, si riconosce, sebbene senza averne piena consapevolezza, che il disastro innominato può essere realizzato in forma permanente: si afferma infatti che «la consumazione del reato di disastro, *ex* art. 434 Cp, comma 2, non può considerarsi protratta oltre il momento in cui ebbero fine le dispersioni nelle matrici ambientali, al più tardi nell'anno 1997». L'utilizzo del verbo "protrarsi" è significativo.
[110] Così, esplicitamente, la sentenza Eternit (Cass., 23.2.2015, n. 7941, cit.).

altri termini, pare illogico ritenere che una contaminazione possa regredire ed esaurirsi prima della dismissione delle corrispondenti condotte di inquinamento. Probabilmente, dunque, è questa la ragione per cui la giurisprudenza di legittimità, dopo aver correttamente escluso la rilevanza del persistere del solo evento tipico, tende a focalizzarsi sul venir meno delle condotte inquinanti per sancire la cessazione della permanenza del disastro innominato e, dunque, la sua consumazione, senza chiedersi se l'evento di contaminazione si sia esaurito (o sia regredito) in un momento precedente[111].

Ad ogni modo, è probabilmente opportuno chiarire che, anche laddove si riconosca che - in astratto - il delitto di disastro innominato sia un reato eventualmente permanente e si accerti che - in concreto - esso sia stato realizzato in tale forma, ciò non impedisce di giungere, in taluni casi, a dichiararne correttamente la prescrizione: anzi, trattandosi spesso di fenomeni lungolatenti, è fisiologico che la pericolosità della contaminazione si manifesti all'esterno (dando così inizio a un procedimento penale) molto tempo dopo la consumazione del reato. È quanto avvenuto proprio nel processo Eternit e in quello relativo alla discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino, ove le condotte penalmente rilevanti si erano concluse (segnando così la fine della permanenza del reato) talmente tanto tempo prima dei relativi giudizi da determinare il decorso del termine di prescrizione. E anche nel processo relativo allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo, dopo aver identificato per ciascun imputato il momento di consumazione del delitto con la cessazione delle relative condotte rilevanti - ossia, con la «data di dismissione della propria carica all'interno della società di riferimento» -, il giudice di appello (con statuizione poi confermata dalla Corte di Cassazione) ha dichiarato la prescrizione del reato con riguardo ad uno dei quattro soggetti condannati in primo grado. Tali esiti, infatti, sono imposti, «in relazione ai casi di attività industriali cessate da decenni»[112], dai suesposti principi generali in materia di permanenza del reato e non è pertanto necessario, per giustificarli, qualificare il disastro innominato come reato istantaneo ad effetti permanenti.

La conclusione cui perviene la sentenza riguardante la discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino (sulla necessaria istantaneità del reato) è, pertanto, superflua e, soprattutto, contrastante con le acquisizioni della giurisprudenza di legittimità - da essa stessa condivise - con riguardo ai connotati tipici del fatto di disastro innominato. Si potrebbe dire, parafrasando una statuizione della Consulta rilevante nella materia *de qua*, che «la natura permanente o istantanea del reato non può dipendere da esplicita ed apodittica qualificazione» del giudice di legittimità, «ma dalla sua naturale essenza, trattandosi di un carattere che inerisce alla qualità della condotta così come si presenta nella realtà» e di cui il giudice di legittimità «prende atto»[113]. In altri termini, più espliciti, la Corte di Cassazione, per poter giungere a considerare il disastro innominato come un reato

[111] E sempre in tale prospettiva si spiega la circostanza che la Corte di Cassazione non chiarisca se essa ritenga che l'evento tipico del delitto di disastro innominato perduri fino a che la contaminazione sia in atto o fino a che essa raggiunga il suo acme. Probabilmente, nella sentenza relativa allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo (Cass., 7.5.2020, n. 13843, cit.) è adottata la seconda impostazione in quanto a più riprese si dà rilievo alla circostanza che le condotte degli imputati avessero incrementato l'entità della contaminazione (anche se ciò potrebbe essere dovuto anche all'esigenza di apprezzare la consistenza, in termini concorsuali, del contributo di ciascun soggetto). Ad ogni modo, però, è evidente che, in concreto, sino a quando vi è una condotta propriamente inquinante, vi è anche un corrispondente incremento della contaminazione ambientale e che, dunque, a meno che non si voglia dare erroneamente rilievo al permanere del solo evento tipico, per sancire la consumazione del reato è sufficiente far riferimento al venir meno della condotta inquinante. Ragiona su tale problematica, proprio dal punto di vista della sentenza Eternit, L. Masera, *op. cit*., in *RIDPP* (n. 3) 2015, 1565 ss.

[112] Così G. L. Gatta, *op. cit*., in *in DPenCont (n. 1) 2015*, 79. Diverso sarebbe l'esito se il processo penale riguardasse casi di "*ongoing pollution*" (inquinamento in corso).

[113] C. cost., 17.12.1987, n. 520, cit. Ovviamente la Corte in questa pronuncia si riferisce all'ipotesi, fisiologica, in cui è il legislatore a stabilire i connotati tipici della fattispecie penale. Ma la logica ad essa sottesa non muta laddove sia invece la giurisprudenza di legittimità a selezionare il tipo criminoso.

(necessariamente) istantaneo, deve mutare l'indirizzo consolidatosi a partire dalla sentenza relativa al Petrolchimico di Porto Marghera e modificare, dunque, la definizione, che essa stessa ha elaborato, del fatto tipico di tale delitto: altrimenti, *rebus sic stantibus*, essa deve prendere atto della sua natura e qualificarlo come reato eventualmente permanente.

In effetti, il disastro innominato potrebbe essere ricompreso tra i reati (necessariamente) istantanei laddove, come ha proposto il giudice di primo grado nel processo relativo alla discarica di rifiuti tossici di Bussi sul Tirino[114], si ritenesse che l'evento catastrofico si realizzi compiutamente (perfezionandosi e consumandosi al contempo) nel momento in cui la contaminazione ambientale assuma proporzioni tali da rappresentare un pericolo per la pubblica incolumità. Tuttavia, anche a tacere delle difficoltà pratiche che si incontrerebbero qualora si dovessero identificare questo istante nel contesto di un duraturo, «diffuso, silente e penetrante» processo di inquinamento, si deve rilevare come l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità in materia di "altro disastro" descriva quale tipico un evento tra i cui più rilevanti connotati si segnala proprio la possibilità che esso si realizzi «in un arco di tempo anche molto prolungato», parallelamente e contestualmente alle condotte contaminanti. È evidente che, una volta che si sia adottata tale definizione dell'evento del disastro innominato "ambientale", non si possa, "*per la contradizion che nol consente*", pretendere che esso sia necessariamente istantaneo.

Peraltro, come si è osservato in precedenza, proprio tale aspetto (ossia, quello della durata prolungata), unitamente alla «non immediata percepibilità» della violenza dell'accadimento disastroso, rappresenta il profilo di maggior attrito dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza di legittimità rispetto all'impostazione della dottrina, che ha, invece, ripetutamente ribadito che (anche) il disastro innominato dovrebbe essere connotato da una pressoché contestuale e rapida «forza espansiva e distruttiva»[115]. Ebbene, è evidente che al "tipo dottrinale" di disastro innominato sia connaturata la necessaria istantaneità del reato[116]: in tale prospettiva, infatti, l'accadimento catastrofico si perfeziona e, al contempo, si consuma nel preciso momento in cui si sprigiona il suo visibile «impatto traumatico sulle cose»[117], rimanendone pertanto esclusi i fenomeni di inquinamento storico e progressivo.

Anche tale *argumentum a contrario*, dunque, conferma che la qualificazione di reato eventualmente permanente si attaglia con esattezza al "tipo giurisprudenziale" di disastro innominato[118]. Non è un caso, allora, che i più accorti commentatori avessero già da tempo presagito, stigmatizzandolo, tale esito[119], capace di determinare effetti *in malam partem* per gli imputati. Ebbene, con la sentenza della Corte di Cassazione relativa allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo, questi timori si sono avverati. Come si suole dire in questi casi, "tanto tuonò che piovve".

---

[114] Ass. Chieti, 19.12.2014, cit.

[115] A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 574.

[116] Categorico è A. Gargani, *Le plurime figure*, in CP (n. 7-8) 2016, 2705 ss., il quale afferma che «permanenza dell'illecito e consumazione frazionata dell'evento si pongono […] in una relazione di assoluta incompatibilità rispetto alla nozione normativa di disastro di cui al Capo I del Titolo VI».

[117] A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 574.

[118] Come osserva G. Ruta, *op. cit.*, in *Crim*, 2014, 303, «una applicazione razionale dei principi del diritto penale non consente di uscire da questo bivio: o si intende il disastro come fatto di immediata proiezione lesiva e allora si ragiona nei termini del reato istantaneo; o lo si intende come fatto di prolungata attitudine lesiva e quindi si può ragionare in termini di reato permanente».

[119] Oltre a S. Corbetta, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 275 ss., si v. L. Masera, *op. cit*., in *RIDPP*, (n. 3) 2015, 1565 ss., il quale con estrema chiarezza rileva che «una volta rimosso il requisito della concentrazione temporale del disastro, la natura permanente dell'evento pare contenuta *in nuce* nella stessa definizione di disastro fatta propria dalla Cassazione». Cfr. anche A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 3 che in termini critici parla di «un'offesa *in fieri*, tendenzialmente permanente».

5.1. - Si è dunque dimostrato come la conclusione cui è da ultimo approdata la Corte di Cassazione rappresenti null'altro che una coerente applicazione dei principi generali sulla permanenza del reato al delitto di disastro innominato per come configurato dall'elaborazione giurisprudenziale relativa ai fenomeni di inquinamento storico e progressivo. Tale considerazione, tuttavia, non riduce la rilevanza che tale esito ha in termini pratici e simbolici.

Da un punto di vista pratico, come spesso accade quando si tratti di osservare le conseguenze di «un diritto giurisprudenziale che si percepisce come fonte», si deve rilevare come gli effetti della statuizione della Corte siano sfavorevoli per gli imputati[120]. La qualificazione del disastro innominato colposo (o doloso aggravato dall'evento) come reato eventualmente permanente, potendo condurre ad una posticipazione del momento di consumazione dell'illecito, determina infatti due (possibili) ripercussioni: l'attribuzione di rilevanza penale al contributo (anche omissivo) dei soggetti apicali dell'impresa coinvolta che si sono succeduti nel periodo di tempo successivo alla perfezione del reato e il differimento del *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione al momento in cui viene meno uno degli elementi costitutivi dell'illecito (di norma, come si è detto, la condotta). Ovviamente, a tali esiti si sarebbe potuto pervenire - e si è talora pervenuti, soprattutto con riguardo al secondo di essi[121] - anche senza che venisse espressamente dichiarata la natura eventualmente permanente delle fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 Cp, ma in tal modo essi divengono più solidi sul piano logico e, dunque, più praticabili sul piano argomentativo.

Passando al secondo aspetto di rilevanza del recente approdo della Corte di Cassazione, si deve osservare che l'esplicitazione del carattere eventualmente permanente del disastro innominato ha un valore che travalica le sue stesse conseguenze pratiche e che si apprezza, soprattutto, sul piano simbolico e, per così dire, comunicativo. Innanzitutto, poiché trasmette ai consociati la consapevolezza che la partecipazione ad una qualsiasi fase di un lungo processo di inquinamento ambientale, consistente anche nella mera omissione delle doverose operazioni atte a interrompere e ridurre la contaminazione già in atto, possa condurre ad un addebito di responsabilità penale. Ciò rileva soprattutto nel contesto delle organizzazioni complesse: mentre prima di tale pronuncia, infatti, si poteva dubitare dell'inquadramento del ruolo e dell'operato di soggetti che fossero subentrati in posizioni apicali di imprese la cui attività già in precedenza avesse determinato una significativa contaminazione ambientale, dopo di essa ci si può attendere che essi verranno ritenuti penalmente responsabili laddove non abbiano adottato misure idonee a contenere le attività inquinanti e a impedire, dunque, che la contaminazione si aggravi ulteriormente. In secondo luogo, la qualificazione del "tipo giurisprudenziale" di disastro innominato come reato eventualmente permanente è (per l'odierno *Zeitgeist* penale) rilevante poiché segna il compimento del percorso di adattamento di questa peculiare fattispecie di fonte pretoria ai casi di inquinamento storico e progressivo, fugando qualsiasi incertezza sulla loro corrispondenza temporale: l'illecito formale (la causazione di un "altro disastro") viene manipolato allo scopo di adeguarlo al fatto che si vuole punire (l'inquinamento di lunga durata). La pulsione punitiva soggioga dunque l'istanza di legalità penale e la natura eventualmente permanente del disastro innominato cessa di essere il convitato di pietra dell'elaborazione giurisprudenziale nella materia *de qua*, divenendo un'acquisizione probabilmente destinata a consolidarsi.

---

[120] Cfr. A. di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Crim*, 2014, 111, secondo il quale «si deve constatare che gli esiti interpretativi immediati di un diritto giurisprudenziale che si percepisce come fonte sembrano essere prevalentemente in *malam partem*».

[121] Come si constatato, il *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione è stato spesso posticipato al momento di cessazione delle condotte ritenute rilevanti. Non pare, invece, che nei precedenti arresti della Corte di Cassazione sia mai stata configurata una successione penalmente rilevante di garanti.

Mediante l'impiego della categoria del reato eventualmente permanente, infatti, la Corte di Cassazione, in quanto «artefice del tipo»[122] degli artt. 434 e 449 Cp, sancisce perentoriamente che tutti i suoi elementi costitutivi possono persistere ininterrottamente nel tempo e, pertanto, determina la massima dilatazione della fattispecie giudiziale di disastro innominato "ambientale". La duttilità punitiva di questo modulo di imputazione «liquido»[123] viene, quindi, condotta alle sue estreme conseguenze. Dal punto di vista del *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione non si può infatti andare oltre, a meno che non si violino i principi in materia di permanenza del reato o non si pervertano ulteriormente i connotati di questo reato di fonte giurisprudenziale sino a trasformarlo nella figura - temuta in dottrina - del disastro innominato "sanitario", in cui evento tipico è (non la contaminazione ambientale, bensì) l'inveramento stesso del pericolo per la pubblica incolumità nella forma del fenomeno epidemico di eccessiva morbilità o, addirittura, delle malattie e i decessi che ne sono seguiti[124].

6. - L'analisi della giurisprudenza in materia di applicazione delle fattispecie di disastro innominato ai casi di inquinamento storico e progressivo impone di svolgere qualche ulteriore riflessione sull'opportunità, da un punto di vista di politica criminale, di una strategia di tutela giuridica dell'ecosistema il cui baricentro punitivo sia rappresentato esclusivamente dagli artt. 434 e 449 Cp.
Si è già anticipato come l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza riguardante il Petrolchimico di Porto Marghera potesse essere originariamente giustificato, perlomeno sul piano sostanziale, dall'esigenza di supplire alla vistosa lacuna di fattispecie delittuose preordinate alla protezione dell'ecosistema avverso accadimenti dannosi (o, comunque, pericolosi in concreto) di dimensioni significative[125]. Che tale istanza fosse (e sia ancora oggi) ampiamente condivisa nella coscienza collettiva lo dimostrano, tra gli altri, due accadimenti di carattere istituzionale.
Il primo è rappresentato dall'invito conclusivo che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 327/2008, aveva rivolto al legislatore penale nell'auspicio di un suo intervento che, «anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale», correggesse il vizio di legalità sino ad allora manifestatosi rispetto alla «ipotesi del cosiddetto disastro ambientale». Il secondo è invece consistito nella legge n. 68/2015, con la quale il legislatore - recependo l'invito della Corte costituzionale - ha riformato il diritto penale dell'ambiente, introducendo nel codice penale alcuni ecodelitti tra i quali, in particolare, quelli di "inquinamento ambientale" e di "disastro ambientale" (artt. 452 *bis* e 452 *quater* Cp): pur con i suoi gravi difetti di formulazione e di coerenza interna[126], tale riforma ha comunque rappresentato la risposta del sistema istituzionale alla richiesta, democraticamente espressa dalla comunità, di una più rigorosa ed effettiva tutela penale dell'ecosistema[127].
Il bisogno di protezione dell'ambiente «avverso i macro-inquinamenti storico-progressivi» non è, del resto, posto in discussione nemmeno dai più severi critici del "tipo giurisprudenziale" di disastro innominato[128]. Come si è accennato, il biasimo dei commentatori si è piuttosto appuntato

[122] D. Brunelli, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 269.
[123] A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 590.
[124] È la figura emersa nei giudizi di primo e secondo grado del processo Eternit. Cfr. A. Gargani, *Le plurime figure*, in *CP* (n. 7-8) 2016, 2705 ss.
[125] *Ex multis*, A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020.
[126] Severamente stigmatizzati da T. Padovani, *op. cit.*, in *GD* 2015 (32).
[127] Espressa di recente anche da Papa Francesco nel *Discorso ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, 15.11.2019.
[128] A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, p. 14. Cfr. anche L. Masera, *op. cit*., in *RIDPP (*n. 3) 2015, 1565 ss., che parla di «comprensibili esigenze di tutela».

sulla circostanza che la magistratura abbia per lungo tempo soddisfatto tali bisogni collettivi di pena impiegando l'amorfa tipicità degli artt. 434 e 449 Cp e edificando così un'ulteriore figura pretoria di disastro innominato, in violazione dei pertinenti corollari di garanzia del principio di legalità penale[129].

Trattasi di osservazioni condivisibili sulle quali, tuttavia, non è opportuno qui insistere, essendo improbabile che esse siano recepite dagli organi giudiziari[130]. Piuttosto che impegnarsi in quella che pare ormai (purtroppo!) una battaglia di retroguardia, infatti, in questa sede si preferisce piuttosto rilevare come la strategia giudiziale di contrasto (penale) ai fenomeni di inquinamento storico e progressivo si riveli, sul piano teleologico, miope, a maggior ragione dopo la riforma intervenuta con la legge n. 68/2015. Essa, infatti, si mostra incapace di perseguire il fine che la dovrebbe informare, ossia la salvaguardia effettiva dell'ecosistema, prevalentemente per due ragioni.

Innanzitutto, poiché il "tipo giurisprudenziale" di disastro "ambientale" non garantisce (in un ordinamento come il nostro in cui non vige il principio dello *stare decisis*) una nitida, stabile e intellegibile definizione *ex ante* dei confini tra lecito e illecito e, di conseguenza, ha una ridotta capacità di prevenzione generale negativa e positiva rispetto ai fenomeni di inquinamento storico e progressivo[131]. Le incriminazioni degli artt. 434 e 449 Cp, infatti, gravitano attorno alla causazione di un "altro disastro". I destinatari di queste fattispecie, dunque, non possono scorgere nella *littera legis* alcun riferimento all'ecosistema poiché la rilevanza di quest'ultimo referente di tutela è di fonte giurisprudenziale (ed è peraltro contestata in dottrina). Per tale ragione, emergendo solamente nella discontinua e assai dibattuta elaborazione pretoria, la qualificazione dei processi di inquinamento storico come disastro innominato ha una ridotta capacità deterrente e "pedagogica". In altri termini, il "tipo giurisprudenziale" di disastro "ambientale" *ex* artt. 434 e 449 Cp non può garantire una efficace prevenzione (negativa e positiva) dei fenomeni di contaminazione prolungata dell'ecosistema poiché i suoi connotati tipici sono incerti, mutevoli, "ufficiosi" e contestati: come è stato condivisibilmente osservato, infatti, tale fattispecie di matrice pretoria, la quale «lascia totalmente senza risposta l'interrogativo cruciale relativo alle caratteristiche minime che tale dispersione di sostanze tossiche debba assumere per poter essere considerata come "disastro"», non assicura la prevedibilità delle decisioni giudiziali[132] e, di conseguenza, non pare capace di orientare adeguatamente le condotte dei consociati.

La seconda ragione è rappresentata dalla cornice edittale degli artt. 434 e 449 Cp, la quale è piuttosto mite: fa eccezione l'ipotesi dolosa aggravata dall'evento (art. 434 co. 2 Cp) il cui minimo è, comunque, abbastanza contenuto. Pare legittimo chiedersi, infatti, che valore possa avere, in un caso di significativa contaminazione di una falda acquifera, una pena - come quella inflitta nel processo relativo allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo - di un anno e otto mesi di reclusione accompagnata dalla concessione dei benefici della sospensione condizionale e della non

[129] Tra gli Autori già citati, si rinvia a D. Brunelli, op. cit., in *Crim*, 2014, 254 ss., S. Corbetta, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 275 ss.

[130] A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 14, parla di «difficoltà (se non impossibilità)» di farle valere.

[131] Soffermandosi sul principio di determinatezza della norma penale (che, come è noto, è uno dei profili della legalità penale che riguardano il rapporto tra legislatore e potere giudiziario. F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 36, Tomo I, Milano 2007, 1308, ricorda che «la determinatezza, infatti, non solo garantisce - insieme alla irretroattività - la libertà di autodeterminazione dell'individuo, ma concorre in modo decisivo ad assicurare la funzione di prevenzione generale, tanto negativa quanto positiva, della norma penale: è evidente, infatti, che solo precetti dotati di una certa chiarezza espressiva possono raggiungere i destinatari in modo da "persuaderli" con l'intimidazione o con l'educazione a non tenere comportamenti antisociali»).

[132] Così, F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.12.2016, 41 e 42.

menzione della condanna nel casellario giudiziale. Certamente, essa ha una scarsissima portata dissuasiva e una limitata capacità special-preventiva[133]. Residua, semmai, una finalità simbolica della condanna. Ebbene, probabilmente è proprio questo lo scopo perseguito dai "maxi-processi" ambientali fondati sull'impiego del disastro innominato quale clausola generale di tutela dell'ecosistema rispetto ad eventi dannosi o pericolosi: placare le ansie collettive, dovute anche alla ineffettività dell'apparato amministrativo di controllo[134], mediante l'ostentazione dello scalpitìo del sistema penale innanzi all'incessante (ma non sempre inevitabile) deterioramento dell'ambiente[135]. La pena assume così un valore catartico: l'idea è che «occorre punire per salvare», ma «chi punire e cosa salvare è secondario»[136].

Risulta evidente come un impianto di tutela giuridica dell'ecosistema che si esaurisca nel comminare, mediante incriminazioni non immediatamente decifrabili, sanzioni molto ridotte e dal significato prevalentemente simbolico sia insufficiente e inefficace[137]. Al contrario, il diritto penale, nel settore della salvaguardia dell'ambiente da fenomeni di inquinamento storico e progressivo, dovrebbe operare in un duplice senso: prevenire la verificazione di contaminazioni ambientali e promuoverne, quando esse si siano ormai realizzate, il risanamento[138]. La funzione retributiva e quella simbolica, che pure sono connaturate alla pena in quanto tale[139], dovrebbero avere un ruolo meramente ancillare.

In quest'ottica, dunque, non si vuole sopprimere quella «forza nella concretezza delle *res iudicandae*»[140] che, reclamando l'intervento del diritto penale innanzi a fenomeni di grave inquinamento storico e progressivo, ha sospinto il cammino ermeneutico della giurisprudenza lungo l'accidentato percorso dell'impiego della tipicità abnorme e amorfa degli artt. 434 e 449 Cp in materia ambientale. Al contrario, la si vuole indirizzare lungo un sentiero più consono, ormai tracciato dal legislatore, in cui il diritto penale sia strumento (più) razionale di un complesso programma di tutela dell'ecosistema. Prima della legge n. 68/2015, questa alternativa non esisteva

---

[133] Inoltre, è ragionevole sostenere che essa non svolga adeguatamente nemmeno una funzione retributiva, a meno che non si voglia ammettere la degradazione della salvaguardia dell'ambiente a bene giuridico di rilievo quasi bagatellare. Ad ogni modo, la capacità "retributiva" della pena rappresenta aspetto secondario.

[134] Su cui si sofferma, con toni aspri, F. Forzati, *op. cit*., in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.3.2015, 23. Egli sostiene, dopo aver considerato alcuni casi specifici, che «la valenza dei relativi processi penali in tal senso non sta nell'effetto giuridico delle sentenze, quanto piuttosto nella ricostruzione storica e nell'analisi ricognitiva dei fatti, nonché nell'azione delle Procure della Repubblica che, in funzione inquirente, hanno agito in via di supplenza della Pubblica Amministrazione competente». È evidente che queste funzioni non appartengono al diritto e al processo penale.

[135] «In un contesto percettivo in cui l'esclusione della responsabilità penale e la conseguente assoluzione si pervertono populisticamente in impunità sulla base di un'aprioristica valutazione di colpevolezza nei fatti». Così A. Gargani, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Discrimen*, 11.2.2020, 31. A p. 18, l'Autore rileva anche il più ampio fenomeno di *governance* giudiziaria dei beni coinvolti in materia ambientale, osservando che «il ricorso, in funzione dell'implementazione della tutela penale dell'ambiente, all'applicazione di fattispecie incriminatrici poste a presidio dell'incolumità pubblica fa sì che il giudice penale si svincoli dalle determinazioni di tollerabilità delle emissioni incorporate nei provvedimenti autorizzatori e si sostituisca al legislatore e all'autorità amministrativa nella determinazione delle cautele esigibili».

[136] «Se punire e come punire, come tutelare [l'ambiente], nel conflitto degli interessi meritevoli di identica attenzione, se non di pari graduazione politico giuridica, sono argomenti antichi e tediosi demandati agli ozi intellettuali del qualunquista ambientale». Così R. Bajno, *Problemi attuali del diritto penale dell'ambiente*, in *RTrimDPenEc*, 1988, 452 ss.

[137] Secondo E. Mazzanti, *op. cit*., in *DPP* (n. 8) 2018, 1098., infatti, «l'evoluzione del disastro c.d. innominato, in effetti, è un esempio plastico di come, alla compressione delle garanzie [degli innocenti], non necessariamente segua una più piena difesa dei diritti [delle vittime]».

[138] Cfr. G. Ruta, *op. cit*., in *Crim*, 2014, 293 ss.

[139] Lo rileva F. Centonze, *op. cit*., p. da 286 a 291 il quale, trattando del tema dei disastri tecnologici, spiega che l'impossibilità di un definitivo congedo del diritto penale sia dovuta proprio al suo significato etico, politico e financo emotivo. L'Autore attinge ampiamente dallo studio di D. Garland, *Pena e società moderna*, Milano 1999, 324 ss.

[140] L'espressione è impiegata da F. Palazzo, *op. cit.*, in *Quaderni Fiorentini*, n. 36, Tomo I, Milano 2007, 1307 per indicare la «grande reattività [del giudice] alle esigenze di tutela che il caso concreto, ogni caso concreto, gli pone sotto gli occhi».

e la giurisprudenza era posta innanzi alla tensione, perenne, tra il rispetto dei principi di garanzia e la soddisfazione dei bisogni collettivi di pena[141].
Ormai, però, esiste, pur con i suoi acclarati difetti, un sistema di protezione giuridica dell'ambiente in cui il diritto penale è parte di una strategia ampia e complessa, la quale è connotata da due elementi che paiono meritevoli di essere valorizzati proprio nell'ottica del contrasto ai processi di inquinamento storico e progressivo: la responsabilità amministrativa da reato degli enti e la c.d. *responsiveness* del diritto (penale) ambientale[142], ossia la capacità della reazione giuridica e - in particolar modo - punitiva di adattarsi dinamicamente al comportamento (che si auspica collaborativo) degli indagati. Da un lato, infatti, è evidente che, nei casi (più frequenti) in cui la contaminazione sia correlata ad attività industriali e produttive, è quantomai opportuno rivolgere il rimprovero e (la minaccia del)la sanzione all'impresa, la quale è spesso «l'unico reale responsabile delle violazioni tanto formali quanto sostanziali» in materia ambientale[143]: del resto, questo (ossia l'impiego dei delitti presupposto *ex* art. 25 *undecies* d.lgs. 231/2001, tra i quali non figura il disastro innominato) pare l'unico modo per coinvolgere gli enti, mediante le procedure di autoregolazione, nella prevenzione dei fenomeni di grave inquinamento dell'ecosistema[144]. Dall'altro lato, risulta chiaro, anche in virtù di approfondite analisi comparative, che un approccio meramente repressivo e punitivo rischia di tradursi in un «fallimento regolativo»[145]: è proprio sulla scorta di tali considerazioni che si apprezzano, a fronte della severità delle cornici edittali delle fattispecie di inquinamento ambientale (art. 452 *bis* Cp) e di disastro ambientale (art. 452 *quater* Cp), quelle norme dirette a favorire il coinvolgimento dei privati nel risanamento dei siti contaminati mediante, tra l'altro, la diminuzione delle relative pene (art. 452 *decies* Cp) e l'esclusione della confisca (art. 452 *undecies* co. 4 Cp)[146]. Si noti, peraltro, che questa logica responsiva si rinviene, *in nuce*, anche nel sistema di responsabilità amministrativa degli enti (artt. 12 e 17 d.lgs. 231/2001), la cui attivazione pare dunque ancor più auspicabile.
Come rilevato da molti autori, si tratta di un impianto connotato da numerosi difetti. Limitarsi ad auspicarne (ed attenderne) il perfezionamento pare però, perlomeno in questa sede, poco utile, dato il rischio che l'opera di riforma del diritto (penale) ambientale si risolva in una inconcludente "Azione parallela" *à la* Musil[147]. Piuttosto, conviene rilevarne le virtù, in termini preventivi e

[141] S. Corbetta, *op. cit.*, in *Crim*, 2014, 275.
[142] Il paradigma della *responsive regulation* è sviluppato, in termini generali, da I. Ayres e J. Braithwaite, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford 1992. Esso è richiamato anche da G. Rotolo, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli 'innovativi' di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino 2018, 235 ss.
[143] Così F. Palazzo, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *DPenCont* (n. 1) 2018, 330.
[144] Per qualche osservazione critica, ancora F. Palazzo, *op. loc. ult. cit*. Cfr. anche G. Amarelli, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *CP* (n. 1) 2016, 405 ss.
[145] Lo rilevano proprio F. Centonze e S. Manacorda, *op. cit.*, in *Historical pollution*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, 6, i quali sostengono che «*the comparative analysis highlighted that in several countries the main responses to historical pollution are based on a variety of compensatory and reparatory measures belonging to civil or administrative law; criminal law, to the contrary, plays a rather residual and supplementary role*».
[146] Per gli altri benefici ottenibili mediante tali condotte cooperative e per alcune riflessioni sulla *responsiveness* della disciplina della bonifica si rinvia a A. Di Landro, *op. cit.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28.2.2014 e A. Di Landro, *I problemi relativi al delitto di omessa bonifica-ripristino. In particolare, quali responsabilità per l'autore del danno ambientale e quali per gli altri soggetti?*, in *RTrimDPenEc* (n. 1-2) 2018, 355 ss. Cfr. G. Rotolo, *op. cit.*, 229 ss., il quale parla di sistema "stadiale" di tutela penale dell'ambiente. Sulla normativa amministrativa concernente il ripristino dei siti contaminati si v. C. Micciché, *Italian Administrative Regulation and Responsibility for Historical Pollution*, in *Historical pollution*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, 183 ss.
[147] Come noto, nel romanzo di R. Musil, *L'uomo senza qualità*, il comitato volto a identificare l'idea più adatta a essere sviluppata nelle celebrazioni del settantennale dell'imperatore Francesco Giuseppe (la c.d. "Azione Parallela"), pur a fronte della presenza di numerose brillanti personalità e di altrettante illuminanti visioni della realtà, fallisce nel suo scopo, esaurendosi in un decadente immobilismo.

rimediali, al preciso scopo di stigmatizzare l'inerzia della giurisprudenza nella materia *de qua* e di invitarla ad impiegare le incriminazioni disciplinate dagli artt. 452 *bis e* 452 *quater* Cp, le quali - per le ragioni appena menzionate - sono le sole capaci di innescare una reazione ordinamentale che si proponga di essere (più) razionale ed effettiva. La «lacerazione della legalità»[148] determinata dall'applicazione analogica *in malam partem* del disastro innominato non è oggi in alcun modo giustificabile: non solo perché, come si è visto, si esaurisce nell'applicazione prevalentemente simbolica di una fattispecie indecifrabile, ma soprattutto perché esiste ormai un tracciato legale maggiormente in grado di conciliare l'esigenza di soddisfare i bisogni collettivi di tutela effettiva dell'ambiente e la necessità di rispettare i principi di garanzia del diritto penale.
Ovviamente, chi scrive è consapevole che la proposta qui sostenuta incontra il limite, invalicabile, del principio di irretroattività delle norme incriminatrici. Gli artt. 452 *bis* e 452 *quater* Cp, infatti, determinano, tendenzialmente[149], un trattamento deteriore per il reo. Ne deriva che tali fattispecie (e le corrispondenti sanzioni previste dall'art. 25 *undecies* d.lgs. 231/2001) non potranno, di norma, essere applicate ai fenomeni di inquinamento storico e progressivo esauritisi prima dell'entrata in vigore della legge n. 68/2015[150]. Trascorsi però diversi anni da tale data, questo ostacolo inizia a perdere di rilievo e diviene dunque urgente, come notato da numerosi commentatori[151], ripristinare la tipicità delle fattispecie di disastro innominato di cui agli artt. 434 e 449 Cp. Forse, è proprio da questo punto di vista che il recente approdo della Corte di Cassazione nella pronuncia relativa allo stabilimento chimico di Spinetta Marengo desta maggiore stupore: essa, infatti, esplicitando la natura eventualmente permanente del reato di disastro innominato, conduce la parabola ermeneutica di tale delitto allo zenit proprio quando sarebbe, invece, opportuno iniziare a tracciarne una traiettoria calante. Ad ogni modo, per impedire che questa inerzia applicativa si perpetui nel tempo, è necessario impegnarsi nella formulazione di una proposta di interpretazione sistematica degli artt. 434 e 449 Cp più consona alle esigenze di rispetto dei corollari di garanzia del principio di legalità e di effettiva protezione dell'ecosistema innanzi ai fenomeni di inquinamento storico e progressivo.

7. - A tal fine occorre innanzitutto muovere dalla constatazione della continuità normativa tra il disastro innominato disciplinato dagli artt. 434 e 449 Cp e il disastro ambientale previsto dall'art. 452 *quater* Cp[152], la quale è sancita esplicitamente dalla clausola di riserva contenuta in quest'ultima disposizione. Come ha osservato la Corte costituzionale in una pronuncia del 2017, infatti, la sussunzione giurisprudenziale dei «fatti di cosiddetto disastro ambientale» nella fattispecie di disastro innominato costituisce «una soluzione interpretativa che la legge 22 maggio 2015, n. 68 […] ha inteso convalidare e preservare, inserendo nella formula descrittiva della nuova fattispecie tipica di disastro ambientale delineata dall'art. 452 *quater* Cp una clausola volta espressamente a far salvi "i casi previsti dall'articolo 434"»[153].

[148] A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 590.
[149] Ossia, salvo che l'applicazione delle attenuanti previste per l'ipotesi di commissione colposa dei delitti *ex* art. 452 quinquies Cp e per il caso di "ravvedimento operoso" dell'imputato *ex* art. 452 decies Cp non comporti una pena in concreto inferiore a quella che sarebbe inflitta ai sensi degli artt. 434 e 449 Cp.
[150] Della stessa opinione è C. Ruga Riva, *op cit*., in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss. Cfr. anche R. Sabia, *Historical Pollution and Corporate Liability in the Italian Criminal Law*, in *Historical pollution*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, 151 ss.
[151] A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020 e T. Padovani, *op. cit*., in *GD* 2015 (32).
[152] Rilevata anche da M. Poggi d'Angelo, *op. cit*., in *CP* (n. 2) 2019, 630 ss. con riguardo alla struttura dell'evento di disastro ambientale ex art. 452 *quater* co. 1 n. 3 Cp.
[153] C. cost., 22.11.2017, n. 265, cit.

In questa prospettiva, pare che il legislatore abbia inteso legittimare e salvaguardare, *a posteriori*, la prassi giudiziale di applicazione dell'analogia espressa su cui si impernia il disastro innominato (anche) ai fenomeni di inquinamento storico e progressivo[154].
La Corte di Cassazione ha, ovviamente, recepito tale impostazione, inquadrando i rapporti tra l'art. 434 Cp e l'art. 452 *quater* Cp nello schema della successione di leggi penali modificative (art. 2 co. 4 Cp) e sancendo che «l'intervento normativo ha inteso esattamente fare salvi i casi di applicazione dell'art. 434 Cp e salvaguardare, dunque, e in primo luogo, i processi in corso, per fatti commessi nel vigore della disposizione indicata, proprio inserendo una espressa clausola di riserva, in ragione della indiscussa applicazione dell'art. 434 Cp»[155].
Ebbene, è proprio questa lettura meramente "intertemporale" della clausola di riserva dell'art. 452 *quater* Cp a costituire uno dei principali ostacoli al ripristino della legalità del disastro innominato[156]. Essa, infatti, postulando un'interferenza delle due fattispecie proprio con riguardo ai casi di inquinamento e contaminazione progressivi e talvolta lungo-latenti, rischia di sclerotizzare, anche nel nuovo orizzonte normativo, l'abnorme tipicità della fattispecie giurisprudenziale di "altro disastro".
Tale interpretazione, tuttavia, non offre alcun ausilio quando si tratti di risolvere la questione, che esplicitamente la Corte di Cassazione pretende di lasciare impregiudicata[157], della disciplina applicabile alle ipotesi di disastro ambientale (latamente inteso) consumatesi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 68/2015. Essa, infatti, non chiarisce quali siano, sul piano strutturale, le relazioni tra le due fattispecie[158].
Il problema si pone, soprattutto, con riguardo al rapporto tra disastro innominato doloso aggravato dall'evento e colposo (artt. 434, co. 2 e 449 Cp) e l'ipotesi di disastro ambientale consistente nella «offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo» (art. 452 *quater* co. 1 n. 3)[159]. In via di prima approssimazione, si può rilevare come i rapporti tra queste incriminazioni potrebbero essere, teoricamente, di quattro tipi: di identità, di genere a specie, di indipendenza oppure di specialità bilaterale. Allo scopo di verificare quali di queste relazioni strutturali siano logicamente ammissibili, occorre immaginare in che modo la

[154] Lo rileva, *ex multis*, A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020.
[155] Cass., 17.5.2017, n. 58023, in www.dejure.it. Peraltro, il Supremo Collegio, in questa pronuncia, ha stabilito anche che, poiché il disastro ambientale previsto dall'art. 452 *quater* Cp si pone in termini di «progressione lesiva» rispetto alla fattispecie di inquinamento ambientale *ex* art. 452 *bis* Cp, allora «la clausola di riserva […] finisce per segnare anche l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'art. 452 *bis* Cp». Tuttavia, nel prosieguo dell'argomentazione, si evidenziano le diversità strutturali tra le due fattispecie e si conclude sostenendo che «si tratta di delitti distinti rispetto ai quali […] non si pone, in concreto, un problema di successione tra norme penali». Tale soluzione è stata da ultimo confermata anche da Cass., 7.5.2020, n. 13843, cit., ove si legge che «in tema di disastro ambientale, infatti, anche dopo la legge 22 maggio 2015, n. 68 […] la previsione di cui all'art. 434 cod. pen. continua a trovare applicazione nei processi in corso per fatti commessi nel vigore della disposizione indicata in forza della clausola di riserva contenuta nell'art. 452-quater cod. pen.».
[156] Come osserva anche E. Mazzanti, *op. cit.*, in *CP* (n. 5-6) 2019, 2060 ss.
[157] «Se, poi, la clausola abbia anche l'ulteriore funzione e conseguenza di riservare alla tutela di quella disposizione anzidetta fatti successivamente commessi, rispetto all'entrata in vigore della l. di modifica 22 maggio 2015, n. 68 e che non rientrano nell'ambito di applicabilità dell'art. 452 *quater* Cp, di nuova formulazione, non rileva in questa sede e ai fini dell'odierno decidere, […] poiché dovrebbe trattarsi di fatti avvenuti dopo l'entrata in vigore della L. n. 68 del 2015, eventualità che non riguarda il presente processo». Così Cass., 17.5.2017, n. 58023, cit.
[158] Come nota ancora criticamente E. Mazzanti, *op. cit.*, in *CP* (n. 5-6) 2019, 2060 ss.
[159] Il disastro ambientale è, infatti, un reato di evento (consistente in una grave contaminazione ambientale). Ciò vale anche nell'ipotesi disciplinata dall'art. 452 *quater* co. 1 n. 3, ove si può parlare di evento pericoloso per la pubblica incolumità. Pertanto, se ne può immaginare un'interferenza con le fattispecie di disastro innominato connotate dall'avverarsi dell'*immutatio loci* (ossia, gli artt. 434 co. 2 e 449 Cp). Cfr. M. Poggi d'Angelo, *op. cit.*, in *CP* (n. 2) 2019, 630 ss. e C. Ruga Riva, op cit., in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss. In giurisprudenza, Cass. 18.6.2018, n. 29901, in www.dejure.it.

clausola di riserva potrebbe operare in ciascuno degli scenari ipotizzati[160]. Essa, infatti, pur essendo indubbiamente problematica[161], costituisce un ineludibile dato di diritto positivo di cui è doveroso tentare di valorizzare la razionalità sistematica, facendo quindi di necessità virtù.
Iniziando questa rapida rassegna, occorre rilevare come la prima ipotesi (relazione di identità) non pare condurre a risultati logicamente sostenibili poiché, laddove tali due fattispecie coincidessero integralmente, la clausola di riserva dell'art. 452 *quater* Cp imporrebbe di non applicare mai il disastro ambientale pericoloso per la pubblica incolumità (co. 1 n. 3)[162]. Questo esito pare inammissibile.
Nella seconda ipotesi (relazione di genere a specie), occorre distinguere tra il caso in cui generale sia ritenuta la fattispecie di disastro innominato e il caso in cui generale sia ritenuto, invece, il delitto di disastro ambientale *ex* art. 452 *quater*, co. 1 n. 3 Cp. Nel primo scenario, la clausola di riserva imporrebbe nuovamente di giungere all'assurdo risultato di considerare quest'ultima previsione *tamquam non esset* poiché non ne residuerebbe alcun margine di operatività. Nel secondo scenario, viceversa, la clausola di riserva potrebbe operare razionalmente poiché, laddove non fosse integrato il reato, speciale, di disastro innominato, potrebbe comunque essere correttamente applicata l'ipotesi, generale, di disastro ambientale (pericoloso per la pubblica incolumità)[163].
Nella terza ipotesi (relazione di indipendenza), la clausola di riserva varrebbe a confermare la diversità strutturale tra le due incriminazioni, le quali pertanto avrebbero ambiti di applicazione del tutto differenti. In questa evenienza, essa sarebbe però superflua ed avrebbe soltanto una funzione «pedagogica»[164].
Nella quarta ipotesi (relazione di specialità bilaterale), infine, la clausola di riserva, a fronte di fattispecie che sarebbero distinte ma talora interferenti, potrebbe essere utilmente impiegata allo scopo di risolvere i casi di sovrapposizione sancendo la prevalenza del disastro innominato *ex* art. 434 Cp.
Queste brevi considerazioni consentono di affermare che, per preservare la razionalità operativa della clausola di riserva contenuta nell'art. 452 *quater* Cp, è logicamente necessario ritenere che il disastro innominato sia una fattispecie speciale, indipendente o occasionalmente interferente rispetto a quella di disastro ambientale. Non è logicamente possibile, invece, considerarla coincidente o generale rispetto a quest'ultima poiché, altrimenti, si vanificherebbe del tutto la previsione di cui all'art. 452 *quater* co. 1 n. 3 Cp.

---

[160] La logica argomentativa che si intende impiegare potrebbe parere anomala: di norma, infatti, le relazioni strutturali tra i reati si evincono dalla configurazione legale dei loro elementi costitutivi e la clausola di riserva è uno strumento di successiva risoluzione dei conflitti che, sulla scorta di tale analisi, potrebbero essere identificati. Essendo però la tipicità degli artt. 434 e 449 Cp di matrice giurisprudenziale, la clausola di riserva del delitto di disastro ambientale può servire per risalire ai rapporti che il legislatore del 2015 ha ritenuto esistessero con la fattispecie di disastro innominato e per convincere dunque i giudici a ricostruire un fatto tipico di "altro disastro" sistematicamente sostenibile.
[161] Secondo P. Patrono, *La tutela penale dell'ambiente: dal diritto penale del rischio al rischio di diritto penale*, in *RTrimDPenEc* (n. 3-4) 2017, 605, essa sarebbe «inutile ed inopportuna». Per una sintesi delle interpretazioni offerte in dottrina si rinvia a E. Mazzanti, *op. cit*., in *DPP* (n. 8) 2018, 1092 ss.
[162] La coincidenza tra le due incriminazioni è sostenuta ad esempio da M. Poggi d'Angelo, op. cit., in *CP* (n. 2) 2019, 630 ss., la quale infatti osserva che «la nuova fattispecie potrebbe trovare scarsissima applicazione, considerato come tutte le ipotesi riconducibili alla terza accezione di disastro ambientale (l'offesa alla pubblica incolumità) rientrano nella nozione di disastro innominato accolta dalla giurisprudenza».
[163] A ben vedere, tuttavia, la clausola di riserva sarebbe in tal caso superflua in quanto al medesimo esito si potrebbe pervenire mediante l'impiego della regola ordinaria sul concorso apparente di norme (art. 15 Cp).
[164] Consistente nel «ricordare all'interprete che ciò che non rientra nel nuovo delitto potrebbe rientrare nella fattispecie generale del disastro innominato; e di sottolineare che non vi è stata alcuna *abolitio criminis*». Così, C. Ruga Riva, *op cit*., in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss.

Ciò considerato, dunque, la clausola di riserva contenuta in tale disposizione può rappresentare il fondamentale supporto logico-formale di un'interpretazione sistematica diretta a uniformare il significato della nozione di "altro disastro" ai corollari di garanzia del principio di legalità. Quanto detto consente infatti di affermare che l'interpretazione della Suprema Corte testé richiamata, la quale assegna a tale clausola una funzione di mera disciplina intertemporale, non è ammissibile. Questa lettura, non affrontando il tema dei rapporti strutturali tra disastro innominato (doloso aggravato dall'evento e colposo) e disastro ambientale (pericoloso per la pubblica incolumità), manifesta infatti la volontà di preservare immutato il "tipo giurisprudenziale" edificato sugli artt. 434 e 449 Cp. Esso però, così come definito da pronunce anche recenti, ha una tipicità tanto estesa da potersi ritenere coincidente o addirittura più ampio (difettando del requisito dell'abusività) rispetto all'ipotesi di reato prevista dall'art. 452 *quater* co. 1 n. 3 Cp. Questa configurazione del disastro innominato non è però sostenibile poiché, come dimostrato, in futuro determinerebbe, in ragione della clausola di riserva contenuta nell'art. 452 *quater* Cp, la totale disapplicazione dell'ipotesi di disastro ambientale pericoloso per la pubblico incolumità, che dunque risulterebbe *tamquam non esset* (co. 1 n. 3).

Al contrario, tale clausola di riserva impone di differenziare e restringere la tipicità del disastro innominato. In questa prospettiva, l'unica alternativa ermeneutica possibile è rappresentata dall'accoglimento delle indicazioni da tempo formulate in dottrina. Come osservato in precedenza, secondo i più accorti commentatori il criterio dell'omogeneità strutturale con i disastri tipizzati nel capo I del titolo VI del libro II Cp (dedotto dall'aggettivo "altro") impone di ritenere che il fatto tipico degli artt. 434, co. 2 e 449 Cp consista nella causazione di eventi dotati di proporzioni straordinarie, connotati dall'estrinsecarsi (pressoché) contestuale ed istantaneo di una percepibile forza violenta e caratterizzati dalla pericolosità per la pubblica incolumità. Viceversa, il disastro ambientale disciplinato dall'art. 452 *quater* Cp, in ragione della sua estesa (e dibattuta) tipicità[165], potrebbe riguardare i casi in cui abusivamente si cagioni un danno all'ecosistema tendenzialmente irreversibile[166] (e non necessariamente pericoloso per la pubblica incolumità) (co. 1 n. 1 e 2) nonché i casi in cui abusivamente si cagioni una significativa contaminazione ambientale che, pur reversibile, sia pericolosa per la pubblica incolumità (co. 1 n. 3)[167].

In materia ambientale, dunque, la differenza tra il disastro di cui agli artt. 434, co. 2 e 449 Cp e il disastro di cui all'art. 452 *quater* co. 1 n. 3 Cp dovrebbe risiedere nelle modalità di verificazione del macroevento dannoso per l'ecosistema e pericoloso per la pubblica incolumità: nel primo caso, esso dovrebbe essere immediatamente percepibile e pressoché istantaneo, mentre nel secondo caso esso - purché abusivo - potrebbe essere anche persistente nel tempo, «diffuso, silente e penetrante»[168].

---

[165] Come osserva C. Ruga Riva, *op cit.*, in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss. infatti, nonostante gli sforzi del legislatore, le formule utilizzate sono connotate da una «notevole vaghezza» e «non sembrano fornire un contributo in termini di precisione migliore rispetto alla definizione giurisprudenziale elaborata dalla giurisprudenza sugli artt. 434 e 449 Cp». Cfr. A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020.

[166] Poiché i casi di contaminazione ambientale meno grave, ossia tendenzialmente reversibile, rientrerebbero nel delitto di inquinamento ambientale *ex* art. 452 *bis* Cp. In tal senso, Cass., 17.5.2017, n. 58023, cit. Cfr. Cass., 19.9.2018, n. 50018, cit.

[167] Per un'analisi più approfondita, si v. C. Ruga Riva, *op cit.*, in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss.

[168] Si intende pertanto raccogliere, sviluppandolo, lo spunto di A. Gargani, *Fattispecie deprivate*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 12, il quale sostiene che «in materia ambientale, la fattispecie di "altro disastro" è suscettibile di ricomprendere unicamente le macro-offese, conformi al concetto generale e astratto di disastro, come tali, qualificate da relativa istantaneità e immediata pericolosità per l'incolumità pubblica […]. *Ex adverso*, all'ambito applicativo dell'art. 452-quater Cp devono essere ricondotte, residualmente, le contaminazioni dell'ambiente […] previamente qualificabili come "abusive" e idonee, eventualmente, a riverberarsi negativamente sulla salute collettiva (co.1 n. 3)».

In quest'ottica, dunque, le due fattispecie in esame si troverebbero, nel settore ambientale, in un rapporto di specialità bilaterale[169] e la clausola di riserva dell'art. 452 *quater* Cp avrebbe la funzione di stabilire che, nei casi di significative compromissioni dell'ecosistema violente e pressoché istantanee, ad applicarsi dovrebbe essere il delitto di disastro innominato (artt. 434, co. 2 e 449 Cp)[170]. I fenomeni di inquinamento storico e progressivo, invece, non potrebbero più essere sussunti entro questo «relitto dell'*Ancien Régime*»[171], dovendo al contrario essere ricondotti - ma solo se abusivi - al delitto di disastro ambientale disciplinato dall'art. 452 *quater* Cp e, dunque, a un sistema giuridico di tutela dell'ambiente che - per le ragioni precedentemente esposte - pare più razionale ed effettivo. Incidentalmente, però, si deve riconoscere che tale soluzione determinerebbe una disparità nel trattamento sanzionatorio di queste differenti manifestazioni di disastro (dannoso per l'ecosistema e pericoloso per la pubblica incolumità) che, pur imposta dal legislatore, non pare agevolmente giustificabile, considerato che essa implica una pena meno grave per gli eventi catastrofici istantanei e violenti[172].

Ad ogni modo, quanto sostenuto consentirebbe di risolvere le controversie attinenti ai profili temporali di queste fattispecie nel senso di ritenere che il disastro innominato previsto dagli artt. 434 e 449 Cp sia un reato necessariamente istantaneo (come da tempo sostenuto dalla dottrina) e che il disastro ambientale disciplinato dall'art. 452 *quater* sia un reato eventualmente permanente[173], potendosi dunque ad esso riadattare le conclusioni cui è da ultimo approdata la Corte di Cassazione nei processi relativi a fenomeni di contaminazione lungolatente[174].

A tal proposito, è opportuno comunque in conclusione chiarire che sarebbe ingenuo sperare che la soluzione prospettata in questa sede sia immediatamente accolta dalla giurisprudenza. In pendenza di processi di inquinamento storico e progressivo consumatisi prima dell'entrata in vigore della legge n. 68/2015, infatti, ridimensionare la tipicità del disastro innominato equivarrebbe a

---

[169] In generale, il nucleo comune delle due incriminazioni è rappresentato dalla causazione di un evento di proporzioni significative (il disastro, appunto) pericoloso per la pubblica incolumità. Nel disastro innominato, elementi di specialità sarebbero, nella lettura proposta, l'istantaneità e la violenza dell'evento catastrofico. Nel disastro ambientale, invece, elemento di specialità sarebbe la circostanza che esso consista in un danno per l'ambiente e che il fatto sia abusivo. In materia di contaminazioni ambientali, dunque, l'art. 452 *quater* co. 1 n. 3 Cp presenterebbe quale unico elemento aggiuntivo rispetto all'art. 434 Cp il requisito della "abusività". L'ampia interpretazione offerta a tal riguardo dalla giurisprudenza di legittimità in materia di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452 *quaterdecies* Cp) consente, però, di dubitare della sua portata selettiva, nonostante esso abbia in verità un rilievo assiologico fondamentale (poiché implica l'adozione di un modello di tutela penale accessoria o sanzionatoria in cui l'ambiente è tutelato in una dimensione non naturalistica, bensì convenzionale, normativa e relativa: cfr. A. Gargani, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Discrimen*, 11.2.2020). Ciò considerato, si potrebbe ritenere che il disastro ambientale *ex* art. 452 *quater* Cp si configuri, in materia di contaminazioni ambientali, come fattispecie tendenzialmente generale rispetto a quella, speciale, di disastro innominato. Per alcuni cenni sintetici sugli orientamenti giurisprudenziali in materia di "abusività" si v. F. Venturi, *La Corte di Cassazione torna sul delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti: la dilatazione dello spettro punitivo di una fattispecie sovrabbondante di requisiti selettivi*, in *CP* (n. 3) 2020, 1125 ss.

[170] Ad opinione di chi scrive, pertanto, il disastro innominato potrebbe avere ancora limitati margini di applicazione in materia ambientale, anche se a taluni, come C. Ruga Riva, *op cit.*, in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss. pare «discutibile che nell'ordinamento convivano due ipotesi di disastro ambientale».

[171] A. Gargani, *Incolumità pubblica*, in *ED*, Annali VIII 2015, 590.

[172] Anche T. Padovani, *op. cit*., in *GD*, 2015 (32) rileva il paradosso di una clausola di riserva che determina la prevalenza di una fattispecie meno grave, ossia il disastro innominato. Sforzandosi di trovare una giustificazione a tale disparità, si potrebbe osservare che i fenomeni di inquinamento storico e progressivo sono talora più insidiosi in quanto, laddove siano impercettibili e lungo-latenti, vengono rilevati solo molto tempo dopo che la contaminazione si è prodotta, quando ormai è più difficile (se non già impossibile) rimuoverne o contenerne gli effetti dannosi e pericolosi.

[173] A tal riguardo, si v. C. Ruga Riva, *op cit*., in *CP* (n. 12) 2016, 4635 ss. e R. Sabia, in *Historical pollution*, edito da F. Centonze e S. Manacorda, Springer 2017, 151 ss.

[174] In particolare, quelle sviluppate dalla Corte di Cassazione nella sentenza relativa allo stabilimento di Spinetta Marengo potrebbero dunque, *mutatis mutandis*, essere adattate all'art. 452 *quater* co. 1 n. 3. Già L. Masera, *op. cit*., in *RIDPP* (n. 3) 2015, 1565 ss. presagiva il rilievo che, in generale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di consumazione (e permanenza) del disastro innominato avrebbe avuto sugli ecodelitti introdotti con la legge n. 68/2015. Cfr. anche A. Aimi, *op. cit*., in *QuestG*, (n. 1) 2017, 27 ss.

determinare un arretramento (difficilmente giustificabile innanzi alla collettività) del diritto penale rispetto a casi di prolungata (ma ormai risalente) e oggettivamente grave compromissione dell'ecosistema. Tuttavia, la qualificazione del disastro ambientale *ex* art. 452 *quater* Cp quale reato eventualmente permanente ha il beneficio di consentirne l'applicazione a tutti i fenomeni di significativa contaminazione ambientale che, pur iniziati molto tempo prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, si siano consumati dopo di essa[175]. Proprio per tale ragione, i tempi paiono ormai maturi per l'abbandono del disastro innominato quale fallace (poiché prevalentemente simbolica) clausola generale di tutela penale dell'ecosistema: le future esigenze collettive di protezione dell'ambiente, infatti, potranno essere soddisfatte mediante strumenti e argomentazioni che, pur grossolani e imperfetti, sono tuttavia maggiormente rispettosi del principio di legalità e, al contempo, più ambiziosi nel prevenire e nel rimediare a gravi contaminazioni ambientali. In quest'ottica, l'auspicio è che la giurisprudenza possa presto cogliere la vantaggiosità (da tutti i punti di vista[176]) dell'impianto di tutela penale dell'ecosistema disegnato dal legislatore del 2015 e, di conseguenza, ricondurre entro percorsi interpretativi costituzionalmente ammissibili la fattispecie di disastro innominato.

[175] E ciò in quanto, sebbene l'art. 452 *quater* Cp sarebbe sfavorevole per il reo, il *tempus commissi delicti* sarebbe comunque successivo alla sua introduzione e non vi sarebbe, pertanto, alcun fenomeno di successione di leggi penali modificative *ex* art. 2 co. 4 Cp. Tale soluzione è prospettata, *ex multis*, da Cass., 10.10.2012, n. 45860, in www.dejure.it. Cfr. F. Mantovani, *op. cit*., 94.

[176] Anche sotto un profilo squisitamente repressivo, considerato il raddoppio dei termini di prescrizione previsto dall'art 157 co. 6 Cp per gli ecodelitti del titolo VI *bis* del libro II Cp.

INDAGINI PENALI, COERCIZIONI REALI E TUTELA DEL TERZO

di Viviana Di Nuzzo
Dottoranda in Scienze Giuridiche presso l'*Università degli Studi di Messina*

Nel complesso quadro evolutivo dell'attuale sistema di giustizia penale, un rilievo sempre maggiore è da attribuire alle misure reali, il cui crescente grado di afflittività è attestato dalla loro capacità di colpire non solo beni di persone indagate ma anche *res* appartenenti a soggetti terzi. Le coercizioni reali, seppur con finalità e dinamiche diverse, impongono difatti delicate valutazioni da parte delle autorità competenti, quanto specialmente alla proporzionalità della misura in gioco al fine di contenere entro opportuni limiti la compressione di diritti di terzi. Attraverso una ricostruzione storica degli istituti e l'analisi della giurisprudenza in materia, il presente contributo mira ad approfondire la tematica in esame, con l'obiettivo di indagare l'adeguatezza degli strumenti di reazione spettanti a soggetti destinatari di misure ablatorie, ancorché diversi dall'indagato.
The complex developments occurred in Italian criminal justice highlight an increasing relevance to measures of coercion towards assets. The growing degree of intrusiveness of such pre-trial means is apparent from their capacity to interfere with properties not only of the accused but also of third parties. The adoption of such measures, indeed, require delicate assessments by the judicial authority, particularly in relation to the principle of proportionality, in order to limit undue restrictions on third parties' rights. Following the historic evolution of legislation and case-law, this study analyses this problematic area, with a view to investigating the adequacy of legal remedies and further tools of reaction, which are available to those individuals who, although not being formally accused, are jeopardised by such coercive measures.

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Profili storici: i sequestri dal codice previgente all'attuale assetto normativo. – 3. Il sequestro preventivo e il sequestro conservativo: l'esigenza di garantire un bilanciamento tra interessi confliggenti. – 4. Beni giuridici e garanzie costituzionali limitati dai sequestri cautelari. – 5. Il rapporto del terzo con la *res* sequestrata: i nodi della titolarità, dell'appartenenza e della buona fede. – 6. La tutela processuale: gli strumenti di reazione a provvedimenti lesivi di diritti del terzo. – 7. Il diritto del terzo al contraddittorio. – 8. Rilievi critici e prospettive *de iure condendo*.

1. L'evoluzione dei moderni sistemi di giustizia penale, alla quale non è rimasta immune l'esperienza dell'ordinamento giuridico italiano, attesta una crescente tendenza delle attività processuali a incidere su beni primari non solo dell'imputato ma anche di altri soggetti coinvolti a vario titolo nell'accertamento penale: un fenomeno, questo, che in buona misura trova una sua spiegazione, se non anche una qualche giustificazione, nel maggior grado di effettività di quelle che ormai sono ampiamente riconosciute come "sanzioni informali"[1]. Una prospettiva privilegiata per osservare una simile tendenza offre il sistema cautelare che, costruito dal codice Vassalli all'insegna dell'obiettivo di tutelare il giudizio penale da rischi di natura sia interna che esterna alla dimensione processuale, consta oggi di un complesso di misure eterogenee, idonee a restringere in maniera consistente e a vario titolo, per l'appunto, libertà fondamentali non solo

[1] R. Orlandi, *Effettività della sanzione penale e principi costituzionali*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro e A. Presutti, Milano 1998, 39 ss.

della persona indagata o imputata ma anche di soggetti estranei al giudizio penale e persino di soggetti diversi dal destinatario dell'intervento cautelare[2].
All'interno di questa cornice, il settore delle cautele reali, in particolare, rappresenta un proficuo banco di prova per esaminare l'impatto delle dinamiche del procedimento penale su soggetti terzi e la capacità del nostro sistema di assicurare il loro coinvolgimento nel giudizio penale, sì da vagliarne la tenuta in termini di complessiva equità non solo in riferimento ai diritti dell'imputato ma anche a quelli di individui non gravati da alcun *fumus delicti*.
Indubbia appare infatti l'idoneità delle misure cautelari reali a comprimere diritti patrimoniali o interessi di altra natura spettanti a terzi, qualora la misura ablatoria del sequestro, tanto a fini conservativi quanto preventivi, anche nella prospettiva della futura confisca, colpisca beni sui quali essi vantano un qualche titolo[3]. E l'afflizione che può derivare da un vincolo di indisponibilità imposto nell'ambito di un procedimento penale si comprende ancora meglio considerando che non sono soltanto i diritti strettamente correlati al bene a subire una lesione (ad es., il diritto di proprietà o altri diritti reali), ma anche diritti di altra natura e interessi generali diffusi. Ciò, in particolare, avviene nel caso in cui vengano sottoposte a sequestro aziende o beni produttivi, il cui vincolo di indisponibilità inevitabilmente incide, oltre che sulla libera iniziativa economica privata, anche sul diritto al lavoro di chi si serva di quei beni per svolgere le proprie mansioni lavorative.
L'estrema delicatezza della materia impone la ricerca di un equo contemperamento tra l'interesse pubblico ad imporre dei vincoli su beni in vista delle finalità connesse all'accertamento del reato e l'interesse alla tutela di un diritto reale che può far capo ad un soggetto diverso dal destinatario del giudizio penale. In altre parole, l'interesse del singolo si configura sia come una sorta di limite al potere ablativo del giudice sia come necessario presupposto, insieme alla buona fede, affinché il privato possa far valere il conseguente interesse alla restituzione del bene.
Il presente contributo mira ad analizzare l'incidenza di quelle che ben possono essere definite coercizioni reali, con particolare attenzione ai sequestri cautelari, nella sfera giuridica dei terzi. Passeremo in rassegna così le misure idonee ad estendere i loro effetti, direttamente o indirettamente, nei confronti di soggetti che, seppur non colpiti da gravi indizi di colpevolezza, subiscono l'apposizione del vincolo di indisponibilità. Il fine ultimo di una simile disamina è verificare quale tutela processuale sia riconosciuta a tali soggetti: verificheremo quanto effettive siano le soglie di tutela previste dalla legge processuale o se talora, invece, l'impianto codicistico lasci spazio a dubbi interpretativi che si traducano in vuoti di tutela, pregiudicando soprattutto la possibilità di una partecipazione attiva della persona coinvolta. Un attento esame dell'apparato di strumenti messi a disposizione dei terzi che subiscano coercizioni reali ci condurrà ad interrogarci se e in che misura essi possano continuare ad essere considerati estranei al giudizio penale, ovvero se, alla luce dei poteri loro riconosciuti, non meritino di essere trattati alla stregua di soggetti del procedimento in senso proprio. E, dipanando questo ragionamento, occorrerà riflettere, più a

[2] V. C. Santoriello, *Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di G. Spangher e C. Santoriello, Torino 2009, XIV, che, riprendendo la definizione data da Conso, per il quale il procedimento penale si realizza attraverso il perfezionamento di una «serie di fattispecie complesse a formazione successiva», spiega chiaramente l'origine della necessità di ricorrere a provvedimenti di carattere cautelare, con funzione servente e strumentale rispetto all'obiettivo finale della funzione giurisdizionale.
[3] Pur nella diversa collocazione e finalità degli istituti, il riferimento alla confisca risulta doveroso laddove si consideri che il secondo comma dell'art. 321 Cpp prevede la possibilità di «disporre il sequestro preventivo delle cose di cui è consentita la confisca». Addirittura, il sequestro strumentale alla confisca è connotato da un carattere di obbligatorietà, ai sensi del comma 2-*bis* dello stesso articolo, laddove si proceda per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. In dottrina v, A.M. Maugeri, voce *Confisca (diritto penale)*, in *ED* (VIII), Milano 2015, 185 ss.

fondo, su quale rapporto si instauri tra terzo e parte nella peculiarissima esperienza del processo penale.

2. Il concetto di "tutela cautelare", com'è noto, era in sé estraneo all'assetto normativo previsto dal vecchio codice di procedura penale; e da ciò non era esente la materia delle coercizioni reali. Il legislatore del 1930 aveva previsto il sequestro conservativo con funzione di garanzia patrimoniale, necessario ad assicurare il soddisfacimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato attraverso l'apposizione di un vincolo di indisponibilità in capo ai beni dell'imputato[4]. Oltre a questa tipologia di sequestro, il codice Rocco disciplinava anche il sequestro giudiziale penale, storicamente definito come un atto, appunto, di coercizione reale consistente in un limite posto dalla volontà dello Stato al diritto di proprietà[5]. Sebbene non vi fosse alcuna predeterminazione normativa circa la sua finalità, la dottrina e la giurisprudenza del tempo concordemente lo considerarono predisposto ad assicurare la fonte di prova al processo[6].
Una finalizzazione all'insegna di quella che l'osservatore odierno definirebbe tutela cautelare emerse a partire dagli anni Settanta, allorché si sviluppò un innovatore orientamento giurisprudenziale che attribuì al sequestro penale una nuova funzione, individuata nell'esigenza di evitare che dal reato potessero derivare conseguenze pregiudizievoli di rilevanti interessi collettivi[7]. Anche buona parte della dottrina giunse alla conclusione che il processo penale non potesse trascurare obiettivi di natura preventiva posti a salvaguardia di beni protetti da norme penali e, al pari della giurisprudenza, riconobbe nella misura reale in questione lo strumento idoneo a salvaguardare interessi meritevoli di tutela. Tuttavia, non mancarono osservazioni critiche – significativamente coeve alle riforme legislative che determinarono una svolta nella concezione delle coercizioni personali e, con l'abbandono della logica della prevenzione, la codificazione di un sistema di cautele penali – circa l'utilizzo sempre più diffuso del sequestro penale al di fuori dell'istruzione probatoria e, talvolta, anche dai confini tracciati dalla disciplina codicistica[8].
Insomma, ancora negli ultimi anni di vigenza del codice Rocco, la materia dei sequestri risultava caratterizzata da confini incerti e frastagliati; e ciò anche per via del fatto che alle previsioni del codice di rito si affiancavano le norme contenute in leggi speciali. Cosicché l'interprete, anche alla luce del filone giurisprudenziale che andava consolidandosi, era chiamato a ricostruire di volta in volta la disciplina da applicare al caso concreto, ricavandola e dalle disposizioni provenienti dal legislatore e dal diritto vivente[9].

[4] Può essere interessante notare che, mentre nel codice Rocco la legittimazione attiva a richiedere il sequestro conservativo spettava al pubblico ministero, nel codice di rito del 1913 lo strumento cautelare poteva essere attivato anche su iniziativa della persona offesa e del suo difensore.
[5] Per la definizione, v. V. Manzini, *Trattato di diritto processuale italiano*[6], agg. da G. Conso e G.D. Pisapia, III, Torino 1970, 759.
[6] Sul punto, cfr. R. Belfiore, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino 2019, 7 ss. Secondo P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano 1991, 58 ss., una manifesta finalità istruttoria del sequestro penale nel codice previgente era ricavabile dal sistema e dalla costruzione normativa dell'istituto.
[7] Cfr., *ex multis*, Cass. 28.4.1975 n. 922, in *GP* 1976, 573; Cass. 14.2.1975 *Zavatta*, in *GP* 1975, 455. L'orientamento in questione ricevette anche l'avallo del giudice delle leggi; v. C. cost., 27.3.1975 n. 82.
[8] Di «licenza di sequestrare» parla E. Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della «coercizione reale» nella prassi e nella giurisprudenza*, in *CP* 1982, 1073.
[9] Per approfondire la legislazione speciale che consentiva di procedere al sequestro, v. P. Balducci, *op. cit.*, 42 ss., la quale spiega che il sequestro penale previsto da norme esterne al codice di procedura era giustificato da "esigenze cautelari" riconducibili alla tutela dei cittadini, del territorio, del buon costume e di altri valori fondamentali.

Un dato di grande importanza sistematica per una corretta diagnosi dell'evoluzione delle coercizioni reali proviene dalla riforma del 1982, che nell'introdurre il nuovo strumento del riesame delle misure coercitive, estese tale peculiare impugnazione al decreto di sequestro[10]. Particolarmente significativa si rivela la tipologia dei soggetti ai quali fu attribuita la legittimazione attiva all'impugnazione, dal momento che il novellato art. 343-*bis* Cpp, faceva esplicito riferimento anche alla persona alla quale le cose fossero state sequestrate e a quella che avrebbe avuto diritto ad ottenere la loro restituzione. L'obiettivo della novella fu quello di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali che di volta in volta venivano in rilievo, prevedendo uno strumento che permettesse di sottoporre la misura cautelare al vaglio di un'autorità giurisdizionale diversa da quella che aveva dato origine all'ablazione.
Questo, dunque, il panorama che fa da sfondo alla complessiva disciplina introdotta dal codice del 1988. Mantenuto un sequestro con finalità probatoria, l'introduzione di un nuovo e complesso sistema cautelare condusse i codificatori non solo a collocare all'interno di questa cornice il sequestro conservativo ma soprattutto a prevedere un'inedita figura di sequestro, avente specificamente finalità preventiva. Non vi è alcun dubbio che il nuovo sequestro preventivo sia in larga misura debitore di quei dibattiti che, sotto il previgente sistema processuale, avevano reinterpretato il sequestro penale in funzione specialpreventiva. La principale novità di questa misura risiedeva comunque nella predisposizione di una disciplina che obbligava l'autorità giudiziaria «ad enunciare le finalità della misura al momento della sua applicazione, in modo da consentire sempre, alla persona che ne è colpita, di provocare un controllo sul merito e sulla legittimità della stessa, anche per quanto attiene la ragion d'essere della sua persistenza»[11].

3. Un'attenta analisi delle cautele reali rivela un'amplissima tendenza del giudizio penale a incidere su diritti individuali mediante l'adozione di misure che, come abbiamo notato, comportano lo spossessamento di beni non soltanto dell'indagato o imputato ma anche di soggetti terzi, non coinvolti nell'accertamento del reato. Significativamente, del resto, esse possono essere adottate persino nel caso di indagini nei confronti di ignoti. La Corte di Cassazione ha specificato che «in tema di misure cautelari reali, la giustificazione della misura deriva dalla pericolosità sociale della cosa e non dalla colpevolezza di colui che ne abbia la disponibilità, così che il sequestro preventivo, di cui all'art. 321 Cpp, pur se condizionato alla sussistenza di una ipotesi di reato, prescinde dalla individuazione del suo autore e dall'indagine sulla colpevolezza di questi»[12]. Muovendo da queste premesse, il giudice di legittimità ha avallato l'attitudine dei sequestri ad incidere su beni la cui titolarità o disponibilità faccia capo a persone estranee alle indagini, riferendosi, in particolare, all'idoneità della *res* a protrarre le conseguenze del reato[13].

---

[10] V. E. Marzaduri, voce *Riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in *NssDI* (VI), Torino 1986, 771 ss.

[11] Così la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale,* in G.U. 24.10.1988 n. 250, Serie gen., suppl. ord. n. 93, 80. La *Relazione* dà anche conto dell'origine composita del nuovo impianto dei sequestri, quale risultante dal frammentario assetto del codice previgente e delle leggi speciali, che in qualche modo riconoscevano la funzione preventiva del sequestro, e dell'esperienza giuridica del decennio precedente. Proprio per la sua capacità di incidere su diritti costituzionalmente garantiti, il sequestro preventivo è stato collocato tra le misure cautelari reali e, dunque, reso autonomo dal vincolo con finalità probatoria. Così C. Santoriello, *op. cit.*, XVIII.

[12] Così si è espressa Cass. 20.3.2002 n. 11290, in *CEDCass.*, m. 221268.

[13] Sulla necessità di sottoporre a sequestro anche beni eventualmente appartenenti a soggetti terzi, v. Cass. 27.7.1999 n. 4496, in *CEDCass.*, m. 214032, nella quale si afferma chiaramente che «il sequestro preventivo può avere ad oggetto anche beni che siano nella disponibilità di terzi non indagati, in quanto, in caso contrario, sarebbe precluso il soddisfacimento delle esigenze di prevenzione che impongono l'adozione della misura tutte le volte che un bene, in

Proprio per il fatto che il sequestro preventivo determina un vincolo di indisponibilità sui beni in virtù della pericolosità da questi derivante, non è richiesto che il *fumus delicti* si riferisca al soggetto che subisca l'ablazione[14]. In questa cornice, particolari esigenze di tutela sorgono nel momento in cui i beni destinatari del sequestro appartengano ad un soggetto estraneo al reato e, perciò, non direttamente coinvolto nel procedimento penale sul quale si innesta la vicenda cautelare[15].

La correttezza di tale impostazione sembra trovare conferma anche nella capacità afflittiva del sequestro conservativo, nel quale il vincolo di indisponibilità viene apposto sui beni appartenenti all'imputato al fine di garantire, com'è noto, il corretto adempimento dell'eventuale condanna pecuniaria, nei casi in cui sussista una fondata ragione per ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria o delle obbligazioni civili[16]. Anche a tale tipologia di sequestro, peraltro, è stata significativamente riconosciuta "efficacia espansiva" dalla giurisprudenza, poiché gli effetti che produce non si limitano al singolo creditore che ha dato inizio all'azione cautelare, ma si estendono ai soggetti e agli interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico[17].

Già da qualche anno, inoltre, la Cassazione si è infatti spinta fino a sostenere la legittimità del sequestro conservativo afferente a beni che, seppur nella disponibilità dell'indagato, appartengono formalmente ad altri[18]. Inoltre, la giurisprudenza ammette la possibilità di sottoporre a vincolo di indisponibilità per fini conservativi i beni di cui siano titolari terzi, a condizione che sia dimostrabile la mala fede o la simulazione del contratto[19].

Da queste poche pronunce si evince chiaramente che il sequestro conservativo è egualmente idoneo ad invadere la sfera giuridica di individui altri rispetto a quelli coinvolti dall'imputazione in tutte quelle ipotesi in cui il bene sia in qualche modo riconducibile alla persona sottoposta all'accertamento penale, servendo a realizzare quell'obiettivo positivizzato nel testo dell'art. 316 Cpp.

Sebbene i due istituti rispondano a finalità differenti, è interessante notare come nella *ratio* di fondo che sottende anche nel sequestro conservativo si celi una qualche finalità preventiva, che è proprio quella di evitare (prevenendo appunto) la dispersione delle garanzie patrimoniali, mediante l'apposizione di un vincolo sui beni mobili o immobili dell'imputato. D'altronde, è insita nella

---

libera disponibilità di chicchessia e quindi anche di persona non indagata, sia suscettibile di costituire lo strumento per aggravare o protrarre le conseguenze del reato».

[14] Per un'analisi dei presupposti applicativi, v. F. Vergine, *Misure cautelari reali (diritto processuale penale) 3. Sequestro preventivo*, in *Diritto online*, 2015; M. Montagna, *Sequestri*, in *Digesto online*, 2005.

[15] Per l'ammissibilità del sequestro preventivo su beni appartenenti a persone diverse dal soggetto contro il quale si procede, v. Cass. S.U., 29.5.2008 n. 25933, in *CEDCass.*, m. 239700. Nel caso *de quo*, si tratta del sequestro di un conto corrente cointestato a persone estranee al reato, sul presupposto che la libera disponibilità del bene, seppure da parte di un terzo in buona fede, «può determinare la protrazione del fatto criminoso nel tempo o l'aggravamento delle sue conseguenze». L'imposizione del vincolo, comunque, non impedisce all'interessato di attivare gli strumenti idonei a recuperare il bene sottoposto a misura ablatoria.

[16] Così l'art. 316 Cpp, rubricato "Presupposti ed effetti del provvedimento", in cui si prevede la pignorabilità dei soli beni dell'imputato o del responsabile civile.

[17] In questo senso, v. E. Selvaggi, *sub art. 316 Cpp*, in *Commento Chiavario*, III, Torino 1990, 331; ancora, F. Vergine, *Misure cautelari reali (diritto processuale penale) 1. Principi generali*, in *Diritto online*, 2015.

[18] Così l'orientamento giurisprudenziale di Cass. 20.6.2013 n. 27227, *Z. W., inedita*, secondo il quale sarebbero sequestrabili per fini conservativi del credito anche i beni mobili ed immobili di cui l'imputato non sia formalmente titolare, ma abbia la disponibilità *uti dominus*.

[19] Così Cass. 19.12.2008 n. 3810, in *CEDCass.*, m. 242540; Cass. 19.12.2008, n. 2386, *ivi.*, m. 243033, in cui si sancisce che la donazione fatta dall'imputato, in quanto atto a titolo gratuito, risulta inopponibile nei confronti del creditore danneggiato.

struttura del sistema cautelare questa funzione servente al procedimento, che si concretizza in un giudizio prognostico circa il possibile verificarsi di un determinato pregiudizio che la misura cautelare di volta in volta mira a scongiurare[20].
Con riferimento ad entrambi i sequestri cautelari, dunque, è ormai pacifico che la condizione di finalità preventiva, nonostante si configuri diversamente nelle due ipotesi, comunque giustifica l'apposizione di un vincolo di indisponibilità sulla *res* altrui, vincolo il cui fondamento risiede nella priorità accordata alla tutela perseguita con la misura ablatoria rispetto alla situazione giuridica del singolo, che vede compromesso il suo diritto di proprietà o altro diritto reale. In questo senso, un significativo contributo, seppur in tema di confisca, è stata fornito dalle Sezioni Unite con la sentenza *Bacherotti* che, oltre ad aver statuito una serie di principi utili ad una miglior comprensione del tema e ad un'applicazione pratica più coerente con i valori in gioco, ha chiarito i presupposti necessari al terzo che voglia avanzare una legittima pretesa alla restituzione[21].
In definitiva, il terzo potenzialmente avverte l'esigenza di tutelare la propria relazione con la *res* sottoposta a misura ablatoria e può fare ciò dimostrando, innanzitutto, di vantare la titolarità di un diritto sul bene e, nel caso di sequestro impeditivo, che questo non costituisca un pericolo.

4. Prima di analizzare il livello di tutela che il legislatore ha approntato a favore del terzo interessato per permettergli di ottenere il bene sequestrato, è sicuramente utile mettere a fuoco gli interessi collettivi e i diritti individuali che l'operatore giuridico deve tenere in considerazione, anche per una miglior comprensione dell'assetto normativo e della prassi giurisprudenziale e della capacità di realizzare di volta in volta quel corretto bilanciamento tra i valori in gioco, alla luce del canone di ragionevolezza, che si impone alla luce del canone di ragionevolezza.
Del resto, i sequestri, a prescindere dalla tipologia e dalla finalità, gravano su una molteplicità di beni giuridici: in primo luogo, la proprietà privata e i diritti reali sussistenti sulla *res*[22]; in secondo luogo e solo eventualmente, la libertà di iniziativa economica[23].
Così, anzitutto, le misure cautelari reali, apponendo un vincolo che si concretizza in un limite alla disponibilità del bene da parte del titolare, rientrano tra i provvedimenti idonei a circoscrivere la proprietà privata, ai sensi dell'art. 42 Cost.[24]. Già nei primi anni di vigenza del codice Vassalli,

[20] In ogni caso, è bene ricordare che tutela preventiva e tutela cautelare si pongono tra di loro in rapporto di genere a specie: all'interno del più ampio *genus* della prevenzione di un possibile danno giuridico si trova la *species* cautelare, attinente a quello specifico danno che è diretta conseguenza del tempo fisiologico necessario perché il procedimento giunga a sentenza. Così, P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 16 ss.
[21] Il titolo della cosa in capo al terzo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e, nel caso in cui questa sia stata preceduta da misura cautelare *ex* art. 321, comma 2, Cpp, anteriore al sequestro preventivo. Così Cass. S.U. 28.4.1999, *Bacherotti*, in *CEDCass.*, m. 213511.
[22] In giurisprudenza, peraltro, è ormai pacifico che il concetto di "appartenenza" comprenda non soltanto il diritto di proprietà, ma anche i diritti reali di godimento e di garanzia. In materia di confisca, v. Cass. *Bacherotti*, cit. Più in generale, come affermato in Cass. S.U. 19.1.2012 n. 14484, *Volkswagen Leasing GMBH s.p.a. e altri*, «l'orientamento giurisprudenziale consolidato fa riferimento, in sede penale, ad una nozione di appartenenza di più ampia portata rispetto al solo diritto di proprietà e che ricomprende i diritti reali di godimento e di garanzia che i terzi hanno sul bene. [La] Corte di legittimità ha ripetutamente affermato che l'applicazione della confisca non determina l'estinzione dei diritti reali di garanzia costituiti a favore di terzi sulle cose e parimenti dei diritti reali di godimento».
[23] È utile già da ora anticipare che il sequestro indirizzato a beni produttivi e aziende comporta una serie di limitazioni anche ai diritti dei lavoratori, a conferma del potenziale espansivo in termini di invasività delle misure reali.
[24] La Carta costituzionale, d'altra parte, prevede l'apposizione di limiti alla proprietà privata, purché questi siano regolamentati dalla legge. Inoltre, anche a livello europeo e internazionale è stato positivizzato il riconoscimento delle garanzie poste a presidio della proprietà individuale: si pensi all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 1 Prot. 1 Cedu o, ancora, all'art. 17 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

tale assetto normativo superò il vaglio della Corte Costituzionale, la quale riconobbe la compatibilità delle misure cautelari reali con tale norma costituzionale, sul presupposto che i provvedimenti limitativi della disponibilità dei beni fossero strettamente correlati alla funzione preventiva delle cautele e trovassero la loro giustificazione nel bisogno di tutela della collettività. Le uniche condizioni richieste dalla Consulta erano che il giudice ravvisasse l'astratta configurabilità del reato e il suo rapporto di pertinenza (la cd. pertinenzialità) con il bene sequestrato[25].

Indubbiamente, un provvedimento cautelare che incida sulla libera disponibilità dei beni può addirittura comportare un sacrificio maggiore rispetto all'emissione di una misura cautelare personale non particolarmente afflittiva. Vero è che le due tipologie di misure colpiscono diritti molto diversi, ma non si può negare come, in alcuni casi, un sequestro possa risultare non poco oneroso, finendo per cagionare una maggiore sofferenza, ancor più nelle ipotesi in cui sia indirizzato a beni di un soggetto terzo rispetto a misure personali meno invasive di quelle non custodiali[26].

Più articolato è il discorso vòlto ad individuare il livello di incisività delle misure ablatorie sulla libera iniziativa economica dei privati, il cui parametro costituzionale risiede nell'art. 41 Cost., che ne individua il limite legale nel rispetto dell'utilità sociale e della salvaguardia della sicurezza, libertà e dignità umana[27]. Il sequestro di un'attività produttiva può infatti determinare gravi conseguenze anche rispetto ad altri valori di rango costituzionale, condizionando non soltanto colui che lo subisce, ma anche tutti coloro che in quell'attività prestano il proprio lavoro[28].

Un chiaro esempio di ciò è rappresentato dal celebre "caso Ilva" (dal nome dello stabilimento siderurgico con sede a Taranto), durante il quale si sono succeduti provvedimenti giurisdizionali e amministrativi per cercare di trovare il corretto bilanciamento tra valori costituzionali in conflitto tra loro: da una parte, la tutela dell'iniziativa economica; dall'altra, beni primari come la salute, il lavoro, la sicurezza degli operai e la tutela dell'ambiente[29].

---

[25] V. Corte cost., 17.2.1994 n. 48. La pronuncia in questione risulta interessante anche sotto un altro profilo, posto che, in quell'occasione, il giudice delle leggi escluse che per le misure cautelari reali valessero le stesse condizioni generali di applicabilità richieste in caso di misure cautelari personali, sul presupposto che diversi fossero sia i valori in gioco sia l'oggetto su cui le misure incidevano.

[26] Una parte della dottrina ha evidenziato che anche le misure cautelari reali producono effetti limitativi della libertà personale di un individuo, il cui patrimonio ha subito un assoggettamento al potere dell'ordinamento giuridico. Cfr. G. Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino 2015, 115; R. Adorno, *Sequestro preventivo,* fumus commissi delicti *e cognizione del tribunale del riesame*, in *GiurCost.* 2011, 914 ss.

[27] In particolare, la misura cautelare di cui all'art. 321 Cpp può operare nei confronti di un'attività produttiva, inibendola, quando ciò sia necessario per prevenire la commissione di ulteriori reati o l'aggravamento di quello già commesso. In tal senso, R. Belfiore, *op. cit.*, 45 ss.

[28] V. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale,* cit., 79, nella quale è specificato che il sequestro preventivo è finalizzato ad inibire le attività pericolose che il destinatario del provvedimento potrebbe realizzare attraverso esse. Non si esclude, comunque, che possa essere sottoposta a sequestro un'azienda, in quanto complesso di beni materiali ed immateriali. Per un orientamento giurisprudenziale in tal direzione, cfr. Cass. 3.7.2002 n. 25489, in *CEDCass.*, m. 222065.

[29] Si noti come in tale circostanza i dipendenti dello stabilimento tarantino fossero soggetti terzi rispetto al procedimento penale, i quali subivano (e ancora oggi subiscono) gli effetti del sequestro cautelare senza tuttavia essere né coinvolti nel procedimento penale in qualità di indagati o imputati né tantomeno proprietari dell'insediamento industriale. Ciò che preme sottolineare è questa forza espansiva caratterizzante il sequestro cautelare, il quale riesce a colpire anche soggetti in qualche modo "distanti" dal procedimento penale sul quale si innesta. V. D. Potetti, *Limiti, proporzionalità e adeguatezza del sequestro preventivo*, in *CP* 2020, 3, 1182, in cui afferma: «Sono proprio gli effetti devastanti che possono scaturire dal sequestro preventivo a porre all'interprete la questione ineludibile del rapporto fra le esigenze della giustizia penale (sottese al sequestro preventivo) ed altri molteplici interessi che possono restare incisi da questa misura cautelare reale pur avendo anch'essi, eventualmente, rilevanza costituzionale: ad esempio, la

In seguito all'instaurazione di un procedimento per reati ambientali e omissione dolosa di cautele per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, era stato disposto il sequestro dello stabilimento siderurgico e dei prodotti finiti in esso immagazzinati. Tuttavia, il legislatore era intervenuto nel tentativo di bilanciare, da un lato, l'esigenza dei lavoratori di mantenere la loro occupazione e, dall'altro, l'esigenza della collettività di vivere in un ambiente salubre e non costantemente inquinato dai fumi dell'acciaieria[30]. Era stato, dunque, disposto che l'esercizio dell'attività di impresa sarebbe potuto proseguire nell'osservanza dei limiti imposti dall'autorità amministrativa (in particolare, il Ministero dell'Ambiente)[31].
È interessante sottolineare che, secondo la dottrina, l'intervento governativo avrebbe delineato, al ricorrere di specifici requisiti, una nuova tipologia di sequestro, atta non ad impedire la prosecuzione dell'attività produttiva, bensì a garantirne lo svolgimento sotto la vigilanza di un commissario giudiziale che ne controlli la legalità[32].
La vicenda dell'acciaieria tarantina ha subito altre battute d'arresto negli anni successivi, durante i quali il legislatore e la Corte costituzionale sono tornati a confrontarsi sulla delicata questione del bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco[33]. Più in dettaglio, la Consulta si è soffermata sulla necessità che una tutela sistemica dei diritti fondamentali coinvolti fosse guidata dai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, dal momento che questi si trovano in «rapporto di integrazione reciproca» e non sarebbe ipotizzabile la prevalenza di uno di essi a discapito degli altri[34].
In breve, i fatti dello stabilimento Ilva sono un esempio emblematico di come il normale svolgimento di un procedimento penale abbia valicato i confini delle aule di tribunale fino ad estendere gli effetti da esso derivanti non solo a tutta una realtà lavorativa ma, nel complesso, a tutta la popolazione residente in quell'area, che, seppur non direttamente coinvolta nella vicenda processuale, nutriva comunque un forte interesse al corretto bilanciamento dei valori costituzionali implicati. In altri termini, il concetto di terzo qui risulta estremamente allargato (fino a comprendere, addirittura, un'intera comunità), sulla scorta dell'accresciuta capacità pervasiva non solo del giudizio cautelare ma, più in generale, delle indagini penali.

---

salute (art. 32 Cost.), l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), la proprietà privata (art. 42 Cost.), la sufficiente retribuzione (art. 36 Cost.), la famiglia (art. 29 Cost.), il lavoro (art. 35 Cost.) ed in genere gli interessi primari della persona (art. 2 Cost.)».

[30] L'intervento del legislatore si è avuto con il d.l. 3.12.2012, n. 207, recante "Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale", conv. con modificazioni dalla l. 24.12.2012, n. 231. Per un commento sulla vicenda, v. P. Tonini, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *DPP* 2014, 1158 ss.

[31] L'intervento legislativo in questione ha superato il vaglio di legittimità di C. cost., 9 maggio 2013, n. 85, in cui si afferma che «il legislatore ha ritenuto di dover scongiurare una gravissima crisi occupazionale, di peso ancor maggiore nell'attuale fase di recessione economica nazionale e internazionale, senza tuttavia sottovalutare la grave compromissione della salubrità ambientale e quindi della salute delle popolazioni presenti nelle zone limitrofe».

[32] P. Gualtieri, *Il sequestro preventivo tra carenze normative e (dis)orientamenti* giurisprudenziali, in *DPP* 2017, 146; P. Tonini, *op. cit.*, 1158.

[33] Per un approfondimento della vicenda, giunta fino a Strasburgo (v. C. eur., 24.1.2019, *Cordella e altri c. Italia*, cfr. S. Carrer, *Le armi spuntate dell'Italia contro l'inquinamento: la condanna della Corte eur. dir. uomo nel caso Ilva (Cordella ed altri c. Italia)*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2019, 2.

[34] C. cost., 9.5,2013, n. 85, cit. e C. cost., 23.3.2018, n. 58. In quest'ultima sentenza, la Corte dichiara l'illegittimità di un altro dei decreti "salva-Ilva", il d.l. 4.7.2015, n. 92, emanato in costanza di sequestro e recante "Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale", poiché il legislatore si era spinto al punto di privilegiare la prosecuzione dell'attività siderurgica a discapito della tutela della vita e della salute dei cittadini di Taranto.

5. Se è vero che le coercizioni reali possono intervenire sui beni di un soggetto terzo, a questo punto è opportuno provare a sciogliere alcuni nodi, la cui soluzione appare indispensabile per una miglior tutela sistemica degli individui che vedono i loro interessi coinvolti e/o compromessi dal procedimento cautelare.
Allo stato attuale, è pacificamente ammessa la possibilità di apporre un vincolo di indisponibilità sul patrimonio (o su una parte di esso) di un *aliquis* che non sia direttamente coinvolto dal procedimento penale su cui si innesta la fase delle cautele. Tuttavia, questo soggetto necessita di alcuni requisiti per poter avanzare una pretesa legittima che miri alla restituzione del bene sequestrato, senza però trascurare che la tutela dei diritti del terzo non passa solo attraverso gli strumenti vòlti ad ottenere la restituzione ma anche dal vaglio di legittimità in merito all'apposizione del vincolo da parte dell'autorità giudiziaria.
Primo presupposto indefettibile è (e non potrebbe essere altrimenti) la titolarità di un diritto meritevole di tutela che insista sulla *res* sequestrata e che discenda da un atto di data certa anteriore al sequestro.
Ad oggi, non residuano dubbi circa l'interesse dei titolari di *iura in re aliena* ad impugnare il provvedimento che disponesse una misura reale per ottenere la restituzione del bene di cui hanno la disponibilità[35]; addirittura, in alcuni casi è ipotizzabile che il loro interesse sia anche maggiore di quello facente capo al nudo proprietario che non goda della relazione materiale con la *res*[36]. Tuttavia, quest'ultima soluzione si rivela eccessivamente pregiudizievole del diritto di proprietà, considerato che, sebbene l'interesse possa essere meno rilevante rispetto a quello di chi goda di un diritto reale sul bene, in ogni caso il proprietario vanta un titolo legittimo che merita di essere tutelato dall'ordinamento giuridico. Del resto, la proprietà è il diritto cardine che sta alla base della circolazione dei beni, sicché non sembra condivisibile il minor spessore attribuito dalla giurisprudenza al diritto del nudo proprietario, il quale, nell'ipotesi di sequestro del bene, certamente avrà tutto l'interesse a chiedere ed eventualmente ottenere la restituzione, anche in vista della possibilità di godere del vantaggio economico che può trarne.
È peraltro importante rilevare che, sebbene siano due istituti con funzioni e finalità parzialmente diversi, la disciplina dei sequestri rimanda, in parte, a quanto previsto in materia di confisca, soggiacendo, dunque, la sua applicabilità ai limiti previsti per la misura di sicurezza per quanto attiene all'oggetto da sottoporre a vincolo di indisponibilità[37]. Ciò si spiega in virtù del fatto per cui la misura patrimoniale della confisca, mirando perlopiù a colpire le ricchezze accumulate dalle associazioni criminali, spesso è anticipata dal sequestro preventivo, per cui la dottrina e la giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che i requisiti previsti dalle disposizioni relative alla confisca debbano sussistere già al momento in cui intervenga il vincolo cautelare di indisponibilità[38].

---

[35] In questo senso, Cass. 22 .4. 2010 n. 26196, in *CP* 2011, 4388.
[36] Così Cass. 25.6.2013 n. 42144, in *CEDCass.*, m. 257369, che ha escluso l'interesse ad impugnare in capo al proprietario che ha concesso la cosa sequestrata in locazione a terzi, tuttavia riconoscendogli un eventuale interesse solo dopo la risoluzione anticipata del contratto. In dottrina, v. P. Troisi, Adprehensio rei *e "buona fede" del terzo*, in *PPG* 2018 (6), 1181.
[37] Il sequestro «delle cose di cui è consentita la confisca», ai sensi del secondo comma dell'art. 321 Cpp, si pone in un rapporto di *species* rispetto al più ampio *genus* del sequestro *ex* primo comma. In ogni caso, ciò che accomuna tutte le tipologie di sequestri, compreso quello probatorio, è la caratteristica dell'indisponibilità, a prescindere dal settore dell'ordinamento in cui esso opera; così P. Balducci, *op. cit.*, 111.
[38] In dottrina, v. R. Belfiore, *op. cit.*, 260 ss. Per la giurisprudenza, cfr. Cass. *Bacherotti*, cit.; Cass. 30.1.2008 n. 4746, in *CP* 2009, 1637, che ha precisato che l'appartenenza di un bene non intrinsecamente pericoloso a un terzo estraneo al reato – in quanto causa ostativa alla confisca obbligatoria e al sequestro preventivo – deve risultare in maniera evidente in sede di indagini preliminari, data la necessaria sommarietà degli accertamenti, tipica di questa fase

In quest'ottica, un punto di partenza utile per mettere a fuoco i presupposti richiesti dalla legge e dalla prassi applicativa per impugnare efficacemente il provvedimento ablatorio emesso in sede investigativa o *in itinere iudicii* è costituito proprio da una sentenza delle Sezioni Unite in materia di confisca, risalente ad oltre due decenni fa, ma le cui conclusioni argomentative sono foriere di insegnamenti attuali e largamente condivisibili[39]. Tale pronuncia in questione sancì, una volta per tutte, che non solo la proprietà ma anche i diritti reali di godimento e di garanzia possono configurarsi quali limiti alla coercizione di beni appartenenti a soggetti estranei al reato, a condizione che la persona verso cui è rivolto l'accertamento penale non ne abbia la disponibilità diretta o per interposta persona[40].
Se la *ratio* della misura cautelare reale poggia sulla necessità di interrompere la relazione tra l'indagato o imputato e la *res* pericolosa, il provvedimento che dispone il sequestro i cui effetti si ripercuotano anche su diritti altrui deve necessariamente dar conto e dimostrare che, in qualche modo, la persona accusata ne abbia avuto la disponibilità[41]. Per giustificare la lesione di diritti patrimoniali facenti capo ad altri, la giurisprudenza si è preoccupata di sottolineare la decisività che l'indagato abbia un dominio concreto ed effettivo sul bene, nelle forme del possesso o della detenzione, a patto che non siano di natura occasionale[42].
Eppure, in tempi ben più recenti, il presupposto della disponibilità del bene a vantaggio della persona sottoposta ad indagine è stato interpretato dalla giurisprudenza di legittimità in maniera molto più estesa. La Cassazione, dovendo pronunciarsi sulla legittimità del sequestro di un mezzo di trasporto "di significativa capienza", si è addirittura spinta fino al punto di statuire che il proprietario di un bene intrinsecamente pericoloso, dal quale possa derivare un danno e sorgere una responsabilità, nel momento in cui cede la disponibilità ad altri, debba previamente accertarsi della «idoneità soggettiva ed oggettiva della persona cui il bene stesso è consegnato, delle finalità sottese alla consegna, svolgendo quindi una verifica – la cui prova non potrà essere rimessa alle sue sole parole – che attesti l'adozione di un comportamento prudente ed adeguatamente rigoroso»[43]. La sentenza in questione ha così finito per richiedere che la diligenza del terzo proprietario del bene debba tradursi in un'indagine di questi circa la personalità del soggetto al quale sta accordando la disponibilità della propria *res* e l'utilizzo che questi intende farne. Appare ancor più significativa la richiesta che tale onere probatorio sia attestato da un «elemento fattuale - di natura documentale o dichiarativa - che non provenga esclusivamente dall'interessato», così

procedimentale. Ancora, Cass. S.U. 25.9.2014 *Uniland S.p.a.*, in *CP* 2016, 2893, con nota di E. Romano, *Confisca e tutela dei terzi: tra buona fede e colpevole affidamento*, in cui la Corte applica le cause impeditive della confisca sia riguardo alla misura finale sia riguardo al sequestro, sostenendo che il giudice deve escludere la possibilità di apporre entrambi i vincoli sui «beni che debbono essere restituiti al danneggiato e quelli sui quali il terzo abbia acquisito diritti in buona fede».

[39] La sentenza in questione, alla quale si è già fatto riferimento in precedenza, è Cass. *Bacherotti*, cit.

[40] Ad esempio, la giurisprudenza *Bacherotti* interviene sull'ipotesi di confisca di un bene su cui il terzo vantava un diritto di pegno regolare, affermando che il creditore pignoratizio avrebbe potuto esercitare il proprio *ius prelationis* all'esito della procedura di liquidazione. Cfr. Cass. 31.10.2014 n. 2319, in *CEDCass.*, m. 262842, che riconosce l'interesse del creditore pignoratizio ad impugnare il decreto di sequestro preventivo «purché dimostri che il provvedimento ablativo abbia prodotto una lesione nella sua sfera giuridica e la sua eliminazione o la riforma determinino risultati a lui favorevoli».

[41] Cfr. il disposto dell'art. 240-*bis* Cp, relativo alla "Confisca in casi particolari", che fa riferimento a beni di cui il condannato, anche per interposta persona fisica o giuridica, «risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo».

[42] Cfr., *ex multis*, Cass. 25.2.2016 n. 7553, consultabile su www.dirittoegiustizia.it; Cass. 20.4.2012 n. 15210, in *CEDCass.*, m. 252378.

[43] V. Cass. 6.11.2020 n. 30936, in www.neldiritto.it.

da rendere manifesta la diligenza applicata dal proprietario del bene, diligenza che finisce pertanto per diventare un ulteriore presupposto ricercato dalla prassi applicativa perché il soggetto legittimato possa aspirare alla restituzione della *res* in sede di impugnazione cautelare[44].
È evidente che il dato problematico di questa impostazione risieda nell'assegnazione di un esigente peso dimostrativo in capo al terzo rispetto a un bene la cui pericolosità sarà oggetto di un giudizio valutativo nel futuro ed eventuale processo.
Inoltre, questa giurisprudenza rischia di aprire la strada ad un'interpretazione molto ampia del concetto di disponibilità del bene in capo all'indagato, con la pericolosa conseguenza di rendere applicabile la misura reale in danno a terzi anche in casi in cui tale disponibilità sia stata occasionale e la grave conseguenza di pregiudicare il principio di personalità della responsabilità penale[45].
In altre parole, il soggetto interessato ad ottenere la restituzione dovrebbe dimostrare non solo il titolo vantato in capo alla *res ablata*, ma anche di aver operato in buona fede[46]; ciò perché, oltre al vincolo di indisponibilità subito, questi potrebbe anche essere chiamato a rispondere per il reato commesso attraverso l'uso di quel bene. Tuttavia, sarebbe impossibile parlare della nozione di buona fede in sede di cautele reali senza fare riferimento anche ai concetti di "affidamento incolpevole" ed "estraneità al reato", posto che l'avvicendarsi di pronunce giurisprudenziali li ha elevati a requisiti essenziali per sindacare la legittimità del sequestro, soprattutto nei casi in cui la misura reale sia destinata a tramutarsi in confisca, e ottenere la restituzione[47]. Bisogna, però, evidenziare che i requisiti in questione, unitamente alla predetta titolarità del bene, devono tutti essere presenti al momento in cui si verifica il fatto previsto dalla legge come reato; e ciò perché soltanto la dimostrazione che il terzo disconoscesse totalmente l'illiceità delle condotte poste in essere dall'accusato varrebbe ad escludere una sua partecipazione al reato e, di conseguenza, al procedimento principale orientato all'eventuale condanna del reo.
Anche la sentenza *Bacherotti*, peraltro, richiama il concetto di «estraneità al reato», il quale andrebbe individuato in presenza di una «connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità», attraverso il ricorso alla diligenza richiesta dalla situazione concreta, del fatto illecito[48]. Seguendo il percorso logico delle Sezioni Unite si potrebbe addirittura giungere al paradosso di affermare, argomentando *a contrario*, l'intraneità o l'appartenenza al reato del soggetto che, al momento dell'azione criminosa, versava in una condizione di conoscenza

[44] La sentenza in questione sostiene che tale elemento probatorio debba essere «idoneo a sostenerne le tesi con autonoma efficacia dimostrativa e caratteri di obiettività». Nel caso concreto, che ha portato la questione ad essere attenzionata dalla Corte di Cassazione, i giudici di legittimità hanno ritenuto corretta la valutazione del GIP circa la non sufficienza della prova, in quanto l'interessata aveva sostenuto di aver prestato il proprio mezzo ad uno sconosciuto, ritenendo, sulla base di un mero sentito dire, che il soggetto fosse un imprenditore stimato.
[45] Sul bisogno di tenere sempre presente i principi enucleati nell'art. 27 Cost. quando il potere cautelare si espande nei confronti di altri soggetti, v. M. Chiavario, *Tutela del territorio e poteri del giudice penale: dati giurisprudenziali per una discussione*, in *RIDPP* 1976, 414.
[46] La giurisprudenza ha inteso la buona fede, per quel che qui interessa, come «affidamento incolpevole» e «assenza di condizioni» che possano dimostrare una negligenza del soggetto alla quale sia conseguita la commissione del reato. Così Cass. 16.12.2014 n. 52179, in *GD* 2015 (11), 102.
[47] Occorre, tuttavia, sottoporre a vaglio critico quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene precluso al terzo estraneo al reato il sindacato sulla legittimità del sequestro cautelare, potendo egli agire esclusivamente per far valere l'appartenenza del bene e la buona fede al fine di ottenere la restituzione. Così Cass. 14.9.2016 n. 42037, in *CEDCass.*, m. 268070.
[48] Cass. *Bacherotti*, cit., par. 9. Nello stesso senso si esprime anche Cass. 8.11.2013 n. 45260, in *CEDCass.*, m. 257913, secondo la quale non è possibile ritenere sussistenti la buona fede e l'affidamento incolpevole allorquando il fatto illecito non conosciuto risultasse comunque conoscibile, in modo tale da escludere un addebito colposo.

o conoscibilità specifica, a prescindere dal fatto che lo stesso sia gravato dal *fumus delicti*. Il risultato sarebbe, per un verso, una posizione soggettiva del terzo caratterizzata da una prossimità all'indagato e al bene vincolato tale da rischiare che si configurino i presupposti per un addebito di responsabilità, anche di natura colposa; per altro verso, l'esclusione di tale soggetto dallo svolgimento dell'indagine penale ne preclude una partecipazione efficace, rilegandolo nell'incidente cautelare, ove è legittimato ad avanzare la pretesa restitutoria.
Eppure, viene da chiedersi quali sarebbero le conseguenze di una eventuale decisione del giudice cautelare che non riconosca in capo al terzo la sussistenza dell'estraneità al reato e, dunque, non disponga la restituzione: dovrebbe il titolare dell'indagine penale dovrebbe iscrivere tale soggetto nel registro degli indagati, sulla scorta di un provvedimento giurisdizionale che, escludendo la condizione di estraneità (e, dunque, di terzietà) lascerebbe spazio a dubbi sull'eventuale responsabilità penale da accertare? Certamente, l'assetto attuale impone di escludere che possa sussistere un obbligo di tal genere in capo al pubblico ministero; piuttosto, quest'ultimo dovrà esercitare i poteri discrezionali che gli competono e assumere le proprie determinazioni, esattamente come avviene per qualsiasi ipotesi di reato di cui venga a conoscenza[49].
Una pronuncia abbastanza recente ha descritto la posizione del terzo estraneo come «condizione di effettiva *distanza* dalla condotta illecita», connotata dall'assenza di vantaggi e utilità conseguenti alla commissione del fatto illecito e dalla mancata conoscenza del bene per finalità antigiuridiche[50]. Ne consegue che il terzo, qualora versi in uno stato di buona fede, potrà dimostrare di non essere stato a conoscenza dell'uso illecito delle cose sequestrate, purché non ricorra (oltre al *fumus commissi delicti)* il presupposto del *periculum in mora*: in tale ultima ipotesi, l'interesse di tutela della collettività, attuabile mediante la sottrazione del bene dalla libera circolazione, risulta prevalente nell'operazione di bilanciamento con il diritto del soggetto interessato[51].
Quanto al riconoscimento della "buona fede", utili indicazioni provengono, in tema di confisca, anche dalla Direttiva 2014/42/UE, che si preoccupa di approntare una disciplina generale della confisca nei confronti di terzi, i quali abbiano acquistato dall'indagato o dall'imputato proventi da reato o beni di valore corrispondente, salvo il caso in cui vi era la conoscenza o la conoscibilità della provenienza illecita[52]. Pertanto, il limite entro il quale non possono essere pregiudicati i diritti dei terzi è la buona fede, intesa come assenza di condizioni idonee ad integrare qualsiasi addebito di negligenza[53].

---

[49] È opportuno ricordare che l'art. 326 Cpp prevede che il pubblico ministero debba svolgere le indagini necessarie per le determinazioni che afferiscono all'esercizio dell'azione penale.
[50] Così Cass. 22.6.2018 n. 29071, in www.dirittoegiustizia.it, che a sua volta richiama Cass. 27.2.2017 n. 29586 per spiegare la nozione di «persona estranea al reato». Dalla sentenza del 2018 è stata estrapolata la massima che esclude la qualifica di concorrente nel reato in capo al locatore di un immobile all'interno del quale il conduttore svolga attività illecite.
[51] V. Cass. 16.6.2006, n. 37033, in *CP* 2008, 289, secondo la quale il *periculum in mora* si ritiene sussistente nel caso in cui sia altamente probabile nonché imminente il possibile aggravamento delle conseguenze del reato o l'agevolazione nella commissione di altri reati. Si noti, più in generale, che la finalità cautelare viene considerata prevalente rispetto alla buona fede del terzo nei casi di sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 1, Cpp. V. Cass. 27.10.2010 n. 40481, in *CEDCass.*, m. 233334.
[52] Ci si riferisce alla Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3.4.2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea. Più nel dettaglio, il Considerando n. 24 sottolinea l'urgenza di consentire la confisca di beni presso terzi quando questi «sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti». Sono, in ogni caso, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede. V. art. 6 della Direttiva in questione.
[53] Cfr. Cass. *Bacherotti*, cit., in cui l'analisi della Corte mette in luce come il requisito della buona fede e dell'affidamento incolpevole, unito all'estraneità al reato, sia «corollario della impossibilità di attribuire alla confisca

Senza dubbio, la sistematica dei requisiti funzionali alla tutela del terzo non appare di facile ricostruzione, e difatti la stessa giurisprudenza spesso ne ha dato definizioni poco chiare, laconiche e talvolta contraddittorie, contribuendo a creare uno stato di incertezza. D'altra parte, ai fini di un'impugnazione destinata a far ottenere all'interessato un risultato favorevole, ciò che realmente dovrebbe essere valorizzato è la sussistenza di un rapporto di fatto (e di diritto) tra il terzo e il bene sottoposto a vincolo cautelare, unitamente all'estraneità al reato, nel senso di alterità rispetto all'autore dell'illecito[54]. Quella stessa estraneità, insomma, non è altro che la ragione d'essere per cui il soggetto rimane avulso dal naturale corso del procedimento penale e la circostanza da cui discende il diritto ad impugnare il provvedimento cautelare.

6. Ciò posto, occorre ora analizzare gli strumenti processuali a favore del terzo per reagire all'apposizione del vincolo sulla *res* di cui sia proprietario o verso la quale vanti altro diritto, fermo restando che, in linea di massima, si tratterà di un soggetto che non è legittimato a partecipare al procedimento penale su cui si innesta l'episodio cautelare o l'incidente d'esecuzione[55].
Nel sistema delle impugnazioni di misure cautelari reali, la legittimazione attiva è subordinata alla qualità di «persona alla quale le cose sono state sequestrate» o «persona che avrebbe diritto alla loro restituzione» ed è necessario un interesse concreto ed attuale ad impugnare il provvedimento ablativo[56].
La tutela cautelare reale è offerta non solo al terzo proprietario ma anche a chi rivendichi la restituzione in forza di diritti reali o personali di godimento o di diritti reali di garanzia che attribuiscano il possesso del bene, per cui l'organo decidente dovrà, preliminarmente, verificare che sussista un titolo idoneo in capo al ricorrente e, successivamente, che questi abbia un interesse meritevole di tutela. Dunque, la persona che ha diritto alla restituzione non si identifica necessariamente con il proprietario, ben potendo trattarsi di altro soggetto che possa vantare una situazione giuridica che l'ordinamento riconosce e protegge[57].
Nell'ipotesi in cui dovessero sorgere controversie sulla titolarità del bene sequestrato, il giudice del riesame ha l'obbligo di rimettere la questione al giudice civile competente, ai sensi dell'art.

una base meramente oggettiva, assolutamente incompatibile col principio di personalità della responsabilità penale, sancito dall'art. 27, comma 1, Cost.». In dottrina, v. F. Vergine, *Il terzo. La tutela del soggetto estraneo alle vicende processuali*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino 2017, 463 ss.

[54] Così, in merito al sequestro preventivo finalizzato alla confisca, R. Belfiore, *op. cit.*, 263 ss. Secondo l'Autrice, il requisito dell'estraneità risulta depotenziato dalla definizione che ne ha dato la giurisprudenza e ulteriormente indebolito nella fase cautelare, dal momento che i presupposti del sequestro strumentale non comprendono i gravi indizi di colpevolezza, necessari, invece, per individuare l'ipotetico autore del reato e, dunque, distinguere la sua posizione rispetto a quella di soggetti estranei al fatto.

[55] «È pacifico che nell'attuale sistema normativo il terzo interessato da un provvedimento di sequestro preventivo o coinvolto nella confisca penale di un bene, non abbia, di massima, titolo né per partecipare al giudizio di merito sul fatto di reato che costituisce il presupposto tanto della misura cautelare reale che del provvedimento ablativo, né per impugnare le sentenze emesse nel corso del procedimento penale». Così si è pronunciata Cass. 12.10.2018 n. 53384, in *CEDCass.*, m. 274242. In dottrina, cfr. R. Adorno, *Il riesame delle misure cautelari reali*, Milano 2004, 38.

[56] Così si esprimono gli artt. 322 ("Riesame del decreto di sequestro preventivo"), 322-*bis* ("Appello") e 325 ("Ricorso per cassazione") Cpp. In merito al sequestro conservativo, è prevista la legittimazione a proporre istanza di riesame in capo a «chiunque vi abbia interesse», ai sensi dell'art. 318 Cpp. La giurisprudenza più recente richiede la sussistenza di un rapporto con il bene che ne giustifichi la restituzione a colui che avanza l'impugnazione. Cfr. Cass. 17.3.2017 n. 22231, in *CEDCass.*, m. 270132; Cass. 8.4.2016 n. 30008, *ivi*, m. 267336; Cass. 14.6.2011 n. 32977, *ivi*, m. 251091.

[57] L'interesse giuridico legittimante l'impugnazione è ravvisabile anche in quello di far accertare l'insussistenza del *fumus commissi delicti* o, più in generale, di conseguire un esito giuridicamente favorevole. In questo senso, v. Cass. 12.2.2009 n. 10029, in *CEDCass.*, m. 243075.

324, comma 8, Cpp. Si tratta di questione pregiudiziale di natura obbligatoria, dal momento che, in deroga alla previsione generale dell'art. 2 Cpp, impedisce al giudice penale di risolvere la controversia *incidenter tantum*[58].
Alcuni dubbi sull'effettività della tutela processuale si pongono nell'ipotesi di giudizio cautelare che non sia instaurato dal terzo, ma da altro soggetto interessato (si prenda in considerazione, ad esempio, l'ipotesi in cui l'istanza provenga dall'indagato), considerato che il legislatore ha omesso di prevedere un onere di notificazione circa la fissazione dell'udienza cautelare[59]. Anche la giurisprudenza di legittimità ha escluso che debba essere tramesso il relativo avviso all'interessato che si è astenuto dal proporre impugnazione, ammettendo, piuttosto, che questi possa esercitare una mera facoltà di intervento spontaneo[60].
Nell'ipotesi di mancata partecipazione, dunque, è da preferire la tesi che esclude qualsiasi tipo di preclusione cautelare nei confronti delle parti che non abbiano avuto conoscenza dello svolgimento dell'udienza cautelare e, dunque, siano rimasti estranei ad essa[61].
Una recente dottrina ha avanzato l'idea di una "partecipazione allargata" all'udienza di riesame, da un lato, valorizzandone la funzione preventiva nei confronti delle possibili ulteriori impugnazioni del provvedimento cautelare e, dall'altro, esaltando il vantaggio di una trattazione unitaria delle questioni vertenti sul medesimo bene[62]. Uno degli argomenti su cui poggia tale tesi si fonda sulla previsione secondo la quale il terzo cui le cose siano state sequestrate a fini probatori debba essere sempre sentito in camera di consiglio prima che la restituzione venga disposta a favore di altri[63].
Nondimeno, dal medesimo argomento, ben potrebbe ricavarsi una diversa conclusione: difatti, il legislatore, se si è premurato di espressamente prevedere che tale soggetto venga sentito nel caso in cui si debba procedere alla restituzione di beni resi indisponibili perché serventi alla prova del reato da accertare, avrebbe egualmente potuto curarsi di inserire una corrispondente disposizione nel Libro Quarto relativamente ai sequestri cautelari.
A onor del vero, la tesi in questione ha l'immancabile pregio di spingere verso una interpretazione sistematica degli strumenti di reazione a favore dei terzi interessati, ipotizzando che già in sede di riesame possa anticiparsi la loro citazione qualora siano titolari di diritti reali o personali di godimento. In tal modo, risulterebbe possibile sfruttare il loro contributo per la risoluzione effettiva, a seguito di contraddittorio, dei nodi da sciogliere riguardo alla legittimità dell'atto ablatorio. Tuttavia, sembrerebbe costituire un punto fermo il dato che le questioni di natura civilistica riguardanti la titolarità del bene debbano essere affrontate nella sede opportuna, anche

[58] Sul tema, v. E. Marzaduri, voce *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *ED* (VI Agg.), Milano 2002, 913 ss.
[59] L'avviso della data di fissazione dell'udienza non viene trasmesso a colui che avrebbe potuto proporre il riesame, ma si è astenuto. V. Cass. S.U. 20.11.1996 n. 23 in *CEDCass.*, m. 206658. Tuttavia, si noti la giurisprudenza di Cass. S.U. 29.5.2008 n. 25932, in *CEDCass.*, m. 239697, che afferma la facoltà spettante tanto alla persona offesa quanto a colui che vanti un diritto nei termini dell'art. 322 Cpp di partecipare al procedimento cautelare mediante intervento volontario.
[60] Così Cass. 3.10.2008 n. 37695, in *CP* 2009, 3887, in cui viene precisato che in tema di riesame del sequestro preventivo o probatorio, il terzo proprietario della cosa sequestrata non ha diritto alla notificazione dell'avviso d'udienza.
[61] In tal senso, v. P. Troisi, *op. cit.*, 1182, che esclude una valenza *ultra partes* del giudicato cautelare, «pena la vanificazione della tutela offerta al terzo in corso di procedimento».
[62] Così R. Belfiore, *op. cit.*, 195 s.
[63] L'audizione deve avvenire con le forme previste dall'art. 127 Cpp secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 263 Cpp. Cfr. Cass. 21.3.1995 n. 1044, in *CP* 1998, 587, secondo cui il legislatore ha ritenuto sufficiente il contraddittorio posticipato "camerale" che si realizza mediante l'instaurazione del riesame.

per evitare il rischio di oberare di lavoro il giudice cautelare, atteso che la materia in oggetto generalmente richiede anche una certa celerità nella trattazione.
Semmai, la partecipazione del terzo rimasto inerte al procedimento cautelare potrebbe essere analogicamente avanzata sulla base del diritto positivo ad essere parte nel procedimento di cognizione che abbia ad oggetto le controversie relative ai diritti sulla *res*[64].
La circostanza per la quale sia stato omesso un tale onere di citazione, che certamente svolgerebbe una concreta implementazione della tutela dei soggetti interessati ad ottenere la restituzione, rende problematica l'applicabilità della tesi relativa alla "partecipazione allargata" all'udienza cautelare.
D'altra parte, anche la Corte di Cassazione sembra avallare tali argomentazioni, escludendo che il provvedimento di restituzione debba essere preceduto dall'audizione del terzo in camera di consiglio[65].
Una crescente considerazione dei soggetti estranei all'imputazione peraltro sembra potersi osservare nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, la quale ha avuto modo di pronunciarsi recentemente su una questione, oggetto di diverse interpretazioni, riguardante l'estraneità del terzo, proprietario del bene sottoposto a sequestro, al giudizio di cognizione e la sua eventuale legittimazione a promuovere incidente di esecuzione. La Corte, nell'ottica di garantire una concreta partecipazione al terzo interessato, ha statuito il principio di diritto secondo il quale tale soggetto «prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame», in virtù del principio di conservazione dell'impugnazione[66].
Per completare l'apparato di strumenti a disposizione di chi ha subito la misura cautelare reale, il legislatore, nell'ambito della disciplina relativa al ricorso per cassazione, ha riconosciuto la legittimazione attiva in capo alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, purché si tratti di soggetti che hanno partecipato al giudizio cautelare[67]. Questo perché il rapporto processuale non potrebbe includere soggetti nuovi nell'evoluzione da un grado di giudizio all'altro, così come è stato precisato dalla giurisprudenza della Suprema Corte. In altre parole, il terzo interessato alla restituzione di un bene sottoposto a sequestro preventivo non è legittimato a proporre ricorso per cassazione laddove non abbia

[64] L'art. 104-*bis* NAttCpp, rubricato "Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi nel giudizio", al comma 1-*quinquies* prevede che «nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo».
[65] Cass. 23.7.2002 n. 28060, in *ANPP* 2003, 64.
[66] Così Cass. S.U. 20.7.2017 n. 48126, in *CEDCass*., m. 270938. Più recentemente, la Corte ha affermato che, qualora al terzo avente diritto alla restituzione si riconoscesse tutela solo mediante incidente di esecuzione e, quindi, all'esito del passaggio in giudicato della sentenza, si determinerebbe una violazione degli artt. 24 e 41 Cost., nonché dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU. Cfr., Cass. 13.11.2019 n. 46141, in *CEDCass.*, m. 277389, in cui, tra l'altro, si chiarisce che il terzo non è legittimato a proporre impugnazione avverso la sentenza che definisce il giudizio, dovendo piuttosto proporre appello *ex* art. 322-*bis* c.p.p. per impugnare l'ordinanza con cui il giudice dell'udienza preliminare ha provveduto sull'istanza di dissequestro. In dottrina, S. Verzeletti, *Appello* ex *art. 322*-bis *c.p.p. per il terzo proprietario del bene confiscato con sentenza non definitiva: una garanzia incomprimibile,* in *DPC*, 2017 (11), 238 ss.
[67] V. art. 325 Cpp, che ammette il ricorso per cassazione solo per violazione di legge.

partecipato al procedimento di riesame, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il sequestro sia stato disposto dal tribunale a seguito di appello cautelare avanzato dal pubblico ministero[68].

7. Come già osservato, la potenziale incidenza delle misure cautelari reali su beni appartenenti a soggetti diversi da colui a carico del quale si sta svolgendo un procedimento penale discende dall'attitudine delle *res* a circolare liberamente, così da coinvolgere terzi potenzialmente estranei al fatto di reato. La particolare efficacia dello strumento ablatorio che colpisce patrimoni presuntivamente illeciti, unitamente alla sua incisività, si evince particolarmente nella lotta alla criminalità organizzata, considerato che il legislatore ha ancorato la confisca al suo antecedente logico, cioè il sequestro preventivo[69]. Stante l'appartenenza della *res* al terzo, il vincolo non può essere apposto quando il bene non è di proprietà dell'indagato; tuttavia, può incidere sulla quota di cui egli è titolare, se la cosa versa in stato di comproprietà[70].
Se, rispetto al passato, sicuramente sono stati fatti dei passi avanti nella tutela dei terzi destinatari di misure ablative, bisogna comunque ammettere che l'apparato di strumenti garantistici a loro favore è ancora insufficiente, dal momento che opera attraverso rinvii e applicazioni parziali, nel senso che la disciplina delineata dal codice antimafia vale per alcune tipologie di reati e inerisce solo a determinate misure cautelari[71].
Si tratta ora di approfondire la tematica relativa al livello della tutela processuale riservata ai soggetti coinvolti e saggiare l'effettività del loro diritto di partecipazione. Invero, la dottrina ha riconosciuto alla nuova disciplina il merito di aver introdotto il diritto al contraddittorio del terzo in caso di sequestro disciplinato dalla legge speciale[72]: la citazione dei terzi segue all'apposizione del vincolo di indisponibilità su beni nei confronti dei quali costoro vantino una pretesa giuridicamente rilevante; da ciò discende la possibilità di avanzare proprie deduzioni, nonché di chiedere l'acquisizione di elementi nuovi ed utili[73].

---

[68] Così Cass. 6.3.2015 n. 9796, in *CEDCass.*, m. 262752. V. anche Cass. S.U. 21.4.2004 *Corsi*, in *CP* 2004, 3105. In dottrina, v. A. Marandola, *Misure cautelari reali, 4. Impugnazioni reali*, in *Diritto online*, 2016; G. Spangher, *Le impugnazioni*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi e A. Cisterna, Torino 2011, 560.

[69] Il riferimento è al codice antimafia, emanato con d.lgs. 6.9.2011, n. 159, come da ultimo modificato nel 2018. Il Titolo IV del Libro Primo contiene una serie di disposizioni (artt. da 52 a 62) volte a tutelare i terzi nell'ambito delle misure di prevenzione.

[70] La Suprema Corte ha ritenuto ammissibile il sequestro di beni formalmente intestati a persona non sottoposta alle indagini quando vi sia comunque una qualificata probabilità che l'intestazione sia fittizia e le cose siano nell'effettiva disponibilità dell'indagato. Così Cass. 20.12,2000 n. 6365, in *CP* 2002, 1781. Recentemente, la Corte di Cassazione ha statuito che, in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca di conto corrente cointestato all'indagato e a soggetto terzo, bisogna accertare la derivazione del denaro dal reato e la sua provenienza dall'indagato. Cfr. Cass. 1.7.2020 n. 19766, in *CEDCass.*, m. 279277. In dottrina, si segnala R. Belfiore, *op. cit.*, 246 ss.

[71] L'esempio palese è proprio il già citato art. 104-*bis* NAttCpp, che stabilisce l'applicabilità delle disposizioni del Titolo IV del Libro Primo del codice antimafia, sulla tutela dei terzi e sui rapporti con le procedure concorsuali, ai casi di sequestro finalizzato alla confisca ai sensi dell'art. 240 Cp o delle altre disposizioni che ad esso rinviano, nonché alle ipotesi di sequestro disposto nei procedimenti avverso i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, Cpp. Inoltre, il comma 1-*bis* prevede il medesimo rinvio nei casi di sequestro disposto in virtù dell'art. 321, comma 2, Cpp. A seguito della recente modifica, avutasi con il d.lgs. 12.1.2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), per la prima volta è la legge stessa, e non la sola giurisprudenza, a stabilire che i diritti di credito dei terzi devono essere garantiti. Il codice della crisi d'impresa ha operato un rafforzamento dei diritti dei creditori, implementando il già complesso sistema di tutele a loro favore. Per un approfondimento dottrinale sulla tutela dei creditori, v. M. Bontempelli – R. Paese, *La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa*, in *DPC* 2019 (2), 123 ss.

[72] R. Belfiore, *op. cit.*, 275.

[73] Cfr. art. 23 del codice antimafia, in cui si prevede, al secondo comma, che «i terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal

Anche la Corte costituzionale ha consacrato la legittimità dell'assetto normativo, sostenendo che è garantito il diritto del terzo di partecipare fin dal giudizio di primo grado, al fine di permettergli l'esercizio della difesa e di rendergli, quindi, pienamente opponibile l'eventuale confisca[74]. La Consulta, ancora, ha avallato la tesi di un'interpretazione costituzionalmente orientata di tale assetto normativo, così da garantire al terzo una tutela soddisfacente. Proprio un'interpretazione del rimedio cautelare che tenga conto dei parametri costituzionali offerti dagli artt. 24, 111 e 117 (in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU) Cost. garantisce al terzo l'opportunità di disporre di un diritto di difesa che sia pieno ed effettivo.
Un parziale disallineamento rispetto alle indicazioni derivanti dagli strumenti di armonizzazione dell'Unione Europea, in particolare la Direttiva 2014/42/UE, risiede forse nella mancata previsione di uno specifico diritto a impugnare la decisione di confisca che non sia definitiva[75].
Alla luce delle considerazioni svolte, un ulteriore rilievo critico può essere mosso nei confronti del sequestro (e della confisca) di cose appartenenti al patrimonio del terzo estraneo[76]. Invero, le fondamentali istanze di garanzie inserite nel principio costituzionale della personalità della responsabilità penale e la presunzione di non colpevolezza risultano non pienamente soddisfatte, poiché le misure ablatorie potrebbero colpire beni di soggetti che effettivamente non abbiano preso parte alla commissione del reato. È stato già ampiamente specificato che la tutela del terzo passa dal concetto di estraneità al reato e dalla prova dello stato soggettivo di incolpevolezza, poiché tale soggetto è estraneo al reato quando non è stato «né autore né partecipe»[77]. Più recentemente, non ci si è limitati a richiedere l'assenza di collegamenti, diretti o indiretti, con la commissione dell'illecito penale, ma ci si è spinti al punto di dover dimostrare che il terzo non abbia ricavato vantaggi o utilità dalla condotta altrui[78].
Solo a tali soggetti è riconosciuta la buona fede, quando sia possibile dimostrare che essi non fossero a conoscenza del rapporto di derivazione della propria posizione giuridica dal reato commesso dall'accusato o dall'uso illecito della *res*[79].

tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio». Il comma 3 sancisce la facoltà di svolgere deduzioni con l'assistenza di un difensore, «nonché di chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca». Queste previsioni non si applicano soltanto ai proprietari, ma anche ai titolari di diritti reali o personali di godimento o diritti reali di garanzia sulle cose sequestrate.

[74] C. cost., 6.12.2017, n. 253. Per un commento della sentenza, v. E. Andolfatto, *Confisca disposta con sentenza di primo grado e appello dei terzi proprietari: la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Corte di Cassazione,* in *DPC* 2018 (1), 265 ss.

[75] Cfr. Art. 8 della Direttiva, in cui si stabilisce che gli Stati Membri debbano adottare misure idonee a garantire i diritti patrimoniali delle persone che subiscono provvedimenti ablatori, potendo queste eventualmente impugnare anche il provvedimento non definitivo davanti all'autorità giudiziaria. Lo stesso trattamento si estende ai terzi che desiderino far valere un diritto di proprietà o altri diritti patrimoniali. Per un ulteriore approfondimento, v. anche DQ 2003/577/GAI in materia di esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni all'estero, attuata in Italia con il d.lgs. 15.2.2016, n. 35, che all'art. 11 statuisce che gli Stati Membri debbano prevedere anche a favore di terzi in buona fede adeguati mezzi di impugnazione contro i provvedimenti di blocco o di sequestro di beni.

[76] Per approfondire v. F. Menditto, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano 2015.

[77] M. Massa, voce *Confisca (dir. e proc. pen.)*, in *ED* (VII), Milano 1961, 980 ss.

[78] Così Cass. *Bacherotti*, cit., alla quale si è uniformata la giurisprudenza successiva. In dottrina, cfr. P. Troisi, *op. cit.*, 1175 ss.

[79] Ancora una volta, v. Cass. *Bacherotti*, cit. In giurisprudenza, la buona fede non è stata riconosciuta in casi di imprudenza, negligenza o difetto di vigilanza. Cfr. Cass. 24.5.2017 n. 32362, in *CEDCass.*, m. 270443.

Sulla qualificazione della posizione occupata dal terzo nel giudizio in cui sia citato si può oscillare tra diverse soluzioni[80]. Formalmente, l'intervento di costui mirerebbe a garantirne l'inclusione nello svolgimento processuale con l'assistenza di un difensore.
Bisogna, però, evidenziare che la prescrizione relativa alla citazione del terzo è confinata nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, avallando, dunque, la tradizionale qualificazione dei soggetti tipici del procedimento e, conseguentemente, escludendo dogmaticamente il terzo da tale ruolo.
Posto che egli risulta destinatario della misura ablatoria è, comunque, riconoscibile, almeno nell'ipotesi di sequestro disposto nell'ambito di procedimenti avverso reati di criminalità organizzata, lo sforzo di assicurargli un diritto al contraddittorio, ma non anche ad introdurre nuove prove[81].
Non deve, a tal proposito, trascurarsi che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo considera equo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, il procedimento in cui si garantisce il diritto alla prova come corollario del diritto di difesa, in quanto non riconosciuto solo alla persona accusata ma a tutti i soggetti che vi prendono parte[82]. Difatti la Corte europea ha ripetutamente affermato la violazione dei principi della Convenzione da parte dell'ordinamento italiano nei casi di sanzioni inflitte a soggetti rimasti estranei al procedimento. L'irrogazione di una misura sanzionatoria (così è stata qualificata la confisca da parte dei giudici europei) può avvenire soltanto nei confronti di chi abbia partecipato ad un processo giusto ed equo[83].
Il risultato, dunque, è un'ipotesi di contraddittorio eventuale e certamente non pieno, che appare in qualche modo "affievolito". Ciò induce a riflettere sulla necessità di realizzare una tutela maggiormente effettiva ancora prima che il soggetto sia costretto ad agire in sede impugnatoria.

8. L'indagine sulle misure cautelari reali svela un assai delicato settore nel quale, dietro l'invasione del procedimento penale nella sfera patrimoniale del terzo, si possono celare esigenze di natura preventiva, nelle ipotesi in cui sia necessario impedire la progressione o l'aggravamento degli effetti del reato, o conservativa, quando si tratta di impedire la dispersione del patrimonio a danno dei creditori. Le misure in questione mirano a colpire il bene giuridico sul presupposto che esso abbia una qualche relazione con il fatto penalmente illecito e proprio tale legame ne giustifica il sequestro (o la confisca) anche quando ne sia titolare un soggetto non gravato dal *fumus delicti*.
Considerata l'entità dei valori in gioco, talmente rilevanti da godere di copertura costituzionale, parrebbe opportuno che, già da una fase prognostica antecedente all'applicazione della misura cautelare, si rafforzasse la base fattuale che sottende alla valutazione spettante all'organo giurisdizionale riguardo alla concreta sussistenza dei presupposti legittimanti l'effetto ablatorio e all'effettività del rapporto esistente tra il bene ed il reato, potendo il vincolo di indisponibilità cadere anche su porzioni di patrimonio appartenente al terzo[84].

---

[80] La citazione avviene ai sensi del già citato art. 104-*bis*, comma 1-*quinquies.*

[81] I. Pardo, *I diritti del terzo interessato nel nuovo procedimento per la confisca allargata. Prime applicazioni giurisprudenziali*, in *IlPen* 19.9.2019. Lo stesso autore nota che, nella vigenza della vecchia disciplina (art. 12-*sexies* l. 356/1992), si era formata una giurisprudenza più favorevole ai terzi considerati intestatari fittizi di beni, dal momento che si permetteva loro di intervenire attivamente, garantendone il diritto alla prova.

[82] Cfr. C. eur., 29.10.2013, *Varvara c. Italia* e C. eur., 28.6.2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*.

[83] V. Corte eur., 20.1.2009, *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*. In un *obiter dictum* la Corte affermò che l'imposizione della confisca al di fuori di un giudizio di colpevolezza sui titolari dei beni comporterebbe in ogni caso una rottura del giusto equilibrio tra diritti dei singoli ed interesse generale.

[84] P. Gualtieri, *Limiti costituzionali e della giurisprudenza europea del sequestro preventivo nelle sue varie articolazioni. I rapporti tra sequestro preventivo e confisca*, in *Incontro di formazione 1° marzo 2012. Le misure*

È chiaro che nelle ipotesi in cui il sequestro colpisca cose per le quali è prevista la confisca obbligatoria, la valutazione di intrinseca pericolosità o comunque di illiceità che si pone alla base della misura cautelare è già stata effettuata a monte dal legislatore, che ha ritenuto prevalente l'esigenza di tutelare la collettività rispetto ai diritti esistenti sulla *res*. Invece, in quei casi che esulino dalla prospettiva anzidetta, si potrebbe pensare di prevedere un obbligo all'accertamento della posizione soggettiva del terzo che vanti una situazione giuridica meritevole di tutela nei confronti della cosa destinataria dell'ablazione. Tale accertamento, dunque, dovrebbe mirare alla verifica di quei presupposti che generalmente vengono presi in considerazione in un momento successivo per legittimare la restituzione[85]. È evidente che, in una fase investigativa, caratterizzata anche da esigenze di celerità, non sembra agevole lo svolgimento di una simile indagine, anche in considerazione della circostanza per la quale solo il diretto interessato potrebbe eventualmente fornire tutti gli elementi idonei a chiarire la propria posizione rispetto ai fatti e al bene da vincolare. Queste argomentazioni depongono a favore della logica del minimo intervento: la rilevanza costituzionale e convenzionale dei beni in gioco impone una valutazione di stretta necessità, per cui l'intervento ablativo non si giustifica se non ricorrono tutti i presupposti.
La previsione di un simile onere necessiterebbe di un'accurata operazione di chirurgia legislativa che, sulla scorta di quanto già prescritto dal codice al pubblico ministero quando questi debba presentare la richiesta di una misura cautelare personale, introduca una disposizione dello stesso tenore quando la misura debba colpire un bene e incida, quindi, su uno o più diritti dal contenuto patrimoniale: in tal modo, il magistrato richiedente dovrebbe non solo provare la sussistenza del *fumus commissi delicti* e del *periculum in mora*, ma anche che non vi siano ragioni ostative, discendenti da situazioni giuridiche altre ed estranee all'indagine penale, per procedere all'ablazione. D'altra parte, se in sede di revoca l'autorità procedente deve presentare tutti gli elementi sui quali fonda la propria valutazione circa l'impossibilità di elidere il provvedimento ablatorio (art. 321, comma 3, Cpp), non sarebbe ipotizzabile una simile operazione in una fase prodromica e comprensiva anche di quegli indizi utili a rafforzare la tutela del terzo?
Chiaramente, la prima e più evidente obiezione che si potrebbe sollevare rispetto a tale tesi attiene all'inevitabile appesantimento tanto dei compiti del pubblico ministero quanto di quel bisogno di celerità tipico della fase in cui generalmente si inserisce la misura. Tuttavia, quest'incombenza potrebbe comportare il vantaggio, in un'ottica di miglior economia processuale, di prevenire o, comunque, snellire una successiva impugnazione da parte del soggetto colpito dalla coercizione.
Un'attenta analisi degli strumenti difensivi posti a garanzia del destinatario di tali misure, consente di concludere che, sebbene sia stato riconosciuto un embrionale diritto al contraddittorio, che ha comunque superato il vaglio della Corte Costituzionale[86], l'effettività della tutela a favore del terzo dovrebbe già trovare spazio nella fase prodromica in cui l'autorità inquirente e il magistrato devono valutare la sussistenza dei requisiti che giustificano l'applicazione delle misure ablatorie e verificare se queste rispettino i principi di adeguatezza e proporzionalità[87].
Difatti, i principi in questione, tradizionalmente considerati di appannaggio esclusivo delle misure cautelari personali, da circa un decennio hanno preso piede anche nell'ambito delle cautele reali grazie ad un orientamento giurisprudenziale che si sta consolidando verso la loro estensione in

cautelari reali: principi generali, prassi giurisprudenziali, problematiche applicative, Ufficio dei referenti per la formazione decentrata, Corte di Cassazione 2012.
[85] Sono quei requisiti, di cui si è detto prima e ai quali si rimanda, che il terzo deve poter dimostrare per ottenere un risultato a sé favorevole dal mezzo impugnatorio: titolarità, buona fede, estraneità ai fatti.
[86] C. cost., 2017, n. 253, cit.
[87] In tal senso, cfr. D. Potetti, *op. cit.*, 1181 ss.

questa direzione[88]. Significativamente la Corte di Cassazione ha statuito che i principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità, codificati dall'art. 275 Cpp, devono essere applicati anche nella selezione delle misure cautelari incidenti sulle *res*, dal momento che queste sono idonee a ledere diritti costituzionalmente garantiti, come quello di proprietà e la libertà di iniziativa economica privata[89].

Solo una corretta operazione di bilanciamento, svolta alla luce dei diritti coinvolti, tanto da parte del legislatore quanto del giudice chiamato ad emanare e modulare la misura permette di individuare il corretto punto di equilibrio avvalendosi dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza[90].

In conclusione, i principi in questione devono sempre fungere da stella polare nella valutazione dello strumento cautelare da applicare al caso concreto e presuppongono una delicata operazione di bilanciamento tra le esigenze del procedimento e gli interessi privati in gioco, che, come ampiamente ripetuto, possono far capo anche ad individui estranei all'indagine penale.

Affinché la tutela risulti piena ed effettiva, rimangono comunque imprescindibili un'accurata valutazione prognostica degli elementi concreti e la possibilità di ricorrere ai mezzi giurisdizionali *ad hoc*, i quali dovrebbero, in linea di principio, garantire un minimo di contraddittorio anche al terzo interessato[91]. Non vi è dubbio che, seppur non sia equiparato né equiparabile ad una parte del procedimento principale, comunque, ricopre un ruolo non secondario nella vicenda cautelare, nell'ambito della quale è un soggetto a tutti gli effetti, con tutte le conseguenze in termini di diritto di difesa che tale qualifica dovrebbe comportare.

---

[88] Corte cost. 2013, n. 85, cit.

[89] In questo senso, cfr. Cass. S.U. 17.7.2015 n. 31022, in *DPP* 2016, 201; Cass., 16.1.2013 n. 8382, in *CEDCass.*, m. 254712; Cass., 15.12.2011 n. 12500, in *CP* 2012, 4166, con nota di L. Milani, *Proporzionalità adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*; Cass. sez. V 21.1.2010 n. 8152 in *CEDCass.*, m. 246103. Per un orientamento contrario e precedente, v., *ex multis*, Cass., sez. III, 16.1.2007 n. 16818, in *CEDCass.*, m. 236490. In dottrina, v. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*[20], Milano 2019, 501, secondo cui il "peccato originale" del codice di procedura penale de 1988 «sta nel non aver precisato espressamente che le regole generali, stabilite in relazione alle misure cautelari personali, sono applicabili a quelle reali». Ciò si ricava attraverso un'operazione ermeneutica sia dalla sistematica del Libro Quarto del codice sia dal fatto che le regole generali derivino dalla natura cautelare delle misure e non dalla natura (personale o reale) dell'interesse giuridico su cui ricadano i loro effetti.

[90] C. cost., 2013, n. 85, cit.

[91] Si ricordi che attualmente non è previsto un obbligo di notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame, per cui un contraddittorio effettivo presume una corretta informazione circa lo svolgimento dell'episodio cautelare.

LA "RAGIONEVOLE" RETROATTIVITà DELLA LEGGE PENALE: ALCUNE RIFLESSIONI CRITICHE SULLA PRONUNCIA DELLA CONSULTA, 23 DICEMBRE 2020, N. 278

di Ernestina Sacchetto
Dottoranda di ricerca presso l'Università degli studi di Torino

Nonostante le lapidarie premesse teoriche, con la sentenza n. 278 del 2020, depositata il 23 dicembre scorso, la Corte costituzionale ha inaspettatamente escluso che l'art. 83 c. 4 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27) fosse in violazione del principio di irretroattività sfavorevole.
Despite some significant premises, with the decision no. 278/2020, filed on the last 23 December, the Italian Constitutional Court unexpectedly established that art. 83 c. 4 l.d. March 17th 2020, n. 18 (l. 27/2020) was not in violation of the principle of non-retroactivity.

SOMMARIO: 1. Cenni sul procedimento *a quo* e le *quaestiones* dei remittenti; 2. Gli argomenti della Corte Costituzionale in sintesi; 2.1 L'art. 159 Cp e la (sorprendente) legittimità costituzionale della disciplina di cui all'art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020; 2.2. Da solide premesse…; 2.3…a scivolose conclusioni; 3. Riflessione conclusiva.

1. Con ordinanza del 21 maggio 2020[1], il Tribunale ordinario di Siena ha sollevato, in riferimento all'art. 25 c. 2 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 c. 4 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ("*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*")[2],

[1] R.o.n. 112/2020.

[2] Il rimettente ha riferito di essere stato chiamato a celebrare un dibattimento per reati edilizi commessi, secondo la contestazione, tra il 20 aprile 2015 (capo A dell'imputazione) e il 24 aprile 2017 (capo B). Per i fatti più risalenti, qualificati ex art. 44, co. 1, lett. c), in relazione all'art. 32, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)*», il giudice a quo ha individuato la decorrenza del termine prescrizionale alla data del 20 aprile 2015, indicando in cinque anni la durata del medesimo termine, con scadenza, quindi, al 20 aprile 2020. Sempre il rimettente ha osservato come un «differimento urgente delle udienze e una sospensione dei termini» fossero stati disposti, con decorrenza dal 9 marzo 2020 e fino al 22 marzo successivo, mediante il d.l. 11/2020 ("*Misure straordinarie e urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*"), poi decaduto per mancata conversione e, comunque, espressamente abrogato *ex* art. 1, co. 2, l. 27/2020. Per vero, gli effetti del provvedimento sono stati prolungati, sempre con decorrenza dal 9 marzo precedente, fino al 15 aprile 2020, per effetto dei co. 1 e 2 dell'art. 83 del d.l. 18/2020 e che una dilazione ulteriore era intervenuta con l'art. 36 comma 1, d.l. 23/2020 ("*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*"), convertito, con modificazioni, nella legge 40/2020. La norma ha stabilito che il termine previsto ai commi 1 e 2 del citato art. 83 fosse prorogato all'11 maggio 2020. Con il co. 4 dello stesso art. 83 d.l. 18/2020 è stato disposto che, contestualmente alla sospensione dei termini sancita dal precedente co. 2, rimanesse sospesa anche la decorrenza del termine di prescrizione del reato.

quest'ultimo convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27[3]. Come noto, tale previsione emergenziale è stata in vigore dal 9 marzo all'11 maggio 2020 al fine di regolare il funzionamento dei procedimenti penali durante l'emergenza pandemica da Covid-19[4]: in particolare, l'ipotesi di sospensione del corso della prescrizione è stata assimilata, quanto agli effetti, alle cause enucleate nell'art. 159 c. 1 Cp. Ne è conseguito, dunque, che i termini necessari all'estinzione dei reati, oggetto di procedimenti in corso durante l'emergenza pandemica[5], sono andati incontro ad un corrispondente incremento della durata del tempo ivi sancita. Di qui, l'ipotizzata incompatibilità della normativa con il principio costituzionale di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente: tale si prospetta, infatti, una legge che comporti un allungamento del termine di prescrizione del reato[6], sul presupposto della natura sostanziale e non già processuale della disciplina dell'istituto affermata dalla giurisprudenza costituzionale (e non solo)[7].

---

[3] L'art. 83 c. 4 d.l. 18/2020, coordinato con la legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27 ("*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi*") afferma che: «nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale».

[4] Inizialmente, il d.l. 2.3.2020 n. 9, all'art. 10, aveva disposto, da un lato (c. 7) il rinvio d'ufficio a data successiva al 31.3.2020 delle udienze nei procedimenti penali pendenti negli uffici giudiziari dei circondari dei tribunali cui appartenevano i comuni compresi in zona "rossa" ai sensi dell'Allegato 1 d.p.c.m. 1.3.2020, e dall'altro (c. 8) la sospensione fino al 31.3.2020 dei termini per il compimento di qualsiasi atto che chiunque dovesse svolgere nei procedimenti penali pendenti presso gli uffici giudiziari del distretto di corte d'appello di appartenenza dei medesimi comuni. Il successivo d.l. 8.3.2020, n. 11, pubblicato sulla G.U. dell'8.3.2020 al n. 60 ed entrato in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione, aveva stabilito, all'art. 1 che, a decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto (9.3.2020) e fino al 22.3.2020, le udienze dei procedimenti penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari fossero rinviate d'ufficio a data successiva al 22.3.2020 e fossero sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto in tali procedimenti[4]. Oltre a ciò, erano state introdotte le misure organizzative adottabili dai capi degli uffici giudiziari (art. 2), nel periodo compreso tra il 23.3.2020 e il 31.5.2020 per contrastare l'emergenza epidemiologica e regolamentare lo svolgimento dell'attività giudiziaria. In data 17.3.2020 è stato adottato il d.l. 18/2020, convertito con modificazioni con l. 24.4.2020 n. 27 (cd. decreto "*cura Italia*"), che, a causa del rapidissimo aggravarsi del quadro epidemiologico, ha abrogato le previsioni dei precedenti decreti in quanto sono state ritenute necessarie misure più stringenti, precisando che sarebbero rimasti validi gli atti e i provvedimenti adottati sulla base dei provvedimenti stessi.

[5] Per l'accertamento di reati evidentemente consumati prima dell'introduzione delle modifiche legislative.

[6] Pari nel caso di specie a 64 giorni.

[7] Sul punto in giurisprudenza, v. Corte cost., n. 24 del 2017 e 31 maggio 2018 n. 115 con nota di Civello, in *AP*, tutte in www.cortecostituzionale.it e Corte Edu, *Alikaj c. Italia*, 15 settembre 2011, n. 47357/08, Corte Edu, Sez. IV, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, n. 6884/11; Corte Edu, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11. In dottrina v. *ex multis* S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna 2009; G. De Francesco, Il torpore del "buon senso" genera incubi. A proposito della prescrizione del reato, in *www.lalegislazionepenale.it*, 21.8.2020; D. Micheletti, Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale, in *DisCrimen*, 4.7.2020, 6; F. Giunta, D. Micheletti, Tempori cedere, *Prescrizioni del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003; F. Viganò, Riflessioni *de lege lata* e *ferenda* su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3/2013 ; G. Marinucci, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano 2002, 328 e 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*, 26.12.2020.

Tanto la questione è apparsa immediatamente complessa che, successivamente, con ordinanze rispettivamente del 27 maggio 2020[8] e del 3 luglio 2020[9], i Tribunali di Spoleto e di Roma hanno anch'essi sollevato, in riferimento all'art. 25, co. 2 ed all'art. 117, co. 1 Cost., in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 co. 4 d.l. 18/2020, come modificato dall'art. 36 d.l. 23/2020[10]. Le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dai Tribunali rimettenti con le richiamate ordinanze, sono state valutate dalla Corte come sostanzialmente analoghe sul piano giuridico, rendendo quindi opportuna la loro trattazione congiunta mediante la riunione dei giudizi. Con la sentenza n. 278 del 2020, depositata il 23 dicembre scorso, la Corte costituzionale ha concluso escludendo che integri una violazione del principio di irretroattività (art. 25, co. 2 Cost.) la sospensione del corso della prescrizione del reato prevista dall'art. 83 c. 4 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27)[11].

2. In estrema sintesi la Corte, in seguito ad un'approfondita ricostruzione della normativa introdotta durante il periodo emergenziale[12], ha ribadito l'inderogabilità del principio di legalità ai

[8] R.o.n. 117/2020.

[9] R.o.n. 132/2020.

[10] L'art. 23 d.l. 23/2020 ha disposto la proroga all'11 maggio 2020 del termine del 15 aprile 2020, previsto dall'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Più nel dettaglio, il Tribunale ordinario di Roma ha sollevato la questione anche con riferimento all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007. Lo stesso Tribunale ha censurato l'art. 36 co. 1 d.l. 23/2020 convertito con modificazioni nella legge 40/2020 nella misura in cui ha prorogato fino all'11 maggio 2020 il termine previsto dall'art. 83 co. 1 e 2.

[11] In argomento v. G. L. Gatta, *"Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in *SP*, 4.5.2020; cfr. G.L. Gatta, *Il corso della giustizia e il corso della prescrizione del reato durante l'emergenza Covid-19*, in *SP*, 2.11.2020.; V. Manes, *Diritto dell'emergenza, sospensione della prescrizione e garanzie fondamentali: davvero bilanciabile il principio di irretroattività?* In Giur.pen.web, n. 2020, 1 ss.; N. Madia, *Tre questioni problematiche in tema di sospensione della prescrizione connessa all'emergenza Covid-19*, ivi, 2020, n. 5, 1 e ss.; L. Agostini, *Sulla legittimità costituzionale della sospensione del corso della prescrizione del reato da Covid-19: un quadro di sintesi del diritto vivente in vista della Consulta*, in www.giustiziainsieme.it, 2 ottobre 2020, 1 e segg.; A Massaro, *La sospensione della prescrizione e il principio di irretroattività della legge penale alla prova dell'emergenza Covid-19: le questioni di legittimità costituzionale*, in Osservatorio costituzionale, 6 ottobre 2020, 160 e segg. La sentenza è stata già annotata, v. G.L. Gatta, *Emergenza Covid e 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. V. anche, criticamente, N. Madìa, *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 *GPW*, 2020, 12; O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *AP*, 2020, n. 3 (versione Web); L. Stortoni, *La legge penale è "ragionevolmente" retroattiva*, in *PDP*, 4.1.2021; G. M. Flick, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della corte costituzionale* in *CP*, fasc.1, 1.1.2021, 44.

[12] Dal § 6 in avanti della sentenza in commento, infatti, la Corte richiama brevemente il contesto normativo connesso all'emergenza epidemiologica da Covid-19, in tema di svolgimento dell'attività giudiziaria, nel cui ambito si sono collocate le disposizioni censurate. Più del dettaglio, il primo intervento emergenziale concernente l'attività giurisdizionale posto in essere dal Governo per rispondere alle esigenze scaturite dall'epidemia si è avuto con il d.l. 9/2020 ("*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*"), il quale, all'art. 10 ha interessato esclusivamente i procedimenti civili e penali pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari dei tribunali cui appartenevano i Comuni indicati all'allegato 1 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° marzo 2020 ("*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di*

sensi dell'art. 25 co. 2 della Costituzione, comprensivo della garanzia dell'irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente e[13], in linea con la propria giurisprudenza, la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione del reato, che ricade nell'area coperta dal suddetto principio e dai suoi corollari (precisione o determinatezza)[14]. Perciò, avendo la Corte individuato nella disciplina emergenziale di cui all'art. 83 d.l. 18/2020, un'ipotesi generalizzata di sospensione del procedimento penale per esigenze di tutela della salute pubblica, ha ricondotto la neo-introdotta normativa alla regola generale espressa nell'art. 159 co. 1 Cp, che, attraverso un automatismo, ha ancorato la sospensione del termine di prescrizione del reato alla sospensione del procedimento penale «imposta da una particolare disposizione di legge». Di qui, è stata esclusa una violazione del principio di irretroattività dopo aver considerato come - proprio in virtù della disciplina di cui all'art. 159 co. 1 Cp - al momento del fatto l'autore sapesse o fosse comunque in grado di prevedere che, in caso di sospensione del procedimento o del processo in applicazione di una disposizione di legge, lo sarebbe stato anche il decorso del termine di prescrizione.

---

contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19). Con tale provvedimento si era prevista la sospensione dei termini e il rinvio delle udienze: oltre a ciò, era stato stabilito che, a partire dal 3 marzo 2020, il corso della prescrizione fosse sospeso per il tempo in cui il processo fosse rinviato o i termini procedurali fossero sospesi e comunque fino al 31 marzo 2020 (art. 10, comma 10 del citato d.l.). A distanza di pochi giorni, il Governo è intervenuto con il d.l. 11/2020 ("*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*"), per disciplinare il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari. L'art. 1 co. 1, in particolare prevedeva che, a decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto medesimo (9 marzo 2020) e sino al 22 marzo 2020, le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari fossero rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020. Per il periodo successivo (23 marzo-31 maggio), ai capi degli uffici giudiziari era stato attribuito il potere di autorizzare provvedimenti di dilazione degli adempimenti processuali in base alle esigenze del territorio e in considerazione della situazione pandemica. In ogni caso, però, il co. 4 dell'art. 2 d.l. 11/2020 stabiliva che il termine di prescrizione rimanesse sospeso anche per tali giudizi, ma solo fino al 31 maggio 2020, sempreché ne fosse stato disposto il rinvio. Sempre a distanza di pochissimi giorni, il Governo è nuovamente intervenuto con il d.l. 18/2020 con contestuale abrogazione per mancata conversione dei dd.l. n. 9 e n. 11 del 2020, per effetto dell'art. 1, co. 2, l. 27/2020 ("*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi*"). Con tale norma, si è disposto in via generale e obbligatoria, salvo alcune eccezioni concernenti alcune tipologie urgenti di procedimento, il rinvio d'ufficio delle udienze a data successiva al 15 aprile 2020 e la sospensione dei «termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali» dal 9 marzo al 15 aprile 2020, senza possibilità di intervento da parte dei capi degli uffici giudiziari (art. 83, co. 1 e 2). Con riferimento a tali fattispecie si è altresì disposta la sospensione dei termini di prescrizione, oltre che dei termini di durata massima delle misure cautelari personali. Con l'art. 36 del d.l. 23/2020 il Governo ha stabilito che il termine del 15 aprile 2020, previsto dai commi 1 e 2 dell'art. 83 del d.l. 18/2020 fosse prorogato fino all'11 maggio 2020. Per effetto di quest'ultima proroga la sospensione dei termini prescrizionali ha operato dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020.

[13] v. § 10.

[14] § 9. In dottrina v. *ex multis*, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano 1985, 655; P. Pisa, *Prescrizione* (diritto penale), in *ED*, XXXV, 1986, 79, che segnala il dato come «indiscusso»; F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova 1979, 737; A. Molari, *Prescrizione del reato e della pena* (Diritto Penale), in Nss.. d.I., XIII, 1966, 680 ss.; P. Bartolo, Prescrizione del reato, in *EG*, vol. XXIV, 1991, p. 1, secondo cui «nessun dubbio può più sussistere sulla natura sostanziale della prescrizione».

2.1 La Corte si concentra sulla disciplina generale di cui all'art. 159 co. 1 Cp, sottolineando la sua funzione di "cerniera" tra, da una parte, una causa generale di sospensione – secondo cui «[i]l corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale […] è imposta da una particolare disposizione di legge» – e dall'altra, una catalogazione di altri "casi" particolari[15]. Tale premessa si basa sul fatto che la disciplina emergenziale abbia integrato la predetta fattispecie sospensiva, prevedendo un'ipotesi di sospensione del procedimento e del processo penale: «il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 83 contempla l'integrale sospensione dell'attività giurisdizionale nel periodo emergenziale, prevedendo non solo il rinvio delle udienze (comma 1), ma anche la sospensione dei termini processuali di qualsiasi natura»[16]. In tal senso, espone la Corte, l'art. 83 c. 4 d.l. 18/2020 ha solamente ribadito la regola generale prevista dall'art. 159 c. 1 Cp.
Qui, la pronuncia comincia a produrre i primi scricchiolii[17]. Per diverse volte nel testo della motivazione, infatti, la sospensione del processo viene definita come la "stasi" di tutte le attività processuali: «in altri termini la sospensione del processo, cui va ricollegata quella della prescrizione, è prevista da una norma che imponga una "stasi" del giudizio basata su elementi certi ed oggettivi»[18]. A tal proposito, viene naturale chiedersi se la nuova previsione dell'art. 83 d.l. 18/2020 aderisca effettivamente ai tratti tipici della sospensione del processo che, ai sensi dell'art. 159 co. 1 Cp, porta con sé. La Corte si astiene, in questo senso, dall'argomentare: la "stasi" assume le forme di un vero e proprio dogma che non richiede riscontri nei ragionamenti a sostegno della pronuncia.
Invero, soffermandosi sul dato testuale, si ritiene che l'art. 83 co. 2 d.l. 18/2020 non preveda né la sospensione dei procedimenti, né quella dei processi, ma si limiti a stabilire la sospensione dei termini «per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali», specificando che «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»[19]. La sospensione prevista dall'art. 83 co. 2 d.l. 18/2020 non equivale alla sospensione dei procedimenti o dei processi. Trattasi di due istituti del tutto differenti, in quanto la sospensione dei termini non sospende né il processo, né il procedimento, né tantomeno il compimento di singole attività, bensì eventuali termini per il compimento di specifici atti processuali. La sospensione del processo o del procedimento opera diversamente:

[15] Art. 159 co. 1 Cp, come sostituito dall'art. 6 co. 3 della l. 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidici, di usura e di prescrizione).
[16] § 15.
[17] E' dello stesso avviso, O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *AP*, 2020, n. 3 (versione Web): «È come se il sillogismo sviluppato dal Giudice delle leggi, poste alcune solide e condivisibili premesse, si sia poi interrotto proprio al momento di trarre la conclusione che sarebbe stata logicamente necessitata».
[18] § 15. Di opinione contraria, 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*, 26.12.2020.
[19] V. sul punto, O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *AP,2020, n. 3* (versione Web): «In una materia coperta dalla riserva costituzionale di stretta legalità, tanto processuale quanto sostanziale, l'interprete dovrebbe almeno considerare le implicazioni fornite dal tenore letterale dell'art. 83, co. 2, d.l. n. 18 del 2020».

mentre in costanza di questo istituto non può essere compiuta alcun tipo di attività, salvo che la legge non disponga diversamente, quando ricorre la sospensione dei termini, le attività possono essere validamente compiute e l'unica conseguenza è che le tempistiche risultano dilatate[20].
Neppure il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 83 conduce ad una sospensione del procedimento o del processo. Il rinvio d'ufficio disposto dal giudice in occasione di un'udienza già calendarizzata nel periodo emergenziale risulta un'attività senza dubbio incompatibile con la "stasi" processuale imposta dalla sospensione.
La differenza risulta ancora più evidente se si considera la fase procedimentale in cui i termini sono sospesi, ma l'attività investigativa può proseguire. Non è incorso in un'invalidità chi ha compiuto un atto nel periodo di sospensione dei termini, ovvero, non è ipotizzabile l'invalidità di una sentenza o di una impugnazione depositate fra il 9 maggio e l'11 maggio (30 giugno 2020)[21].
Ne consegue che la sospensione del termine di prescrizione prevista dall'art. 83 co. 4 non possa essere ricondotta nell'alveo dell'art. 159 c. 1 Cp, sia perché l'art. 83 co. 2 d.l. 18/2020 non ha introdotto alcuna nuova causa di sospensione del procedimento e del processo, sia perché il co. 4 dispone del tutto autonomamente ed espressamente la sospensione della prescrizione, senza che sia necessario fare riferimento alla *lex generalis*. A tal proposito, la Corte afferma che «la previsione del comma 4 del censurato art. 83, secondo cui è sospeso anche il corso della prescrizione in ragione della sospensione del procedimento o del processo penale, non è inutile perché fissa, in modo espresso e quindi in termini maggiormente chiari, compatibili con il rispetto del principio di eguaglianza, la collocazione della disposizione nell'alveo della causa generale di sospensione contenuta nell'art. 159, primo comma, cod. pen., secondo una tecnica legislativa non nuova».
Il percorso argomentativo suscita ancora una volta alcuni dubbi esegetici: una previsione speciale riguardante la sospensione dei termini di prescrizione, che peraltro non richiama mai l'art. 159 c. 1 Cp, non trova giustificazione qualora il medesimo effetto possa essere raggiunto direttamente con la norma generale. È qui che poggia uno dei pilastri "claudicanti" della pronuncia. Solo grazie al richiamo all'art. 159 co. 1 Cp la Corte ritiene di poter superare la censura di retroattività sfavorevole della nuova disciplina[22]. Che la sospensione della prescrizione discenda direttamente dall'art. 83 co. 4 d.l. 18/2020, è un dato di fatto indiscusso e indiscutibile. Ne consegue che solo il

[20] Per un approfondimento sull'istituto della sospensione della prescrizione v. *ex multis* M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, Milano 2019, 363. Dello stesso pensiero v. sul punto, O. Mazza, *op. cit.*, in *AP, 2020, n. 3* (versione Web).
[21] A sostegno di quanto affermato, vi sarebbe anche la giurisprudenza che, riguardo all'art. 159 co. 1 Cp si era espressa nel seguente modo: «deve essere interpretato nel senso che la sospensione o il rinvio del procedimento o del dibattimento hanno effetti sospensivi della prescrizione, anche se l'imputato non è detenuto, in ogni caso in cui siano disposti per impedimento dell'imputato o del suo difensore ovvero su loro richiesta, salvo quando siano disposti per esigenze di acquisizione della prova o in seguito al riconoscimento di un termine a difesa» (Cass., Sez. un., 11 gennaio 2002, Cremonese, in Mass. Uff., n. 2205090). Quindi, anche facendo prevalere l'interpretazione sistematica su quella meramente letterale, la conclusione sarebbe la medesima, ossia che il combinato disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 83 d.l. 18/2020 non determina la sospensione del procedimento o del processo, e quindi, del termine di prescrizione.
[22] La Corte, infatti, afferma che, «sotto questo profilo, il principio di legalità è rispettato perché la sospensione del corso della prescrizione di cui alla disposizione censurata, essendo riconducibile alla fattispecie della 'particolare disposizione di legge' di cui al primo comma dell'art. 159 c.p., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi *a quibus*. La regola, secondo cui quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione, è certamente anteriore alle condotte penalmente rilevanti proprio perché contenuta nel codice penale del 1930 e ribadita dalla richiamata novella del 2005».

richiamo improprio all'art. 159 c. 1 Cp consente alla Corte di superare l'incidente della retroattività sfavorevole, in contrasto con l'art. 25 co. 2 Cost.[23].

2.2 Con la pronuncia in commento, la Corte si sofferma poi su alcune statuizioni di principio estremamente importanti che meritano un accenno. *In primis*, a proposito della prescrizione, la Corte conferma «senza tentennamenti»[24] il suo inquadramento quale «istituto di natura sostanziale»[25] e, come poc'anzi ricordato[26], soggetto alla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.[27]. Invero, la Corte prosegue fornendo una ricostruzione ermeneutica circa il rapporto fra il principio di legalità e l'istituto della prescrizione del reato[28]. Contrariamente a quanto ci si aspetterebbe leggendo le conclusioni[29], con riferimento alla non retroattività della norma di legge, la Corte afferma che «la determinazione della durata del tempo, il cui decorso estingue il reato per

[23] In altre parole, «volendo connotare in chiave psicologica il ragionamento svolto dalla sentenza in esame, non è difficile scorgere l'attivazione del meccanismo della rimozione dei fatti disturbanti, tecnica di difesa che consente di raggiungere l'obiettivo senza tener conto della realtà rappresentata dalla precisa scelta del legislatore emergenziale di dettare, con disciplina sopravvenuta, la sospensione dei termini di prescrizione, a prescindere dal riferimento al collaudato meccanismo del collegamento fra sospensione del processo e sospensione della prescrizione contemplato dall'art. 159 c.p.», O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *AP,2020, n. 3* (versione Web).

[24] 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*, 26.12.2020.

[25] § 9. Cfr. le pronunce sul caso Taricco: l'ordinanza n. 24/2017, e la sentenza n. 115/2018 in www.cortecostituzionale.it, che anche alla luce della seconda sentenza della Corte UE (5 dicembre 2017) ha riaffermato che per la prescrizione vale il principio penalistico di legalità/determinatezza. V. anche Corte cost. 275/1990, Corte cost., 393 e 394/2006, Corte cost. 65/2008, Corte cost. 324/2008, Corte cost. 393/2006 in www.cortecostituzionale.it. La stessa soluzione trova peraltro pacifico riscontro in sede di legittimità dove, per tale ragione l'allungamento della durata della prescrizione è assoggettata al divieto di retroattività: Cass. II, 7 febbraio 2018, n. 9494, Rv. 272350; Cass. VI, 16 maggio 2017, n. 31877, Rv. 270629.
Sul punto, poi, si v. R. Bartoli, *Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte Costituzionale*, in *SP*, 3: «si può osservare come la prescrizione sia istituto sostanziale non soltanto prima che inizi il procedimento, ma anche quando è già iniziato. (…), in questa seconda ipotesi ha inizio una zona grigia, in cui la natura sostanziale si offusca e tuttavia vi sono ottime ragioni per ritenere che la natura continui ad essere decisamente sostanziale. Si offusca perché l'inizio del procedimento fa sorgere problemi e pone esigenze che, attraverso una sorta di illusione ottica, inducono a credere che la prescrizione muti natura, divenendo istituto processuale. Tuttavia, a ben vedere, l'inizio del procedimento non muta la natura della prescrizione, ma piuttosto costringe a prendere in considerazione l'interesse dello Stato a punire attualizzato proprio con l'inizio del procedimento». Per una ricostruzione sulla natura giuridica della prescrizione penale v. F. Giunta, D. Micheletti, Tempori cedere, *Prescrizioni del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 63 e segg.

[26] Cfr. § 2.1.

[27] «La prescrizione, pur determinando, sul versante processuale, l'arresto della procedibilità dell'azione penale, si configura come causa di estinzione del reato sul piano più specificatamente sostanziale». Cfr. § 9.

[28] Per una ricostruzione del concetto di aspettativa *ex ante* rispetto all'istituto della prescrizione v. P. Rescigno, *Condizione*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, p. 797; A.C. Pelosi, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, vol. I, 1987, p. 468 e F. Giunta, D. Micheletti, Tempori cedere, *Prescrizioni del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 83 e segg.

[29] Cfr. la nota. n. 34. «È come se il sillogismo sviluppato dal Giudice delle leggi, poste alcune solide e condivisibili premesse, si sia poi interrotto proprio al momento di trarre la conclusione che sarebbe stata logicamente necessitata». V. O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. pen.,2020, n. 3* (versione Web), p. 1, ma sul punto v. anche p. 9.

prescrizione (art. 157 co. 1 c.p.) ricade nell'area di applicazione del principio di legalità posto dall'art. 25 co. 2 Cost.»[30]. Ne consegue che «è la legge del *tempus commissi delicti* che non solo definisce la condotta penalmente rilevante e ad essa riconduce la pena, detentiva o pecuniaria (art. 17 c.p.), ma anche fissa il tempo oltre il quale la sanzione non potrà essere applicata per essere il reato estinto per prescrizione (art. 157 c.p.), tempo che può essere anche illimitato ancorché per delitti gravissimi (puniti con la pena dell'ergastolo) sia la legge stessa a prevedere che la prescrizione non estingue i reati (art. 157, ult. co. c.p.)». Pertanto, secondo la Corte il rispetto del principio di legalità implica la non retroattività della norma di legge che[31], fissando la durata del tempo di prescrizione dei reati, ne allunghi il decorso ampliando *in peius* la perseguibilità del fatto commesso[32]. Specularmente, richiamando una sua precedente pronuncia, la Corte osserva come «la norma che riduca la durata del tempo di prescrizione costituisca una disposizione penale più favorevole ai sensi dell'art. 2 Cp, applicabile *in melius* anche ai fatti già commessi in precedenza (quindi retroattivamente) nei limiti di operatività della *lex mitior*, suscettibile di «limitazioni e di deroghe», entro i limiti consentiti dal canone della ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost.[33]. In tal senso, la proiezione «diacronica» della punibilità integra la fattispecie penale e l'autore del fatto, secondo la Corte, detiene la «previa consapevolezza della disciplina concernente la dimensione temporale in cui sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della sua responsabilità penale (ossia la durata di prescrizione del reato), anche se ciò non comporta la precisa predeterminazione del *dies ad quem* in cui maturerà la prescrizione»[34]. Ne consegue che, tutto ciò che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale[35].

---

[30] § 9.

[31] Si concorda con O. Mazza che afferma: «Come si può agevolmente notare, la premessa maggiore del ragionamento era molto solida e condivisibile: la prescrizione è un istituto di diritto sostanziale a cui si applica inderogabilmente la garanzia del principio di legalità e il suo corollario intertemporale della irretroattività sfavorevole. Tale principio è di valore assoluto, non bilanciabile né comprimibile, sottratto alla discrezionalità del legislatore ordinario.», O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *AP,2020, n. 3* (versione Web), 10.

[32] § 11.

[33] § 11.

[34] § 9. Ci si sarebbe però aspettati un'altra conclusione da parte della Corte, ossia che, come osserva O. Mazza, «la disciplina delle cause di sospensione della prescrizione non può che essere sottoposta al principio di irretroattività sfavorevole, con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 83, co. 4, d.l. n. 18 del 2020 se inteso come applicabile ai processi in corso per reati commessi prima della sua entrata in vigore. (…) Secondo la Corte, la legge integratrice del precetto penale rappresentato dall'art. 159, co. 1, c.p. deve rispettare i principi di ragionevole durata del processo, di ragionevolezza e di proporzionalità, ma sorprendentemente non quello di legalità sostanziale sotto forma di irretroattività sfavorevole. Questa eccezione non è, tuttavia, in alcun modo giustificata e si pone in aperta contraddizione con le premesse, in particolare con l'affermazione secondo cui tutta la disciplina della prescrizione è attratta nell'area del diritto penale sostanziale, compresa la regolamentazione della sospensione e della interruzione dei termini.». E ancora, «La garanzia effettiva non è data dal sapere *ex ante* che, se una previsione di legge sopravvenuta sospenderà il processo, la prescrizione sarà parimenti sospesa, ma dal conoscere esattamente quali siano le leggi vigenti al momento del fatto che potranno determinare la sospensione del processo e della prescrizione». O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile, cit.*, 10, 11 e 13.

[35] Si conviene con M. Chiavario, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *ED*, XXVIII, Milano 1978, 479, il quale ha affermato che: «appare però una forzatura il pretendere che – in relazione a tutta l'area delle norme che, in qualche modo, possono concretamente influire, per l'*an* o per il *quantum*, su un'eventuale condanna – l'affidamento dell'individuo debba necessariamente riportarsi al quadro normativo esistente al momento del fatto».

Con più specifico riferimento ai controversi rapporti fra prescrizione e principio della ragionevole durata del processo, la Corte ha preso una posizione piuttosto *tranchante*[36], affermando come l'istituto possa assumere anche una valenza processuale «concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, 2 co., Cost.)»[37]. La Corte definisce infatti la prescrizione come un istituto di natura sostanziale che spiega i suoi effetti anche sul processo, con particolare riferimento alla procedibilità dell'azione, e che concorre a garantire l'osservanza del principio costituzionale di ragionevole durata[38]. A tal proposito, sulla complessiva durata del termine di prescrizione del reato incidono vicende processuali in concreto imprevedibili *ex ante*, fra le quali, quelle che comportano l'interruzione e la sospensione del termine stesso[39]. Infatti, l'interruzione del termine prescrizionale – che, come noto, comporta l'azzeramento del computo con la ripresa *ex novo* del relativo corso (160 Cp) – dipende dall'adizione di specifici provvedimenti, tassativamente indicati dalla legge. Ne consegue che, in relazione a questi, è impossibile per l'imputato prevedere *ex ante* quante volte il termine sarà azzerato lungo l'arco del procedimento. Allo stesso modo, non potrà essere previsto *ex ante* dall'imputato quante volte il decorso del termine di prescrizione sarà sospeso (159 Cp)[40]. Per entrambi gli istituti, la prevedibilità *ex* art. 25 co. 2 Cost. deve essere rapportata al carattere variabile e non predeterminabile degli eventi processuali che, secondo la valutazione del legislatore, possono

[36] Come già del resto affermato con la sentenza n. 143 del 2014.

[37] Sul punto, si ritiene che, come ribadito da S. Quattrocolo, *Nelle vicende Taricco e Taricco bis uno spunto non sufficientemente valorizzato*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano 2018, 216: «(…) a ben vedere, non è la sola prescrizione – né sostanziale, né processuale – a dover/poter garantire la ragionevolezza dei tempi del processo. Infatti, come ribadito dalla redazione di accompagnamento al progetto di riforma del codice di procedura penale elaborato dalla Commissione Riccio, la prescrizione, in ogni forma, genera al contempo effetti virtuosi – da parte dell'autorità giudiziaria nella gestione dei tempi del procedimento – ed effetti nocivi – da parte della difesa, inevitabilmente in cerca di strategie dilatorie – che il sistema di giustizia penale deve saper riassorbire nel suo complesso». Secondo alcuni, infatti, sostenere che la prescrizione serve a garantire il principio della ragionevole durata del processo sarebbe una "giuridicolaggine", G. Giostra, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in *SP*, 2020).

[38] Sul rapporto fra l'istituto della prescrizione e il principio della ragionevole durata del processo in dottrina v. M. Chiavario, *Diritto ad un processo equo*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, spec. 206 ss., V. Grevi, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *PD*, 2000, 423 ss., spec. 434 ss., A. Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *CP*, 2002, spec. 1543 ss. e infine per una puntuale ricostruzione dottrinaria v. F. Giunta, D. Micheletti, Tempori cedere, *Prescrizioni del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 45, 102 e 111.

[39] § 12. Come noto, l'assetto dei tempi di prescrizione nell'ordinamento italiano, è stato modificato dalle riforme del 2005 (v. D. Micheletti, Commento all'art. 10 l. 5 dicembre 2005, n. 251, in *LP*, 2006, 505 ss.) e del 2017 (su quest'ultima, per un commento v. D. Micheletti, *Commento alle modifiche dell'art. 159 c.p.*, in A. Giarda, G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, Milano 2017, 3471 ss.), e "distorto" dalla previsione (legge n. 3 del 2019) del blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado (anche assolutoria), con entrata in vigore il 1° gennaio 2020. Cfr. anche D. Pulitanò, *La giustizia penale e il tempo*, in *SP*, fasc. 12/2019, 15.
R. Bartoli sottolinea l'importanza degli istituti di interruzione e sospensione della prescrizione, affermando che: «Interruzione e sospensione sono esattamente gli istituti con cui si dà una chance al processo. Se non ci fossero, si finirebbe per ridurre le chance del processo. Più precisamente, si finirebbe per non dare rilevanza ad eventuali fattori che operano nel processo e col processo e che addirittura possono ostacolare la rapida definizione del procedimento», in R. Bartoli, *Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte Costituzionale*, in *SP*, 5.

[40] Fatta salva l'ipotesi di sospensione per assenza dell'imputato (art. 159 co.1, n. 3-*bis* Cp, in relazione all'art. 420-*quater* Cp).

integrare quelle stesse cause: è qui che risiede la *ratio decidendi* della sentenza in esame. Secondo la Corte, l'art. 83 c. 2 d.l. 18/2020, introducendo una causa di sospensione del procedimento o del processo (posto che sia davvero così)[41], ha comportato una conseguente introduzione della sospensione del termine di prescrizione (c. 4) per la quale, in virtù del carattere variabile connotante l'istituto in generale, è necessario fare riferimento all'art. 159 c. 1 Cp, in qualità di "cerniera", norma sufficientemente precisa e determinata, nel rispetto dell'art. 25 c. 2 Cost. A tal proposito, volendo ripercorrere le specifiche argomentazioni della Corte, la sentenza in commento pone in luce come nel sistema costituzionale esistano alcuni diritti fondamentali che non tollerano bilanciamenti con altri valori concorrenti, in quanto costituiscono espressione di civiltà e come tali incomprimibili anche di fronte a situazioni di emergenza. In tal senso, la garanzia del principio di legalità (art. 25, co. 2 Cost.) nel suo complesso – tale, perciò, da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali – restituisce 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, non può essere compresso, non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti[42] : si tratta certamente di una garanzia della persona contro i possibili arbitrii del legislatore, la quale rappresenta un valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali[43]. Proprio tale garanzia appartiene al nucleo essenziale dei diritti di libertà che concorrono a definire la identità costituzionale del sistema giuridico nazionale, quale riconosciuta dall'ordinamento dell'Unione europea, segnatamente nella clausola generale di cui all'art. 4, § 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE)[44]. Più nel dettaglio, «nello statuto delle garanzie di difesa dell'imputato, il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2 Cost., viene esteso fino a comprendere anche la determinazione della durata del tempo di prescrizione dei reati», rivestendo, così, un ruolo centrale e affiancandosi al principio di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva (art. 27 co. 2 Cost.) e a quello della ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2 Cost.). Da ultimo, esso si proietta finanche sull'esecuzione della pena quanto al regime delle misure alternative alla detenzione. È noto che il rispetto del principio di legalità comporta innanzitutto che, come la condotta debba essere definita dalla legge con sufficiente precisione e determinatezza[45], così la fissazione della durata del tempo di prescrizione debba essere

[41] Cfr. il §2.1 del presente contributo.

[42] Anche con riferimento alla pronuncia in commento «(…) il nodo dell'intera vicenda qui all'attenzione si concentra, essenzialmente, proprio nella misura dell'estensione applicativa dell'art. 25, 2° c., Cost. (…). Misura che,(…), difficilmente può essere racchiusa entro parametri rigidi e che dovrebbe essere in grado, al contempo, di proteggere l'affidamento del singolo, senza ingessare inutilmente il flusso della giustizia penale». S. Quattrocolo, *Nelle vicende Taricco e Taricco bis uno spunto non sufficientemente valorizzato*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano 2018, 208. Cfr. O. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano 1999, 61 s. e 66 ss.; F. Giunta, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni* , Pisa 2019, 23 ss.

[43] Non spetta al presente contributo il compito di approfondire tale principio fondamentale. Per un approfondimento sul tema, si v. alcune precedenti pronunce della Corte, tra le quali, *ex multis*, Corte cost. n. 32/2020 in www.cortecostituzionale.it; Corte cost. n. 236/2011 in www.cortecostituzionale.it; Corte cost. n. 394/2006 in www.cortecostituzionale.it. Osservava M. Gallo, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *RIDPP*, 1965, 215 e segg: «sotto l'ambito della norma costituzionale cade, oltre che la legge penale sostanziale, pure quella processuale, se è vero che si è puniti in forza di una legge non soltanto con riferimento al titolo per cui si è puniti ma altresì alle modalità del procedimento con cui le ragioni della punibilità sono accertate e la pena è irrogata e applicata».

[44] Così come firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

[45] Corte cost. n. 25/2019 in www.cortecostituzionale.it.

sufficientemente determinata[46]. Soltanto leggi eccezionali e temporanee – come peraltro potrebbero essere quelle adottate per fronteggiare un'epidemia – possono derogare il principio di retroattività della *lex mitior*, come stabilisce l'art. 2 co. 5 Cp. Il principio di irretroattività *in malam partem*, invece, non tollera deroghe[47]. Si tratta di un diritto irrinunciabile che «erige un bastione di garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo»[48].
Quanto detto è valido anche nella prospettiva del diritto internazionale. Infatti, l'art. 15 Cedu annovera il *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (art. 7 Cedu) tra i diritti che non ammettono deroghe nemmeno «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione»[49]. Ne consegue che, il carattere inderogabile del principio di irretroattività della legge penale preclude un possibile bilanciamento, in nome dell'emergenza, con altri principi di rango costituzionale, come quello di ragionevolezza[50].
Proprio in virtù di quanto appena ribadito dalla Corte rispetto a sue precedenti pronunce, alcuni si aspettavano che la disciplina delle cause di sospensione della prescrizione potesse anch'essa essere sottoposta al principio di irretroattività sfavorevole, con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 83 co. 4 d.l. 18/2020, se inteso come applicabile ai processi in corso per i reati commessi prima della sua entrata in vigore[51]. La Corte, invece, come poc'anzi accennato (cfr. il § 2), ha desunto che, posto che l'art. 83 co. 2 d.l. 18/2020 ha introdotto una nuova causa di sospensione delle attività processuali, il riferimento fisiologico sia l'art. 159 Cp che, al primo comma, prevede una causa generale di sospensione della prescrizione legata proprio ai casi in cui la legge disponga la sospensione del processo. In questo senso, la previsione del codice penale viene definita "di cerniera" fra le due sospensioni del processo e della prescrizione. La stessa norma, secondo la Corte, rispetta il principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost., avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato.
Tale conclusione però non si ritiene giustificata dalle premesse, in virtù delle quali la Corte ha statuito che l'intera materia della prescrizione risulta attratta nell'area del diritto penale sostanziale, compresa la regolamentazione della sospensione e della interruzione dei termini. La considerazione che l'art. 159 Cp risulta certamente entrato in vigore prima delle condotte appare

[46] A tal proposito, la Corte cita come esempio negativo di quanto appena affermato la cd. "regola Taricco" di derivazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, la quale, ampliando la misura "tabellare del tempo di prescrizione di alcuni reati fiscali in materia di tributi armonizzati, non ha ingresso nel nostro ordinamento, neppure *ex nunc*, stante il difetto di determinatezza del presupposto che condiziona la maggiore estensione temporale della prescrizione (Corte cost. 115/2018 in www.cortecostituzionale.it).
[47] R. Bartoli, *Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte Costituzionale*, in *SP*, 2.
[48] Corte cost. 32/2020 in www.cortecostituzionale.it.
[49] Tuttavia, osserva S. Quattrocolo, *Nelle vicende Taricco e Taricco-bis uno spunto non sufficientemente valorizzato*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, A. Amalfitano (a cura di), Milano 2018, 205 e segg.: «sono numerosi gli esempi, soprattutto con riguardo alla sfera della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nei quali la Corte costituzionale italiana ha dovuto ribadire il ruolo essenziale delle implicazioni anche formali del principio di legalità, ai fini della "tenuta complessiva" del sistema penale».
[50] G. L. Gatta, *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione del reato e irretroattività: una prima discutibile decisione della Cassazione e due nuove ordinanze di merito che sollecitano una rilettura dell'art. 159 c.p.*, in www.sistemapenale.it, 6.07.2020.
[51] Cfr. O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *AP, 2020, n. 3* (versione Web).

in contraddizione con quanto premesso[52]. È la legge che stabilisce la sospensione del processo e della prescrizione che deve essere parametrata al *tempus commissi delicti* e non l'art. 159 co. 1 Cp. Anche volendo fare un breve cenno alla controversa tematica della legge penale in bianco, le conclusioni non cambierebbero. Il co. 1 dell'art. 159, infatti, opera un rinvio mobile alla legge che disciplina la sospensione del processo e non ha una sua autonoma portata precettiva. Per riempire di contenuto la norma, occorre fare riferimento alla disposizione di legge che regola le cause di sospensione del processo. Ne consegue che, la garanzia costituzionale non può dirsi rispettata quando, «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 [sopravvenuta e quindi imprevedibile] …, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione (art. 25, secondo comma, Cost.)»[53].

2.3. Proseguendo, la Corte non sembra ancora mostrarsi del tutto coerente con quanto affermato in premessa. A poche righe di distanza, infatti, vengono scolpiti sia la solenne affermazione secondo la quale il principio di legalità e il corollario dell'irretroattività sfavorevole costituiscano valori assoluti, non comprimibili nemmeno per tutelare altri interessi di pari rango, sia il principio di bilanciamento fra diversi valori costituzionali. In particolare, «da una parte c'è l'esigenza che – mediante l'esercizio obbligatorio dell'azione penale ad opera del pubblico ministero (art. 112 Cost.) – i comportamenti in violazione della legge penale siano perseguiti perché il rispetto di quest'ultima appartiene ai fondamentali del comune vivere civile, mentre la sua violazione crea, in misura direttamente proporzionale alla gravità del fatto, allarme sociale e mina la fiducia dei cittadini. Nello stesso verso, inoltre, rileva la tutela delle vittime dei reati: la persona offesa ha anch'essa diritto, quando costituita parte civile, all'accertamento del reato per ottenere il risarcimento del danno per la lesione subita. A fronte di queste esigenze vi è, dall'altra parte, l'interesse dell'imputato ad andare esente da responsabilità penale per effetto del decorso del tempo». Prosegue la Corte, il bilanciamento «rischierebbe di essere alterato se 'una particolare disposizione di legge', che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale, in ipotesi, per la ragione imperiosa di una sopravvenuta calamità (quale, nell'attualità, la pandemia da COVID-19, ma similmente in precedenza eventi tellurici, disastri idrogeologici e altri), debba sempre … lasciar scorrere il tempo di prescrizione dei reati già commessi prima della disposizione censurata e invece arrestarne il decorso solo per i reati commessi dopo, così decurtandone soltanto per questi ultimi la durata, incongruamente quanto inutilmente per essere la prescrizione appena iniziata a decorrere»[54]. In altre parole, la Corte equipara l'emergenza sanitaria ad una calamità naturale, come i disastri determinati dai terremoti, che rappresenterebbe una causa di forza maggiore e che giustificherebbe il blocco dei processi e della prescrizione, nonché la sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, senza però riconoscere all'imputato alcuna forma di ristoro[55].

---

[52] «Una nuova causa di sospensione – riconducibile alla causa generale di cui all'art. 159, primo comma, c.p. e quindi applicabile anche a condotte pregresse – non può decorrere da una data antecedente alla legge che la prevede», § 13.

[53] § 13. Su questo punto è molto chiaro O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, cit.

[54] §13. In tal senso, v. D. Micheletti, *Il regime intertemporale delle cause di sospensione della prescrizione penale*, in *DisCrimen*, 4.7.2020, 9.

[55] O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *AP, 2020, n. 3* (versione Web): «lo Stato può anche decidere di non celebrare i processi per ragioni sanitarie, ma così come indennizza gli imprenditori per le chiusure della loro attività, altrettanto deve fare con gli imputati per i costi derivanti dalla chiusura dei palazzi di giustizia».

Nella ricostruzione della pronuncia in commento la Corte sembra mossa dal raggiungimento di un "risultato utile" a tutti costi[56]. Nella prassi applicativa, la prescrizione è stata considerata fino ad oggi una sorta di "sanzione" per la violazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo. Lo scopo diretto della prescrizione non è garantire tutela al principio della durata ragionevole del processo[57], ma rappresenta la sanzione per i casi limite in cui tale durata è stata ampiamente superata. La ragionevole durata del processo costituisce un valore a sé stante e una garanzia strumentale per assicurare la tutela di altri principi fondamentali del giusto processo. Di fronte ad un'eccessiva dilatazione temporale fra il reato e il processo, l'intera struttura delle garanzie processuali, comprese l'immediatezza e la concentrazione dell'accertamento, finirebbe per sgretolarsi. Per tale ragione, era lecito attendersi dalla Corte una pronuncia intransigente sulla tutela dei diritti fondamentali e non una sentenza, definita da alcuni di "scopo"[58], che anche "inciampando" in alcune contraddizioni, non ha scelto di far prevalere i diritti dell'individuo a fronte della pretesa punitiva dello Stato.

3. E così l'azione del Governo sembra essere prevalsa sulle ragioni di diritto, in un momento di tale emergenza ed eccezionalità, anche a costo di sacrificare principi di garanzia basici del nostro ordinamento[59]. La pronuncia deve essere interpretata come una parentesi isolata dovuta alla specifica contingenza pandemica in atto, che ha costretto di fatto il Governo ad agire in modo improvvisato e frettoloso. I Giudici hanno mostrato in certi passaggi una lucida ed efficace messa a fuoco dell'istituto della prescrizione nonché un irreprensibile rispetto per i diritti fondamentali. D'altra parte, però, la Corte, ribadendo più volte la breve durata della sospensione dei termini di prescrizione[60], sembra aver voluto "salvare" a tutti i costi la normativa oggetto di censura, in una logica paternalistica del "solo per questa volta passi".

---

[56] Sul punto, O. Mazza, *op. cit*., definisce le certezze su cui si basa la pronuncia come «il frutto avvelenato di una trama abilmente tessuta dal diritto vivente attraverso semplificazioni e scorciatoie ermeneutiche giustificate dal raggiungimento del fine rappresentato dal presunto risultato utile di sterilizzare in forma generalizzata i termini di prescrizione».

[57]Sul punto P. Ferrua, La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea in *Questione Giustizia*, fasc. 1/2017, ove al § 5 l'autore afferma espressamente che «all'interno del nostro sistema costituzionale la prescrizione non può certo essere ritenuta un mezzo per garantire la durata ragionevole del processo, con la quale ha poco a che spartire». V. anche P. Ferrua, La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma "Bonafede" in Giurisprudenza Italiana, nº. 4, 2020, 978 e M. Flick, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della corte costituzionale* in *CP*, fasc.1, 1 GENNAIO 2021, 44 e F. Giunta, D. Micheletti, Tempori cedere, *Prescrizioni del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 96.

[58] O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, cit.

[59] Sul punto v. M. Flick, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della corte costituzionale* in *CP*, fasc.1, 1 GENNAIO 2021, 44. e G. De Francesco, Il torpore del "buon senso" genera incubi. A proposito della prescrizione del reato, in www.lalegislazionepenale.it, 21.8.2020, 9.

[60] Dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020 (sessantaquattro giorni).

NORME ESIMENTI E AIUTO AL SUICIDIO: DALLE RIME LIBERATE ALLA METRICA DELLA DOMMATICA*

di Sara Bianca Taverriti
Assegnista di ricerca in diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano

L'articolo propone una riflessione sul congedo dalle 'rime obbligate' e sui nuovi confini esimenti relativi all'aiuto al suicidio, dopo la doppia pronuncia della Corte costituzionale sul caso Cappato-Antoniani. Ipotizzato che siano rintracciabili due norme esimenti (valevoli una per il passato e una *pro futuro*) dotate di natura giuridica diversa, l'A. si sofferma sui risvolti che tale inquadramento dogmatico produce, anche sul piano ermeneutico. In conclusione, analizzando la scriminante procedurale, si rileva come la regola tassativamente individuata dalla Corte concretizzi solo parzialmente il principio di autodeterminazione.
This paper reflects on the method of judicial review and on the new limits of aiding suicide, as ruled by the 'double decision' of the Constitutional Court in the case Cappato-Antoniani. The A. suggests that the ruling provides for two different exemptions of criminal liability (one for the past, and one for the future) expressing different legal nature, and dwells on consequences deriving from this classification in terms of interpretation and legal theory. In conclusion, the analysis of the procedural justification highlights that the rule strictly settled by the Court enhances the principle of self-determination only in part.

SOMMARIO: 0. Sulla perdurante necessità di riflettere sui limiti dell'aiuto al suicidio, anche oltre i confini del diritto penale - 1. La rottura con il passato nel caso Cappato-Antoniani - 2. Il dispositivo come disposizione nel contesto delle fonti 3. L'esimente dimezzata: tra il protagonismo del fatto e i cardini legislativi - 3.1. *Horror vacui*: il congedo dai principî e il rifugio nelle regole - 3.2. Le due regole del dispositivo nel segno di una finalità comune - 3.3. Per il futuro: la procedura sul calco della legge e del caso concreto – 3.4. Per il passato: l'impossibilità di conformare la condotta alla procedura sopravvenuta - 4. Natura e disciplina dell'esimente forgiata dalla Corte 4.1. La scriminante procedurale, tra resezione del tipo ed espansione del non-illecito 4.2. La struttura della nuova scriminante procedurale: tassatività dei presupposti e dei requisiti 5. Il cammino dell'autodeterminazione: tra regole e principî.

0. Trascorso ormai molto tempo dalla conclusione della vicenda di giustizia costituzionale che ha investito l'art. 580 Cp (oltre un anno dalla sentenza C. cost., 22.11.2019 n. 242 e oltre due dall'ordinanza C. cost., 16.11.2018 n. 207 della Corte costituzionale), si potrebbero ritenere esaurite le correlate discussioni sorte intorno all'aiuto al suicidio. Tuttavia, persistono ancora divergenze interpretative in merito alla veste dogmatica da riconoscersi alla norma che esclude la rilevanza penale dell'aiuto al suicidio che, lungi dal costituire un mero oggetto di speculazione intellettuale per gli studiosi di diritto penale, produce importanti ripercussioni sulla disciplina applicabile (es. estensione analogica, e comunicabilità degli effetti ai concorrenti), ma soprattutto sull'effettivo accesso alle procedure che consentono di accedere all'aiuto al suicidio dopo l'intervento della Corte costituzionale. Infatti, la liceità del comportamento anche rispetto agli altri rami dell'ordinamento è caratteristica legata esclusivamente alle cause di giustificazione, caratterizzate dall'universalità del loro effetto. Viceversa, la diversa classificazione dell'esimente, lascerebbe impregiudicate le vicende extra-penalistiche della condotta che – pur penalmente

* Il contributo, con alcune modifiche minori, è destinato al volume I. Pellizzone - M. Scoletta, (a cura di), *Giustizia penale costituzionale*, in corso di pubblicazione.

irrilevante – potrebbe, per esempio, conservare margini di illiceità civilistica, precludendo – di fatto – la tutela anche giurisdizionale della posizione di chi, volendo accedere alla procedura, incontri degli ostacoli di tipo personale o operativo. Inoltre, l'intervento della Corte non può dirsi pienamente *self-executing* rispetto a tutti i profili di operatività dell'aiuto al suicidio consentito[1]. Nella persistente necessità di interventi legislativi e regolamentari volti a emendare la disciplina e a garantirne la piena ed effettiva esplicazione, fare il punto sul quadro normativo vigente può servire a mettere a fuoco le potenzialità e i limiti dell'esistente. Ecco perché, ripercorrere gli snodi cruciali della vicenda e interrogarsi una volta di più sulla portata dell'intervento della Consulta non sembra un compito superfluo.

1. Il c.d. caso Cappato-Antoniani compendia paradigmaticamente molti dei dilemmi con cui la Corte costituzionale si è dovuta confrontare nella sua recente attività. Nondimeno, gli arresti costituzionali scaturiti da quella vicenda[2] rappresentano una svolta epocale per la giustizia costituzionale nostrana[3], giacché la Corte – accantonando l'idea di restare ferma al crocevia dell'incostituzionalità rilevata – traccia un nuovo sentiero che le consente di entrare nel merito

[1] Significativo, in tal senso, il provvedimento di rigetto del ricorso *ex* art. 700 Cpc presentato al Tribunale di Ancona da un cittadino che, dopo aver richiesto di poter accedere alla procedura che consente l'aiuto al suicidio, pur essendo stato sottoposto alla verifica dei presupposti necessari da parte della Azienda Sanitaria Unica Regionale, non aveva potuto ricevere la prescrizione del farmaco finalizzato alla realizzazione del proposito suicidario per l'intervenuto diniego dell'ASUR. Nel rigettare il ricorso, il Tribunale ha rilevato che solo la norma oggetto di impugnazione è stata investita (*ex* art. 136 Cost) dalla declaratoria di incostituzionalità e che da questa non è attualmente desumibile (direttamente o indirettamente) un diritto del cittadino a ricevere la collaborazione dei sanitari. Nel precisare quest'ultimo punto, il Tribunale ha specificato che tale pretesa non potesse desumersi neppure dall'introduzione della nuova 'causa di non punibilità' in considerazione «della natura polifunzionale delle scriminanti, non sempre strumentali all'esercizio di un diritto». Il provvedimento (inedito) è consultabile sul sito dell'Associazione Luca Coscioni all'indirizzo https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/03/Decisione-Trib-Ancona.pdf

[2] Come noto, dopo l'auto-denuncia di Marco Cappato per l'aiuto al suicidio prestato a Fabiano Antoniani, la vicenda giudiziaria era iniziata con una richiesta di archiviazione da parte della Procura di Milano, a cui aveva fatto seguito l'imputazione coatta del G.I.P., con successiva instaurazione del dibattimento innanzi alla Corte di Assise di Milano. La questione di legittimità costituzionale (sollevata con ordinanza del 14 febbraio 2018, n. 43/2018 del registro delle ordinanze) – è stata risolta in due tempi: dapprima, con un'ordinanza in cui la Consulta ha rilevato la presenza di un vizio costituzionale, senza tuttavia dichiarare alcuna illegittimità costituzionale (Corte Cost., ud. 24.10.2018 – dep. 16.11.2018, n. 207); successivamente, con la definitiva sentenza (Corte Cost., ud. 25.9.2019 – dep. 22.11.2019 n. 242) in cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, dettando contestualmente la disciplina che rende penalmente irrilevanti i fatti di aiuto al suicidio. Come noto, la vicenda ha sollecitato un vivace dibattito dottrinale che ha seguito – in tempo reale – le decisioni della Corte, tra i volumi collettanei (oltre talvolta citati nella versione pubblicata su rivista), cfr. i contributi raccolti in F. S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli 2019; G. D'Alessandro, O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino 2020; G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, Padova 2019. Per una prima panoramica sui commenti alle due pronunce, si rinvia ai numerosi contributi raccolti sul portale *Consulta online*.

[3] Antesignani, sul punto, gli studi che guardano al modello tedesco come spunto da coltivare anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, *cfr.* M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *RAic*, 2016 (4), 21-27.

anche delle questioni che aveva tradizionalmente allontanato dalla sua cognizione[4], demandandole alla sede (interpretativa, ovvero legislativa) ritenuta - di volta in volta - competente[5].
Questo nuovo itinerario – che può essere interpretato come il *manifesto* di una nuova stagione, già da tempo inaugurata, della Corte costituzionale – introduce nuove tappe obbligate[6], fatte di dialogo e confronto con gli attori istituzionali statali, che recano il retaggio delle stagioni passate: a testimonianza del fatto che l'emancipazione dai numerosi *tabù* che hanno a lungo contrassegnato

[4] Segnalano questa tendenza ri-accentratrice V. Manes - V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 401-405; salutata con favore e sempre più auspicata da N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 340 et *passim*; con specifico riferimento alla vicenda Cappato-Antoniani, cfr. V. Marcenò, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *GC*, 2019, 1225, che colloca l'ordinanza al culmine di un percorso giurisprudenziale già tracciato dalla Corte in precedenza.

[5] Ciò che avveniva, a seconda delle circostanze, attraverso diversi strumenti (ordinanze con monito al legislatore, pronunce interpretative di rigetto, ordinanze di inammissibilità per carenza di rilevanza etc.), sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, su questi temi cfr. ampiamente M. Scoletta, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità* in malam partem *delle norme* penali, Pavia 2012; e ora V. Manes, V. Napoleoni, *op. cit.*, *passim*.

[6] Le tappe previste dal tale itinerario possono essere così compendiate: (i) ordinanza che intercetta il *vulnus* costituzionale e rinvia ad udienza differita per la decisione, con contestuale imposizione di un termine al parlamento per porre rimedio al vizio di costituzionalità in sede legislativa; (ii) inerzia dell'organo legislativo e persistenza della incostituzionalità già rilevata; (iii) conseguente sentenza che dichiara illegittimità costituzionale. Sulla nuova tecnica decisoria complessa, inaugurata con l'ord. 207/2018, nella vasta bibliografia costituzionalistica e penalistica, oltre ai contributi contenuti nelle opere collettanee già richiamate alla nt. 2, senza pretesa di completezza cfr. R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8.4.2019; M. Cecchetti, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "caso Cappato"*, in *www.federalismi.it*; C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.12.2018; F. Consulich, Stat sua cuique dies. *Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, in *RIDPP*, 2019; 101 ss.; F. Dal Canto, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5.6.2019; L. Eusebi, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27.3.2019; E. Furno, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *RAic*, 2019, 138 ss.; F. Lazzeri, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio «medicalizzato»*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.04.2019; A. Massaro, *Il "caso Cappato" e le pratiche di suicidio assistito: tra libertà di autodeterminazione e tutela della vita*, in www.giustiziainsieme.it, 07.05.2019; I. Pellizzone, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità:* pars destruens *e* pars construens *delle pronunce della Corte costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della* ratio decidendi *del caso Cappato*, in www.forumcostituzionale.it, 25.05.2020, 471 ss.; S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in www.rivista.biodiritto.org, 3/2018, 153 ss.; G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *www.dirittifondamentali.it*, 22.01.2019; Ead., *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in www.forumcostituzionale.it, 9.6.2019; Ead., *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in www.dirittifondamentali.it, 1.7.2019; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *www.giurcost.org*, 20.11.2018, 571 ss.; Id., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, ivi, 21.2.2019, 92 ss.; Id., *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in www.forumcostituzionale.it, 27.5.2019; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 644 ss.; G. Sorrenti, *Intervento al Seminario 2019 di "Quaderni costituzionali"*, in www.forumcostituzionale.it, 8.6.2019; C. Tripodina, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in www.rivista.biodiritto.org, 3/2018, 139 ss.

la politica di *self-restraint* della Corte – specialmente in materia penale – non è avvenuta a cuor leggero.

L'*ermeneutica della discontinuità*[7] si consuma infatti entro il perimetro di un preciso codice deontologico in cui la Corte, una volta accertato il profilo di illegittimità costituzionale, si obbliga a rinviare la questione controversa al Parlamento, il quale – esercitando il mandato che la Costituzione gli attribuisce in virtù (e in forza) dall'investitura popolare – è chiamato a decidere secondo la discrezionalità politico-legislativa che gli pertiene, pur tenendo conto dell'incostituzionalità rilevata. Nel ritagliare più ampi spazi alle proprie pronunce di accoglimento – e, segnatamente, a quelle che contemplano una attività creativa svincolata da identiche opzioni normative già espresse dal legislatore, seppur *aliunde* – la Corte si impegna, dunque, a conservare l'opzione che rompe le *rime obbligate*[8] come *extrema ratio*, da esperire soltanto di fronte alla persistente inerzia del Parlamento al cospetto di un ormai costatato *vulnus* costituzionale della legge.

Per altro verso, una certa continuità rispetto alla *legacy* della continenza degli interventi della Corte costituzionale in materia penale si riscontra nella aderenza della decisione rispetto al dato legislativo già presente nell'ordinamento, in questo caso la l. 22.12.2017 n. 219[9]. Come a sottintendere che il commiato dalle *rime obbligate* debba realizzarsi scegliendo l'intervento meno invasivo possibile rispetto al bilanciamento di interessi espresso dalla contingente discrezionalità politica del legislatore[10].

Fermi questi puntelli metodologici di autodisciplina che la Corte si è assegnata, resta indiscutibile che la decisione abbia introdotto uno *ius novum* di matrice giurisprudenziale nell'arena delle fonti giuridiche, che invita chi studia a interrogarsi sulle ricadute che lo stesso produce sull'ordinamento. In questo senso, prima di entrare nel merito delle osservazioni attinenti al campo strettamente penalistico, non si potrà fare a meno di appuntare l'attenzione sulle conseguenze, in termini di riassestamento del contesto delle fonti del diritto penale, derivanti dal nuovo modulo decisorio (§ 2). Subito dopo, si analizzerà la tecnica dispositiva utilizzata dalla Corte costituzionale per definire natura, estensione e disciplina della/e esimente/i[11] introdotta/e per l'aiuto al suicidio

---

[7] Si prende qui a prestito la perspicua espressione utilizzata dal Cons. F. D'Arcangelo nella sua relazione al convegno di presentazione del libro di V. Manes, V. Napoleoni, *Op. cit*., svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, il 24 gennaio 2020.

[8] Per questo concetto, V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna 1978, 84, e Id., *Lezioni di diritto costituzionale*[5], II, Padova 1984, 402 ss.

[9] Su cui cfr. S. Canestrari, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *RIDPP*, 2108, 55 ss.

[10] Significativo, in questo senso le parole del Presidente Lattanzi, alla *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019*: «Tuttavia è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale.»

[11] In funzione del discorso che si articolerà oltre, è necessario premettere sin da ora che, in questa sede, il termine '*esimente*' sarà intenzionalmente utilizzato nella sua portata semantica più ampia e tecnicamente più disimpegnata, come sinonimo di '*causa di non punibilità in senso lato'* intesa quale categoria dogmatica generale che ricomprende al suo interno tutte le singole cause che escludono la responsabilità penale dell'agente, a prescindere dall'elemento del reato messo in discussione, cfr. R. Dolce, *Esimenti*, in *ED*, XV, 1966, 727 s.; G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *ED*, VI, 1960, 609 ss. Quando il discorso si sposterà sulla natura dell'esenzione sancita dalla Consulta, si farà ricorso ai termini riferibili alle diverse *sub*-categorie.

(§3), per poi concentrarsi sull'esame della scriminante procedurale prevista per i casi futuri, onde rintracciare le lezioni che la sentenza rilascia per la dommatica penalistica delle scriminanti procedurali (§4). In conclusione, ci si soffermerà brevemente sugli ulteriori itinerari che si stagliano per l'evoluzione della materia, che appare oggi ancora lontana dall'essere definitivamente disciplinata (§ 5).

2. Le prime riflessioni, che si possono qui condensare soltanto per brevi cenni, riguardano il riposizionamento della Corte costituzionale nel panorama dei formanti[12] del diritto penale, alla luce della nuova tecnica decisoria bifasica inaugurata nella vicenda Cappato-Antoniani. Come noto, la nuova prassi giurisdizionale-costituzionale si articola in due fondamentali passaggi: (i) l'ordinanza che ravvisa la violazione costituzionale e ne illustra i profili salienti, senza tuttavia dichiarare l'illegittimità della legge penale, rimettendone contestualmente la revisione al Parlamento entro un termine prestabilito; (ii) la susseguente - e solo eventuale - pronuncia di illegittimità costituzionale, resa (all'esito del silenzio del legislatore sul punto) secondo la formula ritenuta più idonea dalla Consulta, potendo quest'ultima coincidere anche con una pronuncia *additiva di dettaglio* (come avvenuto nel caso di specie). Con la ulteriore novità che l'addenda all'ordinamento individuata dalla Corte costituzionale non è più ancorata alla fedeltà testuale rispetto alle valutazioni politico-legislative già rinvenibili nel tessuto legislativo dell'ordinamento. Ora, è evidente che i condizionamenti che le pronunce costituzionali esercitano sulla giurisprudenza, sul legislatore e sulla dottrina, si fanno gradualmente più intensi tra il primo e il secondo passaggio. Nel primo passaggio, infatti, all'esito della ordinanza 'interlocutoria', in cui si prospetta - ma non si dichiara - l'illegittimità costituzionale, la Corte inizia a identificare gli snodi cruciali della questione utili a scongiurare recrudescenze di incostituzionalità[13]. Nell'ambito del secondo passaggio che si concluda con una pronuncia additiva di dettaglio redatta "a rime sciolte", la Corte si spinge oltre, coniando una nuova regola conforme a costituzione. Sì che il *decisum* della Corte trasmuta da dispositivo della sentenza in autentica disposizione normativa, non meramente di negazione del diritto positivo preesistente.

Si nota, allora, che il ruolo della Corte e le correlate decisioni si atteggiano in vario modo nel rapporto con i diversi formanti.

(i) *Rispetto al formante giurisprudenziale*. Nella fase interlocutoria di dialogo con il Parlamento, oltre alla rituale sospensione del giudizio *a quo*, è verosimile che anche gli altri procedimenti che involgono l'applicazione della disposizione di cui è stata accertata l'incostituzionalità restino in attesa della definizione del giudizio costituzionale[14]. In questo inedito periodo di *vacatio iuris*, infatti, risulterebbe impossibile applicare la precedente disposizione (già

[12] Si riprende qui il concetto elaborato ai fini comparatistici in R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992.

[13] Sulle implicazioni processuali derivanti dal primo passaggio, *cfr.* A. Ruggeri, *Venuto alla luce l'ircocervo costituzionale*, cit., 572-575; sui nodi irrisolti lasciati da questo trend cfr. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *QCost.*, 2019 (2), 277-285.

[14] Rispetto al contegno del giudice *a quo* e degli altri «giudici che attendono l'esito dell'incidente di costituzionalità da altri proposto» cfr. V. Manes, V. Napoleoni, *Op. cit.*, 189-191, in cui si censura la *malpractice* della supina sospensione in automatico da parte degli 'altri giudici', sollecitando – per contro – una più consapevole e autonoma presa di posizione da parte di ciascun giudice che opti per la prosecuzione del processo (laddove non ritenga analoga la vicenda pendente di fronte a lui) ovvero per l'ulteriore rimessione della questione alla Corte costituzionale. Per vero, l'ipotesi che si configura all'esito dell'ordinanza interlocutoria è peculiare poiché non assimilabile alla fase in cui il giudizio pende innanzi alla Corte Costituzionale: l'illegittimità costituzionale è, infatti, già stata accertata, pertanto l'applicazione della disposizione dovrebbe – a sommesso avviso di chi scrive – restare paralizzata.

attinta da un sostanziale giudizio di incostituzionalità), ma mancherebbe altresì la sua sostituta[15]. Per contro, all'esito della pronuncia di accoglimento, l'avvicendamento di una nuova disposizione nel tessuto legislativo spalanca l'orizzonte dell'ermeneutica giudiziaria sui casi passati e su quelli futuri. Anche la questione interpretativa, però, potrebbe essere investita dalla pronuncia, nella misura in cui la Corte decida – come avvenuto nel caso di specie – di modulare diversamente gli effetti nel tempo della sua declaratoria di illegittimità costituzionale (cfr. *infra* § 3.2).

(ii) *Rispetto al formante legislativo*. All'esito dell'ordinanza che – rilevata l'incostituzionalità della norma – rimette la delibazione al Parlamento, il condizionamento sul Legislatore è esercitato per mezzo dei criteri direttivi e dei principî enucleati della Corte al fine di rimuovere l'incostituzionalità[16]. Ci si trova, dunque, al cospetto di una norma che fornisce degli indicatori a supporto dell'attività legislativa correttiva, senza tuttavia imporre vincoli rispetto alla modalità di realizzazione del risultato. Viceversa, nella disciplina normativa di dettaglio espressa dalla Sent. 242 del 2019 alberga una vera e propria *regola*, pensata per la sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta. Viene allora da domandarsi quali possano essere le ripercussioni di un siffatto tipo di arresti sulla discrezionalità politico-legislativa dell'organo rappresentativo[17]. E in particolare: il legislatore può discostarsi dalle linee guida enucleate nell'ordinanza interlocutoria o deve seguire il bilanciamento di interessi suggerito dalla Corte? E ancor più: all'esito della pronuncia *additiva di dettaglio*, quali margini di ridiscussione della regola restano a disposizione del legislatore che voglia ritornare sul tema per disciplinarlo compiutamente? E infine: la regola sancita dalla Consulta costituisce l'unico dei bilanciamenti possibili, ovvero la soluzione 'minima' costituzionalmente adeguata da cui il legislatore non può più affrancarsi? Oppure, ancora, solo *uno* dei possibili bilanciamenti conformi a Costituzione?[18]

(iii) *Rispetto al formante dottrinale*. Come normale che sia, il dialogo con la dottrina avviene in maniera decisamente meno impegnativa, senza sollevare irritazioni istituzionali paragonabili a quelle che si stagliano rispetto agli altri due scenari sopra evocati. Nondimeno, le sentenze in esame risultano estremamente interessanti ed istruttive perché marcano una nuova epocale tappa nel biodiritto del *fine vita*, disegnando una nuova fisionomia del penalmente rilevante in questa materia, che chiama in causa la disciplina di alcuni istituti della scienza penalistica.

---

[15] Nello stesso senso, cfr. M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Il caso Cappato*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, cit., 30-34; *contra* A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., 574.

[16] In questo senso, con toni talvolta severamente critici, si è parlato di 'ordinanza-delega' C. Tripodina, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *GC*, 2018, 2476; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *QCost.*, 2/2019, 251 ss.

[17] Ripercussioni salutate con favore da M. Barberis, *Ma il Parlamento non sarà l'ultimo posto al mondo dove fare una legge sul fine vita?*, in *La Corte costituzionale e il fine vita*, a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, cit., 21 ss., che chiarisce le premesse giusfilosofiche sottese a questo tipo di evoluzione del diritto di cui auspica sempre maggiori sviluppi.

[18] Su questi profili, già emersi nell'ambito delle altre sentenze in cui la Corte si è progressivamente congedata dal dogma delle rime obbligate in materia penale, cfr. F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont*, 2017 (2), 61 ss.; R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *DPenCont*, 2019 (2); 139-153; D. Martire, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente adeguate, benché non "obbligate"*, in *GCos*, 2019 (2), 696 ss.; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *RAic*, 2019 (2), 644 ss.; A. Spadaro, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c, in RAic*, 2019 (4), 145 ss.

Così inquadrata la vicenda, è evidente che la Corte costituzionale intende riposizionarsi nel sistema delle fonti, attraverso la sperimentazione di un approccio partecipato e dialogico rispetto agli altri attori, che cede il passo a un approccio accentratore e decisionista nel momento in cui il dialogo non abbia dato i frutti ricercati – *i.e.* la rimozione dell'incostituzionalità. I condizionamenti posti in luce dal nuovo approccio che supera l'incostituzionalità per mezzo dell'aggiunta di regole liberamente poste dalla Consulta, sembra però rovesciare il paradigma delle rime obbligate, poiché in quel caso sono gli altri formanti a doversi attenere alla metrica dettata dalla Corte.
Un'ultima notazione riguarda gli spazi di futura sindacabilità della regola espressa dalla Corte. Se, infatti, si prospettasse la necessità di rimettere in discussione la nuova disposizione creata dalla Corte rispetto ai parametri costituzionali[19], ne potrebbero scaturire significativi imbarazzi istituzionali. Infatti, il giudice ordinario si troverebbe costretto ad impugnare una norma interposta di matrice giuscostituzionale, mentre la Consulta si troverebbe a fronteggiare l'increscioso compito di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle sue stesse statuizioni[20].

3. Concentrandosi sul versante strettamente penalistico, vale la pena di analizzare la normativa di risulta come sancita nel dispositivo della Sent. n. 242 del 2019, soffermandosi sulla sua origine, sulla sua struttura e sui suoi effetti.

3.1 Per indagare l'origine della disciplina normativa introdotta con la sent. 242 del 2019, bisogna tenere conto di alcuni profili che traspaiono dalla motivazione e che hanno portato la Corte ad optare per una pronuncia additiva di regola invece che per una pronuncia meramente ablativa. I profili che vengono in rilievo e che condizionano gli esiti del dispositivo sono molteplici.
Da una parte, la Corte accantona l'ipotesi di procedere drasticamente con un intervento ablatorio delle condotte di aiuto materiale, per via del sostanziale *vulnus* che tale declaratoria avrebbe

[19] Si pensi a un'impugnativa che voglia proporre alla Corte una nuova questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'aiuto al suicidio prestato nei confronti di soggetti che si trovino in situazioni diverse da quelle individuate dalla Corte, ma meritevoli del medesimo trattamento giuridico. Oppure l'impugnativa che, soffermandosi sul nodo dell'obiezione di coscienza, voglia sindacare la ragionevolezza del trattamento differenziato previsto dalla Sent. 242/2019 rispetto a quello della L. 219 del 2017. Sulla questione, rimasta assorbita, della proporzione della pena prevista per le ipotesi che continuano ad avere rilevanza penale cfr. già A. Pugiotto, *L'altra quaestio del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*, in www.forumcostituzionale.it, 4 giugno 2019.

[20] Da escludere in via di principio ogni possibile impugnativa diretta delle decisioni della Corte, recisamente interdetta dall'art. 137, c. 3 Cost., cfr. C. cost., 26.2.1998, n. 29, in www.giurcost.org/decisioni; E. Malfatti-S. Panizza-R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino 2007, 134. D'altra parte, il 'corto circuito' interpretativo, tutt'altro che teorico, coincide con il caso dell'impugnativa formalmente rivolta contro una disposizione di legge, ma avente in realtà ad oggetto una precedente pronuncia della Corte costituzionale, su cui, puntualmente v. V. Manes, V. Napoleoni, *Op. cit.*, 257 s. Il caso si è effettivamente posto innanzi alla Corte ed è stato risolto con ordinanza di manifesta inammissibilità (C. cost., 23.1.1990, n. 27), in quanto ha considerato «(…) che siffatto sindacato è assolutamente precluso dal sistema risultante dagli artt. 136, primo comma e 137, terzo comma, Cost. e 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, i quali pongono il principio della non impugnabilità delle decisioni della Corte costituzionale». Va tuttavia segnalato che il caso Cappato-Antoniani differisce da quello appena ricordato (in cui il giudice *a quo* eccepiva la violazione dell'art. 25 co. 2 Cost. impugnando la normativa di risulta rimaneggiata dalla Corte) poiché la Corte aveva all'epoca ricordato che «la sentenza n. 409 del 1989 ha non già sostituito la pena *ex* art. 8, secondo comma, della legge n. 772 del 1972 bensì si è più semplicemente limitata a ricavare dal sistema creato dallo stesso legislatore la necessitata applicabilità della pena *ex* art. 151 del codice penale militare di pace». Si trattava, dunque, di una soluzione a 'rime obbligate' che – come tale – eliminava qualsivoglia ulteriore spazio di sindacato; viceversa, nel caso Cappato-Antoniani, proprio il fatto che la decisione sia stata resa 'a rime sciolte', consente di ipotizzare l'esistenza di un residuo margine di sindacabilità, soprattutto su aspetti collaterali rispetto alla declaratoria.

deprivato della tutela penalistica, ritenuta - invece - ancora necessaria[21]. L'*horror vacui*, reso ancora più consistente dalla riluttanza dimostrata dal Parlamento di fronte alla rinnovata necessità di tornare sulle questioni del *fine vita*, suggeriscono alla Corte di intervenire mediante l'introduzione di una normativa dettagliata, direttamente applicabile.
Tuttavia, ben consapevole delle conseguenze sistematiche e dell'efficacia *erga omnes* di cui godono le proprie pronunce, la Consulta sente l'esigenza di contemperare la corretta soluzione (delle situazioni analoghe a quelle) del caso concreto, operando un distinguo rispetto alle ulteriori situazioni che la fattispecie di aiuto materiale al suicidio abbraccia. Nel rintracciare un bilanciamento costituzionalmente conforme, in continuità con la sua tradizione[22], la Corte sceglie di seguire la falsariga tracciata dal legislatore nella l. 219/2017, che costituisce l'autorevole referente normativo astratto cui la Corte tenta di restare fedele.
Per ultimo, va considerato un altro condizionamento che assume un ruolo decisivo, ossia il caso concreto portato all'attenzione della Corte. Il giudizio di rimessione incarna il referente fattuale e concreto che ispira la Corte nella formulazione della nuova disciplina normativa[23]. Come si vedrà, in qualche misura, la soluzione del caso concreto viene promossa a regola attraverso la generalizzazione e l'astrazione dei presupposti che si cristallizzano in una regola estensibile *erga omnes.* Anche da questo punto di vista, la Corte costituzionale ha percorso uno dei *trend* che marcano la sua più recente giurisprudenza, focalizzata sulla massima valorizzazione della tutela dei diritti, prima ancora che sulla verifica di legittimità costituzionale della legge[24].

3.2 Soffermandosi adesso sulla struttura del dispositivo, ci si avvede che, anche su questo piano, l'oscillazione tra *concreto* e *astratto*, tra *generale* e *particolare*, ha sortito qualche effetto. La Corte ha infatti frammentato il dispositivo in due enunciati (contenenti – ad avviso di chi scrive – altrettante norme esimenti), tesi a garantire che i casi futuri e i casi passati siano regolati secondo una disciplina coerente, senza lasciar residuare intollerabili vuoti normativi. In questo senso, la Corte ha sentito l'esigenza di modulare l'efficacia nel tempo della sua sentenza (additiva di dettaglio), o quantomeno di chiarire come applicare la normativa di risulta ai fatti commessi prima della pronuncia stessa[25].

---

[21] L'ordinanza accantona implicitamente anche la possibilità di rinvenire una scriminante già presente nell'ordinamento, opzione che avrebbe probabilmente dato origine a una decisione interpretativa di rigetto. Per una ricostruzione dell'irrilevanza penale dell'aiuto al suicidio a partire dalle norme costituzionali cfr. F. Consulich, Stat sua cuique dies. *Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, cit., che – infatti – critica la strada intrapresa dalla Corte costituzionale con l'ordinanza.

[22] Il richiamo esplicito è a C. cost., 10.11.2016 n. 236, nella misura in cui la Corte si vincola al rinvenimento di un chiaro punto di riferimento normativo per cadenzare il contenuto della sua pronuncia, nell'intento di imbrigliare il più possibile le valutazioni politico-discrezionali.

[23] In proposito, *ex multis*, cfr G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *www.discrimen.it*, 3.2.2020, 1-3.

[24] Esplicito riconoscimento di questa *nouvelle vague* della giurisprudenza costituzionale si rinviene nelle stesse parole pronunciate di recente dalla Presidente Cartabia, cfr. *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, 8. Cfr. V. Manes,V. Napoleoni, *Op. cit.* 38, profilo enfatizzato efficacemente anche durante la già citata relazione del Cons. D'Arcangelo che evoca una certa tendenza alla sovrapposizione tra *ius litigatoris vs ius costitutionis*.

[25] Pur se non sovrapponibile, il tema si ricollega a quello emerso nell'ambito di alcuni precedenti in cui la Corte si è trovata a modulare l'efficacia nel tempo delle sue pronunce, derogando alla retroattività della decisione costituzionale sancito dall'art. 136 Cost. e dall'art. 30 co. 3 e co. 4, l. 11.3.1953 n. 87, 'Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale'. Tra le pronunce che hanno infranto questo dogma si ricordi, di recente la C. cost., 11.02.2015 n. 10; e le altre pronunce ivi richiamate: C. cost., 9.3.1988 n. 266; C. cost., 5.5.1988, n. 501; C. cost., 9.1.1991, n. 1; C. cost., 26.3.1991, n. 124; C. cost., 9.11.1992, n. 416; C. cost., 23.12.2003, n. 370; C. cost., 13.1.2004,

Per i fatti successivi alla sentenza, la Corte dichiara «(…) l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) (…), agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».
Mentre, per i fatti antecedenti alla pubblicazione della sentenza in gazzetta ufficiale, le stesse condotte risulteranno non punibili ove l'agevolazione sia stata prestata secondo modalità «anche diverse da quelle indicate, ma idonee, comunque sia, a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti.»
La finalità comune è dunque riscontrabile nella volontà di escludere la rilevanza penale delle condotte analoghe a quelle emerse nel caso concreto (valso a disvelare alcuni tratti di incostituzionalità incistati nell'ordinamento) a patto che siano poste in essere: (a) secondo la dettagliata procedura dettata dalla sentenza, *per il futuro*; (b) secondo modalità diverse, ma equipollenti, *per il passato*. Ecco, quindi, che il caso concreto assume la valenza di comune denominatore delle due norme. Tuttavia, come si avrà modo di osservare (v. *infra* §§ 3.3, 3.4 e 4), si ritiene che il dispositivo dia origine a due esimenti distinte, di natura differente, la cui matrice dogmatica non coincide.

3.3 Veniamo, dunque, agli effetti della pronuncia come scanditi dal dispositivo. Prendendo a considerare il segmento del dispositivo rivolto *al futuro*, si nota subito che l'area di irrilevanza penale risulta estremamente circoscritta entro gli argini del giudizio *a quo*, da una parte, e dalla legge n. 219 del 2017, dall'altra[26].
In primo luogo, per quanto possa apparire scontato, il giudizio *a quo*, attraverso l'individuazione del *thema decidendum*, incardina il giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 580 Cp anziché su altre disposizioni[27]. Così, il sindacato non deve semplicemente prendere le mosse dalla norma incriminatrice, bensì investirla frontalmente per poi culminare in una decisione che si concentra

n. 12; C. cost., 29.12.2004, n. 423 e C. cost., 1.2.2006, n. 29. Su C. cost., 9.02.2015, n. 10, cfr. *ex multis* R. Dickmann, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *www.federalismi.it*, 25.2.2015, 2 ss.; e in generale, sul tema della deroga alla retroattività delle sentenze della Corte costituzionale AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, (Atti del seminario tenuto a Roma, Palazzo della Consulta, 23-24 novembre 1988), Milano 1989; e M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano 1993; D. Diaco, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in www.giurcost.org, 2016, 194 ss.

[26] Su questi profili *cfr.* F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *PD*, 2020 (1), 12 s., che saluta con favore la scelta della Consulta di mantenersi aderente al caso di specie e alla legge nel risolvere la questione di legittimità costituzionale, e G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, cit., 3 che rileva come il caso abbia condizionato l'approccio all'aiuto al suicidio da parte della Corte.

[27] In generale, sui condizionamenti dettati dal modo in cui viene proposta la questione di legittimità costituzionale sotto il profilo del *thema decidendum* cfr. V. Manes,V. Napoleoni, *Op. cit.*, 241 ss.; con specifico riguardo al caso di specie cfr. S. Seminara, *L'art. 580 e il diritto di morire*, in *Il caso Cappato*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, cit., 325, che illustra come la Corte abbia seguito una strada alternativa sia rispetto a quella prospettata dalla Procura, sia da quella individuata dalla Corte di Assise. D'altra parte, la necessità di reinterpretare la questione di legittimità costituzionale proposta dal rimettente era già stata puntualmente messa a fuoco dalla dottrina più autorevole, cfr. D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018 (7), 71.

sulla stessa. Diversamente si sarebbe proceduto se la questione avesse riguardato, per esempio, gli art. 1 e 2 della l. 219/2017 e la conseguente irragionevole diversità di trattamento riservata ai casi – come quello di Fabiano Antoniani – in cui il soggetto voglia congedarsi dalla vita con modalità attive, invece che attraverso il mero rifiuto di cure salvavita[28].

In secondo luogo, il caso di specie vale a scontornare l'ambito di operatività dell'esimente sulla sub-fattispecie rilevante: solo le condotte di aiuto materiale – e non anche quelle di istigazione – al suicidio possono candidarsi all'irrilevanza penale, se rispettano le condizioni liceizzanti[29]. Il calco del caso concreto si imprime, quindi e soprattutto, sul perimetro dell'ambito applicativo dell'intervento della corte.

Per altro verso, il referente legislativo viene usato dalla Corte come traccia per l'individuazione delle condizioni che consentono l'aiuto materiale al suicidio e per limitare il più possibile gli spazi di discrezionalità sottesi al suo intervento «ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento.»[30].

Il calco della legge serve dunque a individuare più precisamente i presupposti che integrano la *situazione esimente* e i requisiti di formalità che contraddistinguono la *procedura liceizzante.*

Vale la pena di tenere separati il piano dei presupposti esimenti e dei requisiti liceizzanti, poiché, proprio rispetto ai secondi si consuma la divaricazione dell'operatività dell'esimente applicabile per il futuro rispetto a quella valevole per i casi pregressi. Infatti, mentre gli elementi che integrano i presupposti (*situazione esimente*) sono comuni a entrambe le esimenti, le formalità proprie della *procedura liceizzante* assumono valore tassativo *soltanto pro-futuro.*

Quanto ai presupposti della situazione esimente, la Corte – ritornando su quanto già espresso con l'ord. 207/2018 – specifica che l'area di non conformità a Costituzione dell'incriminazione dell'aiuto materiale al suicidio corrisponde «ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi in una persona "(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli"»[31].

Per quanto riguarda la procedura liceizzante (su cui cfr. *amplius infra*), l'esigenza di formalizzare i passaggi che consentono l'aiuto al suicidio sorge dalla volontà della Corte di non lasciare completamente priva di disciplina legale la materia[32] e di radicarla in un contesto medicalizzato funzionale alla garanzia e al presidio di questa delicata attività che deve essere condotta rendendo edotto il paziente di tutte le opzioni a sua disposizione al fine di consentire una decisione

[28] Tale ipotesi era stata in qualche modo suggerita al Parlamento già nell'ambito dell'ord. 207/2018, quando la Corte ha illustrato le diverse strade che il legislatore avrebbe potuto percorrere per rimuovere l'incostituzionalità. Sent. 242/2019, § 2.4 del Considerato in diritto: «La disciplina potrebbe essere inoltre "introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima" (ordinanza n. 207 del 2018). Potrebbe prospettarsi, ancora, l'esigenza di "introdurre una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse", anch'essa variamente calibrabile.»

[29] Si noti che una diversa impostazione della questione (riguardante l'irragionevolezza della l. 219/2017 come sopra delineata) non avrebbe nemmeno revocato in dubbio la rilevanza dell'esimente per i casi di istigazione al suicidio.

[30] Sent. 242/2019, § 4 del Considerato in diritto, in cui la Corte richiama alcuni precedenti già orientati in tal senso: C. cost., 8.3.2019 n. 40, C. cost., 7.12.2018 n. 233 e C. cost., 5.12.2018 n. 222 e C. cost. 10.11.2016 n. 236, tutte in www.giurcost.org/decisioni.

[31] Sent. 242/2019, § 2.3 considerato in diritto.

[32] Sent. 242/2019, § 2.4 considerato in diritto, in cui la Corte rievoca i pericoli di lesione e di abusi che sarebbero derivati da una pronuncia meramente ablativa.

consapevole e informata. Sulla scorta di quanto sancito dalla l. 219/2017, la procedura scriminante prevede infatti che:

- sia accertata la capacità di agire del paziente, *i.e.* la sua possibilità di autodeterminarsi;
- la richiesta derivante dal paziente venga espressa alla luce di un consenso informato, appositamente documentato e registrato nella cartella clinica;
- sia sempre garantita la possibilità di revocare il consenso da parte del paziente;
- il medico illustri le conseguenze della decisione assunta e le possibili alternative;
- sia offerta al paziente la possibilità di essere coinvolto in un percorso di cure palliative o alla terapia del dolore[33];
- si dia conto del carattere irreversibile della patologia e del conseguente grave stato di sofferenza fisica o psicologica da essa derivante.

In aggiunta a quanto espressamente previsto dalla legge[34], la Corte specifica poi che la competenza a verificare (a) la sussistenza delle condizioni sopra riportate e (b) le modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio legittimo debba essere affidata alle strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale, salva la possibilità per il Parlamento di disciplinare diversamente la questione successivamente[35]. Inoltre, in ragione della delicatezza della materia, al fine di garantire la tutela delle situazioni ad alta vulnerabilità, la Consulta prevede che sia coinvolto il comitato etico territorialmente competente, in veste di organo consultivo, collegiale e terzo competente ad esprimersi sulle questioni etiche emergenti dalla pratica sanitaria[36].

In conclusione, la Corte si esprime sull'obiezione di coscienza precisando che la pronuncia si limita a prevedere un'esimente per l'aiuto al suicidio legittimamente prestato, senza tuttavia comportare un obbligo di prestazione da parte del personale sanitario[37].

3.4 Una volta tessuta la fitta trama dell'esimente valevole per il futuro, la Corte deve però gestire una possibile, paradossale conseguenza: proprio la condotta dell'autore del fatto storico che ha fornito l'impronta per forgiare la scriminante procedurale, non potrebbe ritenersi lecita poiché non

---

[33] Sull'importanza di questo elemento come diritto umano fondamentale sancito dalla Corte, cfr. S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della corte costituzionale*, in *www.discrimen.it*, 8.9.2020, 23-26.

[34] Qui il referente della Corte è costituito dalle due sentenze C. cost., 11.11.2015 n. 229 e C. cost., 5.6.2015 n. 96 del 2015, entrambe in *www.giurcost.org/decisioni*, in tema di procreazione medicalmente assistita.

[35] La scelta di assegnare al Servizio Sanitario Nazionale lo svolgimento della procedura veniva identificata come uno dei profili suscettibili di essere declinati variamente in base a una scelta discrezionale già nel corso della motivazione dell'ordinanza, cfr. Sent. 242/2019, § 10 del considerato in diritto.

[36] Ci si domanda, d'altra parte, se tale parere sia da considerarsi vincolante ovvero meramente consultivo, su questi aspetti cfr. L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in www.cortisupremeesalute.it, 2019 (2), 5. Sulla possibile efficacia paralizzante di questo requisito procedurale e sui problemi ad esso legati cfr. L. Risicato, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2020, 7; M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale tra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., 14 s.; sollecita un intervento del Parlamento sul punto V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2.3.2020, 10.

[37] Criticamente sul punto cfr. M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *OssAIC*, 2020 (1), 300 s.; A. Nappi, *Il suicidio assistito: prospettive di fondo e giurisprudenza costituzionale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2020, 12 s.; L. Risicato, *La consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, cit., 7 s.

segue gli stilemi procedurali appena coniati[38]. Così, proprio gli individui che hanno contribuito a scovare il *vulnus* costituzionale insito nella legge verrebbero assoggettati a pena, trasformati - in tal modo - da pionieri in martiri della legittimità costituzionale. Sullo sfondo di questo ulteriore passaggio, si staglia un tema di cui la Corte ha sicuramente tenuto conto: l'applicazione analogica di norme favorevoli al reo, per di più caratterizzate da tratti di eccezionalità[39].

Da una parte, occorre rilevare che la retroattività della norma favorevole non è sufficiente - da sola - a rendere penalmente irrilevanti i fatti pregressi, dal momento che l'operatività della scriminante risulta espressamente subordinata al rispetto di un *iter* proceduralizzato e tassativo (cfr. *supra* § 3.3), proprio in ragione del fatto che non è stato possibile addivenire ad un criterio esimente 'a forma libera'[40] trasversalmente applicabile per il passato e per il futuro. Dall'altra parte, per superare l'*impasse* interpretativo e risolvere coerentemente anche il caso oggetto del giudizio *a quo*, l'unica via sarebbe stata quella di applicare analogicamente una norma di favore e - soprattutto - tassativamente individuata[41].

---

[38] La questione era già emersa in sede di commento dell'ordinanza, M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., 35, che però ritiene «contrario allo spirito della legalità penale» la condanna dell'imputato che non si sia attenuto alle modalità successivamente individuate.

[39] La consapevolezza della Corte rispetto a questo problema si coglie nitidamente già nell'ord. 207/2018, nei passaggi in cui la Corte si rivolge al Parlamento per indicare le possibili vie da percorrere per rimuovere l'incostituzionalità, cfr. § 10 del considerato in diritto: «Peraltro, l'eventuale collegamento della non punibilità al rispetto di una determinata procedura potrebbe far sorgere l'esigenza di introdurre una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio *a quo*), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare: anche qui con una varietà di soluzioni possibili.» Nell'ambito della sterminata bibliografia esistente sul tema dell'analogia, per tutti cfr. N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di P. Di Lucia, Torino 2006; L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti - V. Velluzzi, Torino 2008, 131 ss.; L. Pelliccioli - V. Velluzzi (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa 2011; M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011.

[40] *Rectius*, rifacendosi alla nomenclatura ivi coniata, 'a condotta libera', cfr. F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 145.

[41] Come noto, in dottrina non vi è unità di vedute circa i confini dell'analogia a favore dell'agente consentita. Le posizioni più risalenti propugnavano un divieto di analogia valido anche *in bonam partem*, in virtù della necessità di assicurare la certezza del comando penale anche attraverso la chiarezza dei suoi limiti applicativi e ancoravano tale divieto all'art. 14 delle Preleggi e alla riconduzione delle scriminanti nell'alveo delle 'norme penali' ivi richiamate, *cfr.* P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1982, 131; G. Marini, Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *ED*, XXVIII, 1978, 958; F. Bricola, *Legalità e crisi: l'art.25, commi II e III, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *QG*, 1980, 1309 ss. Secondo una diversa ricostruzione, T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2017, 40, che muovendo dalla considerazione che nel caso di estensione delle norme penali favorevoli non si possa parlare di analogia, in quanto mancherebbe uno dei suoi presupposti (la lacuna), conclude che: «(…) quando si prospetta l'analogia di una norma favorevole, si prospetta in realtà non già il «riempimento» di una «lacuna», ma il sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita», per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 283 ss. In argomento, ampiamente, cfr. F. Bellagamba, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007; per una recente riscoperta della 'legalità delle scriminanti' cfr. F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit. Per contro, la dottrina dominante riconosce fondamento esclusivamente garantistico-liberale all'art. 25 co. 2 Cost, non derivandone alcuna preclusione rispetto all'analogia *in bonam partem*. D'altra parte, i limiti correlati alle norme penali di favore deriverebbero dall'altro sbarramento imposto dall'art. 14 delle Preleggi, cioè quello della impossibilità di estendere analogicamente la portata di *leggi eccezionali*. Di conseguenza, occorrerebbe accertare – di volta in volta – la natura generale o eccezionale della norma in oggetto. In questo senso, *cfr.* G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 125; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[11], 2017, 77 s; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 189 ss., che accordano – in linea di principio – l'analogia favorevole alle scriminanti (in quanto norme generali), ma non alle scusanti e alle cause di non punibilità in senso stretto.

Per non dare adito ad ambiguità ermeneutiche, la Corte ha armonizzato la disciplina dei fatti passati gettando un 'ponte esimente' applicabile alle condotte che, seppur attuate con modalità diverse, si rivelino *sostanzialmente* fedeli alle garanzie individuate *ex post.* Pertanto viene sancito che i casi pregressi beneficeranno dell'irrilevanza penale qualora il giudice del caso concreto verifichi che: (i) la condizione del suicida sia inquadrabile nella situazione esimente (capacità di autodeterminarsi liberamente, affezione da una malattia irreversibile, fonte di sofferenze psichiche o fisiche insopportabili, mantenimento in vita attraverso trattamenti di sostegno vitale); (ii) siano state seguite modalità esecutive sostanzialmente equivalenti a quelle successivamente individuate dalla Sent. 242 del 2019.

Ora, questo segmento del dispositivo può essere letto in chiavi diverse.

Per un verso, il dispositivo si atteggerebbe a norma di 'interpretazione autentica', in cui la Corte chiarisce al giudice *a quo* (e agli altri giudici che si trovino a maneggiare *fatti pregressi*) come applicare il suo *dictum* ai casi concreti. In questa ipotesi, dunque, ci si troverebbe al cospetto di un'unica norma esimente, che reclama un'interpretazione ortopedica (*rectius*, applicazione analogica), per evitare che proprio il caso di specie resti escluso dalla disciplina privilegiata[42].

Tuttavia, proprio la specificità della disciplina dettata dalla Corte impedisce di conferire alle statuizioni riferibili ai casi passati una portata meramente interpretativa, poiché – al di là dei presupposti comuni – l'effetto esimente si produce qualora l'aiuto al suicidio sia stato prestato secondo modalità anche diverse, purché espressive di garanzie sostanzialmente equivalenti a quelle individuate dalla sentenza.

Stando così le cose, si potrebbe opinare che questa parte del dispositivo sia fonte di una seconda causa di giustificazione, a forma 'svincolata'. Nondimeno, a voler ritenere la natura scriminante anche di questa ipotesi, si dovrebbe però rilevare come, ad identità dei presupposti, corrisponda un alleviamento dei requisiti procedurali scriminanti che prescrivono modalità di esecuzione a forma libera, ma con vincolo di risultato – la sostanziale equivalenza delle garanzie. Ma se così fosse, se bastasse cioè il conseguimento di quel livello di garanzia a rimuovere l'antigiuridicità, non ci si potrebbe davvero spiegare cosa giustifichi la diversità di trattamento (la procedura scriminante 'aggravata' per i casi futuri) nella ricorrenza di casi che presentano identici presupposti. Insomma, delle due l'una: o le formalità procedurali sono superflue ai fini del perfezionamento della scriminante (e quindi non dovrebbero essere richieste nemmeno per il futuro); oppure, la seconda parte del dispositivo si fonda su un criterio differente, riconducibile a una diversa categoria.

Tutto ciò considerato, si può dunque scorgere un'autonoma regola esimente dettata da esigenze diverse rispetto a quelle che hanno fondato la scriminante *pro futuro*: esigenze che, probabilmente, risiedono proprio nella necessità di scongiurare quell'irragionevole paradosso per cui gli autori dei fatti pregressi, pur muovendosi in situazioni del tutto analoghe sia nei presupposti che nelle modalità esecutive, sarebbero puniti per la mera trasgressione delle procedure scriminanti solo successivamente individuate e, dunque, imprevedibili.

[42] Lo stesso risultato sarebbe infatti stato raggiunto qualora si fosse riconosciuta la possibilità di applicare analogicamente la norma di favore dettata dalla Corte per i casi futuri. Per i fatti pregressi, perviene a risultati analoghi M. Donini, Libera nos a malo. *I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in*www.sistemapenale.it*, 10.2.2020, 20; sostenendo che il diritto riconosciuto dalla Corte esisteva già al momento della condotta e quindi poteva già esplicare la sua efficacia scriminante, riprendendo le considerazioni formulate da F. Consulich-C. Genoni, *Intervento penale e decisioni di fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2019 (1-*bis*), 510 ss., che - però - argomentano ragionando sull'esistenza di una scriminante deducibile dalla dagli artt. 2, 13, 32 Cost.

A ben vedere, allora, la necessaria irrilevanza penale dei comportamenti pregressi potrebbe fondarsi alternativamente (o cumulativamente): sul principio di '*inesigibilità'* della condotta conforme alle procedure, enucleate dalla Corte solo successivamente rispetto al fatto[43]; ovvero, su considerazioni di politica criminale che, in virtù della sostanziale equivalenza tra le situazioni antecedenti e successive, mettono in luce la *inopportunità* della sanzione penale nei casi pregressi verificatisi nell'ambito degli stessi presupposti. Nel primo caso, dunque, il comportamento non sarebbe rimproverabile all'agente, escludendone la colpevolezza; mentre, nel secondo, ci si troverebbe al cospetto di una causa di non punibilità in senso stretto. Nella pur succinta formulazione della motivazione sul punto, sembra potersi propendere per l'ipotesi della causa di esclusione della colpevolezza; infatti, la Corte specifica nel suo ragionamento che le condizioni procedimentali «in quanto enucleate da questa Corte solo con la presente sentenza, (…) *non possono essere richieste*, tal quali»[44] in rapporto ai fatti pregressi.
La questione non sembra ulteriormente scrutinabile in sede interpretativa, ma – per ciò che qui rileva – quanto osservato sembra sufficiente a fissare un punto: che si tratti di una 'scusante speciale' o di una causa di non punibilità in senso stretto, si può convenire sul fatto che la regola valida per i casi pregressi costituisca una norma eccezionale, che ammette una deroga rispetto alle procedure tassativamente previste[45], e che produce l'irrilevanza penale del comportamento a condizione che ricorrano gli altri presupposti individuati dalla Corte in motivazione, *i.e.* la situazione scriminante (*recte* la situazione esimente). Ci si trova quindi al cospetto di una norma di favore che – proprio in virtù della sua natura eccezionale – non può essere ulteriormente dilatata oltre i casi previsti dalla situazione esimente, mediante il ricorso all'analogia[46].
Di conseguenza, per i casi passati che non rientrino nelle strette maglie dei presupposti che integrano la situazione esimente individuata dalla Corte non sarà possibile escludere la rilevanza penale della condotta, dovendosi - per contro - sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale nel caso in cui si ritenga non ragionevole l'esclusione dal regime privilegiato di casi non espressamente ricompresi tra quelli individuati nella sentenza[47]. Una situazione di questo

[43] Conseguentemente, al momento del fatto, le procedure da rispettare per evitare di incorrere nella responsabilità penale non erano conoscibili-prevedibili, senza che all'autore possa essere mosso alcun rimprovero, neppure a titolo colposo, circa la sua ignoranza, pertanto, il comportamento conforme a procedura non poteva considerarsi esigibile al momento del fatto. In argomento, cfr. G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990; L. Scarano, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948; M. Romano, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *RIDPP*, 1991, 40; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000, 279 ss.
[44] Sent. 242/2019, § 7 Considerato in diritto (enfasi aggiunta).
[45] Deroga che si configura con riferimento alla 'regola generale' sancita *pro-futuro*.
[46] Tuttavia, sull'applicazione analogica di norme scusanti cfr. da ultimo Cass. Pen., SS. UU., 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381; con nota adesiva di F. Palazzo, *Conviventi* more uxorio *e analogia* in bonam partem*: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in www.sistemapenale.it, 22.03.2021.
[47] A tal proposito, il presupposto che si presta ad essere messo ulteriormente in discussione, anche alla luce di casi meritevoli di beneficiare del medesimo trattamento individuato dalla sentenza, è quello della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, che infatti ha suscitato reazioni discordanti in dottrina. *Ex multis*, cfr. A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *DPP*, 2019 (6), 816; S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della corte costituzionale*, cit., 15 ss.; C. Casonato, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018: luci e ombre*, in *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S.Vinciguerra, Padova 2019, 101; M. Donini, Libera nos a malo. *I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., 15 ss.; G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile*, cit., 9; F. Lazzeri, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato". La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)*, in *Il caso Cappato*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, cit. 196 ss.; V.

genere, peraltro, è già venuta in rilievo nell'ambito di un altro procedimento in cui era controverso che il soggetto verso cui è stato prestato l'aiuto al suicidio fosse tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale[48].

4. Rinviando a quanto già osservato con riferimento alla esimente rivolta ai casi pregressi, è ancora il caso di soffermarsi sulla norma valevole per il futuro spendendo alcune riflessioni di carattere teorico-dogmatico tese a trarre una lezione da questa pronuncia. In particolare, nei paragrafi che seguono si cercherà di dimostrare la natura scriminante dell'esimente creata dalla Consulta e - segnatamente - la sua appartenenza al novero delle c.d. *cause di giustificazione procedurali*[49].

4.1 Per quanto manchi un inquadramento dogmatico espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale, sembra proprio che l'esimente individuata dalla Corte vada collocata nell'alveo delle cause di giustificazione. *In primis*, la natura scriminante della norma sancita dalla sentenza può cogliersi nel ripetuto riferimento lessicale al frangente della liceità. Nella motivazione, si fa infatti riferimento alle condizioni che rendono *lecita* la condotta[50], ovvero *legittimo* l'aiuto al suicidio[51]. Per contro, non sembra doversi considerare formalizzante o classificatorio il riferimento alla *non punibilità*. La struttura di tale esimente, ampiamente articolata attorno ad una serie di condizioni formali liceizzanti (oltre che su dei presupposti 'di contesto'), suggerisce poi di collocarla, appunto nelle vesti di causa di giustificazione, nell'universo delle c.d. *scriminanti procedurali*.

Nel confrontarsi con una norma che si candida ad essere classificata come scriminante procedurale, e per corroborare l'ipotesi formulata, è peraltro preliminarmente necessario negare la riconducibilità della norma alla diversa categoria del *limite esegetico*, che esplica un effetto esimente in forza dell'interferenza con la categoria della tipicità (non a caso si parla in proposito di causa di esclusione del *tipo*)[52].

Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, cit., 6 ss.

[48] Ci si riferisce al procedimento celebratosi innanzi alla Corte di Assise di Massa, che ha ricondotto il caso sottoposto alla sua attenzione (c.d. caso Cappato-Trentini) entro il perimetro dell'esimente tracciata dalla Corte Costituzionale fornendo a supporto della motivazione, alternativamente: un'interpretazione estensiva del concetto di 'trattamento di sostegno vitale'; ovvero l'applicazione analogica della scriminante in forza della teoria che consente l'analogia nel campo delle scriminanti in quanto (a) non si tratta di norme penali; (b) si tratta di analogia *in bonam partem*; (c) si tratta di norme generali, che non sottostanno al divieto di analogia sancito all'art. 14 delle Preleggi per le norme eccezionali. Cfr. C. Ass. Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), Pres. est. De Mattia, imp. Cappato e Schett, 27 ss.; con commenti di C. Cupelli, *I confini di liceità dell'agevolazione al suicidio e il ruolo del legislatore. Brevi note a margine della nuova sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby*, in *Sistema Penale*, 3.8.2020; F. Lazzeri, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre Dj Fabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini*, ivi, 14.9.2020.

[49] Per questa categoria, v. W. Hassemer, Prozedurale Rechtfertigungen, in Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Festschrift für Gottfried Mahrenholz, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden 1994; e la preziosa ricostruzione di A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018; per l'applicazione della categoria alla materia del fine vita, cfr. già M. B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001.

[50] Sent. 242/2019, § 5 e § 7 del Considerato in diritto.

[51] Sent. 242/2019, § 5 del considerato in diritto.

[52] Fondamentali per l'orientamento in questa intricata materia F. Bricola, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *RIDPP*, 1960, 738 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, 29; Id., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *CP*, 2007, 907 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali. Tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *RIDPP*, 2007, 1269 ss.

Come si è già detto, il fatto che la dichiarazione di illegittimità costituzionale investa l'art. 580 Cp[53] deriva dalla circostanza che l'ordinanza di rimessione ha focalizzato la questione sulla mancata previsione – da parte della norma incriminatrice – di un'esclusione della responsabilità penale per i fatti di aiuto materiale al suicidio resi nei confronti di un soggetto che abbia maturato in piena autonomia il proposito suicidario e che, pur potendo perfezionarlo accedendo all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, voglia congedarsi dalle proprie sofferenze in maniera diversa[54]. Non bisogna quindi enfatizzare più di tanto l'importanza di questo elemento in chiave ermeneutica[55]. Per contro, nell'articolata motivazione della sentenza, non si rinviene alcun riferimento alla tipicità e non si fa ricorso a locuzioni che riguardano l'inapplicabilità della fattispecie a determinati casi, formule - invece - tipicamente usate nel lessico dei limiti esegetici.

È vero che la portata dell'esimente risulta circoscritta solo ad alcuni casi di aiuto al suicidio, tanto che l'incriminazione viene ritenuta conforme a costituzione per le ipotesi in cui la prestazione non segue le formalità prescritte; il che potrebbe portare l'interprete a ritenere che la pronuncia intervenga sul fatto tipico, resecandone una peculiare componente[56]. Tuttavia, proprio percorrendo fino in fondo l'opzione ermeneutica a favore della causa di esclusione del tipo, ci si rende conto che questa non è plausibile perché comporterebbe la negazione dell'offensività delle condotte poste in essere nel rispetto della procedura[57]. Circostanza, questa, che pare davvero inammissibile

[53] Questo uno degli argomenti spesi per sostenere l'effetto riduttivo della tipicità determinato dalla sentenza P. Bernardoni, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale,* in *www.sistemapenale.it,* 26.2.2020.

[54] Per vero, nell'ord. 207/2018, la Corte aveva in qualche modo suggerito una strada diversa al legislatore, indicando la possibilità di intervenire sulla l. 219/2017 piuttosto che sull'art. 580 Cp in modo da ovviare ai pericoli che ne deriverebbero: cfr. 10 considerato in diritto: «D'altra parte, una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima.»

[55] Non soccorre, in questo caso, ma solo per le ragioni appena evidenziate, il criterio demarcativo proposto da illustre dottrina cfr. P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Padova 1972, 22, nt. 28: «Per noi anche le scriminanti propriamente dette costituiscono un limite della norma che prevede il fatto generico, e la distinzione della scriminante rispetto al limite esegetico è data dalla circostanza che la prima non fa parte materialmente del fatto generico, quale lo ha configurato il legislatore, mentre il secondo ne fa parte anche materialmente».

[56] Da questo punto di vista, l'argine dell'art. 580 Cp sembra essere servito alla Corte per contenere la portata dell'area di non punibilità introdotta entro i contesti di aiuto al suicidio, onde evitare di estenderla anche alle situazioni – per vero, molto simili – che possono darsi nella casistica dell'omicidio del consenziente, che pure rimangono aperti ad eventuali future valutazioni di costituzionalità. Sulla labile tenuta di una disciplina che distingue liceità dell'aiuto al suicidio (alle condizioni oggi individuate) e omicidio del consenziente che versi nelle stesse condizioni dell'aspirante suicida, ma che non sia in grado di porre in essere l'ultima condotta utile per innescare il nesso causale, cfr. F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *PD*, 1/2020, 9; e con argomentazione *a fortiori*, R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018, 103; sullo stesso tema v. già le riflessioni di M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, in *RIML*, 2016, 555 ss. Decisamente contrario ad una eventuale equiparazione tra art. 580 Cp e 579 Cp, M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari,* in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2020.

[57] Per questo criterio distintivo cfr. F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *RIDPP*, 1989, 1520; ma anche M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali. Tra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *RIDPP*, 2007, 1272; mentre si rinvia a F. Bricola, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, cit., 755, nt. 53; e in particolare a M. Donini, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *GCos*, 2018, 2861, per le osservazioni

se si identifica nella vita – come sembra aver definitivamente ribadito la Corte – il bene giuridico tutelato dalla norma[58].
La norma in parola sembra invece accordare la propria efficacia a particolari situazioni che fanno emergere un 'valore contrapposto'[59] a quello espresso dalla norma incriminatrice, che assume una valenza esimente laddove il soggetto che richiede l'aiuto rientri nei casi enucleati e a condizione che l'agente che lo presta si attenga alle procedure previste. Infatti, la ricorrenza dei presupposti e dei requisiti minuziosamente individuati dalla norma conferisce preponderanza al diritto di autodeterminazione in relazione alle modalità di congedo dalla vita[60] rispetto allo stesso bene giuridico tutelato dalla norma. A ben vedere, dunque, al fondo del fitto strato di condizioni imposto

che escludono l'opzione che inquadra il consenso dell'avente diritto come causa di esclusione dell'offensività, pure autorevolmente patrocinata in dottrina, cfr. C. Roxin, Strafrecht, AT4, Bd. I, München 2004, § 13/12 ss. e S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2007, 171 ss., come ivi citati. Con specifico riferimento al consenso nel contesto del fine vita cfr. O. Di Giovine, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine vita*, in *CP*, 2019, 1839 ss.

[58] A prescindere dalle convinzioni personali, occorre prendere atto che la Corte ha definitivamente avallato questa ricostruzione (già a partire dall'ord. 207/2018), quando ha escluso di poter procedere con una sentenza ablativa 'secca' in quanto l'incriminazione dell'aiuto al suicidio si giustificherebbe in un'ottica di tutela del diritto alla vita, specie delle persone più deboli e vulnerabili. Il fatto che l'intangibilità della vita umana continui a costituire il nucleo di tutela della fattispecie di aiuto al suicidio anche all'esito della vicenda giuscostituzionale è puntualmente dimostrato nella raffinata ricostruzione di autorevole dottrina, che sottolinea come la condotta di aiuto materiale – a differenza dall'istigazione al suicidio – può trovare concretizzazione solo con riferimento alla realizzazione del proposito già autonomamente e definitivamente maturato, *cfr*. S. Seminara, *L'art. 580 e il diritto di morire*, cit., 317-322. Propensi, invece, a ritenere priva di offensività la condotta di aiuto al suicidio oggetto della questione di legittimità costituzionale A. Massaro, *L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio. La rilevanza penale delle pratiche di fine vita*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2018 (10), 19 ss.; Ead., *Il "caso Cappato" di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14.6.2018, 19 ss.; A. Nappi, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente* pietatis causa*: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.9.2019.

[59] Chiarisce perfettamente come la categoria delle scriminanti procedurali non sia considerabile come ideologicamente neutrale G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, 17, nt. 32: «la procedimentalizzazione infatti, lungi dal poter significare – come una parte della dottrina pretende – che l'ordinamento si astiene del tutto dal prendere posizione tra i beni in conflitto, veicola in realtà il messaggio che la legge penale privilegia l''autodeterminazione non in maniera incondizionata, ma subordinandone l'esercizio ad una procedura di verifica dell'esistenza di presupposti legalmente tipizzati». Cfr. anche F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 187, che enfatizza la 'neutralità' sottesa alla causa di esclusione del tipo, che non sarebbe veicolo di un *contro-precetto* o di un *contro-valore*.

[60] Ci si trova sul terreno dei c.d. 'diritti controversi', nell'ambito del quale il principio di laicità prorompe con tutta la sua forza proprio attraverso la logica delle scriminanti, sul tema magistralmente C. E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *RIDPP*, 2016, 1155 ss, spec. 1178, 1185-1187. Sulla portata di questo diritto concorrente rispetto all'intangibilità della vita umana tutelata dal codice penale, variamente declinato in dottrina come 'diritto a morire serenamente', 'diritto di morire' *tout court*, diritto a essere aiutati a morire di mano propria', 'diritto a morire con dignità' 'incoercibilità al vivere' 'diritto a non subire sofferenze percepite come insopportabili' cfr., *ex multis*, F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *DPP*, 2007, 5 ss.; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire», Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008; V. Manes, *È ancora suicidio?, Note di udienza (Corte cost., ud. 23.10.2018)*, in www.associazionelucacoscioni.it, 9; G. Fiandaca, *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *FI*, 1983, II, 235 ss., V. Onida, *Dignità della persona e diritto di essere malato*, in *QG*, 1982, 364 e ss., e D. Pulitanò, *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, *ivi*, 370 e ss.; G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale*, cit., 15.

dalla norma, il *criterio* modulatore decisivo consiste nel bilanciamento d'interessi, che può però essere innescato solo una volta superate le procedure poste a presidio della sua genuinità[61].
In definitiva, il rispetto delle procedure serve a dischiudere uno spazio di libertà per l'individuo, uno spazio neutralmente sgombro dall'illecito, senza che ciò comporti un giudizio di approvazione da parte dell'ordinamento. Tutto ciò a conferma che la disposizione va collocata nella categoria dogmatica delle scriminanti[62].

4.2 Giunti a questo punto, occorre soffermarsi sulle peculiarità strutturali di questa scriminante, che concorrono alla definizione della sua disciplina oltre i canoni disciplinari tradizionalmente riconosciuti alle cause di giustificazione.
In primo luogo, serve - nuovamente - tenere distinti i presupposti e i requisiti che rendono non antigiuridico l'aiuto al suicidio.
Quanto ai presupposti, la scriminante in parola si caratterizza per la sua *iperspecialità*[63], *i.e.* la sua riferibilità alla singola sub-fattispecie di aiuto materiale di cui all'art. 580 Cp e per la tassatività della fattispecie scriminante, vale a dire l'ulteriore espressa circoscrizione del perimetro applicativo della scriminante. Da questo ultimo punto di vista, la scriminante può trovare operatività esclusivamente in un preciso scenario che si caratterizza su diversi piani:
- 'biologico', nella misura in cui deve sussistere una malattia irreversibile e una dipendenza da trattamenti di sostegno vitale;
- 'ambientale', nella misura in cui la situazione deve collocarsi in un contesto medico-chirurgico gestito all'interno di strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale[64];

[61] Si tratterebbe, appunto, del modello discorsivo sotteso alla categoria delle scriminanti procedurali. Alla stregua di tale paradigma, il fatto tipico verrebbe giustificato non in virtù di un bilanciamento di interessi predeterminato dall'ordinamento, bensì in forza del bilanciamento (consegnato agli individui) cui si perviene nel caso concreto, all'esito di un preciso procedimento che lo Stato prescrive di seguire.
[62] Questa la tesi prevalente in dottrina, senza pretesa di completezza cfr. C. Cupelli, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, cit., 89; G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2.3.2020, 6 ss.; M. Donini, Libera nos a malo., cit., 13 ss.; già preconizzata in Id., *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire*, cit., 2862 ss.; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *www.discrimen.it*, 26.5.2020; S. Seminara, *L'art. 580 c.p. e il diritto di morire*, cit., 331; A. Sessa, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della consulta n. 207/2018*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.5.2019. Pure orientati nel senso della causa di giustificazione, seppur a fondamento sostanziale D. Pulitanò, *L'aiuto al suicidio fra vincoli costituzionali e politica del diritto*, cit.; F. Consulich, Stat sua cuique dies *libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?*, cit. *Contra:* A. Nappi, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, cit.; Id., *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del* Bundesverfassungsgericht, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2020; F.A. Siena, *L'aiuto a morire tra nuovi diritti e 'soccorso solidale'*, in *AP*, 2021, 9.4.2021, 22 ss., che ravvisa nell'intervento della Corte una rilettura del bene giuridico protetto dall'art. 580 Cp In senso critico rispetto alla logica del bilanciamento tra diritti seguita dalla Corte cfr. M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia*, cit., 8 ss., secondo cui l'irrilevanza penale deriverebbe piuttosto dallo «stridore» di una reazione di natura comunque punitiva per un gesto in aiuto a chi, nelle condizioni date, chieda di non essere lasciato solo ad attuare una scelta sostanzialmente sua personale, della quale intende assumersi di fronte a tutti la piena responsabilità; con suggerimento di ricollocazione – *de jure condendo* – dell'esimente nell'alveo delle scusanti (*ibidem*, 9).
[63] F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 183.
[64] Enfatizzano in chiave personale-relazionale questo aspetto della scriminante A. Sessa, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio*, cit., 5 s.; R. Bartoli, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 101 ss. Ad avviso di chi scrive, è opportuno valorizzare in termini di 'contesto ambientale' l'elemento che qualifica la situazione scriminante, in modo da consentire alla scriminante procedurale di produrre effetto anche

- ‘personalistico’, nella misura in cui si fa riferimento alla capacità di autodeterminazione rispetto alla scelta delle modalità di congedo dalla vita e alla sensibilità individuale del paziente rispetto alla tollerabilità delle sofferenze psico-fisiche determinate dalla malattia.

La puntualità dei presupposti stabiliti dalla norma denota l’eccezionalità dell’operatività della scriminante e sottende, *a contrario*, la deliberata scelta di escludere dalla disciplina privilegiata i casi non espressamente riconducibili entro questo preciso scenario. Detto altrimenti, i vuoti normativi eventualmente emergenti devono considerarsi come lacune volontarie, che precludono quindi l’apertura al ragionamento analogico[65]. D’altra parte, l’esclusione di casi simili può sempre essere rimessa in discussione dal Parlamento attraverso una diversa enucleazione dei presupposti, oppure attraverso il sindacato di proporzionalità da parte della stessa Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla ragionevolezza dell’estromissione di quei casi dalla disciplina privilegiata.

Viceversa, i requisiti della scriminante fanno riferimento alla sua dimensione operativa e sono strettamente ancorati alla procedura che serve da presidio garantistico funzionale a: (i) riservare la competenza circa la verifica dei presupposti a determinati soggetti, ritenuti idonei a svolgere questo compito in ragione della loro professionalità (strutture mediche previa consultazione del comitato etico); (ii) assicurare che sia stata data adeguata informazione rispetto alla situazione medica del paziente e alle alternative disponibili, offrendo contestualmente un supporto al paziente. Anche rispetto alle procedure operative liceizzanti, quindi, non saranno prospettabili applicazioni analogiche, nella misura in cui costituiscono il passaggio obbligato che dischiude lo spazio di libertà riconosciuto all’aspirante suicida che è in grado di mettere in discussione il bilanciamento di interessi tracciato dalla norma incriminatrice.

5. Molto altro si potrebbe dire rispetto a questa nuova scriminante procedurale, ma è il caso di limitare la riflessione ad alcune battute conclusive.

La scelta della Consulta di procedere alla rimozione dell’illegittimità costituzionale mediante il ricorso a regole iper-tipizzate (invece che attraverso una pronuncia ablativa dagli effetti ben più dirompenti) è fondata, probabilmente, sulla volontà di circoscrivere al minimo la portata del proprio intervento in questa delicata materia. Tuttavia, come si è osservato, al fondo di queste regole è ben rintracciabile un principio – quello di autodeterminazione individuale – la cui forza propulsiva può essere soltanto momentaneamente chetata nei confini della regola[66]. Ci si può quindi ragionevolmente attendere che il caso Cappato-Antoniani costituisca soltanto *una* delle tappe di affermazione di questo principio, suscettibile di concretizzazione in altre e diverse regole che il legislatore o la Corte costituzionale potrebbero trovarsi ulteriormente a tracciare.

A tal proposito, vale la pena di rimarcare che in virtù - e, soprattutto in forza - dell’equilibrio tra poteri, della certezza del diritto e dell’uguaglianza sostanziale dei consociati di fronte alla legge, è

---

rispetto alle altre condotte agevolative (es. accompagnamento presso la struttura sanitaria) che pure possono essere ritenute tipiche *ex* art. 580 Cp e che sicuramente – nell’intenzione della Corte – avrebbero dovuto ricadere nel campo delle condotte da scriminare.

[65] Nello stesso senso, rispetto alle c.d. *scriminanti regolatorie* F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 148.

[66] Su questi profili cfr. G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con ‘l’altro’*, cit.; V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, cit., 6 ss.; sulla diversa opzione percorsa dalla Corte costituzionale tedesca in materia, che ha argomentato muovendo anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, cfr. anche G. Fornasari, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e* Bundesverfassungsgericht *a confronto*, in www.sistemapenale.it, 11.6.2020; A. Manna, *Esiste un diritto a morire?*, cit.; N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e* Bundesverfassungsgericht, in *DPenCont*, 2020 (2), 63 ss.

importante che le ulteriori tappe vengano scandite attraverso atti generali e astratti, validi *erga omnes*, sanciti da un legislatore (positivo o negativo) e non invece attraverso la risoluzione particolaristica giurisdizionale di singoli casi concreti affini rispetto a quelli espressamente (e tassativamente) previsti dalla regola.
Si è visto, infatti, che tanto l'esimente per i fatti pregressi, quanto quella per i fatti futuri non consentono un'applicazione analogica in virtù dell'eccezionalità della fattispecie esimente (presupposti fattuali comuni alle due situazioni) e dei requisiti che fondano la scriminante (procedure liceizzanti). Queste regole, tuttavia, non sono altro che il precipitato normativo contingente relativo all'irrilevanza penale dell'aiuto al suicidio e nulla osta a che questa disciplina possa essere rivisitata ulteriormente[67].
Pertanto, il giudice che ritenesse irragionevole l'estromissione da tale disciplina di un caso arrivato alla sua attenzione, dovrebbe premurarsi di sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale[68], invocando il principio di autodeterminazione quale parametro di costituzionalità. Soltanto attraverso un sindacato accentrato sulle regole vigenti si potrà fomentare un'eventuale ulteriore e diversa concretizzazione del principio.
La vicenda Cappato-Antoniani dimostra che questa nuova stagione della Corte costituzionale, pur procedendo *per regole* è in realtà anche (e soprattutto) una nuova stagione dei principî[69], la cui forza non risiede - per natura - nella loro capacità dimostrativa o nella loro necessaria 'giustiziabilità sillogistica', bensì nella loro imprescindibilità[70].

[67] Muovendo dalla considerazione che le condizioni normative individuate nella sentenza siano ancorate a ragioni di *judicial self restraint*, ritiene che le stesse non debbano ritenersi vincolanti V. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, 7.
[68] Questa strada è ritenuta preferibile, anche in ragione dei dubbi in punto di determinatezza della normativa di risulta, da V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, cit., 8. Si rinvia, però, alle criticità procedurali sottese a tale opzione precedentemente individuate, *cfr.* nt. 20.
[69] Ci si muove evidentemente nel solco della matrice impressa dalla lezione di R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, [*Taking Rights Seriously* (1977)], trad. it, Bologna 1982, ried. 2010; come coltivata da R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; e C.E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, cit., 1185-1187.
[70] Cfr. sul punto L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi, cit., 183 ss.

DEROGATIO CUM ABOLITIO E "PECULATO DELL'ALBERGATORE". PROFILI SISTEMATICI

di Michele Spina
Dottorando di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia

Il d.l. 19.5.2020, n. 34 (c.d. "decreto rilancio") ha compiuto due interventi sottrattivi su un oggetto coincidente. Ha infatti asportato materiale normativo dal delitto di peculato ritoccando la disciplina extrapenale da esso richiamata, ma anche, contestualmente, costruito con lo stesso materiale un illecito amministrativo del tutto nuovo. Il lavoro, riassunto il dibattito sviluppatosi attorno alla novella legislativa, mette a confronto le due tesi "strutturali" emerse, mostrandone il comune limite di valorizzare esclusivamente un aspetto della riforma, senza valutare la portata sinergica dei due interventi sottrattivi. All'esito di un tale confronto si accoglie, su rinnovati presupposti, la tesi abolitrice depurandola dal vizio che la connotava: fondarsi su una – irrilevante e dissolta - relazione di specialità sincronica, piuttosto che sulla relazione di specialità diacronica tra fattispecie nuova e reato preesistente. La visuale diacronica consente inoltre di inquadrare dogmaticamente la nuova figura, che presenta caratteri peculiari: trattasi di abolitio criminis non sussumibile nel concetto di abrogazione, ma nel diverso concetto di deroga. Chiude pertanto il lavoro una riflessione sistematica sui profili successori degli illeciti amministrativi speciali e delle figure consimili (c.d. derogatio cum abolitio).
The d.l. 19.5.2020, n. 34 (so-called "decreto rilancio") made two subtractive interventions on a coincident object. In fact, it removed normative material from the peculation crime by revising the extra-criminal discipline referred to by it, but it also, at the same time, built a new administrative offense with the same material. The work, briefly summarizing the debate that developed around the legislative novel, compares the two "structural" theses emerged, showing the common limit of enhancing only one aspect of the reform, without evaluating the synergistic significance of the two subtractive interventions. At the outcome of this comparison, the abolishing thesis is accepted, on renewed assumptions, by purging it of its defect: to be based on an - irrelevant and dissolved - relationship of synchronic specialty, rather than on the relationship of diachronic specialty between new type of offense and pre-existing crime. The diachronic view also allows us to dogmatically frame the new figure, which has peculiar characteristics: it is an abolitio criminis that cannot be subsumed in the concept of abrogation, but in the different concept of derogation. Therefore, the work ends with a systematic reflection on the successor profiles of special administrative offenses and similar figures (so-called "derogatio cum abolitio").

SOMMARIO: 1. La questione intertemporale in pillole. – 2. Il contrasto interpretativo in pillole. – 3. Preliminari al *match* strutturale. – 4. Primo round: modifica mediata *vs* specialità. – 5. Secondo round: rimonta della tesi abolitrice. – 6. Terzo round: note per un possibile *game over*. – 7. Conferme sul fronte della successione mediata. – 8. La scoperta di una nuova *variante* abolitiva: l'«innesto» di un illecito amministrativo speciale.

1. La peculiare vicenda successoria innescata dal c.d. "decreto rilancio"[1] ha acceso un vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza intorno al trattamento giuridico da riservare ai fatti di omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno da parte dell'albergatore, commessi

[1] Ci si riferisce all'art. 180, co. 3, d.l. 19.5.2020, n. 34 recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito in l. 17.7.2020, n. 77.

anteriormente all'emanazione del decreto. Il legislatore dell'emergenza pandemica ha infatti escluso che il titolare della struttura ricettiva espleti una funzione di pubblico servizio nella veste di agente contabile incaricato della riscossione del tributo, mentre, d'altra parte, ha introdotto uno speciale illecito amministrativo volto a sanzionare puntualmente le condotte anzidette. In breve e per non sottrarre tempo all'analisi della questione con profili introduttivi già ampiamente arati[2], il *novum* normativo esibisce una duplice portata innovativa:

a) per un verso, la novella apporta una *modifica mediata*[3] alla fattispecie di peculato (art. 314 Cp), nella parte in cui, declassando la qualifica dell'albergatore da agente contabile a mero responsabile d'imposta, incide, restringendolo, sull'ambito applicativo della predetta fattispecie, prima ritenuta pacificamente applicabile ai fatti in questione[4];

b) per altro verso, la stessa novella introduce un *illecito amministrativo speciale,* presidiato da sanzioni specifiche e ritagliato sulle violazioni tributarie dell'albergatore.

Ferma l'irrilevanza penale delle violazioni successive, per effetto tanto della modifica mediata (*sub* a) quanto della espressa degradazione amministrativa (*sub* b), ci si interroga, come detto, sulla sorte dei fatti antecedenti e in particolare se ad essi possa o meno continuare ad applicarsi il delitto peculato (art. 314 Cp).
La contrapposizione refluisce nell'alternativa secca tra totale impunità e persistente incriminazione, senza possibilità di accesso alla soluzione compromissoria dell'applicabilità, anche per il passato, della sola sanzione amministrativa. I fautori della *abolitio criminis* negano infatti ragionevolmente, insieme alla perdurante rilevanza del peculato, la forza retroattiva del novello illecito, e ciò in difetto di una apposita disciplina transitoria che valga a derogare il principio d'irretroattività operante *in subiecta materia* (art. 1 l. 689/1981)[5].

2. Rinviando per approfondimenti ulteriori alle sentenze e ai contributi succedutisi sul tema[6], riassumo qui i termini essenziali della disputa in commento.

---

[2] Si rinvia a G.L. Gatta, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolitio criminis dopo il 'decreto rilancio'?,* in *www.sistemapenale.it*, 5.10.2020; Id., *Peculato dell'albergatore e revoca del giudicato per intervenuta (?) abolitio criminis: l'ordinanza del g.u.p. di Roma sul caso Paladino*, in *ivi*, 23.12.2020; Id., *La Cassazione applica il 'criterio strutturale' e ribadisce: nessuna abolitio criminis del peculato commesso dall'albergatore prima del 'decreto-rilancio'*, in *ivi*, 28.12.2020; M. Gambardella, *Il decreto rilancio e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di versamento soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, in *www.penaledp.it*, 1.6.2020; Id., *Il "peculato dell'albergatore": una depenalizzazione che non retroagisce?*, in *CP*, 1/2021, 187 ss.; D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti*, in *DisCrimen*, 21.10.2020; F. Alvino – C. Nicolosi, *Peculato ed omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore: profili di diritto intertemporale dopo il decreto rilancio*, in *DisCrimen*, 21.12.2020; G. Civello, *Peculato per omesso versamento della imposta di soggiorno: una interessante decisione del Tribunale di Rimini*, in *AP (web*), 3/2020; G. Amarelli, *"Peculato dell'albergatore": tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria,* tertium datur *l'amnistia?,* in *www.sistemapenale.it*., 5.2.2021; C. Longobardo, *La condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno, tra peculato e illecito amministrativo*, in *AP* (web), 1/2021.
[3] Per le origini di questa espressione, v. G. L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme «integratrici»: teoria e prassi*, Milano 2008, 240 ss.
[4] Cfr. Corte dei Conti, Sezioni riunite, 22.9.2016, n. 22, in *www.self-entilocali.it*; Cass., 26.3.2019 n. 27707, in *CEDCass*, m. 276220; Cass., 17.5. 2018 n. 32058, *ivi*, m. 273446 – 01.
[5] V. *amplius* § 7.
[6] V. nota 2.

Un primo orientamento giustifica la perdurante applicabilità del peculato valorizzando la natura *non integratrice* della modifica mediata[7]. Il mutato assetto del rapporto tributario, con il declassamento del ruolo dell'albergatore da pubblico incaricato a mero garante d'imposta, non avrebbe inciso sulla struttura del reato (art. 314 Cp), né sulla norma definitoria che acclude i requisiti tipici della qualifica attiva assurta a elemento costitutivo della fattispecie (art. 358 Cp). In altri termini, la riforma opererebbe sulle condizioni di applicabilità del peculato, non già sul piano strutturale e astratto della suddetta incriminazione. L'offesa, d'altronde, si sarebbe definitivamente realizzata con l'appropriazione del denaro pubblico da parte del titolare della struttura ricettiva, senza che la sopravvenienza normativa ne abbia eliso il disvalore penale, che apparirebbe anzi confermato. In definitiva, il descritto orientamento attua pedissequamente i postulati della teoria che, rispetto alle disposizioni richiamate dalla norma incriminatrice, distingue tra norme realmente integratrici e norme apparentemente integratrici del precetto, riportando l'art. 180, comma terzo, del "decreto rilancio" nell'alveo di tale seconda categoria[8].

Un secondo orientamento, viceversa, difende la soluzione abolitrice[9]. Le opinioni all'interno di tale filone interpretativo sono assai diversificate, sì da rendere opportuna una schematizzazione che, per quanto brutale e approssimativa possa sembrare, ne consente una più agevole fruizione. Gli argomenti invocati per sostenere l'esito abolitivo sono, da quest'ottica, essenzialmente tre: a) l'*argomento funzionale*, volto a valorizzare la *ratio* della riforma e la sostanziale rimeditazione del

[7] In giurisprudenza: Cass., 28.9.2020, dep. 30.10.2020, n. 30227 in *DeJure*; Cass., 28.10.2020, dep. 17.12.2020, n. 36317 in *DeJure*. In dottrina: G.L. Gatta, *Omesso versamento della tassa di soggiorno*, cit.; Id., *Peculato dell'albergatore e revoca del giudicato*, cit.; Id., *La Cassazione applica il 'criterio strutturale'*, cit.

[8] Teoria compiutamente definita nel lavoro di G. L. Gatta, *Abolitio criminis*, cit. Cfr. anche G. Marinucci- E. Dolcini – G. L. Gatta, *Diritto Penale*, Milano 2018, 131 ss. Si tratta di teoria che frappone un filtro estremamente selettivo tra ordinamento penale e discipline rinviate. In sintesi, solo se la fattispecie si presenta incompleta (norme penali in bianco o definitorie) le predette discipline integrano realmente il precetto, altrimenti (è il caso degli elementi normativi giuridici) si comportano come meri «fatti». Nega, al contrario, l'esistenza stessa della dicotomia D. Micheletti, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino 2006, sia pure recuperando in altro modo un filtro più tenue (in sintesi, a parere dell'A., tutte le norme innovative, impersonali, generali e astratte integrano il precetto, ma quelle di carattere temporaneo ed ordinatorio soggiacciono al *tempus regit actum*, 335 ss.). Invocano un filtro di natura valoriale D. Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino 2019, 548 ss.; Id., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 314 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2015, 84 ss.; § 35 lett. c); E. M. Ambrosetti, *Riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni unite*, in *CP*, 2008, 3592 ss.; C. F. Grosso, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *RIDPP*, 1960, 1206 ss. Equiparano, invece, la successione mediata a quella immediata, senza quindi frapporre alcun filtro, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino 2013, 165 ss.; S. Del Corso, *Successione di leggi penali*, in *DigDPen*, vol. XIV, Torino 1999, § 11; T. Padovani, *Diritto Penale*, Milano 2019, 50-52, che argomenta altresì in base alla coincidenza del concetto di fatto *ex* art. 2, co. 1 e 2 Cp; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna 2019, 109 ss.; G. De Vero, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino 2020, 287-288, per cui tuttavia la coincidenza s'impone in virtù dell'istanza rieducativa *ex* art. 27 co. 3 Cost., che impone una lettura estensiva della disposizione, in accordo con l'opinione di L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano 2004, 242 ss.; 279 ss.; Id., *Successione di norme "integratrici" e mancanza di chiamata alla leva: si consolida il revirement della Cassazione*, in *RIDPP*, 2006, 1653 ss. Per una recente rivisitazione della teoria del fatto concreto v. G. Puglisi, *Modificazioni mediate della fattispecie e diritto penale intertemporale: ragioni teleologiche ed ermeneutiche pro libertate*, in *RIDPP*, 2/2017, 789 ss., (v. *ivi* p. 799, nota 56, per un quadro esaustivo delle opinioni nella manualistica).

[9] In giurisprudenza: G.I.P. T. Rimini, 20.11.2020, Giud. M.B., in *AP* (web); G.I.P. T. Rimini, 24.7.2020, Giud. Vitolo, in www.sistemapenale.it; G.U.P. T. Roma, 2.11.2020, dep. 10.11.2020, n. 1515, Giud. Azzolini, *ivi*; T. Perugia, 24.11.2020, Pres. Verola, est. Loschi, *ivi*; T. Salerno, 19.10.2020, dep. 21.12.2020, Pres. Casale, est. Rossi, *ivi*. In dottrina: D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit.; M. Gambardella, *Il decreto rilancio* cit.; Id., *Il "peculato dell'albergatore"*, cit.; G. Civello, *op. cit.*, C. Longobardo, *op. cit.*

disvalore attribuito alle violazioni tributarie dell'albergatore[10]; b) l'*argomento qualificatorio*, che assegna natura di interpretazione autentica alla novella legislativa, nella parte in cui degrada il titolare della struttura ricettiva a mero garante dell'obbligazione legale[11]; c) l'*argomento strutturale*, che risolve il problema applicando il criterio di specialità, in quanto ravvisa un siffatto rapporto tra il delitto peculato e l'illecito amministrativo di nuovo conio, con conseguente *abolitio* della porzione specificata[12].

Il contrasto di maggiore interesse, come è evidente, si ravvisa sul piano formale, ossia tra chi enfatizza la modifica mediata per escludere l'effetto abolitivo e chi, al contrario, ricorre alla specialità per ammettere l'opposta conclusione (e cioè invoca l'argomento strutturale *sub* c). Entrambe le tesi muovono dal comune presupposto che la ridefinizione dell'obbligazione tributaria non ha carattere ricognitivo-retroattivo (*sub* b); e che nessun argomento valoriale può valere a dirimere la prospettata controversia (*sub* a). Le suddette tesi, in altri termini, sono strutturaliste e condividono le premesse di partenza, le regole del gioco, muovendo dall'idea che la questione debba trovare risposta sul piano astratto delle fattispecie di riferimento: ma se la prima tesi *continuista* inquadra il problema nel capitolo della successione mediata, la seconda *abolizionista* sposta l'attenzione sul concorso di norme ovvero, genericamente, sul rapporto di specialità tra le fattispecie avvicendantesi. Da qui il conflitto e la diversa soluzione che traggono dai rispettivi incasellamenti preliminari.

È utile prendere le mosse dal predetto contrasto, per la portata generale che lo connota e che trascende le peculiarità del caso controverso. Siccome poi il carattere interpretativo di una norma (*sub* b), derogando alla naturale irretroattività della stessa, deve risultare da indici espressi che qui non sembrano ricorrere[13], e siccome allo stesso modo i criteri valoriali (*sub* a) sono tendenzialmente sconfessati dai prevalenti orientamenti in materia di successione e concorso di norme, ne deriva che lo scioglimento della questione nell'ottica strutturale appare decisivo anche ai fini del dibattito appena illustrato.

3. Astraendo dai termini specifici della questione interpretativa suesposta, occorre interrogarsi sugli effetti intertemporali di una riforma che, da un lato, restringa il campo applicativo di un reato mediante la modifica della disciplina extrapenale ivi richiamata, dall'altro, introduca un illecito amministrativo volto a sanzionare proprio la porzione di fatti che la modifica predetta ha

[10] G.U.P. T. Roma, cit. alla nota precedente, che, pur muovendo da una professata ottica strutturalista, si spende altresì in argomentazioni volte a sottolineare la volontà politica del legislatore di prevedere una disciplina di minor rigore nei confronti di un settore in gravissima crisi, anche alla luce dell'emergenza sanitaria, ed esposto alla sanzione penale in ragione del ruolo di agenti riscossori attribuito agli albergatori senza alcuna contropartita economica (p. 5). Valorizza la *ratio* della riforma anche T. Firenze, 8.10.2020, n. 2133, la cui motivazione è richiamata da T. Perugia, cit. nota precedente, nonché, in dottrina, C. Longobardo, *op. cit*, 23 ss.

[11] In giurisprudenza: G.I.P. T. Rimini, 20.11.2020, Giud. M.B, cit. In dottrina: D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti*, in *DisCrimen*, 21.10.2020, il quale valorizza altresì il dato della mancanza di una preesistente norma integratrice che sia stata sostituita: l'art. 180 d.l. rilancio, in effetti, non è subentrato a una precedente disciplina rinviata, ma ha qualificato il rapporto tributario in maniera diversa rispetto a come prima interpretato dalla costante giurisprudenza; analogamente, G. Civello, *op. cit.*

[12] In giurisprudenza: T. Perugia, 24.11.2020, cit.; T. Salerno, 19.10.2020, cit. In dottrina: M. Gambardella, *Il decreto rilancio*, cit.; Id., *Il "peculato dell'albergatore"*, cit.

[13] La soluzione, peraltro, non garantisce la revoca dei giudicati di condanna *ex* artt. 2 co. 2 Cp e 673 Cpp, cfr. G. Civello, *op. cit.*, 12. Sul tema dell'interpretazione autentica, di recente, G Tracuzzi, *Diritto & finzione. Alcune considerazioni in tema di interpretazione autentica*, in *Federalismi*, 8/2019, 1 ss. Sui rischi della retroattività e sulla presunzione di irretroattività che deve assistere ogni norma giuridica, A. Pugiotto, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, in *QuadCost*, 2/2017, 449 ss.; 462. Anche nella prassi applicativa l'irretroattività della norma è presunta *iuris tantum*: cfr., tra molte, Cass. civ., 11.5.2015, n. 9462, in *DeJure.*

indirettamente espulso dall'area della punibilità. Si tratta cioè di capire quali conseguenze scaturiscano da una modifica mediata che sottragga materiale normativo da una fattispecie incriminatrice per costruirvi un illecito amministrativo del tutto nuovo.
L'intima correlazione tra modifica mediata e illecito speciale assume, anzitutto, valore di *doppia conferma dell'avvenuta depenalizzazione dei fatti regolati*. Se la modifica mediata incide sulla disciplina extrapenale per sottrarre talune vicende dal raggio della punibilità, la selezione delle stesse vicende nella costruzione dell'illecito amministrativo non fa che confermare la scelta depenalizzante già operata con l'intervento precedente.
L'una e l'altra strategia possiedono però implicazioni diverse. La modifica mediata, quando interessa una norma non integratrice del precetto comportamentale, influenza il giudizio di tipicità senza agire sul piano formale e astratto della fattispecie criminosa[14]. Viceversa, l'innesto di un nuovo illecito amministrativo, pur non toccando gli estremi formali della norma incriminatrice, equivale senz'altro a un *novum* che incide sul piano astratto dei rapporti tra norme, non già su quello concreto relativo alla corrispondenza del fatto storico alla fattispecie[15].
Va sottolineata, inoltre, una peculiarità ulteriore della scelta depenalizzatrice attuata ricorrendo alla creazione di un illecito amministrativo speciale, il quale si aggiunga e non si sostituisca al corrispondente reato generale. In questi casi, infatti, non può escludersi *a priori* il concorso formale tra norma penale e norma amministrativa, bensì soltanto *a posteriori*, grazie all'applicazione di una meta-norma che disciplini in senso anti-concorsuale la convergenza apparente (art. 15 Cp e 9 l. 689/1981).
La deroga non è un effetto automatico, né un precipitato necessario del rapporto di specialità. Con il termine specialità si descrive una *relazione giuridica*, nel senso che una norma raccoglie ipotesi già comprese in una norma generale che, oltre a queste ipotesi, ne raccoglie talune altre; ma si descrive anche il corrispondente *principio giuridico* per il quale, a fronte di una siffatta relazione, la norma speciale *deroga* alla norma generale, sicché ai casi relativi si applicherà soltanto la prima e non la seconda. Il principio presuppone la relazione, ma la relazione non implica il principio[16]. Il legislatore resta sempre libero di escludere, a fronte di un rapporto strutturale di specialità, l'operatività dell'effetto derogatorio della norma generale in favore della norma speciale, disponendo l'applicazione congiunta di entrambe le disposizioni[17].

[14] Sempreché si convenga con la teoria del filtro rigido di cui alla nota 8.
[15] V. *amplius* § 8.
[16] S. Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa 2010, 455 ss.; Id., *Lex specialis derogat generali: tra storia e teoria*, in *Regulae Iuris*, Napoli 2016, 123 ss.; Id., *Norme speciali e deroga*, *in Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 15/2011, 69 ss.; 83: «Al contrario di quanto talvolta si afferma, le norme speciali non sono norme di per sé deroganti rispetto alle norme più generali, poiché la deroga è altro dalla specialità delle norme. A differenza della specialità/generalità la deroga non è una questione logico-concettuale inerente al contenuto delle norme ma è una questione di diritto positivo che riguarda la scelta delle norme con cui decidere i casi giuridici». Così pure, nella nostra materia, A. Vallini, *Unità e pluralità di reati*, in AA.VV. *Introduzione al sistema penale*, II, 2001, 377; Id., *Il principio di specialità*, in AA.VV. *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, I, 2016, 267-268.
[17] Si noti come lo stesso art. 9 l. 689/1981, se sancisce l'operatività del principio di specialità tra illeciti penali e illeciti amministrativi di fonte statale, deroga a tale principio in caso di concorso tra disposizione penale e disposizione amministrativa di fonte regionale, v. sul punto C. Piergallini, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del «tipo»*, in *RIDPP*, 1994, 470 ss.; C.E. Paliero – A. Travi, *Sanzioni amministrative*, in *ED*, XLI, Milano 1989, 409; S. Cardin, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedimentali e processuali*, Padova 2012, 123 ss. Altra presunta deroga al principio di specialità si rinviene, come noto, in materia di abuso di informazioni privilegiate (reati *ex* artt. 184 e 185 e illeciti *ex* artt. 187bis-187-ter TuIntFin). In argomento, E. Amati, *Abusi di mercato a sistema penale*, Torino 2012, 291 ss.

Da tanto deriva che il puro innesto di un illecito amministrativo speciale non vale per ciò solo a depenalizzare i fatti in esso ricompresi. Ciò è vero soltanto se, nel contesto di riferimento, si ravvisi una relazione di specialità e, al contempo, si ammetta l'operare dell'omonimo principio. Ricorrendo tali condizioni, si realizza una *depenalizzazione implicita e parziale* della norma incriminatrice generale: *implicita*, perché non assistita da alcuna espressa *abrogazione*; *parziale*, perché relativa ai soli fatti inclusi nella sottofattispecie contemplata nell'illecito amministrativo di nuovo conio[18].
Fatte queste preliminari precisazioni, occorre ora addentrarsi nel cuore della questione intertemporale.

4. Ci siamo sinora riferiti al concetto di "depenalizzazione" in senso atecnico[19], come esclusione della rilevanza penale provocata *tanto* dall'«innesto» di un illecito amministrativo nell'ordinamento, *quanto* dalla riforma della disciplina extrapenale richiamata da un elemento normativo della fattispecie. E abbiamo detto che una simile combinazione produce un duplice effetto decriminalizzante: *sia perché* la nuova disciplina extrapenale non consente la riconduzione dei nuovi fatti all'interno della fattispecie incriminatrice, *sia perché* il nuovo illecito amministrativo riserva loro un trattamento speciale fuori dall'area del penalmente rilevante.
Discorso diverso vale invece in relazione ai fatti pregressi. In forza del generale divieto di retroattività e salva la presenza di un'apposita disciplina in deroga, nessun illecito amministrativo può applicarsi ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore. E tuttavia si potrebbe pensare che, se l'illecito amministrativo speciale appena introdotto può derogare nel presente alla fattispecie di reato, può allora anche innescare effetti abolitivi nel passato. La specialità *sincronica sopravvenuta* dell'illecito amministrativo si traduce così in una forma di *abolizione implicita e parziale* dei fatti pregressi ivi disciplinati, che fa il paio con l'effetto di *depenalizzazione implicita e parziale* dei corrispondenti fatti successivi, nel senso sopra precisato (v. *supra* § 3).
È questa la ricostruzione invocata da chi, a proposito delle modifiche introdotte dal c.d. "decreto rilancio", pone l'accento sulla specialità del nuovo illecito amministrativo per affermare che ai fatti pregressi non si applica né l'uno l'altra: l'illecito amministrativo in conseguenza del divieto di retroattività, la fattispecie penale in conseguenza dell'indiretto effetto abolitivo connesso all'operare del principio *lex specialis derogat lege generali*[20].
Questa lettura imputa alla tesi che esclude l'esito abolitivo di focalizzarsi esclusivamente sulla modifica mediata, cioè sulla disintermediazione del titolare della struttura ricettiva rispetto all'adempimento dell'obbligazione tributaria, senza occuparsi della seconda innovazione apportata dalla riforma, cioè l'introduzione di un nuovo illecito amministrativo[21].

---

[18] V. *amplius* § 8.
[19] Con depenalizzazione in senso stretto s'intende, solitamente, la degradazione dell'illecito penale in illecito civile o amministrativo, v. M, Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, 142 ss.; M. Petrone, *L'abolitio criminis*, Milano 1985, 39; A. Bernardi - I. Zoda, *Depenalizzazione: profili teorici e pratici*, Padova 2008, 16. Per una ricostruzione delle diverse forme di depenalizzazione e sulla scarsa importanza delle etichette, v. C. E. Paliero, *Depenalizzazione*, in *DigDPen*, III, Torino 1989, 425 ss.; F. Giunta, *Depenalizzazione*, in AA.VV. *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano 1986, 198 ss. Va avvertito che talvolta i termini depenalizzazione e decriminalizzazione invertono i propri significati: si vuole perciò che il primo indichi la sopravvenuta liceità del comportamento incriminato, mentre il secondo designi la degradazione del fatto in illecito extrapenale, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 217; B. Romano, *Il rapporto tra norme penali, Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 123; M. Donini, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *CP*, 2003, 2857 ss.; 2874.
[20] Cfr. in particolare T. Perugia, 24.11.2020, cit. e T. Salerno, 19.10.2020, cit.
[21] *Ibidem*, § 7.1 T. Perugia, 24.11.2020, cit.

La tesi in esame finisce però con l'incorrere nel difetto contrario: nell'enfatizzare la forza derogatorio-abolitiva della novità sanzionatoria, essa omette di considerare le ripercussioni scaturenti dal contemporaneo avvento della modifica mediata. Il decreto di riforma, infatti, novellando la disciplina del tributo, ha indirettamente escluso che l'appropriazione dell'albergatore possa riportarsi al delitto di peculato, posto che, si ripete, il titolare della struttura ricettiva non assume più la qualifica di incaricato di pubblico servizio. E la circostanza ha un impatto notevole sulle premesse della tesi all'esame, impedendo di ravvisare un rapporto di specialità *sincronica* tra il delitto di peculato e il nuovo illecito amministrativo: la modifica mediata sottrae dal peculato proprio la classe di fatti su cui avrebbe dovuto innestarsi la continenza normativa, e che ora rimane solamente attinta dall'illecito extrapenale.

Pare, del resto, che il rilievo appena esposto non sia sfuggito alla contrapposta tesi *continuista*, favorevole alla perdurante applicabilità del peculato ai fatti pregressi. Uno dei contributi che difende siffatta posizione discorre in effetti di attuale "eterogeneità" tra fattispecie penale e nuovo illecito amministrativo[22]. La critica coglie nel segno e individua correttamente la ragione dell'infondatezza della tesi avversata: nessun rapporto di specialità sincronica può ravvisarsi tra il delitto di cui all'art. 314 Cp e l'illecito di cui all'art. 180, comma terzo, d.l. rilancio, dal momento che la modifica mediata ha ristretto l'ambito previsionale del peculato estromettendovi proprio la classe di fatti contestualmente regolata dal nuovo illecito amministrativo. Le due norme, perciò, non sono legate da un rapporto di specialità, ma dal diverso rapporto – che spesso si confonde con il primo – di reciproca incompatibilità, tale per cui non esiste alcuna categoria di fatti astrattamente sussumibile nell'una e nell'altra, perché se ricorre l'una non ricorre l'altra e viceversa[23].

Né può offrire nel caso di specie una sponda soddisfacente, come pure ha argomentato in via preventiva la suddetta tesi della "specialità abolitrice", la potenziale riespansione del delitto di appropriazione indebita[24]. Vero è che tale delitto comune e non proprio, potrebbe astrattamente attrarre a sé i fatti dell'albergatore; ma la modifica mediata, a ben vedere, non ha solo inciso sul soggetto attivo del delitto di peculato, bensì pure sul suo oggetto materiale, parimenti descritto per il tramite di un elemento normativo giuridico: l'"altruità" della cosa su cui cade la condotta appropriativa. Il "decreto rilancio", infatti, ha collocato dal lato passivo del rapporto tributario il titolare della struttura ricettiva, qualificandolo come obbligato in solido, talché egli pare incorrere nell'illecito tributario anche a prescindere da un pagamento preventivo ricevuto dal cliente debitore principale. Il rilievo esclude in radice che le somme da versare possano astrattamente corrispondere al concetto di "altruità"; e ciò anche qualora si ritenga che l'appropriazione indebita possa in genere reprimere la ritenzione indebita di somme di denaro[25].

---

[22] F. Lazzeri, *Peculato dell'albergatore e nuovo illecito amministrativo in una recente sentenza di merito: alla base del riconoscimento dell'abolitio criminis una malintesa applicazione del criterio strutturale*, in *www.sistemapenale.it*, 15.1.2021, § 4.

[23] Cfr. F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme*, Bologna 1966, 233, il quale tuttavia distingue l'eterogeneità dall'incompatibilità, pur riconoscendo che entrambe presuppongono la mancanza della convergenza (anche apparente) tra norme – la distinzione è superflua ai nostri fini.

[24] T. Perugia, 24.11.2020, cit., § 14.1

[25] La sentenza di cui alla nota precedente sostiene la potenziale riespansione dell'art. 646 Cp proprio sul presupposto che esso sia applicabile anche con riferimento a somme di denaro. Tuttavia, che l'appropriazione indebita possa ricorrere anche in relazione a somme denaro appare incontroverso, posto che è lo stesso art. 646 Cp a menzionare il denaro come possibile oggetto della condotta appropriativa. Sul diverso problema della cesura tra proprietà e possesso sottesa dalla norma in esame, di difficile praticabilità dal punto di vista civilistico in relazione al bene denaro, v. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte Speciale*, II, 2, Bologna 2015, 111-113. Per l'inconferenza del richiamo all'art. 646 Cp nel caso di specie, con osservazioni analoghe a quelle svolte nel testo, v. F. Alvino – C. Nicolosi, *Peculato ed omesso versamento*, cit., 4.

Il simultaneo intreccio tra modifica mediata e fattispecie normativa non consente quindi di instaurare una relazione di specialità *sincronica* né tra il peculato e il nuovo illecito tributario, né tra quest'ultimo e l'appropriazione indebita. La relazione di specialità, che si sarebbe certamente avuta in conseguenza della mera novità sanzionatoria, viene infatti ad essere infranta dalla contestuale modifica mediata, e non può essere ricostituita, per così dire, *in extremis* mediante il riferimento ad altro reato generale che funga da insperata sponda *pro reo*, poiché tale sponda, nel caso di specie, non sembra offrirsi all'interprete.

5. Da quanto appena illustrato sembrerebbe arduo sovvertire la prevalenza della modifica mediata sul principio di specialità, quantomeno nei casi qui in esame di coincidenza oggettiva tra fatti depenalizzati dal ritocco di una disciplina extrapenale richiamata e fatti contemporaneamente regolati da un illecito amministrativo di nuovo conio.
Parrebbe dunque che l'interprete strutturalista, che si sia preventivamente precluso scorciatoie di carattere sostanziale, debba rassegnarsi all'idea di continuare a punire i fatti anteriori secondo il precedente assetto e i fatti successivi secondo il diritto nuovo; e ciò a meno che non voglia proseguire la battaglia su altro fronte, in nome della parità di trattamento, ossia sul terreno scivoloso della pretesa natura integratrice della norma extrapenale sopravvenuta (*infra* § 7).
Tuttavia, a un esame più approfondito della questione, sembrano permanere valide obiezioni asseverabili contro la tesi *continuista*.
Partiamo con l'immaginare due scenari alternativi che condividono un diverso e più favorevole esito, pur presentando una struttura affine all'ipotesi controversa.
Il primo attiene all'«innesto» di una fattispecie amministrativa speciale che, supponiamo, non si accompagni a una modifica mediata avente identico contenuto oggettivo. Se abbiamo detto che la commistione dei due interventi vale come doppia conferma dell'avvenuta depenalizzazione della sotto-classe interessata, constatiamo che, in assenza di una doppia conferma, e cioè in presenza della sola novità sanzionatoria, opera il principio di specialità che preclude l'applicazione della norma incriminatrice concorrente (art. 9 l. 689/1981)[26].
Da qui un primo paradossale esito: la convergenza di un duplice intervento in chiara funzione depenalizzante (innesto di un illecito amministrativo speciale + modifica mediata), varrebbe a decretare l'estromissione dalla penalità dei soli *fatti successivi* alla sua entrata in vigore; mentre uno solo dei predetti interventi (innesto), sganciato dall'altro (modifica mediata), sancirebbe la definitiva perdita di rilevanza penale *anche dei fatti anteriori* (effetto abolitivo indiretto).
La contestuale presenza della modifica mediata disarticola insomma la relazione di specialità e preclude la prospettata operazione ermeneutica: ciò che tuttavia appare paradossale a fronte di una

[26] Su tale disposizione, cfr. C. E. Paliero, *Note sulla disciplina dei reati «bagatellari»*, in *RIDPP*, 1979, 988 ss.; E. Dolcini – C. E. Paliero, *"Principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "Modifiche al sistema penale"*, in *RIDPP*, 1980, 1167 ss.; S. Larizza, *Profili della politica di depenalizzazione*, in *RIDPP*, 1981, 61; M. Siniscalco, *Commento all'art. 9 l. 24/11/1981*, in *LP* 1982, 227 ss.; F. Sgubbi, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *IP* 1983, 258 ss.; De Roberto, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella l. 24.11.1981 n. 689*, in *RIDPP*, 1983, 1583 ss.; M. Dallacasa, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *IP* 1984, 46; G. Pica, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9 l. 24.11.1981 n. 689: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *GP*, 1985, 374 ss.; A. Rossi Vannini, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, Milano 1990, 60 ss.; E. Penco, *Luci ed ombre del principio di specialità "amministrativa" nei rapporti fra art. 2638 c.c. e art. 190 t.u.f.*, in *GI* 2014, 2290 ss.; Id., *Il principio di specialità "amministrativa". Tra declinazioni interne "formali" e spinte europee "sostanziali"*, in DPC, 3/2015, 63 ss.

modifica che avrebbe, per il futuro, il significato dell'impunità, mentre per il passato conserverebbe il senso della punizione.
Proprio quest'ultima sottolineatura descrittiva evidenzia il singolare disallineamento prodotto dall'interpretazione *continuista*. La modifica non integratrice del precetto svolgerebbe infatti una diversa e opposta funzione a seconda dello spazio temporale considerato: a) nello *spazio post-riforma* varrebbe a decretare la perdita di ogni residuo margine di rilevanza penale delle condotte omissive dell'albergatore, con effetti di restringimento dell'area della punibilità; b) nello *spazio pre-riforma* varrebbe invece a vanificare la decriminalizzazione attuata dalla specialità amministrativa, permettendo l'ultrattività del peculato[27].
Esaminato tale primo profilo d'irragionevolezza cui conduce la tesi *continuista*, si ponga l'attenzione al secondo scenario alternativo, che prospetta un analogo esito paradossale. Attiene ad una ipotesi classica d'«innesto» penalistico, ossia all'introduzione di un reato speciale nel sistema. È pacifico che, se una nuova norma speciale mitiga il rigore di una norma penale precedente, essa dispiega effetti retroattivi con il solo limite del giudicato (art. 2, comma 4, Cp). S'immagini allora che il nuovo illecito introdotto con il "decreto rilancio" punisca le violazioni tributarie dell'albergatore non già a titolo di sanzione amministrativa, come effettivamente avviene, ma a titolo di pena pecuniaria. Nessuno potrebbe seriamente dubitare, in un simile alternativo scenario, della sopravvenuta impossibilità di applicare il peculato ai fatti pregressi, persino oltre il limite del giudicato a causa della trasfigurazione della pena da detentiva in pecuniaria (art. 2 comma 3, Cp). Né potrebbero ostare a tale scontato esito interpretativo gli effetti congiunturali della modifica mediata, la quale, se ha la forza di frantumare la relazione di specialità *sincronica* tra le due norme concorrenti, non riesce tuttavia a disarticolare la specialità *diacronica* tra le due norme in successione (v. *infra* § 6).
Si assiste così a un'evidente asimmetria tra lo scenario prospettato e quello reale: se infatti il simulato carattere formalmente penale del nuovo illecito preclude l'applicazione del più grave reato ai fatti anteriori, il suo effettivo carattere amministrativo conserverebbe invece intatto l'assetto predisposto dal vecchio diritto, permettendo la persistente applicazione del peculato. Il paradosso è evidente: una modifica penale favorevole sortisce effetti retroattivi più intensi della piena depenalizzazione dello stesso illecito.
Anche tale seconda disarmonia si dovrebbe allora spiegare, in mancanza d'altro, con l'onnivora rilevanza assegnata alla modifica mediata sul neofito illecito amministrativo; una spiegazione, pur sostenibile dal punto di vista formale, che lascia interdetti al cospetto dei paradossi illustrati, e che sembra tanto più inaccettabile nell'ottica sostanzialista adottata a livello convenzionale[28].

6. Si è visto che, nel contrasto tutto strutturale tra la tesi *continuista* della successione mediata e quella *abolizionista* della specialità, prevale sul piano logico la prima, in quanto la modifica mediata rompe la relazione di specialità *sincronica* presupposta dalla tesi avversaria. Ma si è anche visto che l'esito della perdurante applicabilità del reato ai fatti pregressi solleva talune perplessità di ordine sostanziale: non spiega perché la modifica mediata dovrebbe impedire nel passato quella stessa depenalizzazione che consente nel presente; né perché l'ultrattività della norma

[27] Detto altrimenti, la modifica mediata si connoterebbe come norma favorevole ovvero sfavorevole in funzione del *tempus commissi delicti*, cioè a seconda che gli omessi versamenti siano stati compiuti prima o dopo l'entrata in vigore del c.d. "decreto rilancio".
[28] Si allude, ovviamente, al concetto euro-convenzionale di "sanzione penale", che attira nel relativo sistema di garanzie tutti gli illeciti amministrativi punitivi che condividano contenuti e scopi della pena in senso stretto, a far data dalla storica sentenza C. eur., 8.6.1976, n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*.

incriminatrice, esclusa al sopravvenire di un *novum* penale più favorevole, dovrebbe conservarsi nell'ipotesi di *novum* amministrativo decriminalizzante.
Queste contraddizioni segnalano un profilo di criticità della tesi uscita vittoriosa dal primo confronto strutturale (v. *supra* § 4), suggerendo di vagliare ipotesi alternative che possano correggere il vizio manifestato dalla surriferita impostazione abolizionista.
Ne provo qui ad avanzare una. Il suddetto vizio potrebbe risiedere nel fatto che il rapporto di specialità è da essa impostato al presente, nella dimensione fuorviata della vigenza attuale delle fattispecie convergenti. Perché, se quel rapporto viene osservato invece nella dimensione cronologica, come rapporto di specialità *diacronica* tra norme in successione, la modifica mediata non concorre a destrutturarlo, come invece succede al preteso rapporto di specialità *sincronica*.
Il punto decisivo mi pare allora questo: se si muove dal presupposto che la modifica mediata non retroagisce, si deve ritenere che nel tempo giuridico anteriore alla riforma attuata con il "decreto rilancio" il peculato raccoglieva effettivamente le omissioni tributarie dell'albergatore (P in T1); mentre le stesse condotte sono, nel tempo giuridico attualmente vigente, previste e punite dal solo illecito amministrativo (IA in T2). Raffrontando le due fattispecie nei periodi corrispondenti (P in T1 e IA in T2), il rapporto tra di esse è di specialità autentica, ma di carattere *diacronico*, con conseguente *abolizione parziale della sottofattispecie depenalizzata* (IA ⊂ P in T1).
Non si nega che la qui prospettata *abolitio criminis* parziale, conseguente alla specialità della fattispecie introdotta, presenti profili innovativi rispetto alla classica ipotesi di riformulazione "specializzante"[29]. Ciò per due ragioni. La prima è che l'innesto dell'illecito tributario non intacca la figura incriminatrice precedente, sicché si avrebbe una inedita ipotesi di "*abolitio sine abrogatio*"[30]. La seconda è che si assiste alla specializzazione di un nuovo illecito amministrativo, non invece alla sostituzione di un reato con un altro. Queste peculiarità, tuttavia, non devono sorprendere né sortire frettolose obiezioni, poiché le due situazioni, pur affini dal punto di vista degli effetti, rimangono concettualmente distinte. Nell'ipotesi della riformulazione del precetto, il problema intertemporale si pone per via della sostituzione della fattispecie preesistente, i cui effetti cessano a far data dall'introduzione del nuovo illecito; nell'ipotesi in esame, invece, l'innesto amministrativistico, lasciando immacolata la fattispecie penale prima deputata a sanzionare i fatti in esso compresi, produce un effetto abolitivo indiretto, che non importa abrogazione. La circostanza non è nuova nell'ordinamento: si pensi all'*abolitio* conseguente all'introduzione di una nuova scriminante, che certo non intacca formalmente alcun reato ma, incidendo sull'antigiuridicità dei casi regolati, li sottrae dal perimetro del penalmente rilevante[31].

[29] "Classica" perché ormai entrata nel vocabolario comune dei penalisti grazie all'insuperata mappatura svolta da T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *RIDPP*, 1982, 1354 ss., partic. 1371 ss.
[30] V. *amplius* § 8.
[31] Si disputa sulla possibilità di estendere il regime intertemporale dell'art. 2 co. 2 Cp all'introduzione o all'ampliamento di scriminanti. Favorevoli in dottrina: M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano 2004, 57; C. Podo, *Successione di leggi penali*, in *NDigIt*, App., 1987, 613 ss.; S. Camaioni, *Successioni di leggi penali*, Padova 2003, 56 ss.; M. Donini, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia*, cit., 2857 ss., 2873 (seppure non dichiaratamente); V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, Milano 2012, 309 ss.; Id., *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, in *RIDPP*, 3/2009, 1326 ss.; G. De Vero, *La successione di leggi penali*, in G. De Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, in F. Palazzo - C.E. Paliero, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, I, Torino 2010, 60; di recente F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino 2019, 459 ss., ma solo con riferimento alle scriminanti nucleari e regolatorie, non anche per quelle occasionali (di cui il prototipo è l'art. 51 Cp). Per queste ultime non potrebbe presumersi che il mutamento normativo sottenda una valutazione politico-criminale; peraltro, la spiccata mutevolezza nel tempo delle norme extrapenali attributive di diritti o impositive di doveri determinerebbe la perenne instabilità di qualsiasi condanna (un *butterlfy effect* insostenibile per la tenuta general-preventiva del sistema). Neutrale ma possibilista, da ultimo, G. Amarelli, *La nuova legittima difesa*

Proprio il parallelo con le scriminanti, anch'esse norme *diacronicamente* speciali ed esterne rispetto alle singole fattispecie criminose alle quali si combinano, convince sulla possibilità di applicare anche alla fattispecie controversa il regime intertemporale dell'art. 2 Cp. Con la precisazione che per "specialità" si deve intendere la relazione tra le due norme succedutesi nella regolazione della sottofattispecie ritagliata dall'illecito amministrativo; ossia deve intendersi la specialità *diacronica*.

L'eventuale modifica mediata che, al contempo, disponga per la suddetta sottofattispecie una disciplina incompatibile con la tipicità del reato anteriormente applicabile, non produce, da quest'ottica, alcuna vanificazione dell'effetto abolitivo: essa contribuisce soltanto a "doppiare" la depenalizzazione dei fatti successivi, ora non solo diversamente sanzionati, ma pure atipici. Non si assiste pertanto al disallineamento temporale che investe la modifica mediata nell'ottica della tesi *continuista* - norma di favore per il futuro e, al contempo, norma di sfavore per il passato - perché secondo la ricostruzione qui prospettata essa assume il costante ruolo di delimitare indirettamente l'area della punibilità, in accordo, peraltro, con la *ratio* della riforma legislativa[32].

Si chiarisce così anche la reale essenza retrospettiva del principio di specialità (artt. 15 Cp e 9 l. 689/1981).

Vedemmo infatti che la tesi abolizionista della specialità *sincronica* assimilava, in qualche modo, l'effetto derogatorio con l'effetto abolitivo, quasi che la specialità sopravvenuta dell'illecito amministrativo dovesse innescare, per il passato, conseguenze depenalizzanti speculari a quelle prodotte nel presente. Si tratta di una prospettiva in parte erronea. La specialità *sincronica*, infatti, non implica *abrogazione*, ma semplice *deroga* alla norma generale; che rimane pur sempre *vigente*, ritraendo soltanto il proprio ambito applicativo. Si vuol qui significare che la deroga vale soltanto per l'avvenire, mentre la sua eventuale retrodatazione non può che derivare da una specifica disciplina intertemporale, che in materia penale corrisponde a quella prevista dall'art. 2 Cp. Ma questa disciplina – qui sta il cuore del problema – impone pur sempre il raffronto *diacronico* delle fattispecie in successione, cosicché non è la specialità *sincronica*, neutra a questi fini, a comportare un indiretto effetto abolitivo, ma la specialità *diacronica* della fattispecie introdotta rispetto alla previgente.

Dalle considerazioni appena svolte consegue che, allorché il legislatore introduce una nuova scriminante, essa, in quanto norma speciale, deroga alla norma penale concorrente in relazione ai

---

domiciliare tra abolitio criminis e successione di leggi penali nel tempo, in *www.legislazionepenale.eu*, 24.3.2020. Favorevoli in giurisprudenza: Cass., 8.3.2007, Grimoli, in *CEDCass*, m. 236502; Cass., n. 38356 del 12.6.2014, Traviglia, *ivi*, m. 260282; Cass., 14.5.2019 n. 39977, Addis, *ivi*, m. 276949; Cass., 8.5.2020, n. 14161, *ivi* (ma con distinzione tra revoca ex art. 673 Cpp e *abolitio criminis ex* art. 2 cpv Cp). Contrari in dottrina: G. Marinucci, *Cause di giustificazione*, in *DigDPen.*, 115 ss., ma per il quale si dovrebbe comunque decidere come se la norma scriminante successiva fosse già in vigore al momento del fatto; M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli 2008, 156 ss., per il quale l'antigiuridicità dovrebbe essere accertata con riferimento al momento in cui il fatto è stato realizzato. Se, una volta venuto ad esistenza, il fatto è antigiuridico, esso può tuttavia non essere più punibile in caso di sopravvenienza di una scriminante. Ciò accadrebbe non in forza dell'art. 2 co. 4 Cp, bensì in virtù della diretta applicazione della norma scriminante, utilizzabile retroattivamente in base al principio di retroattività delle modifiche legislative *in mitius*, diretta declinazione del principio di cui all'art. 3 Cost; Id, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino 2013, 2 ss.; Id, *Legge penale nel tempo*, in *ED, Annali VII*, Milano 2014, 659, ove si specifica che l'ampliamento di scriminante produce una riduzione soltanto "in concreto" della singola fattispecie incriminatrice, che rimarrebbe inalterata nella sua dimensione generale e astratta (senza tuttavia spiegare, sul piano teorico, la prospettata distinzione tra riduzione *anche* "astratta" e riduzione *solo* "concreta").

[32] Non si può infatti sottacere che, nella particolare fattispecie che ci occupa, la modifica mediata assolve all'evidente scopo di evitare ogni fraintendimento sull'attuale irrilevanza penale delle omissioni tributarie dell'albergatore, sicché possono condividersi, sul punto, le considerazioni richiamate alla nota 10 dal G.U.P. capitolino e le riflessioni teleologiche di C. Longobardo, *op. cit.*, 23 ss.

fatti commessi dopo la sua entrata in vigore (S deroga NP in T2); mentre non è detta specialità *sincronica* a operare per i fatti pregressi, bensì, semmai, la specialità *diacronica* tra norma scriminante (S in T2) e norma penale previgente (NP in T1)[33]. Parimenti, gli effetti retroattivi di una norma penale speciale appena varata, non derivano dall'attuale rapporto *sincronico* con la norma penale generale compresente (NPS e NPG in T2), ma dal rapporto *diacronico* tra la norma speciale più mite e la norma generale anteriore (NPS in T2 ⊂ NPG in T1).

Non si tratta di una inutile sofisticheria. Tale erronea impressione si deve al fatto che negli esempi menzionati la fattispecie generale non subisce modificazioni al sopravvenire dell'innesto normativo (ossia non muta da T1 a T2). Se, però, nell'introdurre la norma speciale il legislatore interviene sulla norma generale astrattamente concorrente, anche in via mediata come accaduto con riguardo al peculato, può accadere che, per effetto della riforma, la specialità della nuova norma possa predicarsi soltanto rispetto alla fattispecie *previgente*. Non si avrà, pertanto, alcuna convergenza apparente, alcuna specialità *sincronica* tra fattispecie nuova e reato interpolato; mentre un tale rapporto si instaurerà tra il reato nella sua precedente fisionomia e l'illecito amministrativo di nuovo conio. Specialità *diacronica*, che irradia effetti abolitivi nel passato: e ciò a prescindere da un rapporto di specialità *sincronica* setacciabile nel presente, a prescindere dall'effetto di deroga nei contorti circuiti dell'attualità.

Ne deriva che la modifica mediata, nel caso degli omessi versamenti dell'imposta di soggiorno da parte dell'albergatore, se prevale sulla specialità sincronica - non solo strutturalmente inesistente ma, foss'anche esistente, irrilevante ai fini intertemporali – soccombe invece sul rilievo che il novello illecito amministrativo succede al peculato pre-riforma per il rapporto di specialità diacronica che lo lega al medesimo, consentendo l'applicazione dell'art. 2 comma 2 Cp.

In tale prospettiva il rapporto di specialità diacronica mostra infatti che, nella sostituzione del vecchio diritto con il nuovo, il legislatore ha ritagliato una sottofattispecie dal reato di peculato per sanzionarla fuori dal perimetro penale, cosicché tale sottofattispecie deve considerarsi abolita e i fatti ad essa riconducibili, ancorché commessi in data anteriore, non potranno più essere puniti. Si ha quindi *abolitio* e non già mera *mutatio criminis*, dal momento che la riforma normativa ha investito le fattispecie astratte deputate a regolare non uno specifico fatto materiale, ma una intera classe di casi descritta dalla sottofattispecie abolita e trasfusa in un illecito extrapenale, con i noti precipitati in punto di revoca dei giudicati di condanna[34].

Si torni, a questo punto delle nostre osservazioni, all'ipotesi di riformulazione specializzante della norma incriminatrice, esempio scolastico di *abolitio criminis* parziale; dicemmo che si tratta di ipotesi concettualmente distinta, pur se affine dal punto di vista degli effetti. Tale affermazione è adesso confermata. L'«innesto» di un illecito amministrativo speciale nell'ordinamento, infatti, si risolve in un meccanismo speculare rispetto alla riformulazione specializzante: nel primo caso si tipizza come illecito amministrativo la sottofattispecie sottratta al divieto penale, ritagliandola dalla norma incriminatrice generale; nel secondo caso, invece, il processo di tipizzazione attinge

[33] Se è dunque vero che nell'ottica tripartita una nuova o più ampia causa di giustificazione non elimina l'antigiuridicità esistente al momento del fatto, cfr. G. Marinucci, *Cause di giustificazione*, cit., 115, è anche vero che la sua applicazione retroattiva non sembra trasformarla in una causa di non punibilità sopravvenuta (F. Consulich, *op. cit.*, 461 nota 99), dal momento che gli effetti retrospettivi della norma scriminante derivano pur sempre dalla congiunzione tra principio di retroattività favorevole e principio di specialità (artt. 2 e 15 Cp). Per l'importanza della specialità nella descrizione del fenomeno scriminante – sia pure in prospettiva soltanto sincronica - cfr. G. De Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 349 ss.; 386 ss.; Id. *Le scriminanti putative*, in *RIDPP*, 3/1998, 773 ss.

[34] Nella prassi pare adottare una ricostruzione simile T. Salerno, 19.10.2020, cit. Sulla *abolitio* derogatoria, v. *amplius* § 8.

la sottofattispecie che resta sottoposta al regime penalistico, mentre la sorte della sottofattispecie speculare va ricostruita implicitamente.
In entrambi i meccanismi si assiste quindi al frazionamento di una norma penale incriminatrice in due sottofattispecie distinte, l'una tipizzata espressamente, mentre l'altra rimessa in via implicita ad un regime alternativo. La differenza è di oggetto, che appare invertito nell'una e nell'altra ipotesi: nella riformulazione la tipizzazione concerne la fattispecie punibile e il regime indiretto la fattispecie depenalizzata; nell'innesto la tipizzazione attinge la fattispecie depenalizzata, mentre il regime indiretto coinvolge la fattispecie punibile. Ma la differenza è anche di «visibilità» del problema intertemporale: nella riformulazione esso nasce, come detto, per via della formale sostituzione del reato preesistente, mentre nell'innesto amministrativistico l'assenza della stessa dinamica occulta l'avvenuto scorporamento e la necessità di considerare abolita la sottofattispecie depenalizzata.

7. Sinora si è data per buona la premessa fondamentale da cui muove la tesi *continuista*, quella in base alla quale la ridefinizione del rapporto tributario influirebbe sulle sole condizioni di applicabilità della norma incriminatrice, non sulla sostanza del divieto, in ossequio alla ricordata teoria che distingue tra norme realmente integratrici e norme apparentemente integratrici del precetto[35].
Più nel dettaglio, per accertare la natura integratrice della disciplina richiamata la teoria suddetta adotta due criteri: a) il *criterio strutturale*, che valuta l'incisione della stessa sulla norma incriminatrice, nel senso che solo le norme penali "in bianco" o "incomplete" verrebbero realmente interpolate nel loro nucleo di disvalore dalle fonti richiamate, e ciò diversamente dagli elementi normativi, insuscettibili di ulteriore completamento; b) il *criterio valoriale* dell'offesa al bene giuridico, alla stregua del quale la fonte mediata degraderebbe a mero "fatto", sia pure normativo, quando la modifica sopravvenga a un'offesa già definitivamente esaurita, senza comprometterne l'originario disvalore[36].
Senza attardarsi su tale complessa questione dogmatica, si segnala qui una possibile criticità cui si espone la riconduzione della modifica mediata apportata dal "decreto rilancio" al novero delle norme non integratrici.
Mentre le ipotesi ricondotte a questo novero individuano, in effetti, offese già esauritesi al momento della sopravvenienza normativa, offese compiute che da essa non vengono intaccate, né creano, laddove punite secondo la norma incriminatrice interessata, alcun *vulnus* al principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., appare invece più complesso affermare che accada lo stesso nel caso nostro.
Se un soggetto incolpa falsamente taluno di un reato inducendo l'autorità giudiziaria ad inutili investigazioni, la sopravvenuta depenalizzazione del suddetto reato non muta il disvalore del fatto commesso, né sarà possibile in futuro commettere un identico fatto, bensì soltanto una identica offesa; se lo straniero extracomunitario viola l'ordine d'allontanamento del questore e, successivamente, lo Stato di cui è cittadino entra a far parte dell'Unione Europa, con conseguente perdita della qualifica sottesa al reato, la sopravvenuta comunitarizzazione dello Stato in questione non muta il disvalore del fatto commesso, né sarà possibile, in futuro, commettere da parte del cittadino di quello Stato un identico fatto, bensì unicamente, da parte di altri cittadini stranieri, una identica offesa; se si falsificano banconote aventi corso legale e, in seguito, la valuta sovrana

[35] V. nota 8.
[36] Cfr. G. L. Gatta, *Abolitio criminis*, cit., 275 ss.

cambia, non muta per ciò solo il disvalore del fatto commesso, né l'indomani sarà possibile commettere un identico fatto, ma solo una identica offesa, contraffacendo la valuta nuova.
In tutti questi casi di norme pacificamente non integratrici la sopravvenienza lascia immacolata l'offesa, lambendola all'esterno e non creando disparità tra nuovi e vecchi imputati: la stessa offesa può oggi essere compiuta soltanto mediante un fatto non identico, poiché esso non risulta più integrare la qualificazione normativa sottesa al reato[37].
Ebbene: la riforma dell'obbligazione tributaria attuata con il "decreto rilancio" non rinuncia a reprimere le *stesse* condotte, le *stesse* tipologie d'inadempimento già represse in passato dal delitto di peculato; al contrario le tipizza in un illecito amministrativo apposito. La riforma sembra così non aver cancellato il disvalore del fatto, oggi consistente in una *offesa diversa*.
Pare insomma essere mutata la dimensione dell'offesa e non semplicemente il complesso di fatti riportabili all'interno dello schema legale. È allora quasi ovvia la sperequazione che si scorge tra nuovi e vecchi imputati, perché albergatori responsabili di fatti identici verrebbero diversamente trattati, nei periodi corrispondenti, secondo la diversa valutazione del legislatore.
Ritengo tuttavia che questa critica non colga nel segno, perché indotta dalla ormai nota compenetrazione tra modifica mediata e nuovo illecito amministrativo. Una volta isolata la riconfigurazione dell'obbligazione tributaria dalla novità sanzionatoria, è invece corretto sostenere che la prima, in qualità di mero criterio di qualificazione normativa, *non integri* la norma definitoria di cui all'art. 358 Cp, di per sé completa in tutti i suoi elementi[38].
La distonia che si osserva sul piano dell'offesa si deve allora soltanto al contemporaneo ritaglio della sottofattispecie tributaria, la quale esprime un diverso giudizio di meritevolezza di pena in ordine ai fatti ivi contemplati. Mentre infatti la modifica mediata impedisce la qualificazione dell'albergatore come incaricato di pubblico servizio, senza incrinare la compiutezza di un simile concetto normativo, autonomo e distinto dai soggetti che, sul piano *concreto*, ne presentano di volta in volta le caratteristiche tipiche, l'innesto normativo opera invece sul piano *astratto* della norma penale, sottraendole una classe di casi e imprimendo ad essi una rinnovata e diversa valutazione offensiva (v. *supra* § 3)[39].

8. L'analisi appena condotta ha svelato la presenza di una nuova «variante» abolitiva nel sistema: la creazione di un illecito amministrativo speciale rispetto ad altro illecito penale generale[40].

[37] La dottrina che rifugge dal binomio integrazione reale/integrazione apparente, assumendo che tutte le informazioni giuridiche di cui il giudice si avvale per perimetrare l'area di tipicità non possono che essere considerate a pieno titolo come frammenti della legge penale, parla in proposito di norme "ordinatorie" funzionalmente fungibili, che sono tali perché ciò che rileva, ai fini della fattispecie penale, non è ciò che queste norme "prescrivono": ma è l'effetto costitutivo che esse producono; con la conseguenza che la loro sostituzione non produce alcuna instabilità intertemporale del giudizio sotteso alla norma penale. Si recupera così comunque un filtro (v. nota 8), seppure meno selettivo, alla penetrazione delle modifiche *in bonam* delle discipline extrapenali rinviate. L'irretroattività di talune di esse, infatti, non dipende dall'art. 2, co. 1, Cp, ma dal fatto che non era materialmente realizzabile prima della loro introduzione il fatto offensivo che esse contribuiscono a descrivere, cfr. D. Micheletti, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit., 11; partic. nota 39, che richiama la più ampia analisi svolta in Id., *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino 2006, 441 ss.
[38] Così G. L. Gatta, *Abolitio criminis*, cit., 299-300. *Contra* F. Alvino – C. Nicolosi, *Peculato ed omesso versamento*, cit., 8 ss.
[39] Per dar voce a simili intrecci tra dimensione astratta e dimensione concreta le S.U. "Magera" affermarono che talune modifiche mediate sarebbero in ogni caso da considerare abolitrici «per l'assetto giuridico che realizzano». Valorizzano tale eccezione per argomentare l'esito abolito, sia pure in modo differente dall'impostazione proposta nel testo, F. Alvino – C. Nicolosi, *Peculato ed omesso versamento*, cit., 10 ss.
[40] Si deve avvertire che la sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, anche in tempi di panpenalismo, importa che il principio di specialità operi normalmente all'opposto, preferendo la più selettiva e assorbente qualificazione

Si è visto che il fenomeno si presenta affine alla riformulazione specializzante del reato, perché centrato sul concetto di sottofattispecie, con l'importante differenza che decriminalizza il reato senza intaccarne la struttura e, sotto tale profilo, se ne è proposta l'assimilazione, *mutatis mutandis*, all'«innesto» di una causa di giustificazione; parallelamente, si è visto pure che, se si nega l'applicazione della disciplina penale propria delle norme incriminatrici al fenomeno in argomento, si genera una incoerenza sistematica evidente: lo stesso illecito retroagirebbe se qualificato come penale, non invece se qualificato come amministrativo, cioè come illecito ormai depenalizzato.
Tutte queste affermazioni si debbono ad alcune premesse sistematiche che vanno ora brevemente sviscerate e chiarite, con la promessa di riservare a un prossimo studio i necessari approfondimenti sul tema.

---

penale del fatto lesivo. Accade poi sovente che il sistema si configuri prevedendo un doppio binario sanzionatorio, sul presupposto dell'identità logico-concettuale dell'offesa da reprimere. Se quindi facilmente una norma penale incriminatrice appare speciale o identica al fatto dedotto in un illecito amministrativo, è invece assai rara l'evenienza contraria (per analoghi rilievi in relazione all'art. 19 d.lgs 74/2000, disposizione "fotocopia" dell'art. 9 l. 689/1981 nel settore penale-tributario, cfr. A. Vallini, *Il principio di specialità*, cit., 270). Potrebbe allora dubitarsi già in astratto che il diritto punitivo amministrativo possa sprigionare effetti abolitivi, considerata la necessaria specialità del criterio di imputazione penale fondato sulla colpevolezza e sulla eccezionalità delle fattispecie colpose. Si ritorni per esempio al peculato: reato punito a titolo di dolo, richiesto quale requisito necessario. Questa forma di colpevolezza potrebbe costituire pressoché sempre un elemento specializzante d'ostacolo alla pretesa prevalenza dell'illecito amministrativo, così imponendo - ove si volesse comunque affermare la "ritirata" della sanzione penale - il costante ricorso alla teoria della specialità "bilaterale" o "reciproca". Non mi pare tuttavia corretto basare sul dolo o sulla colpevolezza una preclusione generale alla possibile prevalenza del diritto punitivo amministrativo. La specialità, pur denotando una relazione tra norme, ha un contenuto necessariamente valutativo, perché richiede «un criterio di rilevanza circa quali sono gli elementi comuni e le differenze che contano e la scelta del criterio di rilevanza poggia su assunzioni di valore» (S. Zorzetto, *Lex specialis derogat generali*, cit., 135). Ne viene che l'elemento soggettivo, al pari della *species* di pena comminata, non appare svolgere la funzione di elemento determinante ai fini della specialità, altrimenti ponendosi come ostacolo anche all'eventuale specialità tra delitti e contravvenzioni. E ciò perché sull'elemento soggettivo e sulla colpevolezza non convergono quei profili di disvalore oggettivo che la specialità s'incarica di cogliere, scongiurando ingiuste duplicazioni sanzionatorie (*ne bis in idem* sostanziale). A questo obiettivo - a trascurare cioè la considerazione di certi elementi in sede di raffronto strutturale, onde evitare che la specialità "unilaterale" si trasformi pressoché sempre in "bilaterale" – mirano del resto anche le citate letture estensive dell'art. 15 Cp, ma su un fondamento a mio avviso erroneo: la dicotomia aggiunta-specificazione sulla quale esse si fondano riflette l'ulteriore binomio assenza-presenza dell'elemento specializzato nella fattispecie generale, binomio declinabile soltanto rispetto alle disposizioni testuali e non, come dovrebbe essere, rispetto alle norme interpretate. L'obiettivo di fondo resta tuttavia benemerito, e allora urge la messa a punto di una *teoria penalistica dei termini determinanti* (S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., 238 ss.): una selezione schietta, in base a previe considerazioni di valore, dichiarate in anticipo, stipulative e senza quindi postumi sotterfugi, degli elementi speciali da pretermettere in sede di confronto strutturale (per il *minimum* di convergenza richiesta a tal fine, desumibile in controluce dall'art. 81 Cp, v. A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle corti*, in *DPP*, 4/2018, 525, partic. § 4; Id., *Unità e pluralità*, cit., 380 ss). La stessa dicotomia sopra citata, risalente a De Francesco, ne rappresenta peraltro un occulto esemplare: se alcuni elementi tipici possono talora mancare (è il caso della "aggiunta": 605, 630 Cp), i *soggetti* e la *condotta* difficilmente sfuggiranno alla formulazione linguistica del tipo (è il caso della "specificazione": 314, 646 Cp), sicché altrettanto difficilmente la specializzazione di questi elementi comporterà una fuoriuscita dalla «stessa materia» *ex* art. 15 Cp
Va comunque evidenziato che la giurisprudenza ammette la specialità del sistema punitivo amministrativo senza neppure porsi la questione problematica del criterio soggettivo d'imputazione (v. nota 56). È questo d'altronde un approdo già inscritto nell'art. 9 l. 689/1981; la disposizione non trova riscontri in altri contesti giuridici, essendo ben più diffusa la scelta di sancire la prevalenza del diritto penale in ogni caso. Tuttavia, non solo dai lavoratori preparatori emerge la volontà del legislatore storico di sacrificare la norma penale generale in favore della norma speciale depenalizzata, ma le eccezioni contenute nell'art. 9 l. 689/1981 sottendono chiaramente l'operatività generale della deroga anche in preferenza della fattispecie amministrativa.

La prima e fondamentale premessa muove dalla distinzione tra abolizione e abrogazione. Capita alla riflessione penalistica di confondere le due nozioni, come se la prima fosse una naturale conseguenza della seconda, ma si tratta di una equiparazione sbagliata, frutto dell'uso di metafore anodine, come eliminazione, cancellazione o estinzione di una norma dall'ordinamento, che contribuiscono a confondere le idee e a generare numerosi equivoci[41].
Chiarisco immediatamente il punto fornendo due definizioni pressoché consolidate.
L'abolizione designa la perdita di rilevanza penale di una classe di fatti secondo una (ri)valutazione astratta del legislatore.
L'abrogazione, invece, più studiata dai teorici del diritto, denota la semplice inefficacia *de futuro* della norma incriminatrice abrogata, che rimane "viva" e non si estingue[42].
L'abolizione può certo derivare – e spesso deriva - da una abrogazione: a) *espressa*, quando il legislatore espunge una certa disposizione incriminatrice dall'ordinamento, senza che un'altra fattispecie possa riespandersi e prenderne il posto; b) *tacita*, quando il legislatore riformula, restringendo il suo ambito applicativo, una disposizione incriminatrice o una disposizione *integratrice* da essa richiamata[43].
Se ne ricava che l'abolizione è una fattispecie complessa di cui l'abrogazione costituisce un mero presupposto. Lo asseverano plasticamente i casi nei quali l'abrogazione di un reato, pur attuata

[41] Nella manualistica compare spesso un'ambigua sovrapposizione tra i due concetti: v. F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit. 83 ss.; T. Padovani, *Diritto Penale*, Milano 2019, 46 ss.; G. De Vero, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, Torino 2020, 710 s; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino 2013, ss. Distinguono chiaramente l'abolizione dall'abrogazione, G. Marinucci – E. Dolcini - G. L. Gatta, *op. cit.*, p.125 ss.; G. Fiandaca – E. Musco, *op.cit.*, 100 e D. Pulitanò, *Diritto Penale*, cit., 543, il quale testualmente afferma: «Non sempre l'abrogazione di una norma penale equivale ad abolizione della rilevanza penale dei fatti in essa ricompresi». Dichiarato assertore della perfetta identità tra abrogazione e abolizione è M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit. 121 ss.; *Legge penale nel tempo*, cit., 657; Id, *Lex mitior*, cit., 14 ss., ma l'equiparazione va a mio avviso respinta perché: a) si è altrimenti costretti a dire che nei casi di *abrogatio sine abolitio*, contro il senso stesso del broccardo, v'è abrogazione della disposizione ma non della norma (v. nota 44); b) si è altrimenti costretti a negare valenza abolitiva a tutte le modifiche esterne al tipo: modifica di scriminanti, modifica di elementi normativi, illeciti amministrativi derogatori etc., salvo poi attribuire la stessa valenza alla *mutatio* favorevole di norma definitoria, che pure determina una modifica soltanto *indiretta* del tipo; c) soprattutto, i due concetti rimangono distinti, e non può sottomettersi un istituto del diritto penale come l'*abolitio criminis* a un concetto di teoria generale che vi si sovrappone ma non vi si identifica, escludendo così dal novero della retroattività incondizionata fenomeni consimili – come la *deroga* apportata da una norma speciale *ex* artt. 15 Cp e 9 l. 689/1981. Si noti peraltro come, argomentando dalla specialità sincronica sopravvenuta, lo stesso A. concluda per l'*abolitio criminis* del reato di peculato nella commentata vicenda dell'albergatore (laddove non si è appunto avuta alcuna *abrogazione* della menzionata fattispecie, bensì soltanto *deroga* alla stessa: cfr. Id., *il decreto rilancio*, cit.; Id., *Il "peculato dell'albergatore"*, cit); e si noti altresì che lo stesso A. si fa altrove alfiere della distinzione tra "disposizione" e "norma" (v. nota 44), salvo poi ripiegare sul rinnegato concetto di "disposizione" nell'escludere la rilevanza abolitiva dell'innesto/ampliamento di cause di giustificazione (*Lex mitior*, cit., 2 ss.; *Legge penale nel tempo*, cit., 659-660, ove si parla di mancata "incisione" della scriminante sulla «fattispecie astratta» o sul «singolo e specifico tipo di illecito penalmente sanzionato così come descritto dal legislatore»).
[42] Sull'istituto dell'abrogazione – rapporto al quale si registra oggi una sostanziale concordia - v. M.S. Giannini, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, in *Università degli Studi di Perugia. Annali della facoltà di Giurisprudenza*, Perugia 1942, 29; S. Pugliatti, *Abrogazione degli atti normativi*, in *EG*, I, Milano 1958, 141 ss.; F. Modugno, *Abrogazione*, in *EG*, XVII, Roma 1988, 1 ss. F. Sorrentino, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *RTrimDP*, 1/1972, 18 ss.; A. Celotto, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *EG*, XVII, Roma 1998, 1 ss; Id., *Fonti del diritto e antinomie*, Torino 2019, 30 ss.; V. Marcenò, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino 2013, 27 ss.
[43] Tanto perché l'abrogazione, in definitiva, mira a determinare l'inefficacia di una norma a prescindere dall'identità degli enunciati linguistici necessari a costituirla: la riforma in senso restrittivo della disposizione integratrice possiede dunque una chiara attitudine abrogativa, pari a quella che si avrebbe con la diretta riscrittura della disposizione integrata.

attraverso l'espunzione dall'ordinamento di una determinata fattispecie, non determina abolizione, siccome una fattispecie generale compresente si riespande (*abrogatio sine abolitio)*[44].
La «variante» abolitiva che si è appena scoperta, quella dell'illecito amministrativo punitivo speciale, ci consente allora di constatare che, accanto all'abolizione fondata sull'*abrogazione*, si affianca una abolizione fondata sulla *deroga*.
Per sostenere l'assunto richiamo qui una conclusione di teoria generale.
La dottrina giuspubblicistica si è oggi assestata nel ritenere che tra abrogazione e deroga non si pongono soverchie differenze[45]. Nella sua forma tacita e parziale, in effetti, l'abrogazione si distingue dalla deroga soltanto perché non ammette la *reviviscenza* automatica della norma sostituita in caso di abrogazione della norma abrogante[46].

Esempio: A) il legislatore introduce una disposizione *x* che prevede un nuovo beneficio fiscale in favore dei professori universitari in sostituzione di un altro precedente, il quale ne rimane parzialmente abrogato; B) il legislatore introduce una disposizione *x* che prevede uno speciale beneficio fiscale per i professori universitari, in deroga a un beneficio generale che continua ad applicarsi ad altre categorie. Cosa accade se, un anno dopo, il legislatore ci ripensa e abroga la disposizione *x*? A) è *dubbio* che ai professori universitari possa tornare ad applicarsi il vecchio regime (c.d. reviviscenza della norma "abrogata"); B) ai professori universitari torna *sicuramente* ad applicarsi il vecchio regime (c.d. riespansione della norma generale "quiescente").

---

[44] Chi, come Gambardella, rimane fedele all'equazione "abolizione = abrogazione", giustifica questa eventualità sul presupposto che in tali casi si verificherebbe abrogazione della *disposizione* e non già della *norma*, la quale, al contrario, non verrebbe a sua volta abrogata (p. 126 della monografia e p. 664 della voce enciclopedica, richiamate entrambe alla nota 41). Tuttavia, nella più recente lettura di teoria generale che qui si condivide, cfr. N. Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino 2017, 30 ss., l'abrogazione è fenomeno unitario che attiene pur sempre alle norme, seppure nella sua forma *espressa* si realizzi "sopprimendo" disposizioni. In altre parole, «anche l'abrogazione espressa agisce sul piano normativo, perché si verifica comunque un contrasto fra le discipline che si succedono, per quanto privo di particolari problemi di natura interpretativa» (p. 34). Non è dunque concepibile una pretesa abrogazione di una disposizione che, di riflesso, non comporta abrogazione delle norme da essa ricavabili, tanto più che nelle ipotesi di *abrogatio sine abolitio* la fattispecie ripristinata collega quasi sempre alla fattispecie abrogata sanzioni e/o condizioni di punibilità e procedibilità diverse e inevitabilmente "nuove". In tali ipotesi, la norma speciale è dunque stata necessariamente *abrogata* assieme all'enunciato che la conteneva, pur non essendo stato *abolito* il reato corrispondente (nel senso che la classe di casi contemplata dalla norma abrogata non ha perso rilevanza penale, per riespansione di altra norma generale più ampia). Né può invocarsi a sostegno della qui criticata equazione il testo dell'art. 673 Cpp, che recepisce, nel riferirsi alla "abrogazione", la comune confusione tra i due termini. Quell'improprio sostantivo deve infatti riportarsi al più corretto significato di "abolizione". Discorre, in proposito, di accezione "sostanziale" di abrogazione, corrispondente all'abolizione del reato, R. Alagna, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna 2017, 41, nota 136, che richiama concorde dottrina processualistica.
[45] Sulla nozione di deroga v. G. U. Rescigno, *Deroga (in materia legislativa)*, in *EG*, XII, Milano 1964, 303 ss.; M. Patrono, *Legge (vicende della)*, in *EG*, vol. XXIII, Milano 1973, 920 ss., partic. § 8; F. Modugno, *Efficacia*, in *DizDirPub*, Milano 2006, 2138. Va segnalata in questa sede la peculiare posizione di M. Trapani, *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Torino 2019, 1 ss., il quale, con incursione nel campo della teoria generale, da un lato respinge l'idea dell'abrogazione come mera inefficacia della norma abrogata, ritenendo piuttosto che quest'ultima, a seguito dell'abrogazione e secondo una metafora fortemente criticata, "scompaia" e cioè si "estingua" dall'universo giuridico; dall'altro lato osserva che dall'introduzione nel sistema di una disposizione speciale promanino tre norme: una prima che abroga la precedente norma generale; una seconda di tipo "generale", ma avente un contenuto parzialmente diverso rispetto alla norma generale abrogata, perché non più riferibile anche al contenuto della nuova norma speciale e applicabile ai soli fatti futuri *ex* art. 11 Preleggi; una terza avente lo stesso contenuto della norma generale abrogata, ma applicabile ai soli fatti pregressi (v. nota 131 p. 105 *op. cit.*).
[46] V. per tutti V. Marcenò, *op. cit.*, cit., 42 ss.

Non si tratta però di una differenza che consenta al penalista di negare la perfetta equipollenza tra abolizione e deroga nel sortire effetti abolitivi. Ciò perché l'eventuale automatismo nel ripristino della porzione inefficace non influisce in alcun modo sull'essenza dell'abolizione. Questa si fonda, infatti, sulla perdita di rilevanza penale di una astratta classe di casi, e presuppone cioè una scelta sottrattiva operata in astratto dal legislatore, come riflesso di un mutato giudizio di meritevolezza penale. Ebbene: la deroga rispecchia le suddette prerogative, perché al pari dell'abrogazione esprime una scelta sottrattiva *definitiva*, che non viene minacciata dalla potenziale riespansione automatica della norma generale quiescente. Solo al legislatore compete di ripristinare la fattispecie "derogata"[47]; come solo al legislatore spetta di resuscitare la fattispecie "abrogata". E ciò a prescindere dal fatto che nel primo caso basta abrogare la disciplina speciale senza che ricorra una espressa volontà ripristinatoria[48].

Si deve inoltre avvertire che non è sufficiente il mutare *in bonam* di qualsivoglia norma interagente – cioè di un precetto dotato dei caratteri di generalità e astrattezza – per aversi *abolitio criminis*[49]. Si pensi ancora alle modifiche *in bonam* di discipline che, pur richiamate da elementi normativi della fattispecie, non ne integrino il precetto. Interagire è cosa diversa dall'incorporare, sicché la disciplina richiamata è assurta a mero "fatto" dalla fattispecie interessata, in sé completa e non passibile d'integrazione. Pertanto, le suddette evoluzioni non dispiegano effetti abolitivi, come già vedemmo in precedenza (v. *supra* § 7)[50].

Non tutti i ritagli sottrattivi di carattere normativo conducono poi necessariamente all'*abolitio criminis*. Occorre a tal fine che la legge imponga l'effetto di *deroga* tra norma penale e norma con essa interagente, perché solo a partire da questo principio dispositivo può inferirsi una precisa scelta decriminalizzante del legislatore penale. Per ciò che concerne il nostro ordinamento, si deve allora verificare se la norma interagente possa ricondursi al principio di specialità di cui agli artt. 15 Cp e 9 l. 689/1981. Non possono, ad esempio, sortire effetti abolitivi le norme che, pur speciali, configurano illeciti amministrativi di fonte regionale o regolamentare (art 9, comma 2, l. 689/1981)[51]. Il rilievo è particolarmente importante rispetto alle modifiche *in mitius* relative a scriminanti, scusanti e cause di non punibilità in senso stretto: solo laddove si ritenga che queste figure siano ricomprese nell'ambito applicativo dell'art. 15 Cp potrà parlarsi di deroga e di conseguente abolizione, non bastando la sola sussistenza della relazione logico-formale (v. *supra* § 3).

Si può riassumere quanto appena illustrato offrendo il catalogo di tre diverse tipologie di abolizione:

---

[47] Per l'idea che la tipicità unitaria risultante dalla deroga non differisca dalla tipicità unitaria che sin dall'inizio si palesa nella qualificazione del fatto, D. Brunelli, *Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme: eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente*, in *AP* 1/2021, 1 ss.

[48] Per le implicazioni ideologiche sottese all'automaticità dell'effetto ripristinatorio, v. S. Zorzetto, *Lex specialis derogat generali*, cit., 123 ss.

[49] Così V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 197, il quale fa giustamente notare che tutte le discipline rinviate, anche quelle non integratrici, posseggono l'attitudine a ritagliare classi/tipologie di condotte dal cono applicativo di una norma incriminatrice, attitudine che deriva dalla loro generalità e astrattezza.

[50] Altrimenti tutte le *regulae iuris* richiamate da (o interagenti con) la disposizione incriminatrice, per il solo fatto di essere generali e astratte, concorrerebbero ad individuare le classi di fatti incluse nel raggio applicativo della norma incriminatrice base, v. ancora V. Valentini, *ult. op. cit.*, 277 ss.

[51] Cfr. Cass., 28.5.2019, n. 29632 e Cass., 25.10.2017, n. 53467, Ranieri, in *DeJure*, secondo cui il sistema delle sanzioni amministrative di fonte comunale non consente di rendere penalmente irrilevanti fatti sanzionati da norme di rango superiore in base al principio di specialità.

a) abolizione *abrogativa e diretta*: riunisce le classiche ipotesi di abrogazione secca, riformulazione o depenalizzazione di fattispecie tipiche dall'ordinamento. Non occorre indugiare oltre, se non per precisare che la depenalizzazione in senso tecnico, cioè la depenalizzazione c.d. "astratta", non è che una specie di riformulazione specializzante: si sostituisce, ad es., una sanzione con un'altra, ovvero si innalza una soglia di punibilità. Non va perciò confusa con l'operare del meccanismo della *deroga ex* art. 9 l. 689/1981[52].

b) abolizione *abrogativa e indiretta*: si fonda sul rapporto d'integrazione normativa (norme penali in bianco, definizioni normative, istituti di parte generale interagenti con la norma incriminatrice[53], etc). La fattispecie si presenta per taluni aspetti incompleta, facendo rinvio a fonti integratrici esterne. La modifica *in bonam* della fonte integratrice, pertanto, abroga implicitamente la norma incriminatrice. Lo si evince dal fatto che l'abrogazione della nuova norma incorporante creerebbe una lacuna normativa e non ripristinerebbe la vigenza della norma sostituita (c.d. "*reviviscenza*"). Si definisce altresì indiretta perché, dal punto di vista descrittivo-strutturale, non altera la fattispecie incorporante, la quale rimane apparentemente "intonsa".

c) abolizione *non abrogativa e indiretta*: si fonda sul rapporto logico-formale di specialità e sull'operatività dell'omonimo principio. Si tratta dunque essenzialmente di una forma di abolizione *derogatoria* (*derogatio cum abolitio*). Si verifica a seguito di inserimento di nuove fattispecie nel sistema penale o amministrativo, come ad esempio:

c1) le cause di giustificazione, le scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto. Esse derogano in grado massimo alla norma incriminatrice, perché in queste ipotesi la specialità risolve un conflitto normativo, ossia una radicale incompatibilità di effetti tra due norme (c.d. antinomia). La deroga s'impone, quindi, già in forza di un criterio di razionalità giuridica e di coerenza ordinamentale. La situazione di incompatibilità non deve tuttavia far pensare a una abrogazione implicita: all'abrogazione della esimente, infatti, consegue la riespansione automatica dell'incriminazione rimasta vigente e mai abrogata (c.d. "*quiescenza*");

c2) gli illeciti amministrativi speciali *ex* art. 9 l. 689/1981. Essi derogano in grado minimo alla norma incriminatrice. La conflittualità è annullata: la specialità regola qui un concorso, non un conflitto di norme; non risolve un'antinomia, bensì soddisfa un'esigenza di proporzione (*ne bis in idem*). Ma la deroga implica comunque l'abolizione della sottofattispecie derogata, perché la stessa

[52] Così ad esempio D. Bianchi, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo, in RIDPP, 1/2014*, 322 ss., il quale, parlando di "sottofattispecie" speciale oggetto di depenalizzazione, non è chiaro se si riferisca a un caso di parziale riscrittura (sostituzione) dell'incriminazione depenalizzata, ovvero al mero «innesto» di un illecito amministrativo speciale. Similmente M. Gambardella, *Il "peculato dell'albergatore"*, cit., laddove, in relazione alla vicenda scrutinata, parla di "caso facile" di «depenalizzazione (in astratto)» (p. 192), avendo il legislatore «trasformato la sottofattispecie da illecito penale in violazione amministrativa» (p. 196), salvo però ricondurre la vicenda medesima al fenomeno della "specialità sincronica sopravvenuta" (p. 194 ss.), ossia a un fenomeno giustappositivo-derogatorio e non già sostitutivo-abrogante.

[53] Sulle diverse funzioni delle norme di parte generale e su quella "integratrice" in particolare, v. G. De Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 200-201. Sul rilievo per cui si avrebbe parziale abolizione del reato in caso di ipotetica ridefinizione in senso restrittivo del concetto di "colpa" *ex* art. 43 Cp, limitandola ai casi di "colpa grave", cfr. G. L. Gatta, *Abolitio criminis*, cit., 152, (con la esatta precisazione che viene qui in rilievo una ipotesi di norma *integratrice*, posto che le norme di parte generale sono tali rispetto a quelle di parte speciale, v. *ivi* nota 30); G. Marinucci – E. Dolcini – G. L. Gatta, *op. cit.*, 128.

viene indiscutibilmente sottratta dall'area del penalmente rilevante in forza di una espressa disposizione legislativa (art. 9 l. 689/1981).

Come si vede, alla categoria delle abolizioni derogatorie dovrebbero appartenere sia le novità esimenti, sia gli illeciti amministrativi speciali. Se rispetto ai secondi non disponiamo, a quanto mi consta, di letture ermeneutiche che ne esaminino le proprietà diacroniche, dobbiamo però necessariamente accennare alle opinioni che esistono intorno all'efficacia abolitiva delle novità scriminanti e delle altre esimenti.
Osservando anzitutto la giurisprudenza in materia, possiamo rilevare che, se rispetto alle cause di giustificazioni si rinvengono significative aperture in ordine all'applicazione dell'art. 2 comma 2 Cp[54], si registra invece una netta chiusura sul fronte delle cause di non punibilità in senso stretto, assimilate sotto tale profilo a mere modificazioni del trattamento sanzionatorio[55].
Ci aspetteremmo allora che la giurisprudenza trasferisca alla casistica degli illeciti amministrativi speciali i registri applicativi usati con riferimento alle cause di non punibilità, posto che anche i primi, al pari delle seconde, conservano intatto il giudizio d'illiceità del comportamento ivi regolato. Nelle poche sentenze d'interesse, tuttavia, la specialità amministrativa, siccome precedentemente dichiarata da arresti a Sezioni Unite[56], ha permesso alla magistratura di opporre una preclusione alla revocabilità del giudicato ancora più forte, sotto la diversa angolatura del *novum* meramente giurisprudenziale[57].
In altri termini, a fronte di illeciti amministrativi speciali rispetto ad altre fattispecie di reato, gli artt. 2 comma 2 Cp e 673 Cpp. sono stati ritenuti inapplicabili perché, trattandosi di specialità amministrativa affermata da *dicta* giurisprudenziali risolutivi di anteriori contrasti, si è osservato che il presunto effetto abolitivo deriverebbe in tal caso da un orientamento interpretativo pur sempre reversibile e non già, direttamente, dalla sopravvenuta prevalenza dell'illecito amministrativo speciale[58].

---

[54] Ci si riferisce alle già citate Cass., 8.5.2020, n. 14161 e Cass., 14.5.2019 n. 39977, Addis, in *Dejure* per ciò che concerne le modifiche all'art. 52 Cp apportate con l. n. 36/2019, nonché a Cass., n. 38356 del 12.6.2014, Traviglia e Cass., 8.3.2007, Grimoli, *ivi* per le modifiche apportate al medesimo articolo dalla l. 59/2006.
[55] Unico precedente difforme pare essere Cass., 4.5.1979, dep. 15.12.1979, n. 10790, m. 143670. Il tema è stato affrontato recentemente in relazione all'art. 131-*bis* Cp, rapporto al quale si è negata qualsiasi attitudine abolitiva, v. Cass., 15.9.2016, n. 46567, con nota critica di G. Pecorella, *Il fatto lieve non è più reato: una diversa lettura dell'istituto della tenuità*, in *CP*, 5/2017, 1927 ss.; nonché Cass., 26.2.2016, n. 11833 e Cass., 8.10.2015, n. 50215 in *DeJure*. In senso conforme, G. L. Gatta, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis Cp e il limite del giudicato*, in *www.penalecontemporaneo.it*., 23.11.2015.
[56] Tre sono le sentenze a Sezioni Unite che hanno ravvisato ipotesi di specialità *ex* art. 9 l. 689/1981: **1)** S.U, ud. 19.1.2012 – dep. 8.6.2012, n. 22225, con nota di S. Zirulia, *Le Sezioni Unite escludono la rilevanza penale della condotta di acquisto di merce con marchio contraffatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.6.2012, nonché di V. Ferro, *La responsabilità dell'acquirente finale di un prodotto contraffatto*, in *DPP*, 11/2012, 1352 ss.; **2)** S.U., 28.10.2010, n. 1963, Di Lorenzo, con nota di C. Benussi, *Solo un illecito amministrativo per il custode sorpreso a circolare con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.1.2011; **3)** S.U., 20.12.2005, n. 47164, con nota di E. Svariati, *Acquisto o ricezione di supporti contenenti opere protette dal diritto di autore illecitamente riprodotte*, in *CP*, 4/2016, 858 ss. Per ulteriore casistica, cfr. Cass., 7.12.2016, n. 53054 e Cass., 9.9.2016, n. 42951.
[57] Cfr. Cass., 13.7.2006, n. 27858 in *Dejure* e, più di recente, Cass., 21.3.2013, n. 13411, *ivi.*
[58] Le sentenze in questione hanno quindi applicato il principio sancito da Corte Cost. n. 230/2012, con la quale è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 Cpp «nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il "mutamento giurisprudenziale", determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato».

Questa soluzione non è tuttavia sostenibile, perché attribuisce un valore impropriamente costitutivo alle sentenze che dichiarano la specialità tra due norme. Non si possono far discendere gli effetti derogatori del principio di specialità dalle sentenze che, in un caso particolare, lo dichiarano operante, trattandosi di effetti che derivano direttamente dalla legge, non certo dall'organo giurisdizionale chiamato ad accertarli. Ragionando in questo modo, peraltro, si arriverebbe al paradosso di precludere la revoca del giudicato in tutti i casi, sol perché è insorto un contrasto interpretativo sull'abolizione del reato oggetto di condanna[59].

Spostando invece l'attenzione sulle opinioni della dottrina[60], notiamo una netta contrapposizione tra chi nega che le modifiche *in bonam* di una qualunque esimente possano dar luogo a una *abolitio criminis*, facendo sostanzialmente coincidere tale concetto con l'abrogazione della norma incriminatrice[61]; e chi, diversamente, manifesta aperture di segno contrario, con soluzioni variamente giustificate: ragioni sistematiche legate alla partecipazione della scriminante al medesimo «fatto di disvalore penale»[62], «nuclearità» della scriminante considerata[63], solenne esigenza rieducativa *ex* art. 27 co. 3 Cp[64], applicazione analogica dell'art. 2 comma 3 Cp[65], eccetera eccetera.

Nessuna voce dottrinale, invece, si esprime chiaramente sulla potenzialità abolitrice del meccanismo derogatorio *ex* art. 9 l. 689/1981[66].

Non è questa la sede per addentrarsi nelle diverse motivazioni che conducono all'accoglimento o al rifiuto dell'esito abolitivo in funzione della specifica categoria considerata. Si può però notare una linea di tendenza: a fronte di un comune effetto di deroga dal punto di vista dei rapporti tra norme, la soluzione dei singoli casi appare risentire della collocazione della figura all'interno o all'esterno della teoria del reato. Le novità scriminanti, non a caso, da taluni assurte a modifiche di componenti del fatto tipico, sono valutate con maggiori aperture in dottrina e giurisprudenza, mentre gli automatismi preclusivi aumentano nell'affrontare ipotesi relative a cause di non punibilità in senso stretto o a semplici illeciti amministrativi speciali.

---

[59] Cfr., *mutatis mutandis*, M. Gambardella, *Legge penale nel tempo*, cit., 656, il quale distingue il mutamento giurisprudenziale favorevole in relazione a un testo legislativo invariato nella sua dimensione diacronica (nessuna *abolitio criminis*, opera il principio di cui alla nota precedente) dal mutamento giurisprudenziale favorevole che però si forma a seguito di una espressa innovazione legislativa (c'è *abolitio criminis*, non opera il principio di cui alla nota precedente). In tale secondo caso il *revirement* di giurisprudenza determina effetti abolitivi perché frutto di una diversa lettura del testo legislativo riformato. Non si è dunque solo in presenza di una variazione del valore semantico della disposizione, ma di una reale modifica normativa. L'irrilevanza intertemporale dell'*overruling* favorevole trova del resto la propria ragion d'essere nel principio di riserva di legge e nel carattere non innovativo della funzionale giurisdizionale, sicché l'orientamento criticato finisce per contraddire la *ratio* stessa della preclusione invocata, fingendo che l'innovazione legislativa non esista e che la deroga origini da una pura "creazione" interpretativa (laddove essa è invece soltanto "dichiarata" dal giudice a fronte di una sopravvenienza legislativa e di un principio dispositivo che ne definisce l'ambito di applicazione).

[60] Quanto all'ampliamento/introduzione di scriminanti, v. letteratura richiamata alla nota 31.

[61] V. note 41 e 44.

[62] Si tratta della ricostruzione di V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 309 ss.; Id., *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, cit., 1326 ss.

[63] Così F. Consulich, *op.cit.*, 459 ss.

[64] Argomento valido, del resto, per affermare la portata iperretroattiva di qualsiasi modifica *in bonam*, cfr. G. De Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 287-288; Id., *La legge penale*, cit., 55 ss. Di recente, v. G. Pecorella, *Il fatto lieve non è più reato*, cit., § 5. V'è poi chi, come L. Risicato, *Gli elementi normativi*, cit., 281, pone l'art. 27 co. 3 Cost. a fondamento dello stesso principio di retroattività favorevole, con gli intuibili corollari in materia di *abolitio criminis*.

[65] Trattasi di argomento sistematico evocato sempre in riferimento all'art. 131-bis Cp, v. R. Dies, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.9.2015, 14 ss.

[66] Se non in forma sibillina: si vedano - proprio in relazione al "peculato dell'albergatore" - le sentenze e la dottrina richiamate alla nota 12.

Dal nostro punto di vista, tuttavia, il ruolo giocato dalla sopravvenienza normativa all'interno della sistematica del reato non deve troppo condizionare un giudizio che attiene, più propriamente, all'attuale rilevanza penale di una classe astratta di casi in conseguenza di un'espressa valutazione del legislatore[67]. Lo spostamento di visuale dal fatto concreto al concetto di sottofattispecie in materia di successione di leggi penali, attuato a partire dagli anni '80 del secolo scorso, non può infatti portare l'interprete a comprimere gli sviluppi abolitivi nella sola architettura descrittiva della disposizione normativa, né, di converso, a delegare a valutazioni tutte sostanzialistiche il difficile compito di accertare l'*abolitio criminis* in assenza di interventi diretti sulla fattispecie[68].
È invece sempre il principio di specialità la bussola principale che deve guidare l'interprete nel dirimere questioni di diritto intertemporale, poiché la relazione di specialità costituisce l'unica "traccia" visibile della continuità-discontinuità nelle scelte di incriminazione. Le valutazioni sostanzialistiche, i criteri valoriali potranno allora "integrare" i risultati raggiunti attraverso preliminari riscontri logico-formali, senza mai sostituirli interamente.
L'innovatività della nostra impostazione, in definitiva, risiede nel fatto di considerare il principio di specialità operante anche nelle relazioni tra norme incriminatrici e norme con esse interagenti[69]. Alla specialità, del resto, si riconosce già il ruolo di conformare gli effetti abolitivi dell'abrogazione, riducendone i margini (riformulazione specializzante, abrogazione "secca" di

[67] Cfr. G. De Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 388, con ricostruzione che dovrebbero valere a più forte ragione nella qui dibattuta prospettiva diacronica: «…l'autentica ed unica sede in cui vanno 'sistemate' le cause di giustificazione è quella dei *limiti di applicabilità della norma penale* incriminatrice e non la *teoria generale del reato* né, tanto meno, la sua *analisi*. Se ci poniamo un problema di 'analisi' del reato, significa che riteniamo già (effettivamente) applicabile una certa norma penale al caso concreto e che dunque (eventuali) questioni di conflitto di norme sono già 'alle spalle': sono state cioè risolte alla luce di quei criteri la cui operatività la dottrina penalistica tende a mettere fra parentesi, per poi riversare il problema (a questo punto, falso) sulla teoria del reato, appesantendo tale costellazione concettuale già di per sé complessa in modo inutile e fuorviante» (corsivi originali).

[68] Un ultimo conforto all'affermazione per cui la deroga avrebbe indiscutibili capacità "astrattizzanti" proviene dalla penna del primo sperimentatore dell'approccio strutturale in materia di successione di leggi nel tempo, ossia da Tullio Padovani. Nello scritto che battezzò questo approccio consegnandolo al collaudo della teoria generale (*Tipicità e successione di leggi*, cit.), si trova un germe quanto mai fecondo di ciò che andiamo faticosamente illustrando, per cui la presente trattazione può a buon diritto essere considerata un mero svolgimento di quella riflessione, una sua parafrasi scalcinata. Osserva l'illustre Autore che «la linea concettuale di demarcazione fra le modificazioni "mediate" e quelle "immediate" sembra (…) farsi più incerta in quelle ipotesi in cui la classe degli oggetti sussumibili in una fattispecie muti per effetto dell'introduzione successiva, o dell'eliminazione, di disposizioni *lato sensu* derogatici rispetto ad una incriminazione preesistente non abrogata». Dopo aver detto che si tratta di fenomeni «apparentemente (…) assimilabili alle modificazioni mediate, dato che non incidono sulla struttura delle preesistenti fattispecie di carattere generale», Padovani osserva che «il riflesso che l'introduzione della deroga (o la sua eliminazione) determina (…) si lascia cogliere a prescindere da ogni mediazione sul fatto concreto, esattamente come si verifica per le modificazioni "immediate". In effetti, il contenuto di una fattispecie non si apprezza come se questa fosse una monade isolata, ma nel contesto di tutte le disposizioni incriminatrici in concorso apparente (…)». La conclusione è allora obbligata: «le situazioni ora considerate, ancorché non modifichino la struttura delle fattispecie incriminatrici, incidono sulla loro "distribuzione sistematica" in chiave puramente normativa. Esse paiono quindi rientrare nell'ambito dell'indagine [della successione di leggi, *ndr*], assimilandosi alle modifiche "immediate" della fattispecie, e presentandosi soltanto, rispetto a quelle propriamente attinenti alla struttura "interna" di essa, come modificazioni "esterne", riferibili alle virtualità applicative che la fattispecie presenta nel contesto del sistema repressivo» (1358-1359). A Padovani, come è noto, interessava così soprattutto dimostrare che l'«innesto» di un reato speciale nell'ordinamento, pur senza contestuali abrogazioni, va indubbiamente ascritto al fenomeno della successione di leggi del tempo, ma gli ulteriori corollari che possono trarsi da simili premesse sono intuibili, e corrispondono grossomodo alle osservazioni svolte in questo paragrafo.

[69] Si vuole qui ancora una volta richiamare la differenza tra *relazione* di specialità come rapporto logico-formale e *principio* di specialità come "effetto di deroga" (v. *supra* § 3, con particolare riguardo alla bibliografia richiamata alla nota 16).

norma generale) o paralizzandoli del tutto (abrogazione "secca" di norma speciale). Ma, allora, se tale principio già modella gli effetti abolitivi dell'abrogazione, perché negare che esso possa anche *direttamente* determinarli?
Non conviene procedere oltre: l'oggetto della trattazione ne risulterebbe tanto diluito da far perdere di vista la peculiare vicenda del "peculato dell'albergatore".

IL "LATO OSCURO DELLA RETE": ODIO E PORNOGRAFIA NON CONSENSUALE. RUOLO E RESPONSABILITÀ DEI GESTORI DELLE PIATTAFORME *SOCIAL* OLTRE LA *NET NEUTRALITY*

di Marta Lamanuzzi
Assegnista di ricerca presso Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Discorsi d'odio, molestie online e pornografia non consensuale vanno annoverati fra i fenomeni ascrivibili al cd. "lato oscuro del web". Esaminate le caratteristiche della rete che ne favoriscono la diffusione e ne amplificano le conseguenze lesive, il presente articolo si propone di approfondire il ruolo attribuito dalla normativa e della giurisprudenza, italiana ed europea, ai gestori delle piattaforme social nel contrasto di tali condotte offensive. Messi in luce vantaggi e limiti dei vari approcci, l'armonizzazione, almeno a livello europeo, delle procedure di notice and take down, già disciplinate in Germania, viene prospettata come un possibile compromesso fra gli interessi in gioco.
Hate speech, online harassment and non-consensual pornography belong to the phenomena ascribable to the so-called "Dark side of the web". After examining the characteristics of the Internet that favor their diffusion and amplify their harmful consequences, this article aims to investigate the role attributed by the Italian and European legislation and jurisprudence to the social media providers in countering such offensive behaviours. Discussed the benefits and drawbacks of the various approaches, it is submitted that a possible compromise between the interests at stake is the harmonization, at least at European level, of the notice and take down procedures, which are already regulated in Germany.

SOMMARIO**:** 1. Il "lato oscuro della rete": *hate speech* e *non-consensual pornography*. – 2. L'agire deviante nel *cyberspace*: le "variabili usurpatrici". – 3. Verso una "costituzionalizzazione" del *web*: l'arduo bilanciamento degli interessi in gioco. – 4. Il ruolo delle piattaforme *social*. – 4.1. Inquadramento normativo e giurisprudenziale. – 4.2. Paradigmi di responsabilità penale dei *provider*. – 4.3. Una responsabilità amministrativa da omessa gestione efficiente delle segnalazioni: la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*. – 4.4. La necessaria armonizzazione delle procedure di *notice and take down* fra *self* e *responsive regulation.* – 4.5. *Accountability* e "colpa organizzativa": modelli a confronto. – 5. Governare le "variabili usurpatrici": anonimato e "tirannia dell'algoritmo".

1. La rete è nata e si è inizialmente evoluta come agorà della libertà di espressione, libertà che ha raggiunto il suo apice nei *social network*, piattaforme digitali che, consentendo a chiunque si crei un account – anche sotto falso nome – di produrre contenuti e interagire, hanno costituito la chiave di volta del processo di disintermediazione, ossia del superamento del filtro tipicamente posto dai media "tradizionali" ai contenuti degni di essere offerti al pubblico.
Agli esordi, Internet era inteso come «luogo "altro" rispetto al reale»[1], come banca dati, fonte di contenuti di cui fruire passivamente e catalogo di prodotti da acquistare. La commistione fra virtuale e vita reale inizia, secondo gli studiosi, quando, nel dicembre del 2009, per la prima volta a livello mondiale, piattaforme *social* e blog diventano la destinazione più popolare dei naviganti in rete, superando motori di ricerca, siti di informazione e spazi per lo shopping *online*. Il *web* diventa così luogo della società e non più esterno ad essa e gli utenti non hanno più il ruolo di mero

[1] S. Pasta, *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio* online, Brescia 2018, 59.

"pubblico" ma assumono anche la veste di autori, creatori della rete, "spettautori"[2], o, secondo la dizione anglosassone, "*prosumer*", ossia, al contempo produttori (*producer*) e consumatori (*consumer*) di contenuti mediatici[3].

Nel corso di tale evoluzione, il «sogno di fluttuante e incondizionata libertà»[4] del *cyberspace*, l'ideale di una rete del tutto avulsa da regole, sede naturale di manifestazione del pensiero ed espressione della più ampia iniziativa economica privata dei *provider*, è entrato via via in conflitto con la realtà degli altri interessi in gioco. Con l'evoluzione tecnologica e social-mediatica, insieme a straordinarie opportunità di conoscenza, interazione e arricchimento, sono infatti emerse nuove modalità di offesa a beni giuridici fondamentali. Fra i fenomeni che hanno dato origine e sostanza a locuzioni quali "*Far Web*"[5] e "lato oscuro della rete"[6], suscitando particolare allarme sociale, vanno senza dubbio annoverati le manifestazioni d'odio e la pornografia non consensuale.

Secondo recenti rilevamenti[7], la pandemia avrebbe portato a una «nuova ondata di discorsi d'odio e di discriminazione» strettamente legata alla propalazione di teorie complottiste che attribuiscono la responsabilità della diffusione del virus (o delle presunte falsità sulla sua esistenza e pericolosità) a determinate categorie di individui, ora i cinesi ora gli ebrei, riscuotendo notevole successo quali risposte semplicistiche e rassicuranti a fronte della complessità e della drammaticità della situazione. Parimenti, ricerche condotte sinora principalmente negli Stati Uniti attestano un notevole incremento, negli ultimi anni, delle offese arrecate attraverso strumenti informatici alla riservatezza sessuale, c.d. *non-consensual pornography*[8].

In materia di *hate speech* non esiste un approccio definitorio unitario. In un documento dell'ONU del 2019 vi viene ricondotto «qualsiasi tipo di messaggio, veicolato con discorsi, scritti o comportamenti, che colpisca o usi un linguaggio peggiorativo o discriminatorio nei confronti di una persona o di un gruppo sulla base di una loro peculiare caratteristica, in altre parole, sulla base

---

[2] *Ivi*, 62.

[3] *Prosumer*, crasi fra *producer* e *consumer*, è un termine introdotto da A. Toffler, *The third wave*, New York 1980, per indicare un consumatore che consuma ciò che egli stesso produce.

[4] R. Flor, *Introduction. Cybercrime: finding a balance between freedom and security*, in S. Manacorda (a cura di), *Cybercrime: finding a balance between freedom and security*, Milano 2012, 13. In tal senso anche L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. Cadoppi et al. (a cura di), *Cybercrime*, Milano 2019, 41: «da tempo è del resto palese l'infondatezza dell'utopistica o romantica idea di una "rete" quale spazio libero dal diritto, quale porto franco di anarchia e di totale libertà».

[5] M. Grandi, Far Web. *Odio, bufale, bullismo. Il lato oscuro dei* social, Milano 2017.

[6] N. Carr, *Big switch: rewiring the world, from Edison to Google*, New York 2008, trad. it. *Il lato oscuro della Rete: libertà, sicurezza,* privacy, Milano 2008. Il lato oscuro della rete è «popolato da individui e gruppi che, pur nella diversità di accenti e idiomi utilizzati, parlano tutti, salvo qualche rara ma importante eccezione, il linguaggio della violenza, della sopraffazione e dell'annientamento di altri esseri umani». A. Roversi, *L'odio in Rete. Siti ultras, nazifascismo* online, Bologna 2006, 21.

[7] *United Nations Guidance Note on Addressing and Countering COVID-19 related Hate Speech*, liberamente fruibile su *www.digitallibrary.un.org*. Stando ai dati raccolti da una società privata, dal dicembre 2019 al marzo 2020 si è registrato un incremento del 900% dei discorsi d'odio su Twitter verso la Cina e i cinesi, del 200% delle visite su siti con contenuti d'odio, nonché del 70% del cyberbullismo e dell'aggressività verbale fra giovani. *Rising Levels of Hate Speech & Online Toxicity during This Time of Crisis*, ricerca condotta da L1ght, una start-up nel mercato dell'intelligenza artificiale nata nel 2018, *l1ght.com/Toxicity_during_coronavirus_Report-L1ght.pdf*.

[8] A. A. Eaton, H. Jacobs, Y. Ruvalcaba, *2017 nationwide online study of nonconsensual porn victimization and perpetration. A summary report*, 12 giugno 2017, liberamente fruibile su *www.cybercivilrights.org*. A livello europeo, come messo in evidenza dall'*European Institute for Gender Equality*, è da anni avvertita la necessità di intensificare e affinare gli strumenti di monitoraggio del fenomeno. V. *Cyber violence is a growing threat, especially for women and girls*, 19 giugno 2017, *www.eige.europa.eu*.

della religione, dell'etnia, della nazionalità, della razza, del colore, della stirpe, del sesso o di altro fattore identitario»[9].
A livello europeo, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 30 ottobre 1997 vi ricomprende «tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza» e, sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, il Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, firmato a Strasburgo il 28 gennaio 2003, richiama l'espressione per indicare «qualsiasi materiale scritto, immagine o altra rappresentazione di idee o teorie, che sostiene, promuove o incita l'odio, la discriminazione o la violenza, contro qualsiasi individuo o gruppo di individui, sulla base di razza, colore, etnia, religione».
Definizioni incomplete, almeno quelle "europee", nella misura in cui non contemplano l'orientamento sessuale e l'identità di genere fra le caratteristiche "bersaglio", ma che hanno il pregio di attirare l'attenzione sul concetto di pregiudizio, di *bias*, di percezione distorta e aprioristica di una determinata categoria di individui, che sta alla base delle esternazioni offensive o discriminatorie. L'*hate speech* va infatti considerato, anzitutto, un *bias speech*, un discorso fondato sul pregiudizio, così come l'*hate crime* è propriamente un *bias crime*, ossia, come si ricava dalla definizione dell'OSCE, un reato motivato dal pregiudizio (*bias motivation*)[10]. Concetto prezioso, quello di *bias*, per comprendere la genesi sia dell'*hate speech*, anche, a maggior ragione, in questo particolare momento storico in cui la logica del capro espiatorio esercita notevole attrattiva[11], sia di talune forme di pornografia non consensuale, e per meglio interpretarne la proliferazione nell'habitat social-mediatico.
Le conseguenze dell'*hate speech*, anche con specifico riferimento al «*Covid-19 related hate speech*», si possono apprezzare in una prospettiva di breve e di lungo termine. In particolare, accresce la vulnerabilità delle categorie bersagliate ai rischi di violenza ed emarginazione politica e sociale, concorre alla radicalizzazione di movimenti estremisti, mina la coesione sociale, la solidarietà e la fiducia – necessarie, fra l'altro, per contrastare efficacemente la diffusione del virus – oltre a rappresentare una minaccia per il godimento dei diritti umani, lo sviluppo sostenibile, la pace e la sicurezza internazionale[12].
Quando si parla di "odio in rete", inoltre, alcuni studiosi distinguono fra condotte volte a offendere una minoranza, incitando alla violenza o alla discriminazione (secondo le citate definizioni di *hate speech*), e condotte di molestia, minaccia, denigrazione *ad personam* finalizzate a interferire

[9] Traduzione a cura dell'autore. Si riporta la definizione in lingua originale: «*any kind of communication in speech, writing or behaviour, that attacks or uses pejorative or discriminatory language with reference to a person or a group on the basis of who they are, in other words, based on their religion, ethnicity, nationality, race, colour, descent, gender or other identity factor*». *UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech*, 18 giugno 2019, *www.un.org*.
[10] «Il reato ispirato dall'odio consiste in un qualunque atto che sia: (1) autonomamente tipizzato da una norma penale ("reato base" - *base offence*) e, in aggiunta, (2) motivato dal pregiudizio basato su una specifica caratteristica della vittima ("motivazione basata sul pregiudizio" - *bias motivation*)». OSCE, *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio. Una guida pratica*, Varsavia 2016, 21. Cfr. L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, Napoli 2019, 30. «Un *bias crime* accade non perché la vittima è *chi* è, ma piuttosto perché la vittima è *ciò* che è». F. M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crime under American Law*, Cambridge 1999, 9.
[11] Cfr. G. Forti, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, *Il Sole 24 ore*, 9 marzo 2020; Id., *Introduzione. Un'attesa di luce, dalla carità*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano 2020, 12 ss.
[12] *United Nations Guidance Note on Addressing and Countering COVID-19 related Hate Speech*, cit.

negativamente nella vita quotidiana e nel benessere della vittima, riconducendovi fenomeni quali il cyberbullismo, il cyberstalking e l'istigazione al suicidio[13].
Venendo alla *non-consensual pornography*, è bene sottolineare come tale espressione sia preferibile alla locuzione "*revenge porn*", che gode di particolare risonanza mediatica, per varie ragioni. Anzitutto, parlando di *revenge porn* tecnicamente ci si riferisce alla sola cessione o diffusione di immagini o video sessualmente espliciti da parte dell'ex partner della persona raffigurata per motivi di vendetta (c.d. *revenge porn* in senso stretto), escludendo così i casi, per nulla infrequenti, in cui la diffusione di contenuti intimi altrui avviene al di fuori di un (precedente) rapporto di coppia e/o per scherzo, per noia, per leggerezza e non per ritorsione. In secondo luogo, «il termine "*revenge*" rimanda a una forma di retribuzione rispetto a un male ingiusto preventivamente subito, giustificando, in qualche misura, la condotta dell'agente» e comportando il rischio di effetti collaterali «di c.d. "*victim blaming*"», ossia di biasimo della vittima per aver in qualche modo concorso alla propria vittimizzazione[14].
La pornografia non consensuale si atteggia, nell'*id quod plerumque accidit*, quale degenerazione abusiva del *sexting*, ossia come trasmissione o pubblicazione illegittima, in quanto sprovvista del necessario consenso esplicito della persona raffigurata, di contenuti *ab origine* realizzati e inviati dalla stessa, e colpisce in misura statisticamente maggiore e più incisiva le donne rispetto agli uomini[15], connotandosi così, in molti casi, come «*gendered form of sexual abuse*»[16]. Gli stereotipi di genere, infatti, da una parte, si traducono in un aggravamento delle conseguenze lesive per le vittime di sesso femminile, dall'altra, di frequente, influiscono sulla criminogenesi. Quanto al primo profilo, è ancora radicato, anche nelle moderne democrazie occidentali, un doppio standard di valutazione della sessualità: espliciti atteggiamenti sessuali sono per l'uomo motivo di vanto e conferma di virilità, in aderenza al ruolo di genere prescritto, mentre per la donna costituiscono un disvalore, sintomo di impudicizia e ragione di biasimo. Gli stessi retaggi culturali sono altresì, spesso, all'origine del fenomeno, in maniera particolarmente evidente nei casi di *revenge porn* "in senso stretto", quando la condotta è effettivamente tenuta per "vendetta", come «atto di virilità compensatorio»[17], ossia quale reazione all'emancipazione della donna che decide di porre fine al rapporto. Si è osservato come, in tali casi, «la fine della relazione per volontà femminile viene vissuta dagli uomini che commettono *revenge porn* come fonte di frustrazione e di rabbia per il

[13] G. Ziccardi, *L'odio* online. *Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano 2016, 14; Id., *L'odio e la rete: un'introduzione e alcune possibili linee di ricerca*, in *CD* 2015, 2, 258; M. R. Allegri, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei* social network *e profili giuridici della responsabilità dei* provider, Milano 2018, 176-177. Così anche K. Lumsden, E. Harmer, *Exploring Digital Violence and Discrimination on the Web*, London 2019, 1, in cui la locuzione "*digital violence*" viene utilizzata per indicare «*discrimination, harassment and hate on the Web including flaming, trolling, misogyny, racism and Islamophobia*».
[14] G. M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *RIDPP*, 2019, 4, 2052 ss. L'Autore sottolinea come «quelle che, a prima vista, possono apparire mere disquisizioni terminologiche presentano riflessi anche sul piano politico-criminale. Oltre che a livello culturale, i limiti dell'espressione "*revenge porn*" e l'ambiguità del suo utilizzo in una doppia accezione hanno portato a incertezze di inquadramento normativo. Le giurisdizioni che hanno ritagliato la fattispecie incriminatrice sul "*revenge porn* in senso stretto", infatti, hanno fallito nell'apprestare la giusta tutela alle vittime in relazione a casi dotati della medesima carica offensiva». *Ivi*, 2054.
[15] Cfr. A. A. Eaton, H. Jacobs, Y. Ruvalcaba, *2017 nationwide online study*, cit.
[16] Y. Ruvalcaba, A. A. Eaton, *Nonconsensual pornography among U.S. adults: A sexual scripts framework on victimization, perpetration, and health correlates for women and men*, in *Psychology of Violence*, 2020, 10, 68-78. In tal senso si è affermato che il *revenge porn*, insieme alle altre forme di abuso sessuale basate sull'immagine e la pornografia, «riproduce in modo più ampio l'egemonia di genere» A. Sorgato, *Revenge porn. Aspetti giuridici, informatici e psicologici*, Milano 2020, 228.
[17] M. Hall, J. Hearn, *Revenge pornography: gender, sexuality and motivations*, New York 2018.

rifiuto da parte dell'oggetto amato, perdita di controllo e di potere; una "evirazione" simbolica, che equivale a una perdita di identità: l'identità dell'uomo, *pater familias*, che per secoli ha garantito al maschio un ruolo sociale e familiare di potere»[18]. Inoltre, ogniqualvolta la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti offenda una donna *in quanto donna*, la condotta assume la connotazione di *hate crime*[19], nella sua autentica accezione di *bias crime*, ossia di crimine fondato sul pregiudizio[20].
Fra le conseguenze lesive più frequenti della pornografia non consensuale, considerato il suo devastante impatto sulla *online reputation* della vittima, si registrano disagi e disturbi emotivi, ripercussioni sulla vita sociale e lavorativa, multivittimizzazione (spesso le vittime divengono oggetto di aggressioni o molestie)[21] e, nei casi più gravi, disturbi dell'alimentazione e autolesionismo fino al suicidio[22].

2. Sebbene l'*hate speech*, l'odio *ad personam* e la *non-consensual pornography* esistessero anche prima della diffusione delle attuali tecnologie digitali e sebbene continuino a esistere anche al di fuori della rete e dei *social network*, è indubbio che la diffusività[23] e la "permanenza" del *web*[24], unite alle logiche di visibilità e indicizzazione dei contenuti, ne amplifichino la portata lesiva. Inoltre, diversi studi attestano come alcune caratteristiche dell'architettura social-mediatica e dell'agire *online* favoriscano meccanismi di disinibizione e deresponsabilizzazione, così come il consolidamento di pregiudizi e la radicalizzazione di gruppi estremisti[25]. La comprensione di tali dinamiche, resa possibile dall'imprescindibile contributo delle scienze empiriche, lungi dal

[18] A. Sorgato, *op. cit.*, 234. Sulla violenza di genere come reazione all'emancipazione femminile si veda anche, diffusamente, G. Forti, *La tutela della donna dalla cd. violenza di genere. L'intervento sulla relazione affettiva in una prospettiva criminologica "integrata"*, in O. Fumagalli Carulli, A. Sammassimo (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano 2015, 42 ss.
[19] G. M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale*, cit., 2055-2056.
[20] Vedi nota n. 10.
[21] Il rischio di multivittimizzazione è particolarmente elevato quando, unitamente ai contenuti sessualmente espliciti, vengono diffuse anche informazioni personali della vittima (nome, indirizzo, numero di telefono, contatto e-mail, riferimenti sui *social network*), fenomeno definito "*doxing*".
[22] Cfr. A. Sorgato, *op. cit.*, 215 ss.
[23] Si parla di "*snowball effect*" per indicare che un contenuto immesso in rete, anche mediante l'invio a una sola persona, può repentinamente diventare virale come una palla di neve che si va via via rapidamente ingrandendo nel rotolare giù dal pendio. Cfr. Cambridge Dictionary, "*A snowball effect*".
[24] L'affermazione «*the Internet never forgets*» allude alla "permanenza" (*permanency*) della rete, ossia al fatto al fatto che, anche qualora si rimuova un contenuto dalla sua sede virtuale originaria, non si avrà mai la certezza di averlo eliminato definitivamente, in quanto il destinatario (o i destinatari), o chiunque sia venuto a contatto con esso, può averlo memorizzato o condiviso con terzi o in un altro ambiente del *web*. Cfr. M. Crockett, *The Internet (Never) Forgets*, in *Science and Technology Law Review*, 2016, 19, 2, 150 ss. Cfr. UNESCO, *Countering Online Hate Speech*, Paris, 2015 e B. Perry, P. Olsson, *Cyberhate: the Globalization of Hate*, in *Info. & Comm. Tech. L.*, 2008, 18, 185 ss.
[25] Gli esperti sottolineano come il *web* sia «un mezzo che, più ancora degli altri mezzi di comunicazione di massa, date le sue caratteristiche peculiari, può diventare uno straordinario amplificatore per messaggi semplificati e tesi apodittiche che sono destinate a suscitare adesione acritica più che a stimolare dibattito, riflessione e partecipazione consapevole», radicalizzando le posizioni e rendendo più difficile il confronto. M. Mensi, P. Falletta, *Il diritto del* Web, 2° ed., Padova 2018, 30. Sul tema, diffusamente M. Santerini, *La mente ostile: forme dell'odio contemporanea*, Milano 2021; Ead., (a cura di), *Nemico innocente: l'incitamento all'odio nell'Europa contemporanea*, Milano 2019.

sottendere prospettive di «eccessiva criminalizzazione della rete»[26], è fondamentale per elaborare una strategia "integrata" di prevenzione e contrasto dei fenomeni in esame[27].
Per fare solo alcuni cenni, molti studiosi riconnettono effetti crescenti di disinibizione, che può diventare "tossica", ossia tradursi in deresponsabilizzazione[28], ai vari "livelli" di anonimato. Il primo livello è costituito dalla *perception*, che ricorre quanto il soggetto, pur agendo con il proprio nome, sente di non poter essere individuato in relazione al contesto di appartenenza (posizione geografica, professione, genere, età, etnia) e dunque si percepisce "non identificabile", in quanto ritiene impossibile per gli interlocutori risalire alle altre informazioni necessarie per "inquadrarlo". Il secondo livello consiste nell'*approved anonymity*, in cui l'utente agisce in forma pseudonima, con un *nickname*, pur avendo utilizzato le proprie generalità per iscriversi alla piattaforma. Il fatto di agire con uno pseudonimo e spesso senza una fotografia aumenta l'effetto disinibitorio, ma l'agente è sempre agevolmente rintracciabile. Ancora, il livello successivo è quello della *disapproved anonymity*, in cui il soggetto ha utilizzato dati falsi per iscriversi alla piattaforma[29]. In questo caso, l'effetto disinibitorio e la deresponsabilizzazione aumentano ulteriormente. Se infatti è vero che è sempre possibile per la polizia postale individuare l'indirizzo IP o il *mac address* da cui l'utente ha agito, egli sa o intuisce che simili indagini vengono condotte solo in casi di una certa gravità. Infine, l'ultimo livello è quello della *full anonymity*, resa possibile solo dall'impiego di procedure sofisticate e dal ricorso a servizi che deviano il traffico e usano processi di crittografia che, se ben utilizzati, garantiscono appunto un anonimato totale e quindi il massimo livello di deresponsabilizzazione[30].
Inoltre, concorre all'effetto disinibitorio la distanza fisica[31], e a volte anche temporale, fra l'azione compiuta *online* e i suoi effetti dannosi, che spesso si apprezzano dopo un certo lasso di tempo, a seguito della condivisione "a cascata" del contenuto offensivo. Si aggiunga che, nei casi di offese rivolte contro vittime specifiche, il mancato contatto visivo che caratterizza le interazioni virtuali e la conseguente mancata percezione dei segnali esteriori di disagio riducono le possibilità di una moderazione o cessazione "empatica" dell'offesa[32]. Tali aspetti favoriscono i meccanismi di *moral*

[26] G. Ziccardi, *op. cit.*, 387.
[27] Viene enfatizzata in dottrina la necessità di «prendere piena coscienza del terreno in cui tale libertà si realizza, in modo da calibrare e adeguare la garanzia dei diritti di ciascuno con le dinamiche assai peculiari della realtà virtuale». M. Mensi, P. Falletta, *op. cit.*, 176.
[28] La convinzione di non poter essere "individuati" porta a comportarsi in maniera più disinibita, meno condizionata da convenzioni e norme sociali, il che può essere positivo, in certe situazioni, poiché consente di discutere liberamente di argomenti anche molto intimi, ma negativo in altre, potendosi tradurre in comportamenti aggressivi che il soggetto non terrebbe nelle relazioni *face to face* (c.d. "disinibizione tossica"). P. Wallace, *The Psychology of the Internet*, Cambridge 2016, trad. it. *La psicologia di Internet*, Milano 2016, 139 ss.
[29] Se l'account rimanda chiaramente a un'altra persona (poiché ad es. ne viene utilizzato il nome, il soprannome o una fotografia), la condotta, nel nostro ordinamento, potrebbe integrare il delitto di sostituzione di persona ex art. 494 c.p. Cfr. M. Marraffino, *La sostituzione di persona mediante furto di identità digitale*, in A. Cadoppi et al. (a cura di), *op. cit.*, 307 ss.; S. Corbetta, *Delitti contro la fede pubblica. Falsa creazione di un profilo facebook: è sostituzione di persona*, in *DPP*, 2020, 9, 810 ss.
[30] Uno dei software più utilizzati in tal senso è TOR (*The Onion Router*). Cfr. S. Pasta, *op. cit.*, 78 ss.; G. Ziccardi, *op. cit.*, 97.
[31] Il rapporto fra propensione a infliggere sofferenza e distanza fisica è stato studiato già nel celebre esperimento di psicologia sociale di Stanley Milgram. Cfr. S. Milgram, *Obedience to authority, An Experimental View*, New York 1974, trad. it. *Obbedienza all'autorità*, Torino 2003, 32 ss. Cfr. Z. Bauman, *Modernity and the Holocaust*, New York 1989, trad. it. *Modernità e Olocausto*, Bologna 1992, 215 ss. e G. Forti, *Prefazione al volume "Io perpetratore, io vittima"*, Torino 2020.
[32] Secondo alcuni studi, l'interazione mediata comporterebbe una ridotta stimolazione dei neuroni specchio e quindi una ridotta capacità di riconoscere le emozioni proprie e altrui, rischiando di tradursi in una sorta di "analfabetismo

disengagement, di disimpegno morale, di neutralizzazione della dissonanza cognitiva fra le proprie azioni e i valori appresi e assimilati dal soggetto, attivando meccanismi quali l'etichettamento eufemistico ("è solo un post, ho messo solo un *like*"), il confronto vantaggioso ("non ho ucciso nessuno") e la deumanizzazione della vittima (che è diffusa, stereotipata o comunque lontana, "invisibile")[33].

Oltre a ciò, la rete, e in particolare molti *social network*, vengono vissuti dagli utenti come "non luogo", come luogo ricreativo, dove le azioni hanno meno importanza rispetto a quelle compiute *offline,* in cui il confine fra lecito e illecito, fra meritevole e riprovevole tende a sbiadire e i criteri di valutazione di un comportamento non sono tanto la verità, l'opportunità, la conformità alla legge e ai valori che fondano il vivere civile, quanto il successo in termini di apprezzamenti e condivisioni. Nell'habitat social-mediatico qualunque idea, qualunque contenuto, purché sensazionalistico, può ottenere popolarità fino a diventare virale e sembra che tale risonanza sia l'unico parametro di giudizio della sua qualità[34].

Ancora, la facilità e la velocità dell'azione in rete, unite alla (apparente)[35] gratuità e alla connessione permanente resa possibile da *smartphone* e *tablet*[36], operano a detrimento della ponderazione dei contenuti creati, condivisi e, a maggior ragione, apprezzati, in quanto, secondo diversi studi, attiverebbero quello che Kahneman definisce il "sistema 1", ossia il *Self* intuitivo, che decide rapidamente sulla scorta di impressioni e sensazioni, in luogo del "sistema 2", che è il *Self* razionale, lento e riflessivo[37].

---

emotivo". «A caratterizzare molte delle emozioni che si sperimentano nei nuovi media è la loro alterità: pur provandole in prima persona, sono lo specchio di emozioni di altri». I media, infatti, da una parte, favoriscono i processi comunicativi, mettendo in contatto persone che non si trovano nello stesso luogo, dall'altra, sostituiscono l'esperienza diretta dell'incontro tra corpi con una percezione indiretta influenzata dalle caratteristiche del *medium* e del messaggio. Ne conseguono tre effetti: l'assenza di consapevolezza delle proprie emozioni e dei comportamenti a esse associati, la mancata comprensione delle ragioni per cui si prova una certa emozione, l'incapacità di cogliere le emozioni altrui e quindi di reagire adeguatamente alle stesse e ai comportamenti che ne scaturiscono. S. Pasta, *op. cit*., 90 ss.

[33] In altri termini, grazie alle tecniche di disimpegno morale il soggetto può violare i propri standard morali pur mantenendo intatta la propria «*moral integrity*». A Bandura, *Moral Disengagement: How People do Harm and Live with Themselves*, New York 2015, 2. Cfr. Id., *Failures in Self-Regulation: Energy Depletion or Selective Disengagement?*, in *Psychological Inquiry*, 1996, 7, 20-24. Già nei primi anni del Duemila, Bandura aveva usato l'espressione «*death technologies*» per sottolineare come le moderne tecnologie digitali siano pericolose e spersonalizzate, in quanto creano una distanza fisica, e volte anche temporale, fra l'azione e i suoi effetti dannosi, che facilita l'agire deviante. Id., *Selective Moral Disengagement in the Exercise of Moral Agency*, in *Journal of Moral Education*, 31, 2, giugno 2002, 108. Sul punto, si veda anche M. Santerini, *La mente ostile*, cit., 49 ss.

[34] Con il termine post-verità si indica proprio una narrativa, ricorrente nei nuovi media, caratterizzata da un forte appello all'emotività e dalla valorizzazione di credenze diffuse anziché di fatti verificati. Cfr. Enciclopedia Treccani, *Voce "post-verità"*, *www.treccani.it*.

[35] La gratuità è apparente perché, oltre al costo del dispositivo e della connessione, l'utente "paga" la navigazione e l'iscrizione a *blog* e *social network* in dati personali, che vengono sfruttati economicamente dai *provider*.

[36] Con la disintermediazione, come anticipato, tutti possono creare contenuti e reagire ai contenuti creati da altri utenti e, con l'avvento di *smartphone* e *tablet*, possono farlo sempre e ovunque. Cfr. G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di internet*, in *ML*, 2018, 1, 22.

[37] Daniel Kahneman, premio Nobel per l'economia, ha messo in evidenza come il soggetto si identifichi con quello che in psicologia viene comunemente definito «sistema 2», vale a dire con la parte di Sé razionale, che riflette, ha convinzioni, prende decisioni e opera scelte, ma come, in realtà, spesso, le nostre azioni sono spesso guidate dal c.d. «sistema 1», vale a dire da quel sistema di automatismi, di «impressioni e sensazioni che originano spontaneamente e sono le fonti principali delle convinzioni esplicite e delle scelte deliberate dal sistema 2». D. Kahneman, *Thinking. Fast and Slow*, New York 2011, trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano 2012, 21 ss. Cfr. G. Gigerenzer, *Gut Feelings: The Intelligence of the Unconscious*, New York 2007, trad. it. *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Milano 2009, 16 ss. «La velocità è nemica dell'agire razionale», «nodo problematico per la *Generazione touch*». S. Pasta, *op. cit.*, 67. Si è osservato come «il tempo in Internet è collassato, è un tempo ad alta densità che

Da ultimo, ma non per importanza, giocano un ruolo tutt'altro che trascurabile nell'amplificazione delle offese, così come nell'alimentare i pregiudizi e nel banalizzare l'odio e la pornografia non consensuale, i meccanismi automatizzati di indicizzazione. I contenuti di incitamento alla violenza e alla discriminazione, intimidatori e sessualmente espliciti, in quanto intrinsecamente sensazionalistici, rischiano di attivare la funzione selettiva dei media, aumentando così il numero degli utenti che li visualizzano e quindi la probabilità che vengano apprezzati e condivisi. Il che, da una parte, concorrendo al "successo mediatico" di quel contenuto, fa leva su un altro meccanismo di *moral disengagement*, la c.d. diffusione della responsabilità: più *like* e condivisioni ha un post meno l'utente si sente "responsabile" ad apprezzarlo o condividerlo a sua volta[38]; dall'altra, favorisce la banalizzazione e la normalizzazione di quel tipo di contenuto[39]: più di frequente compaiono contenuti d'odio e pornografici, maggiori saranno gli effetti di assuefazione dell'utente alla violenza verbale e alle offese alla riservatezza sessuale[40].
Inoltre, l'indicizzazione dei contenuti fondata sulla profilazione degli utenti, sfruttata dai gestori a scopo di lucro in quanto consente di personalizzare gli inserti pubblicitari, unitamente alla viralizzazione dei post sensazionalistici, concorre alla radicalizzazione di *bias* e teorie complottiste facendo comparire all'utente contenuti che non fanno altro che confermare le sue credenze, le sue distorsioni cognitive. L'utente si trova così in una sorta di bolla autoreferenziale, definita dagli esperti "*filter bubble*", o, secondo un'altra efficace metafora, in una "*echo chamber*", vale a dire in uno spazio virtuale in cui riecheggiano le opinioni che ha già manifestato o le teorie che ha cercato o condiviso. In questo modo, il rifiuto per il *fact-checking* di *hater* e complottisti è agevolato dalla scarsità di contenuti di segno diverso in cui si imbattono, uscendone invece rafforzate e confermate le loro convinzioni deliranti[41]. A ciò si aggiunge, ancora, il c.d. "effetto gregge", o euristica della socializzazione, ossia «la propensione emotiva e impulsiva degli individui a omologarsi alla pressione sociale del proprio gruppo di riferimento»[42], particolarmente evidente all'interno dei gruppi virtuali.

---

richiederebbe di poter praticare l'ordine della successione dentro quello della coesistenza: come l'essenza (*Wesen*) della logica hegeliana, in Internet l'istante è carico, stratificato (perché molti messaggi vengono contemporaneamente ricevuti, perché la pagina *web* contiene in sé dei link che solo in un tempo più lungo possono essere percorsi), contiene potenzialmente il tutto». P. C. Rivoltella, *Costruttivismo e pragmatica della comunicazione* on line. *Socialità e didattica in Internet*, Gardolo (TN) 2003, 101.

[38] Sugli effetti di deindividuazione e di deresponsabilizzazione legati alla percezione di agire in massa, si veda anche G. Le Bon, *Psychologie des foules*, Paris, 1985, trad. it. *Psicologia delle folle*, Milano 2019.

[39] Si è parlato, in tal senso, di una «sovraesposizione» dell'odio dovuta all'attuale contesto social-mediatico e, in particolare, alla «pubblicità per interazione» di cui i contenuti sensazionalistici spesso arrivano a godere. A. Spena, *La parola odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello* hate speech, in *Criminalia*, 2017, 577 ss.

[40] R. Bortone, F. Cerquozzi, *L'*hate speech *al tempo di Internet*, in *Aggiornamenti sociali*, dicembre 2017, 818 ss. Osservano a tal proposito gli Autori che «a lungo andare ciò produce un effetto di distorsione nell'ecosistema informativo: l'*hate speech* è normalizzato e legittimato, con l'effetto di riprodurre pregiudizi e stereotipi verso le minoranze discriminate». *Ivi*, 824. Cfr. S. Pasta, *op. cit.*, 69; A. Sorgato, *op. cit.*, 223-224; M. Santerini, *La mente ostile*, cit., 56 ss.

[41] In tal senso, si è osservato come «le nuove tecnologie, e soprattutto internet, aiutino le persone ad ascoltare le opinioni di altri individui della stessa mentalità e a isolarsi rispetto a idee differenti», venendosi così a creare «un terreno fertile per la polarizzazione e potenzialmente pericoloso per la democrazia e la pace sociale». C. Sunstein, *Republic.com*, Princeton 2001, trad. it, *Republic.com: cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna 2003, 83. Cfr. M. Castells, *Communication Power*, 2° ed., Oxford, 2013. Cfr. E. Pariser, *Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and how We Think*, New York 2011, trad. it. *Il filtro. Quello che internet ci nasconde*, Milano 2012.

[42] S. Asch, *Social Psychology*, New York 1952, trad. it. *Psicologia sociale*, Torino 1963, 523 ss.; Id., *Opinions and social pressure*, in *Readings about the social animal*, 1955, 17-26. Vari studi dimostrano come gli utenti risentano molto della pressione alla conformità e del desiderio di essere popolari, cercando di evitare di lasciare traccia digitale

3. Questo breve *excursus* concorre a spiegare come la rete, e in particolare le piattaforme *social*, per le loro caratteristiche, siano diventate bacino di raccolta e terreno di proliferazione e amplificazione di offese a diritti fondamentali, permettendo così di cogliere una tensione fra almeno tre valori di rilevanza costituzionale o "super" costituzionale: la libertà di espressione, la dignità dell'individuo e la libertà di iniziativa economica dei fornitori di servizi Internet e di *social networking*. Uno «scontro che tocca direttamente le radici del costituzionalismo»[43] e che deve impegnare il giurista in delicatissime attività di bilanciamento nell'ottica di costruire un *web* "costituzionalizzato"[44].

Per quanto concerne il bilanciamento fra tutela della dignità e libertà di espressione, si registra una notevole distanza fra approccio europeo e approccio nordamericano.

L'Unione Europea ha messo in campo un'ampia strategia contro l'*hate speech* e altri contenuti offensivi, combinando, in chiave complementare, strumenti di *hard law* e *soft law*[45]. Fra i primi, che riflettono una logica settoriale, la direttiva 2011/93/UE, che concerne la lotta contro gli abusi sessuali sui minori e la pedopornografia *online*, e la direttiva 2018/1808/UE sui servizi di media audiovisivi, volta, fra l'altro, a contrastare la proliferazione di contenuti nocivi per i minori e l'istigazione all'odio. Fra i secondi, va menzionato il "Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio *online*" del 2016, su cui si tornerà nel prosieguo.

Con particolare riferimento alla criminalizzazione dei discorsi d'odio, l'OSCE ha sottolineato come essi rappresentino «una grave preoccupazione, poiché possono creare un ambiente favorevole al verificarsi di crimini ispirati dall'odio e, per tale via, alimentare conflitti sociali su più larga scala» e l'*European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI), con la Raccomandazione n. 15 del 2012, ha invitato gli Stati membri ad adottare misure penali appropriate ed efficaci per combattere il ricorso, nella sfera pubblica, al discorso d'odio che abbia lo scopo, o ci si possa ragionevolmente attendere abbia l'effetto, di incitare a commettere atti di violenza, di intimidazione, di ostilità o di discriminazione nei confronti delle persone prese di mira, a meno che altre misure meno restrittive possano rivelarsi efficaci e purché il diritto alla libertà di espressione e di opinione sia rispettato.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, sulla scorta di tali indicazioni, l'area di penale rilevanza dell'*hate speech* è stata definita con l'introduzione dell'art. 604-bis c.p., che punisce chi fa propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, nonché, ancora, chi promuove o partecipa a un'organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La norma contempla poi, in chiusura, il caso in cui la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento si

delle proprie opinioni minoritarie. Inoltre, secondo alcune ricerche, i *social network* ridurrebbero notevolmente l'espressione di opinioni reali: chi percepisce di avere un'opinione differente agendo *online* decide di non esprimerla molto più spesso che *offline*. Cfr. S. Pasta, *op. cit.*, 86 ss.

[43] O. Pollicino, G. De Gregorio, Hate speech*: una prospettiva di diritto comparato*, in *IGDA*, 2019, 4, 421 ss. Cfr. V. Zeno-Zencovich, *Freedom of Expression: A Critical and Comparative Analysis*, New York 2018.

[44] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012.

[45] Cfr. I. Gasparini, *L'odio ai tempi della rete: le politiche europee di contrasto all'*online hate speech, in *Jus*, 2017, 2, 510 ss.

fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o di altri crimini previsti dallo statuto della Corte penale internazionale[46].
Nel panorama giuridico statunitense, invece, viene tendenzialmente accordata preminente rilevanza al primo emendamento, posto a tutela della libertà di parola, registrandosi nella giurisprudenza della Corte Suprema la costante affermazione della prevalenza del *free speech* rispetto alla repressione dell'*hate speech* e quindi all'esigenza di tutelare altri interessi come la dignità o la pace sociale. In pochissimi casi, la Corte ha escluso dall'ambito applicativo del primo emendamento lo *speech-act*, ossia quel discorso o quella manifestazione d'odio che comporta il pericolo concreto di un passaggio diretto all'azione (*fighting words*)[47]. In materia di *hate speech*, come in materia di *fake news*, prevale quindi un atteggiamento astensionistico, fondato sull'ideale del *free market of ideas*[48], secondo il quale la rete possiederebbe già gli antidoti rispetto a tali fenomeni, poiché, come un prodotto scadente finisce per soccombere, nelle logiche di mercato, rispetto ai prodotti di qualità, lo stesso varrebbe per le idee offensive e dunque "scadenti"[49]. Tale impostazione, tuttavia, pare non tenere conto dei meccanismi di personalizzazione della rete che, di fatto, impediscono un dibattito virtuale autenticamente pluralistico e quindi paragonabile a un mercato perfettamente concorrenziale[50].
Nondimeno, i grandi fornitori di servizi di *social networking*, aventi per lo più sede negli USA, non si sono finora mostrati del tutto insensibili all'approccio europeo e alla necessità di adottare iniziative, anche in termini di autoregolamentazione, a tutela della dignità degli utenti, se non altro per preservare il proprio capitale reputazionale.
Maggiori affinità si colgono fra strategia europea e nordamericana di contrasto della *non consensual-pornography*. Ad oggi, la diffusione di contenuti sessualmente espliciti senza il consenso della persona raffigurata costituisce reato in più di trenta Stati federati USA[51] e in Europa, in attuazione della Convenzione di Istanbul del 2011 (Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica) e della cd. "direttiva vittime" (Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25

[46] Sull'evoluzione della legislazione antiodio in Italia, v., *inter alios*, F. Basile, *Ti odio, "in nome di Dio". L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana*, in *DPU*, 4 dicembre 2019; M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *DPP*, 2020, 8, 1018 ss.; A. Spena, *op. cit.*, 577 ss. Vanno inoltre segnalate, da una parte, la nuova strategia contro l'antisemitismo presentata, in data 27 gennaio 2021, da Milena Santerini, Coordinatrice nazionale per la lotta contro l'antisemitismo, coadiuvata da un gruppo tecnico di cui fanno parte, fra gli altri, Gabrio Forti e Giovanni Canzio, dall'altra, la Proposta di legge ZAN e altri, "Modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere", presentata il 23 marzo 2018.
[47] Sul bilanciamento fra *hate speech* e altre istanze di tutela nella giurisprudenza nordamericana, si veda, diffusamente, A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà d'espressione nell'era di internet*, Milano 2020.
[48] R. Coase, *Markets for goods and Market for ideas*, in *American Economic Review*, 1974. Secondo tale teoria il pluralismo informativo dovrebbe fungere da antidoto a fenomeni di indottrinamento, oligopoli informativi e politicamente orientati. Cfr. M. Bassini, G. E. Vigevani, *Primi appunti su* fake news *e dintorni*, in *ML*, 2017, 1, 18.
[49] Nondimeno, vi sono pensatori nordamericani che guardano con interesse all'approccio europeo e alla necessità di un intervento statale o della comunità internazionale al fine di garantire in maniera uniforme la dignità delle persone, soprattutto di quelle più deboli, e di salvaguardare l'ordine pubblico. *Ex pluribus*, J. Waldron, *Dignity and deformation: The visibility of hate*, in *HLR*, 2010, 123, 1597-1657.
[50] Cfr. M. Cuniberti, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *Media Education*, 2017, 1, 35; A. Nicita, *È possibile il libero scambio nel mercato della verità?*, in *Il Foglio*, 13 gennaio 2017.
[51] V. sul punto G. M. Caletti, *"Revenge porn" e tutela penale. Prime riflessioni sulla pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *DPC, Riv. Trim.*, 2018, 3, 63 ss.

ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato), parte integrante della strategia eurounitaria di tutela dei soggetti vulnerabili *offline* come *online*, molti Paesi hanno introdotto fattispecie incriminatrici *ad hoc*. In Italia, ad esempio, con la l. 19 luglio 2019, n. 69, cd. "Codice rosso", è stato introdotto l'art. 612-ter c.p. che punisce chi invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, sia che li abbia realizzati o sottratti (comma 1) sia che li abbia ricevuti o comunque acquisiti (comma 2), purché, in questo secondo caso, abbia agito con il dolo specifico di recare nocumento alla persona offesa[52].

Con riferimento al bilanciamento fra istanze di tutela dell'utente e iniziativa economica privata, la disciplina originaria della rete, improntata a garantire ai *provider* massima libertà, nella leale concorrenza[53], pare a molti obsoleta rispetto all'attuale natura delle piattaforme digitali e, in particolare, dei *social network*, quali «vere e proprie imprese», che però assumono sempre di più «le sembianze di formazioni sociali ove si esprime la personalità dell'individuo»[54]. Si è osservato, inoltre, come l'evoluzione digitale e l'avvento delle piattaforme che ospitano c.d. *user generated content* abbiano trasformato «Internet da uno spazio sconfinato di libera informazione a uno spazio controllato da poche grandi *tech-companies*, che controllano e filtrano l'accesso alle informazioni e la loro diffusione attraverso l'utilizzo di algoritmi»[55], sfruttati a fini di lucro. Tale metamorfosi del cyberspazio esige un ripensamento del ruolo dei *provider*, a partire delle piattaforme *social*, nella tutela dei diritti fondamentali degli utenti.

Parafrasando il titolo di un importante testo su giovani e nuovi media, *it's complicated*[56], bilanciare tali interessi e istanze di tutela è una delle sfide più ardue in cui il giurista, insieme agli studiosi dei più diversi ambiti disciplinari, è chiamato a cimentarsi. La «rivoluzione cibernetica», cui va riconosciuta «un'importanza strutturale o, se si preferisce, strategica per l'evoluzione del diritto, (…) in quanto rappresenta la frontiera più avanzata dell'innovazione e del cambiamento nell'odierna società globalizzata»[57], deve infatti essere accompagnata da una strategia ponderata e bilanciata, volta a garantire che «Internet non diventi strumento di diffusione e amplificazione delle diseguaglianze, ma continui a essere veicolo di conoscenza, libertà e promozione umana, e che il potenziale creativo delle nuove tecnologie accresca le potenzialità di confronto aperto fra idee, per una conoscenza libera e pluralista»[58].

---

[52] Per un'approfondita analisi della fattispecie si vedano, *inter alios*, G. M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale*, cit., 2045 ss.; N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo "cybercrime" disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in *LP*, 2020, 1, 1 ss.

[53] «Tutta la storia delle telecomunicazioni degli ultimi anni si può effettivamente ricostruire alla luce del rapporto, talora dialettico, fra regolazione e concorrenza, che connota l'assetto definito a livello nazionale ed europeo». M. Mensi, P. Falletta, *op. cit.*, 11. Cfr. F. Marini Balestra, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comunicazioni elettroniche*, Padova 2016.

[54] Così P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò e P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino 2014, 37.

[55] M. R. Allegri, *Ubi Social, Ibi Ius*, cit., 214.

[56] D. Boyd, *It's complicated. The social lives of networked teens*, New Haven 2014, trad. it. It's complicated. *La vita sociale degli adolescenti sul* web, Roma 2018.

[57] Cfr. L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche*, cit., 36. In tal senso, la disciplina giuridica della rete «si pone come una sorta di banco di prova per il diritto, che si confronta con l'ineludibile necessità di adottare istituti adeguati alle peculiarità di un fenomeno ormai non più nuovo, ma dalla sconvolgente portata eversiva». M. Mensi, P. Falletta, *op. cit.*, 61.

[58] M. Mensi, P. Falletta, *op. cit.*, 37. In tal senso, si è osservato come «non vi è libertà senza regole, nel mondo *online* come nel mondo *offline*», «proprio nell'ottica di valorizzare internet come strumento e veicolo di libertà e conoscenza, regole e procedure si pongono pertanto come fondamentali strumenti di garanzia e tutela dei diritti nella Rete». *Ivi*, 33.

4.1. Sono diversi gli elementi che hanno favorito la coagulazione del dibattito in tema di contrasto di condotte offensive *online* attorno al ruolo dei gestori delle piattaforme *social*. Fra questi: la loro possibilità "tecnica" di intervento e lo sfruttamento economico, da parte degli stessi, dell'indicizzazione dei contenuti basata sulla profilazione dell'utenza[59]. Nondimeno, qualsivoglia forma di loro coinvolgimento o responsabilizzazione va calibrata considerando l'inevitabile interferenza, da una parte, con la loro libertà d'iniziativa economica privata, di cui si è detto poc'anzi, dall'altra, con la disciplina in materia di *Internet Service Provider* (*ISP*), categoria cui i *social network* appartengono.
Il punto di partenza per delineare il quadro normativo di riferimento è la c.d. direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/CE), che definisce l'*ISP* come «la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione»[60], distinguendo fra prestatori che svolgono attività di mero trasporto (*mere conduit*), prestatori che memorizzano temporaneamente informazioni (*caching*) e prestatori che ospitano e quindi memorizzano durevolmente informazioni (*hosting*). Nell'ambito di tale classificazione, le piattaforme *social*, pur non contemplate espressamente dalla direttiva, si connotano come *host provider*, potendo essere definite, in particolare, «piattaforme basate sulla condivisione di contenuti multimediali creati dagli utenti»[61], (c.d. *user generated content*).
Tornando alla direttiva, per l'attività di *hosting*, quale quella svolta dai *social network*, il *provider* non è responsabile dei contenuti "ospitati" alla duplice condizione che: «a) il prestatore non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso»[62]. Ancora, all'art. 15, viene prescritto che gli Stati membri non impongano ai prestatori «un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite», fatta salva la possibilità di chiedere agli stessi di «informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi», di «comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati». Alla direttiva nel nostro ordinamento è stata data

[59] G. Ziccardi, *op. cit.*, 93. In tal senso, C. Novelli, *La Cassazione su responsabilità del* provider *e contenuto della notifica*, in *DI*, 2019, 50, sottolinea come gli operatori del cyberspazio «se sono in grado di gestire questi dati, utilizzarli a loro convenienza allora hanno anche una posizione privilegiata quando gli si chiede di identificarli e sorvegliarli nelle ipotesi di violazioni di legge».
[60] Art. 2, lett. b), della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»). Più ampia la definizione di *service provider* fornita dall'art. 1, lett. c., della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, aperta alla firma a Budapest nel 2001: «qualunque entità pubblica o privata che fornisce agli utenti dei propri servizi la possibilità di comunicare attraverso un sistema informatico», nonché «qualunque altra entità che processa o archivia dati informatici per conto di tale servizio di comunicazione o per utenti di tale servizio».
[61] L. Paccagnella, *Sociologia della comunicazione nell'era digitale*, Bologna 2020, 183. In particolare, i siti *social network* vengono solitamente identificati sulla base di tre caratteristiche: la possibilità di costruire e presentare un proprio profilo pubblico o semipubblico, l'articolazione di un elenco di altri utenti con cui si condivide un legame più o meno forte, la possibilità di produrre, interagire o navigare attraverso flussi messi a disposizione dalle proprie connessioni all'interno della piattaforma. *Ivi*, 181.
[62] Art. 14 della direttiva 2000/31/CE, cit.

attuazione con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che, agli artt. 16 e 17, dedicati agli *host provider*, ricalca pedissequamente la disciplina europea.
Fermo restando tale quadro normativo, l'evoluzione tecnologica e l'emersione delle piattaforme *social* hanno portato la giurisprudenza eurounitaria e nazionale al graduale superamento del principio di neutralità della rete, «secondo cui il *provider* (qualunque ne sia la natura) deve rimanere un elemento (appunto) "neutro" dell'infrastruttura tecnologica senza che possa essere obbligato a operare nessun filtraggio dei flussi informativi che la pervadono»[63]. Alle pronunce strettamente ancorate a detto principio[64], infatti, hanno iniziato ad alternarsi, a livello europeo come a livello interno, prospettive differenti, in cui viene messo in luce come molti *host provider*, anziché limitarsi alla *passiva* memorizzazione dei contenuti immessi dagli utenti, partecipano *attivamente* alla loro organizzazione, attraverso operazioni, per lo più automatizzate, di categorizzazione e indicizzazione, aventi scopo di lucro. La gestione algoritmica dei contenuti, fondata sulla profilazione dei fruitori grazie ai dati personali che forniscono e alle attività che svolgono, è infatti uno degli elementi costitutivi del modello di business delle piattaforme *social*[65].
Tale distinzione, di matrice giurisprudenziale, fra *host* attivo e *host* passivo trae fondamento dal considerando n. 42 della direttiva, il quale prevede che «le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso a una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione» e che «siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». La Corte di Giustizia ha infatti osservato come «dal quarantaduesimo considerando della direttiva 2000/31 risulta […] che le deroghe alla responsabilità (…) riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine "meramente tecnico, automatico o passivo", con la conseguenza che detto prestatore "non

[63] G. P. Accinni, *Profili di responsabilità penale dell'*hosting provider *"attivo"*, in *AP*, 2017, 2, 8.
[64] La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una norma che ingiungeva agli *ISP* di predisporre un sistema di filtraggio a tutela del diritto d'autore in rete, ha ritenuto che tale normativa violasse la direttiva sul commercio elettronico, poiché, lungi dal garantire un giusto bilanciamento fra tutela della proprietà intellettuale e tutela della libertà d'impresa dei *provider*, imponeva la predisposizione di un sistema informatico particolarmente complesso e oneroso rischiando altresì di ledere la libertà di espressione in quanto detto sistema avrebbe potuto rivelarsi inadeguato a distinguere fra attività lecite e illecite portando al blocco di contenuti leciti. Il risultato inoltre sarebbe stato, di fatto, quello di imporre ai gestori un obbligo generalizzato di sorveglianza sulle informazioni ospitate, non previsto dalla direttiva, oltreché materialmente e tecnicamente impossibile da adempiere (se non con l'uso di sistemi automatizzati di dubbia affidabilità). Corte di Giustizia, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA* contro *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*; Corte di Giustizia, 16 febbraio 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* contro *Netlog NV*. Sul tema, diffusamente, R. Flor, Social networks *e violazioni penali del diritto d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio*, in *RTDPE*, 3, 2012, 683 ss.
[65] M. Montanari, *La responsabilità delle piattaforme on-line. Il caso Rosanna Cantone*, in *DI*, 2017, 2, 261, il quale osserva come la produzione e condivisione gratuita di contenuti da parte dei *prosumer* (cfr. § 1) è la «base di un nuovo modello di business basato sull'aggregazione di questi per generare audience e veicolare pubblicità». Cfr. F. Zanovello, *La responsabilità dell'*Internet Service Provider. *Brevi note a Cass. 19 marzo 2019, nn. 7708 e 7709*, in *SI*, 2020, 5, 564, che evidenzia come «il perseguimento del profitto e lo sviluppo tecnologico assurgono a indizi decisivi nel far assumere al *provider* un ruolo attivo, presupponendo che lo stesso adotti una struttura e una visione d'impresa e, soprattutto, ricorra a una certa manipolazione dei dati».

conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate"»[66], rimettendo, in ultima analisi, ai giudici nazionali la valutazione della "neutralità" dell'*host*.
Sul punto la giurisprudenza italiana è stata sinora ondivaga[67]. Secondo alcune pronunce[68], servizi di indicizzazione dei contenuti e di offerta di pubblicità personalizzata sulla base della profilazione varrebbero a qualificare l'*host* come attivo; secondo un altro orientamento[69], ove il prestatore del servizio non intervenga in alcun modo sul contenuto caricato dall'utente, ma si limiti a sfruttarne commercialmente la presenza sulla propria piattaforma, lo stesso conserverebbe la sua natura di *host* passivo.

4.2. Tale "creativa" elaborazione giurisprudenziale in materia di *host provider* "attivi" ha aperto la strada alla prospettazione, nel nostro ordinamento, di modelli altrettanto variegati di responsabilità penale delle piattaforme *social* per i contenuti ospitati[70].
Stando a un primo modello, i gestori potrebbero incorrere in responsabilità penale nei soli casi di concorso commissivo nella condotta criminosa dell'utente. A tal proposito, a dimostrazione dell'ampiezza degli scenari possibili, vale la pena di sottolineare come in un caso deciso dalla *Court of Appeal* dello Stato di New York sia stata prospettata dall'accusa la responsabilità di Facebook per aver concorso in alcuni fatti di attentato avendo attribuito particolare visibilità, attraverso attività automatizzate di indicizzazione, a post di incitamento al terrorismo. Sebbene la Corte abbia deciso, pur con una parziale *dissenting opinion*, di non sposare la tesi accusatoria[71], la vicenda è di indubbio interesse poiché solleva il problema della responsabilità dei *provider* per l'attività svolta da sistemi di intelligenza artificiale che, attivati per scopi leciti, come rendere maggiormente interessante la piattaforma per gli utenti e creare collegamenti funzionali ai loro interessi, una volta programmati, apprendono dal contesto circostante e operano in sostanziale autonomia[72].

[66] Cfr. Corte Giust. UE, 23 marzo 2010, *Google c. Louis Vuitton*, C-236/08–C-238/08; 24 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien Gmbh c. Constantin Film Verleigh*, C-314/12; 16 febbraio 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10; 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, C-70; 12 luglio 2011, *L'Oreal c. Ebay*, C-324/09.
[67] Cfr. M. Bassini, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli* Internet service provider. *Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, in *Federalismi.it.*, 2015, 3, 46-47.
[68] Trib. Milano, 24 febbraio 2010, *caso "Google/Vividown"*; Trib. Roma, 20 ottobre 2011, *RTI contro Choopa*; Trib. Milano, 7 giugno 2011, *RTI contro Italia Online S.R.L*; Trib. Roma, 15 luglio 2016, *RTI contro Megavideo*; Cass. civ., Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, in *DO*, 2019, 1, 152 ss. Cfr. R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *GI*, 2017, 629 ss.
[69] App. Milano, 7 gennaio 2015, *Mediaset c. Yahoo! Italia*; Cass. pen., Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107, in *DI*, 2014, 225 ss.
[70] Sul punto, diffusamente, B. Panattoni, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme* online, in *DPC, Riv. trim.*, 2019, 2, 33 ss. Cfr. R. Bartoli, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'*Internet Service Provider, in *DPC*, 2013, 5, 600 ss.
[71] *Force v. Facebook, Inc.* No. 18-397 (2nd Cir. 2019), su *www.law.justia.com*. I giudici di New York hanno ritenuto applicabile al caso di specie il Titolo 47 U.S. Code, § 230, del 1996, che esclude la responsabilità degli *interactive computer service* per i contenuti ospitati, non potendovisi derogare qualora entrino in gioco elementi di intelligenza artificiale, poiché la creazione di collegamenti e accostamenti fra contenuti e utenti, mediante algoritmi, appartiene alla logica di business della maggioranza di detti servizi.
[72] Cfr. A. Baccin, *Responsabilità penale dell'*internet service provider *e concorso degli algoritmi negli illeciti* online*: il caso force v. Facebook*, in *SP*, 2020, 5, 75 ss.

Secondo un altro modello, che ha trovato applicazione nella giurisprudenza di legittimità[73], i gestori delle piattaforme possono essere chiamati a rispondere di concorso mediante omissione nei reati commessi dagli utenti non per non averne impedito la realizzazione, bensì per non aver impedito il protrarsi dei loro effetti dannosi (nel caso oggetto della pronuncia, trattandosi di diffamazione, per non aver interrotto la perdurante offesa alla reputazione rimuovendo il contenuto denigratorio). Del resto, pur tralasciando il dibattito dottrinale sull'assimilazione fra impedire un evento e impedire un reato[74], esigere dal *provider* l'impedimento dei reati commessi dall'utente significherebbe onerarlo di un adempimento materialmente e tecnicamente impossibile (se non avvalendosi di sistemi automatizzati di dubbia affidabilità) prima ancora che contrario al divieto di imporre obblighi generalizzati di sorveglianza (ex art. 15 della direttiva sul commercio elettronico, come recepito all'art. 17 del d.lgs. 70/2003). A ciò si aggiunge che il regime delineato dall'art. 57 c.p. non può essere esteso ai gestori, in quanto applicabile al più ai servizi *online* di informazione professionale in virtù dell'equiparabilità funzionale e ontologica degli stessi alla stampa tradizionale[75].
È stata quindi "ideata" una responsabilità concorsuale da omesso impedimento degli effetti di un reato altrui. Il fondamento giuridico della posizione di garanzia dell'*ISP* e di tale peculiare obbligo di "impedimento *ex post*" andrebbe ravvisato nell'art. 14, comma 1, lett. b), della direttiva, che prevede che gli *host provider* possano incorrere in responsabilità se, effettivamente a conoscenza di un contenuto illecito nei propri server, omettano di rimuoverlo. Accogliendo questa impostazione, la Cassazione ha ritenuto immune da censure la decisione dei giudici di secondo grado che, ribaltando la sentenza del Tribunale, avevano condannato il gestore di un sito per aver «mantenuto consapevolmente» un articolo, «consentendo che lo stesso esercitasse la [propria] efficacia diffamatoria» da quando ne aveva appreso l'esistenza fino al sequestro dell'ambiente virtuale[76].
Tale indirizzo non è andato esente da critiche in dottrina, anzitutto sotto il profilo della tipicità delle ipotesi di responsabilità penale. Si è osservato, in tal senso, come «nella decisione in analisi si rinviene un'enunciazione di principio (formulazione del paradigma e condanna), ma non emergono le ragioni poste alla base dello stesso: non è chiarito, in altre parole, come si possa concorrere omissivamente in un delitto già consumato, né da dove derivi l'obbligo giuridico di impedire gli effetti della diffamazione»[77]. Non si rinviene, infatti, nel codice penale una previsione che stabilisca un rapporto di equivalenza tra il non interrompere gli effetti di un reato e la sua

[73] Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, in *GP*, 1, 2017, con nota di M. Miglio, *I gestori di un sito internet rispondono penalmente per i commenti offensivi pubblicati dagli utenti*; in *QG*, 9 gennaio 2017, con nota di F. Buffa, *Responsabilità del gestore del sito internet*.
[74] Per una ricostruzione delle problematiche sottese all'omesso impedimento di reati altrui si veda L. Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *RIDPP*, 1997, 1339 ss.
[75] Così, *ex pluribus*, Cass. pen., Sez. Un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in *DI*, 2015, 1041 ss. e Cass. pen., Sez. V, 1 febbraio 2017, n. 4873, in *FI*, 2017, 4, II, 251 ss. Si vedano diffusamente sul tema G. P. Accinni, *op. cit.*, 4 ss.; G. Corrias Lucente, *Ma i* network providers*, i* service providers *e gli* access providers *rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l'uso degli spazi che lo gestiscono?*, in *GM*, 2004, 2524 ss.; S. Seminara, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *DI*, 1998, 745 ss.
[76] Cass. pen., Sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, cit.
[77] A. Ingrassia, *Responsabilità penale degli* internet service provider*: attualità e prospettive*, in *DPP*, 2017, 12, 1626. Cfr. B. Panattoni, *Gli effetti dell'automazione sui modelli di responsabilità*, cit., 44 ss. e V. Pezzella, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della* privacy *nell'epoca delle* chat *e dei* social forum, Torino 2020, 824 ss.

realizzazione commissiva, sulla falsariga del capoverso dell'art. 40 c.p.[78]. Inoltre, nei particolari settori in cui il legislatore ha previsto espressamente a carico dei *provider* l'obbligo di attivarsi per segnalare ed eventualmente rimuovere determinati contenuti illeciti ha optato, in caso di inadempimento, per la sanzione amministrativa pecuniaria, ritenendola un incentivo adeguato. Si pensi a quanto previsto in materia di tutela del diritto d'autore (art. 1, comma 6, d.l. n. 72/2004, conv. in l. n. 128/2004) e di prevenzione della diffusione di materiale pedopornografico (artt. 14-ter e 14-quater l. n. 269/1998). Pare quanto meno singolare che per la mancata rimozione di un articolo diffamatorio, ancorché in assenza di una specifica previsione di legge o di un ordine dell'autorità, il *provider* possa incorrere in responsabilità penale per aver concorso omissivamente nel reato, mentre, per la sua più grave inerzia a fronte del dovere, legislativamente prescritto, di segnalare un video pedopornografico, incorra in una sanzione amministrativa[79].

In conclusione, la complessità dei profili tecnici in gioco e la natura plurisoggettiva dei *provider* sconsigliano il ricorso alla sanzione penale, che per altro comporta il rischio, come si è visto, di vistose deroghe ai paradigmi classici di responsabilità e di scivolamento verso ipotesi di responsabilità oggettiva, "da posizione". In un'ottica *de iure condito*, vanno infatti evitate interpretazioni analogiche delle norme di parte generale e speciale. Si pensi, oltre che alla "creazione" di una responsabilità da omesso impedimento degli effetti di un reato, all'eventuale estensione indiscriminata ai gestori della disciplina delineata per il direttore del giornale all'art. 57 c.p. o all'applicazione agli stessi di norme incriminatrici come l'art. 378 c.p. (favoreggiamento personale). In una prospettiva *de iure condendo*, il ricorso al diritto penale, oltre a dover essere attentamente valutato sotto il profilo della sussidiarietà e della proporzionalità della risposta sanzionatoria, non pare adeguato ed efficace quanto la previsione di una responsabilità amministrativa pecuniaria, idonea a incidere sugli interessi economici dei *provider*.

Tali considerazioni depongono nel senso di promuovere, piuttosto, forme di coinvolgimento dei gestori delle piattaforme *social* fondate sul modello del *notice and take down* e sulla previsione di sanzioni amministrative a presidio degli oneri imposti. Nel nostro ordinamento, ad esempio, in alcuni ambiti, sono previsti obblighi di segnalazione a specifiche autorità (come accennato, qualora il *provider* venga a conoscenza di contenuti pedopornografici deve segnalarli al Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia in rete ex artt. 14-ter e 14-quater della l. 3 agosto 1998, n. 269) e oneri di rimozione di contenuti segnalati da privati (ad es. su richiesta di una vittima di cyberbullismo, se ultraquattordicenne, o dei genitori ex. art. 2, della l. 29 maggio 2017, n. 71). In tali discipline di settore, per altro, il legislatore ha preso posizione con riferimento a un altro aspetto controverso della disciplina in materia di *ISP*: «l'effettiva conoscenza» del contenuto illecito che fa insorgere l'obbligo di rimozione, positivizzando un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato. Per garantire una tutela rapida ed effettiva dell'utente offeso da un contenuto illecito, in giurisprudenza è emersa infatti un'interpretazione estensiva che non limita le fonti dell'effettiva conoscenza alla comunicazione da parte dell'autorità, ma vi include anche la segnalazione da parte dell'utente, purché specifica e circostanziata, poiché attendere l'ordine di rimozione dell'autorità

[78] A questo proposito, si è osservato come «l'assenza di obblighi giuridici di controllo preventivo (…), e a fortiori di impedimento di reati commessi dagli utenti o da terzi sfruttando i servizi offerti, esclude, in linea di principio, la configurabilità di una responsabilità penale non solo ex art. 40 cpv. c.p., ma anche a titolo di concorso nel reato ex art. 110 c.p., benché un contributo causale, sotto il profilo strettamente tecnico-materiale, sia ravvisabile in forza delle attività e strutture messe a disposizione dall'*ISP*». L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche*, cit., 81. In tal senso, già Id., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei* Service-providers *in Internet*, in *DPP*, 1999, 3, 379 ss.

[79] Cfr. A. Ingrassia, *Responsabilità penale degli* internet service provider, cit., 1626-1627.

potrebbe comportare l'irrimediabile pregiudizio di diritti della personalità quali l'immagine, il decoro, la reputazione e la riservatezza[80].

4.3. Se il modello del *notice and take down* si è finora mostrato il migliore in termini di tutela dell'utente, coinvolgimento del *provider* e rispetto della normativa in materia, che vieta obblighi generalizzati di controllo sui contenuti, occorre domandarsi come garantirne la più ampia implementazione ed efficacia.
In merito alle iniziative adottate a livello nazionale, va segnalata la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (*NetzDG*), legge tedesca che prevede sanzioni amministrative pecuniarie a carico dei *social network* con più di due milioni di utenti registrati in Germania che non adempiano al duplice obbligo di: a) adottare un sistema efficiente di gestione delle segnalazioni degli utenti e di rimozione dei contenuti antigiuridici segnalati; b) redigere un resoconto semestrale sull'attività svolta in tal senso. I contenuti illeciti sono individuati tassativamente richiamando alcune fattispecie di reato, fra cui il pubblico incitamento alla violenza, è previsto un termine di sette giorni per la rimozione dei contenuti, che si riduce a ventiquattro ore per quelli la cui illiceità sia manifesta e, per i casi controversi, il gestore è tenuto a interpellare un organo di autoregolamentazione indipendente appositamente creato[81].
Una simile disciplina, fonte di utili spunti nella direzione di un coinvolgimento "equilibrato" dei gestori dei *social network* nella prevenzione e nel contrasto di odio e pornografia non consensuale, non ha mancato di suscitare perplessità nei commentatori e presenta, indubbiamente, alcuni limiti. In primo luogo, si è sostenuto che la legge tedesca si ponga in contrasto con gli artt. 3 e 14 della direttiva sul commercio elettronico che sanciscono, rispettivamente, il principio della libera circolazione dei prestatori dei servizi dell'informazione e l'illiceità della condotta inerte del *provider* solo se successiva al momento dell'effettiva conoscenza del contenuto offensivo. Infatti, la previsione, nella *NetzDG*, di termini strettissimi per la rimozione dei contenuti illeciti comporterebbe il rischio per i gestori di incorrere in una responsabilità oggettiva[82]. Tali critiche non sembrano insuperabili. Il contrasto con l'art. 3 pare smentito dall'esplicita promozione, da parte della Commissione europea (Raccomandazione (UE) 2018/334 della Commissione del 1° marzo 2018 sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali *online*), del coinvolgimento dei *provider* nel contrasto dei contenuti offensivi e, in particolare, dell'adozione a

[80] La giurisprudenza ha chiarito che la segnalazione da parte del soggetto danneggiato da un contenuto illecito determina l'effettiva conoscenza di tale contenuto in capo al *provider*. Trib. Napoli Nord, 4 novembre 2016, in *DI*, 2017, 2, 243 ss., con nota di M. Montanari, *op. cit*. Così anche Trib. Torino, 7 aprile 2017, n. 1928, in *ML*. Cfr. S. Scarpin, *La responsabilità dell'*Internet Service Provider *per omesso controllo dei contenuti illeciti immessi dagli utenti della rete*, in *DI*, 2018, 3, 263 ss.

[81] La legge definisce i "*provider* di *social network*" come «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» (§ 1, comma 2, *NetzDG*). Sono espressamente escluse le piattaforme di carattere giornalistico-editoriale, nonché i contenuti presenti in comunicazioni individuali o avvenute in un gruppo chiuso, si pensi ai servizi Messenger o ai gruppi WhatsApp. J. Rinceanu, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei* provider *nella disciplina tedesca dei* social network, in *SP*, 11 marzo 2021, 1 ss. Per un'analisi più approfondita dei contenuti della legge si vedano anche, *inter alios*, V. Nardi, *I discorsi d'odio nell'era digitale: quale ruolo per l'*internet service provider*?*, in *DPC*, 7 marzo 2019, 22; S. Braschi, Social media *e responsabilità dell'*Internet Service Provider, in *ML*, 2020, 3, 168 ss.

[82] Cfr. G. Spindler, *Internet Intermediary Liability Reloaded. The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In)Compatibility with European Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, 2, 167 ss. Cfr. V. Claussen, Fake-news, *pluralismo informativo e responsabilità in rete*, in *ML*, 2018, 3, 119 ss.

tal fine di meccanismi di *notice and take down*. Per quanto concerne la ristretta tempistica di azione imposta ai gestori, aspetto cruciale per garantire una tutela immediata alle "vittime della rete" in quanto volta a evitare la viralizzazione dei contenuti offensivi, la soluzione potrebbe essere ricercata nelle dimensioni e nella strutturazione dell'organismo deputato a vagliare le segnalazioni, che dovrebbero essere tali da garantirne l'efficiente funzionamento anzitutto in termini di conoscenza tempestiva dei contenuti segnalati.

Nella dottrina tedesca, d'altro canto, sono stati messi in luce i rischi della *NetzDG* per diversi «diritti umani, appartenenti a vari attori dello spazio digitale»[83], quali «la libertà di opinione, informazione ed espressione artistica» degli utenti, i cui contenuti potrebbero essere rimossi ingiustificatamente[84] senza che sia concesso loro un contraddittorio e senza che siano messi a loro disposizione rimedi giuridici adeguati[85], e il loro «diritto all'autodeterminazione informativa», ossia al controllo sui propri dati personali che i *provider* non solo possono ma devono archiviare in caso di segnalazione[86]. Inoltre sarebbe a rischio la "libertà della professione" dei gestori, la quale, se persegue uno scopo legittimo può essere limitata solo nel rispetto del principio di proporzionalità. Sul punto si è sottolineato come sulla legittimità degli scopi della *NetzDG* «non possono sorgere dubbi», consistendo nella «prevenzione dei rischi per la pubblica sicurezza» e nella «promozione di un cambiamento nella cultura del dibattito in nome della lotta ai crimini d'odio e alle *fake news* nei *social network*». Tuttavia, alcune riserve sono state sollevate con riferimento alla proporzionalità, sia in senso ampio, riferita cioè all'impiego di uno strumento di regolamentazione della rete, sia in senso stretto, per l'eccessiva onerosità delle sanzioni amministrative pecuniarie previste[87].

A ciò si possono aggiungere ulteriori rilievi. Anzitutto, una volta rimosso un contenuto offensivo, anche considerando la diffusività e le permanenza della rete, lo stesso potrebbe essere ripubblicato. In secondo luogo, circoscrivere l'applicazione della normativa alle piattaforme con un certo numero di iscritti, se, da una parte, tiene conto della loro capacità economica di dotarsi di strutture e procedure per la gestione delle segnalazioni, dall'altra, rendendo il loro "habitat" almeno apparentemente più "sicuro", rischia di avere effetti anticoncorrenziali, nel senso di rafforzare ulteriormente l'assetto già pressoché monopolistico che connota i diversi mercati di servizi *online*.

---

[83] J. Rinceanu, *op. cit.*, 11 ss.

[84] Critico in tal senso B. Schünemann, *Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2019, 10, 620 ss.

[85] Il ripristino dei contenuti rimossi (procedura di "*put-back*") richiede attualmente in Germania l'istaurazione di lunghi processi in sede civile, con notevoli oneri economici a carico del ricorrente. Cfr. S. Müller-Franken, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen*, in *AfP, Zeitschrift für das gesamte Medienrecht*, 2018, 1, 1 ss.

[86] Si è sottolineato come il rischio di violazioni in materia di protezione dei dati personali si acuirebbe fortemente se entrasse in vigore il progetto di "Legge per combattere l'estremismo di destra e i crimini d'odio" (GBRH-E) del 18 febbraio 2020, approvato dal Bundestag il 18 giugno e dal Bundesrat il 3 luglio 2020, che, oltre a prevedere 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) e della legge sui media telematici (TMG-E), interviene sulla *NetzDG* ampliando il catalogo dei reati, estendendo la punibilità ad atti prodromici alla lesione del bene giuridico e introducendo a carico dei gestori un obbligo di comunicazione all'autorità dei dati personali degli utenti segnalati per aver commesso taluni reati. *Deutscher Bundestag, Drucksache 19/23867, 2.11.2020, https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/238/1923867.pdf*. Sui contenuti e sui dubbi di costituzionalità di tale progetto di legge, estesamente, J. Rinceanu, *op. cit.*, 17 ss.

[87] Sul punto K. H. Ladeur, T. 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, liberamente fruibile su *https://www.bitkom.org/sites/default/files /file/import/NetzDG-Gutachten-GostomzykLadeur.pdf*.

Inoltre, le caratteristiche della rete possono conferire notevole risonanza anche a contenuti pubblicati su piattaforme "minori". Ancora, non possono essere ignorati i limiti di una normativa nazionale rispetto all'aterritorialità delle piattaforme digitali[88].
Alle obiezioni riportate si potrebbe rispondere apportando alla disciplina richiamata opportuni correttivi. In primo luogo, se è vero che, accanto a post il cui carattere illecito è autoevidente, si staglia un'ampia zona grigia di contenuti il cui inquadramento richiede una formazione giuridica specialistica, è fondamentale, anche per evitare che vengano eliminati contenuti leciti (cd. *overblocking*), che la gestione delle segnalazioni sia affidata a un organismo *ad hoc*, dotato delle necessarie competenze, le cui dimensioni, per garantirne l'efficienza, dovrebbero variare al variare del numero di utenti iscritti alla piattaforma. Al contempo, a tutela della libertà di espressione, sarebbe opportuno prevedere un rapidissimo contraddittorio con l'utente prima di procedere all'eliminazione del contenuto, portandolo così, auspicabilmente, a rimuoverlo di propria iniziativa. Inoltre, avverso la decisione di rimozione l'autore del post dovrebbe avere sempre la possibilità di fare ricorso, attraverso procedure rapide e snelle, rivolgendosi a un'autorità amministrativa indipendente appositamente individuata. Ancora, per evitare la ripubblicazione dei contenuti illeciti eliminati, occorrerebbe accompagnare alla rimozione un divieto di ripubblicazione, presidiato magari dall'impiego di strumenti automatizzati che riescano a individuare e a segnalare quel determinato contenuto, indipendentemente dall'eventuale modifica del nome del file o della sua estensione. La prescrizione di quest'ultimo accorgimento, tuttavia, rischierebbe di cozzare con il divieto di imporre obblighi di controllo generalizzato[89].
Per quanto concerne la libertà di iniziativa economica privata e i profili di proporzionalità, l'obiettivo di una siffatta normativa, ossia il contrasto di condotte illecite, quanto meno di quelle riconducibili alle categorie dell'*hate speech*, dell'odio *ad personam* e della pornografia non consensuale, nonché i vantaggi economici che spesso si ricollegano alla viralizzazione dei contenuti offensivi paiono giustificare l'imposizione ai gestori dell'onere, senza dubbio economicamente gravoso, di adeguarsi alle nuove direttive[90]. Nondimeno, per assicurare la proporzionalità delle sanzioni, occorrerebbe affidarne la commisurazione, oltre che alle valutazioni discrezionali dell'autorità procedente, a sistemi analoghi al meccanismo per quote previsto dal d.lgs. 231/2001[91].

4.4. Tutto ciò premesso, permangono i predetti limiti di una normativa nazionale rispetto all'aterritorialità delle piattaforme digitali e delle offese perpetrate *online*. È lecito quindi

[88] Secondo un'interessante prospettiva, la rete andrebbe considerata «patrimonio comune dell'umanità», qualificazione che avrebbe quali ricadute, fra l'altro, 1) «il divieto di estensione della sovranità nazionale ai beni ritenuti patrimonio comune»; 2) «l'obbligo di assoggettamento dei beni in questione a un regime internazionale di cooperazione per quanto concerne la loro gestione»; 3) «il divieto del loro utilizzo, anche per interessi generali, con modalità tali da arrecare pregiudizio irreparabile all'ambiente» (inteso, in questo caso, come ambiente virtuale) e 4) «l'obbligo di utilizzare tali beni esclusivamente per fini pacifici e, quindi, il divieto di porre in essere attività che siano irrispettose dei principi contenuti nella Carta delle Nazioni Unite relativi al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale». G. M. Ruotolo, *Internet (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano 2014, 556 ss.
[89] M. Cuniberti, *L'art. 21 ha settant'anni*. *Potere e libertà*, in *ML*, 2018, 3, 53.
[90] A. Lang, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit. Zur Regulierung privater Internet-Intermediäre bei der Bekämpfung von Hassrede*, in *Archiv des Öffentlichen Recht*, 2, 2018, 227 ss.
[91] A tal fine, in Germania, apposite linee guida, emanate dalle autorità amministrative ai sensi del § 4, comma 4, *NetzDG*, dovrebbero garantire una maggiore trasparenza nella commisurazione della sanzione, che deve essere correlata alle dimensioni del fornitore, al numero dei suoi utenti, come pure alle circostanze e alle conseguenze del fatto.

domandarsi se una simile disciplina non possa essere adottata a livello internazionale, mediante fonti pattizie (che tuttavia dovrebbero confrontarsi con la distanza fra approccio europeo e nordamericano in tema di *free speech*), o, quanto meno, a livello europeo. In questa seconda ipotesi, gli orizzonti di riforma potrebbero seguire almeno due itinerari.

Da una parte, la notevole evoluzione della realtà social-mediatica cui si è assistito nell'ultimo ventennio, come evidenziato da dottrina e giurisprudenza, ha messo in luce una certa obsolescenza della disciplina dettata dalla direttiva sul commercio elettronico, che andrebbe quindi superata, definendo un nuovo quadro normativo europeo in materia maggiormente sensibile alle nuove istanze di tutela dell'utente e di coinvolgimento dei *provider* in tal senso[92]. Detto approccio "normativo" potrebbe tradursi nell'adozione di una nuova direttiva o di un regolamento "*sui generis*", sulla falsariga del *GDPR*[93]. Intervento che si inserirebbe nel solco della competenza concorrente dell'Unione nel settore "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" e avrebbe finalità di contrasto di ogni forma di discriminazione, ai sensi dell'art. 10 TFUE, nonché di tutela della dignità e della vita privata, come garantiti dagli artt. 1 e 7 della Carta di Nizza[94].

Dall'altra parte, potrebbe essere incoraggiata la recente tendenza all'autoregolamentazione dei *provider*, attribuendo eventualmente carattere vincolante a linee guida e codici di condotta adottati in autonomia. Si pensi al già citato "Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio *online*", adottato nel 2016 dalla Commissione europea insieme a Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube. Tale strumento di *soft law* prevede che le piattaforme predispongano «procedure chiare ed efficaci per esaminare le segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all'odio nei servizi da loro offerti» e adottino «regole o orientamenti per la comunità degli utenti volte a precisare che sono vietate la promozione dell'istigazione alla violenza e a comportamenti improntati all'odio», riconoscendo così, fra l'altro, «il ruolo fondamentale delle piattaforme nel contrastare i fenomeni di *hate speech*»[95].

I vantaggi dell'approccio "normativo" si apprezzano su diversi fronti. Anzitutto potrebbero essere adottate definizioni comuni, almeno a livello europeo, con riferimento a *hate speech*, principali forme di odio *ad personam* e *non-consensual pornography*[96]. In secondo luogo, potrebbe essere

---

[92] Va segnalato che di recente è stato inaugurato un processo di revisione della normativa europea del cyberspazio. In particolare, è stata avanzata una proposta per un Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, 15 dicembre 2020, *https://eur-lex.europa.eu*.

[93] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati, *General Data Protection Regulation* o *GDPR*). Fra le ragioni che hanno portato i primi commentatori a definire il GDPR un regolamento *sui generis* o una "quasi direttiva", vi è il lasso di tempo di due anni, intercorso fra la sua entrata in vigore (24 maggio 2016) e la sua effettiva applicazione (25 maggio 2018), previsto per consentire agli Stati membri e alle società di adeguarsi alle nuove disposizioni. Cfr. L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (a cura di), *Il Regolamento* privacy *europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano 2016, 705.

[94] Sul punto, in dottrina si osserva come «l'introduzione da parte del legislatore europeo di uno specifico meccanismo potrebbe risolvere la maggior parte delle incertezze in materia: la previsione e regolamentazione di procedure c.d. di *notice and take down*». B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'*ISP *e meccanismi di* notice and take down, in *DPC*, 2018, 5, 256.

[95] O. Pollicino, G. De Gregorio, *op. cit.*, 430.

[96] In tal senso, la comunicazione della Commissione europea "Lotta ai contenuti illeciti *online*. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme *online*" (Com. n. 555 del 28 settembre 2017) individua fra gli elementi di debolezza nella direttiva sul commercio elettronico il fatto di non prevedere una definizione normativa di "contenuto illecito", lasciando che a ciò provvedano gli ordinamenti giuridici nazionali, oltre ad alcuni interventi legislativi settoriali adottati a livello di europeo. La già citata proposta di Regolamento relativo a un mercato unico dei servizi

garantita l'armonizzazione dei sistemi di gestione delle segnalazioni e delle tempistiche di rimozione dei contenuti, assicurando così un livello uniforme di tutela dell'utente[97]. Inoltre, lungi dal tradursi in eccessive limitazioni della libertà di espressione, una normativa sovranazionale potrebbe scongiurare rischi di c.d. *collateral censorship*[98], ossia di censura privata da parte delle piattaforme, prevedendo sia che le segnalazioni siano gestite da organismi *ad hoc* dotati delle necessarie competenze, anche giuridiche[99], sia la facoltà di ricorso dell'utente avverso le decisioni di rimozione. Tutto ciò precisato, non vanno ignorate le perplessità della dottrina, che evidenzia le «difficoltà insite nell'armonizzare le diverse "sensibilità" degli ordinamenti giuridici nazionali rispetto a queste tematiche», nonché le presumibili «resistenze di quegli Stati che riterrebbero un intervento legislativo dell'Unione esorbitante rispetto ai imiti dettati dal rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità»[100].

L'approccio basato sulla *self-regulation*, pur apparendo più duttile e capace di adattarsi all'evoluzione tecnologica[101], non garantirebbe lo stesso livello di armonizzazione delle procedure di *notice and take down* e, quindi, la stessa uniformità nel grado di tutela riconosciuto all'utente e rischierebbe di «risultare inefficace dinanzi alla pressione derivante dagli interessi economici degli operatori del settore»[102].

A ben vedere, le due dimensioni, armonizzazione garantita dall'approccio normativo e duttilità della *self-regulation*, potrebbero trovare aree di contatto laddove la disciplina introdotta a livello

---

digitali propone, quale definizione di "contenuto illegale", all'art. 2, lett. g), «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme alle disposizioni normative dell'Unione o di uno Stato membro, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tali disposizioni». Al considerando 12 viene meglio precisato che «il concetto di "contenuto illegale" dovrebbe essere definito in senso lato e comprendere anche le informazioni riguardanti i contenuti, i prodotti, i servizi e le attività illegali. Tale concetto dovrebbe in particolare intendersi riferito alle informazioni, indipendentemente dalla loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che riguardano attività illegali, quali la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione non consensuale illegale di immagini private, il *cyberstalking*, la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore o le attività che comportano violazioni della normativa sulla tutela dei consumatori».

[97] In tema di regolazione del *web*, alla luce della natura transnazionale della rete, vi è chi sottolinea come sia di vitale importanza compiere sforzi per armonizzare i vari ordinamenti per mezzo di norme di diritto internazionale, su cui i legislatori nazionali potrebbero intervenire con norme di dettaglio. M. Mensi, P. Falletta, *op. cit.*, 64.

[98] J. M. Balkin, *Free speech and Hostile Environments*, in *CLR*, 1999, 8, 2296.

[99] Solo dotando l'organismo delle necessarie conoscenze e competenze, anche giuridiche, si potrebbero forse superare le comprensibili preoccupazioni di chi, in dottrina, osserva che «è inquietante, in sostanza, l'idea di un privato che verrebbe incaricato di esercitare una sorta di censura per conto dell'ordinamento, avendo i mezzi tecnici ma non quelli culturali per realizzarla». G. Fornasari, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del* provider, in L. Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova 2004, 431.

[100] M. R. Allegri, *op. cit.*, 211.

[101] In tal senso, in dottrina vi è chi individua come soluzione ottimale per garantire il massimo rispetto della libertà in rete la redazione di linee guida orientative per l'autoregolamentazione di *provider* e gestori di *social network*, incentivando «meccanismi collaborativi e di auto-condotta», nell'ottica di trovare il «giusto equilibrio tra efficacia dell'azione di tutela e garanzie di libera iniziativa economica degli operatori stessi e di libertà di espressione degli utenti della rete». In particolare, si propone di «operare su due piani distinti: in senso generale, mediante la redazione di linee guida dirette a tutti gli operatori del settore e, in maniera più mirata, concludendo specifici protocolli di intesa con i soggetti maggiormente significativi (*in primis* i *social network* più diffusi)». M. Mensi, P. Falletta, *op. cit.*, 186-187. In tal senso anche M. Monti, *Privatizzazione della censura e* Internet platforms*: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *RIID*, 2019, 1, 45.

[102] M. R. Allegri, *op. cit.*, 211. Aggiunge l'Autrice: «solo la periodica valutazione dei risultati eventualmente ottenuti dalle pratiche di autoregolamentazione potrà confermarne la reale efficacia, o piuttosto declassarle a operazioni essenzialmente "cosmetiche" a ridotto impatto».

sovranazionale si fondasse, al pari del *GDPR*, sul concetto di *accountability*, di «responsabilità fiduciaria»[103], ossia di responsabilizzazione dei gestori attraverso l'imposizione di obblighi di risultato, di *compliance*, lasciando margini di libertà organizzativa sui mezzi per raggiungerli, includendo magari, secondo il modello della *responsive regulation*[104], misure amministrative flessibili che permettano ai *provider*, in sede di prima contestazione, di ottenere una riduzione o la mancata applicazione della sanzione amministrativa in caso di tempestiva revisione delle procedure interne.

L'approccio responsivo insito nel principio di *accountability*, che può essere tradotto come principio di responsabilizzazione e obbligo di rendicontazione, è nato in ambito aziendale per indicare i doveri di trasparenza, «intesa come garanzia della completa accessibilità alle informazioni agli utenti», di responsività, «intesa come la capacità di rendere conto di scelte, comportamenti e azioni» e di *compliance*, «intesa come capacità di far rispettare le norme»[105]. Il suo accoglimento da parte del *GDPR* si è collocato nel solco di «un notevole cambiamento culturale e di approccio», vale a dire il «passaggio da una concezione prettamente formale di mero adempimento a un approccio sostanziale di tutela dei dati e delle persone stesse»[106], in base al quale ciò che viene richiesto è di adottare adeguate misure di sicurezza, di condurre periodicamente l'analisi dei rischi, nonché di progettare e mettere in atto servizi e programmi volti a consentire la rilevazione di eventuali violazioni. In particolare, il meccanismo di responsabilizzazione che viene in gioco si fonda sull'assunto in base al quale l'affidabilità è la risposta "naturale" all'attribuzione di fiducia. In altri termini, secondo tale teoria, l'affidabilità (*trustworthiness*) è il frutto di una capacità di autoriflessione che emerge nella relazione con l'altro, il quale, dando fiducia (*trustfulness*), stimola una risposta in termini di restituzione e di resistenza alla tentazione dell'opportunismo[107]. Nel caso della prevenzione e del contrasto di *hate speech*, odio *ad personam* e pornografia non consensuale, "dando fiducia" al gestore, ossia conferendogli specifici compiti organizzazione e gestione, si perseguirebbe l'obiettivo di stimolare una sua "rispondenza fiduciaria", ossia di innescare processi virtuosi di partecipazione attenta e operativa nel processo di "costituzionalizzione della rete".

Inoltre, sempre secondo il modello del *GDPR*[108], potrebbe essere incoraggiata l'adozione di codici di condotta, da sottoporre ad accreditamento, al fine di coinvolgere i gestori non solo nel contrasto

---

[103] Cfr. V. Pelligra, *I paradossi della fiducia: scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Bologna 2007.

[104] Cfr. J. Braithwaite, P. Pettit, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford 1990, 54 ss.; I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford 1992.

[105] M. Iaselli, Privacy*: cosa cambia con il nuovo regolamento europeo*, Assago 2016, 9. Vedi anche C. Bistolfi, *Le obbligazioni di* compliance *in materia di protezione dei dati*, in L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (a cura di), *op. cit.*, 323 ss.; P. Pizzetti, Privacy *e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino 2016, 282 ss.; F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali: regolazione e tutela*, Napoli 2017.

[106] M. Alovisio, F. Di Resta, *Norme* privacy *UE, ecco tutto ciò che bisogna sapere su* accountability *e sicurezza*, in *www.agendadigitale.eu*, 20 giugno 2016, in cui si precisa che, mentre il precedente codice della *privacy* prevedeva «un sistema di responsabilità (…) e una serie di adempimenti formali (informativa, consenso, notificazione al Garante, misure minime e idonee) ma non un approccio di responsabilizzazione», pubbliche amministrazioni e imprese «devono, alla luce del nuovo regolamento in materia di protezione dei dati personali, ripensare attivamente le modalità di gestione e di utilizzo dei dati personali attraverso una loro maggiore responsabilizzazione e adattandosi ai nuovi istituti previsti».

[107] L'Autore spiega come il circolo virtuoso della fiducia abbia il suo fulcro nella decisione dell'agente B di non tradire la fiducia che gli è stata attribuita dall'agente A. Il fatto che l'agente A si fidi dell'agente B, lo ritenga affidabile, non è che una conseguenza naturale. Pertanto, occorre ribaltare la prospettiva tradizionale secondo la quale "ci si fida di chi è affidabile", pervenendo all'opposta conclusione che "è affidabile colui di cui ci si fida". V. Pelligra, *op. cit.*, 189 ss.

[108] Artt. 40 ss. del *GDPR*.

dei fenomeni afferenti al c.d. "lato oscuro della rete", ma altresì nella definizione delle regole e delle procedure da seguire per raggiungere tale obiettivo[109]. Riprendendo la *NetzDG* (§ 3, comma 6), si tratterebbe di una "autoregolamentazione regolata" ("*Regulierten Selbstregulierung*").
Si è osservato in tal senso come «l'armonizzazione delle fonti e dei rimedi giuridici, per quanto debba partire da una base normativa di matrice sovranazionale e, quindi, in prima istanza europea, non potrà che essere integrata anche da componenti di auto-regolamentazione – come testimoniano le posizioni assunte più volte dalla Commissione europea e dal Consiglio d'Europa in materia – che sono imprescindibili data la natura fluida del *Cyberspace*, il quale non si presta ad essere rigidamente ed esaustivamente disciplinato attraverso gli strumenti e gli schemi del solo diritto pubblico»[110].

4.5. A ben vedere, la filosofia che informa il *GDPR*, imperniata sul principio di "responsabilizzazione", vale a dire sull'imposizione di oneri di *compliance*, con ampi margini di libertà organizzativa in relazione alle misure da adottare per prevenire determinati rischi, non è distante dall'approccio adottato nel nostro ordinamento in materia di responsabilità amministrativa degli enti[111], altro possibile modello di disciplina per i gestori delle piattaforme *social*. Il parallelismo fra le due normative, tuttavia, è vistosamente imperfetto.
Entrambe si fondano su un "*risk-based approach*", imponendo, rispettivamente, al titolare (ed eventualmente al responsabile) dei dati personali e all'ente un ruolo proattivo, ossia quello di adottare, sulla base di un'accurata mappatura dei rischi, tutte le misure tecniche e organizzative, da una parte, e un modello di organizzazione e gestione, dall'altra, idonei a prevenire il rischio di *data breaches* nell'un caso e di commissione di uno dei reati presupposto nell'altro. Alla dimostrazione di aver adottato le cautele idonee a scongiurare il rischio della violazione poi effettivamente verificatasi ambedue le discipline subordinano benefici in termini di esenzione da responsabilità o riduzione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste. L'art. 24 del *GDPR* prevede infatti, positivizzando il principio di *accountability*, che, «tenuto conto della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente» al regolamento e che tali «misure sono riesaminate e aggiornate qualora necessario». A tal fine, in alcuni casi, il titolare è tenuto a procedere alla cd. "valutazione d'impatto", una procedura, che va dettagliatamente documentata, volta a individuare «l'origine, la natura, la particolarità e la gravità» del rischio per la tutela del

[109] In tal senso, anche M. Cuniberti, *L'art. 21*, cit., 54 ss.
[110] B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo*, cit., 262-263.
[111] Sul tema, *ex pluribus*, M. Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *RS*, 2002, 2-3, 393 ss.; G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008; C. Piergallini, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo"* ex *d. lgs. n. 231/2001)*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 2049 ss.; G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa 2012; G. Forti, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *RIDPP*, 2012, 1249 ss.; M. Caputo, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *RIDPP*, 2017, 148 ss.; F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e* agency problems. *I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *RIDPP*, 2017, 945 ss.; S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *RTDPE*, 2017, 107; V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *RIDPP*, 2017, 988 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018; C. E. Paliero, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *RTDPE*, 2018, 187.

diritto alla protezione dei dati[112]. Delle «misure tecniche e organizzative messe in atto» e delle «misure adottate (…) per attenuare il danno subito dagli interessati» viene tenuto conto per valutare il grado di responsabilità del titolare o del responsabile del trattamento e per commisurare la sanzione (art. 83 del *GDPR*). Similmente, la 231, che fa perno sul concetto di "colpa organizzativa", agli articoli 6 e 7, prevede che l'ente vada esente da responsabilità se dimostra, fra l'altro, di aver «adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Il rimprovero mosso all'ente consiste quindi nell'aver colposamente omesso di predisporre una struttura aziendale idonea a prevenire la commissione di uno dei reati presupposto espressamente previsti (art. 24 ss.)[113].

Ancora, entrambe le normative prevedono che l'adeguatezza delle misure adottate e il rispetto degli oneri imposti possano essere suffragati dall'adesione a determinati codici di condotta (o "codici etici"), elaborati dalle organizzazioni rappresentative degli enti o dei titolari del trattamento (artt. 6 del d.lgs. 231/2001 e 40 del *GDPR)*. Inoltre, come è prassi che gli enti si servano di appositi organismi, dotati di autonomi poteri di iniziativa e di controllo a cui, come previsto dalla 231, affidano «il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento» (art. 6), così è prevista dal *GDPR*, talvolta in via facoltativa, talvolta obbligatoriamente, la nomina di un Responsabile della Protezione dei Dati (secondo la denominazione più comune "*DPO*", acronimo dell'inglese "*Data Protection Officer*"), ossia un organo individuale o collegiale chiamato a fornire consulenza in materia di *privacy compliance*[114].

Nondimeno, terminate le analogie, alcuni aspetti cruciali differenziano le due discipline. Per quanto concerne l'ambito applicativo, oltre al fatto che il *GDPR* è un regolamento europeo, mentre la 231 è un normativa nazionale, le previsioni del primo si rivolgono al titolare ed, eventualmente, al responsabile dei dati, sia esso persona fisica o giuridica, mentre la seconda si rivolge alle sole persone giuridiche (ad esclusione di Stato, enti pubblici territoriali, enti pubblici non economici nonché enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale). La differenza più evidente consiste però nel fatto che, diversamente da quanto previsto in materia di responsabilità amministrativa dell'ente, il titolare del trattamento risponde anche se la violazione non è stata commessa a suo vantaggio o nel suo interesse.

A ben vedere, il modello di responsabilità amministrativa dei *provider* delineato dalla *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, sebbene improntato alla medesima logica di responsabilizzazione e prevenzione del rischio, si discosta da entrambi i paradigmi illustrati in quanto prescinde non solo dal vantaggio tratto dal *provider*, ma ancor prima dall'integrazione di condotte illecite da parte degli utenti: una sorta di colpa organizzativa "pura", come quella in cui, secondo recenti proposte di riforma, dovrebbe essere tradotta la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231. In tal senso, in un'ottica *de lege ferenda*, è stato prospettato in dottrina il superamento della *responsabilità per*

[112] C*onsiderandum* 84 del *GDPR.* La valutazione d'impatto, sempre consigliata, è obbligatoria, ex art. 35 del *GDPR*, in caso di attività che implichino «una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche»; di «trattamento, su larga scala» di dati sensibili e di «sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico».

[113] Cfr. D. Costa, *I modelli 231 e la* compliance *aziendale sulla tutela dei dati personali. Aspetti comuni e divergenze a quattro anni di distanza dall'entrata in vigore del* GDPR, in *GP*, 2020, 5, 1 ss.

[114] La nomina del *DPO* è obbligatoria, a norma dell'art. 37 del *GDPR*, quando il trattamento è effettuato da un'autorità pubblica o da un organismo pubblico, quando il trattamento richieda il monitoraggio regolare e sistematico degli interessati su larga scala e nei casi nei quali le attività principali del titolare o del responsabile consistono nel trattamento, su larga scala, di dati sensibili.

imputazione dell'ente, auspicando la transizione verso uno schema autonomistico, «una responsabilità "originaria" o "per fatto proprio" dell'ente», ossia una «tipologia di *corporate criminal responsibility* normativamente svincolata dal "fatto" della persona fisica». Si tratterebbe, in altri termini, di creare «un illecito di condotta, nella forma omissiva propria», che sanzioni «la mera inosservanza del dovere di auto-organizzazione»[115], in modo analogo a quanto avviene in altri ordinamenti[116]. Una siffatta responsabilità amministrativa autonoma, di carattere omissivo proprio, per mancato adempimento di doveri di *compliance*, potrebbe essere introdotta a carico dei gestori delle piattaforme *social*, escludendo invece forme di responsabilità penale per concorso commissivo od omissivo di dubbia compatibilità con i principi di tassatività e colpevolezza.

5. Per concludere, le "variabili usurpatrici" della rete, quali la possibilità di agire in forma anonima e le logiche di visibilità governate dagli algoritmi, oltre a deporre nel senso di un necessario coinvolgimento dei *provider* e, in particolare, dei fornitori che ospitano *user generated content*, nel contrasto di fenomeni particolarmente offensivi, come l'*hate speech*, l'odio *ad personam* e la pornografia non consensuale, esigono una riflessione sulla necessità di una loro regolazione.
Per quanto concerne l'anonimato, se, da una parte, gli studi di psicologia attestano che, nelle sue varie declinazioni, possa produrre effetti di deresponsabilizzazione favorendo i meccanismi di disimpegno morale, dall'altra, «sembrerebbe offrire benefici non irrilevanti anche dal punto di vista dell'autonomia dei gruppi, consentendo alle minoranze (di genere, di ceto, di etnia, di orientamento sessuale) di esprimere critiche, rivendicare pretese e organizzare forme di mobilitazione a un grado di intensità altrimenti impossibile» con effetti positivi di «redistribuzione del potere sociale»[117].
Nondimeno, vi è chi propone, quale mediazione fra le diverse istanze in gioco, di contrastare i due livelli più avanzati di anonimato, la *disapproved anonymity* e la *full anonymity*, consentendo invece un "anonimato controllato"[118], mediante l'imposizione alle piattaforme digitali dell'obbligo di chiedere agli utenti di identificarsi in fase di registrazione, garantendo la scrupolosa tutela dei dati personali così forniti. In altri termini, fatta salva la prerogativa dello pseudonimato, ossia di esprimersi e interagire in rete attraverso uno pseudonimo, si tratterebbe di prescrivere ai gestori, quanto meno delle piattaforme *social*, di richiedere agli utenti, quale condizione per registrarsi, di fornire le proprie generalità (già alcuni *social network* hanno iniziato a pretendere che gli utenti con profili "sospetti" si identifichino mediante fotografia o documento)[119]. Tale misura, in caso di

[115] E. Greco, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *RIDPP*, 4, 2123-2124. Cfr. G. De Simone, *Il «fatto di connessione», tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *RTDPE*, 2011, 55; F. D'Alessandro, *Responsabilità da reato degli enti e rischio d'impresa: prospettive di riforma per una* corporate governance *efficace*, in *Corporate governance*, 2020, 31 ss.; F. Centonze, M. Mantovani (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna 2016, 137 ss.
[116] Si vedano, ad esempio, nell'ordinamento britannico, il *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* e il *Bribery Act*. Cfr., sul tema, R. D. Ormerod, R. Taylor, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, in *Criminal Law Review*, 2007, 589 ss.; A. Pinto, M. Evans, *Corporate Criminal Liability*, London 2013, 317 ss.; C. Wells, *Corporate Responsibility and Compliance Programs in the United Kingdom*, in S. Manacorda, F. Centonze, G. Forti (a cura di), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Heidelberg-New York 2014, 505 ss.
[117] M. Cuniberti, *Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato*, in *AP*, 2014, 2. Cfr. F. De Simone, *'Fake news', 'post truth', 'hate speech': nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *AP*, 2018, 1.
[118] Così G. M. Riccio, *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del* provider, in L. Nivarra, V. Ricciuto (a cura di), *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino 2002.
[119] G. Resta, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *DI*, 2014, 2, 204-205. L'Autore osserva altresì che «l'anonimato non è sempre sinonimo di redistribuzione del potere sociale, salvaguardia

commissione di fatti illeciti, consentirebbe di identificare l'utente in modo più agevole e sicuro di quanto non avvenga attraverso le indagini di polizia postale su indirizzi IP e *mac address* e potrebbe avere effetti deterrenti rispetto alla produzione e diffusione di disinformazione e contenuti offensivi[120]. Come si è osservato, «si tratterebbe ovviamente di una transizione irta di difficoltà complicata dalla presenza di autorità di controllo rispondenti a governi illiberali, ma è in ogni caso un passaggio su cui interrogarsi nel momento in cui il mondo digitale è ormai diventato un'estensione di quello reale (ricreandone da ultimo anche la componente sociale) e, conseguentemente, non pare illogico estendere anche ad esso quelle forme di controllo sulle persone già riconosciute e accettate *offline*»[121].

Venendo agli algoritmi fondati sulla profilazione degli utenti, che presiedono le logiche di visibilità dei contenuti in rete, essi concorrono, come illustrato, alla distorsione dell'opinione pubblica, alla viralizzazione dei contenuti sensazionalistici, quali i contenuti di odio e sessualmente espliciti, alla conferma dei pregiudizi e alla radicalizzazione di gruppi estremisti[122].

A coloro che li ritengono parte integrante del modello di business dei *provider* e, in particolare, delle piattaforme *social*, riconducendoli alla libera iniziativa economica privata, vi è chi ribatte che tale libertà vada «armonizzata con l'"utilità sociale", e ponendo come suoi limiti invalicabili la tutela della "sicurezza", della "libertà" e della "dignità umana"»[123]. In tal senso, «il ricorso all'algoritmo non può divenire una forma di deresponsabilizzazione dei soggetti che lo adoperano»[124].

Pertanto, da un parte, vi è chi propone un impiego virtuoso degli algoritmi, per compensarne la portata "usurpatrice", prospettandone ad esempio l'utilizzo per individuare contenuti offensivi, verificarli, segnalarli o direttamente rimuoverli in maniera automatizzata[125]. Un'idea interessante,

---

del dissenso politico, sfida alle costrizioni poste dai vincoli sociali e dalle condizioni di contesto. Esso può anche costituire, per via dell'assottigliamento delle norme sociali che governano il discorso nominativo, uno strumento di diffamazione a basso costo, *harassment* sessuale, incitazione all'odio razziale e ideologico». *Ivi*, 184.

[120] M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *ML*, 2018, 1, 87.

[121] A. Mantelero, *La responsabilità* on-line*: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *DI*, 2010, 3, 421.

[122] «Quello in analisi è, cioè, un processo economico che, assorbendo a fini pubblicitari in piattaforme private il dialogo e l'espressione libera dei cittadini produce una mercificazione di ogni interazione comunicativa: tanto quella di elevato valore sociale, quanto quella dell'insignificante e quotidiano chiacchiericcio, quanto, infine quella che genera lesione delle sfere giuridiche altrui». M. Montanari, *op. cit.*, 262.

[123] M. Cuniberti, *L'art. 21*, cit., 46-47.

[124] S. Rodotà, *op. cit.*, 403. Il filoso argentino Benasayag ha coniato l'espressione «governamentalità algoritmica» per indicare che «la vita degli individui e delle società è orientata e strutturata da macchine». Lo studioso spiega che «gli algoritmi funzionano a partire da quelle micro-informazioni raccolte in massa nel mondo digitale che, messe insieme e correlate tra loro, determinano i profili (…). Il modello epistemologico su cui si fonda questa governamentalità è quello dell'essere umano modulare, simile a quello posto dalla biologia molecolare. Si riduce l'individuo non alle sue decisioni ma ai suoi micro-comportamenti. La biologia non si interessa alla vita stessa, ma alle particelle elementari che si associano tra loro. Nel caso della governamentalità algoritmica è la stessa cosa: si inserisce nella macchina una quantità enorme di micro-atti di diverso tipo – dove la persona passa le sue vacanze, quali percorsi segue, quali siti consulta su internet, chi chiama, ecc. – in base ai quali è possibile stabilire profili virtuali. (…) La governamentalità, quindi, non si rivolge più alla persona (…). Tutti i dati sono pre-individuali, perché le persone sono assimilate tra loro e poi assimilate ai loro profili». «Gli adepti dell'intelligenza artificiale sono convinti che l'individuo sia una macchina, un ricettacolo di diversi micro-comportamenti, senza un senso complessivo. Non ci sono più né individui, né popolazioni, né comunità: esistono profili e avatar virtuali». M. Benasayag, *La Tyrannie des algorithmes*, Paris 2019, trad. it. *La tirannia dell'algoritmo*, Milano 2020, 81-84. Cfr. M. Mezza, *Il contagio dell'algoritmo. Le Idi di marzo della pandemia*, Roma 2020.

[125] G. Ziccardi, *op. cit.*, 87-88. Osserva l'Autore: «l'aspetto tecnico assume, quando si discute di odio *online*, un ruolo essenziale», «conoscere l'architettura della rete è fondamentale per capire i percorsi dei messaggi, eventuali questioni di giurisdizione, le potenzialità lesive, l'influenza dei trend o dell'attualità sul danno arrecato, le possibilità di

ma che andrebbe sondata con cautela, in quanto il rischio di arbitrarietà insito nell'utilizzo di algoritmi è emerso, ad esempio, con riferimento agli algoritmi predittivi in materia di imputabilità e di pericolosità sociale[126]. In particolare, elementi che potrebbero rendere difficile, in quanto connotata da esiti incerti, tale funzione dell'algoritmo sono la complessità del linguaggio umano, con le sue infinite sfumature[127], e il possibile impiego di strategie *ad hoc*, o addirittura di analoghe tecnologie, in grado di aggirare il filtro algoritmico.
Dall'altra, ci si potrebbe interrogare sulla sostenibilità economica per i gestori del superamento dei meccanismi di indicizzazione fondati sulla profilazione degli utenti e sul carattere sensazionalistico dei contenuti[128]. Se, infatti, vista la mole di informazioni che circola in rete, è indubbiamente agevole per i naviganti venire a contatto con contenuti e pubblicità che incontrano i loro interessi e che riflettono le preferenze che hanno già espresso, è altrettanto evidente come tale sistema possa contribuire alla viralizzazione di contenuti offensivi nonché all'infantilizzazione dell'utente e alla sua chiusura in bolle autoreferenziali, con conseguenti effetti distorsivi e rischio di radicalizzazione di gruppi di *hater* e complottisti. La neutralizzazione di tali meccanismi ci restituirebbe forse una rete più pluralistica e quindi più democratica[129]. In alternativa, per superare i molti *bias* che, come emerso da recenti studi[130], inficiano gli algoritmi, nella letteratura sociologico-digitale si propone di «sottoporre queste tecnologie alla base delle piattaforme digitali

intervento in tempo reale o in un secondo momento, la capacità di rimozione e, quindi, le tecniche di difesa». In tal senso, «un aspetto tecnico interessante riguarda la capacità della rete di autoregolamentarsi e la possibilità dei *provider* di pensare a soluzioni automatizzate, o parzialmente automatizzate, per intervenire sui contenuti che transitano».

[126] Cfr., *ex pluribus*, M. Bertolino, *Problematiche neuroscientifiche tra fallacie cognitive e prove di imputabilità e di pericolosità sociale*, in *DPP*, 2020, 1, 40 ss. e L. Maldonato, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *DPC, Riv. trim*., 2019, 2, 401 ss.

[127] F. Antinucci, *L'algoritmo al potere. Vita quotidiana ai tempi di* google, Bari 2009, 43.

[128] Sul punto M. Cuniberti, *L'art. 21*, cit., 54 ss.

[129] La proposta di Regolamento relativo a un mercato unico dei servizi digitali cui si è già fatto riferimento, al considerando 62, partendo dalla consapevolezza che «un elemento essenziale dell'attività di una piattaforma *online* di dimensioni molto grandi consiste nel modo in cui le informazioni sono messe in ordine di priorità e presentate nella sua interfaccia *online* per facilitare e ottimizzare l'accesso alle stesse da parte dei destinatari del servizio (…), suggerendo, classificando e mettendo in ordine di priorità le informazioni in base ad algoritmi», sottolinea come tale sistema svolga «un ruolo importante nell'amplificazione di determinati messaggi, nella diffusione virale delle informazioni e nella sollecitazione del comportamento *online*». «Le piattaforme *online* di dimensioni molto grandi dovrebbero pertanto provvedere affinché i destinatari siano adeguatamente informati e possano influenzare le informazioni che vengono loro presentate. Esse dovrebbero indicare chiaramente i principali parametri di tali sistemi di raccomandazione in modo facilmente comprensibile per far sì che i destinatari comprendano la modalità con cui le informazioni loro presentate vengono messe in ordine di priorità. Esse dovrebbero inoltre adoperarsi affinché i destinatari dispongano di opzioni alternative per i principali parametri, comprese opzioni non basate sulla profilazione del destinatario». A integrazione di tale proposta normativa, il Garante europeo per la protezione dei dati personali raccomanda che sia prescritto alle piattaforme di prevedere, quale "impostazione predefinita", l'organizzazione dei contenuti *non* basata sulla profilazione e di consentire all'utente di personalizzare i criteri di indicizzazione dei post. European Data Protection Supervisor, *Opinion 1-2021 on the Proposal for a Digital Services Act*, 10 febbraio 2021, *https://sites.les.univr.it/cybercrime/wp-content/uploads/2020/05/21-02-10opinion_on_digital_ services_act _en.pdf, 17*.

[130] Cfr. S. U. Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York 2018; B. Easter, *'Feminist brevity in light of masculine long-windedness': Code, space, and online misogyny*, in *Feminist Media Studies*, 2018, 4, 675 ss.; A. Massanari, *#Gamergate and the Fappening: How Reddit's algorithm, governance, and culture support toxic technocultures*, in *New Media and Society*, 2017, 19(3), 329 ss.; C. Miller, *McInnes, Molyneux, and 4chan: Investigating pathways to the alt-right. Southern Poverty Law Center*, su *https://www.splcenter.org/20180419/mcinnes-molyneux-and-4chan-investigating-pathwaysalt-right*, 19 aprile 2018.

a un sistema di *auditing*, di consulenza, che non ne valuti solo l'efficacia funzionale, ma anche le conseguenze sociali del loro funzionamento»[131].
Ancora, per contrastare la velocità delle interazioni in rete, quale variabile usurpatrice che porta a un agire poco ponderato, si potrebbe prevedere l'introduzione di filtri (eventualmente basati su un sistema di parole chiave) che impongano all'utente una pausa per riflettere sull'opportunità dei contenuti che sta pubblicando o diffondendo, in modo da indurlo a un *quid pluris* di riflessione[132].
Quello che è certo è che solo un approccio interdisciplinare, che tenga in considerazioni i diversi interessi in gioco e le caratteristiche tecniche della rete, riflettendo, nella sua complessità, quella delle problematiche cui si è fatto cenno, potrà offrire realistiche prospettive di efficacia e di giustizia[133].

[131] D. Bennato, *Se (anche) l'algoritmo è sessista: ecco perché Instagram preferisce la pelle femminile nuda*, 14 settembre 2020, *www.agendadigitale.eu*.
[132] A. Visconti, *Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali sulle cd. 'fake-news'*, in *Jus*, 2020, 68-69.
[133] È di fatto percepita in dottrina la necessità di «nuove e articolate discipline giuridiche relative agli obblighi (e alle responsabilità) incombenti sugli *ISP*, parametrate all'importanza, al valore economico e all'estensione dei servizi e delle attività che svolgono, da rispettare in termini generali, non solo a seguito di singole specifiche richieste delle Autorità, di fronte a già avvenute violazioni concrete, come oggi sostanzialmente avviene. Per presidiare effettivamente i diritti e gli interessi giuridici di più elevata importanza è ovviamente indispensabile anche il ricorso a sanzioni (non solo penali) proporzionate, efficaci e dissuasive, che sia gli Stati, sia gli organismi e le giurisdizioni sovranazionali (…) possano irrogare o quantomeno richiedere». Cfr. L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche*, cit., 89.

IL MUTUO RICONOSCIMENTO DEI PROVVEDIMENTI DI CONFISCA ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO (UE) 2018/1805

di Ciro Grandi
Professore associato di diritto penale presso l'Università degli studi di Ferrara

È di recente entrato in vigore l'obbligo di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca adottati "nel quadro di un procedimento in materia penale" sancito dal Regolamento (UE) 1805/2018. Tale obbligo si estende anche alle ipotesi di confische senza condanna, in larga misura a prescindere dalla previa armonizzazione delle discipline nazionali in materia. Nello scritto si evidenziano le incognite relative all'ambito applicativo del nuovo meccanismo, specie con riferimento alla confisca di prevenzione.
The obligation of mutual recognition of freezing and confiscation orders adopted " within the framework of proceedings in criminal matters" established in Regulation (EU) 1805/2018 has recently come into force. This obligation also extends to non-conviction based confiscations, irrespective of the prior harmonization of national rules on the matter. The paper highlights the uncertainties relating to the scope of application of the new mechanism, especially with reference to the Italian "preventive confiscation".

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Premesse e obiettivi dell'adozione del Regolamento 2018/1805. – 2.1. Il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di confisca nelle fonti di terzo pilastro. – 2.2. Digressione: i tormenti della *non-conviction-based confiscation* nelle fonti sovranazionali. – 2.3. La Direttiva 2014/42/UE e il "nulla di fatto" sulla confisca senza condanna. – 3. Il cuore oltre l'ostacolo: il mutuo riconoscimento (pur) senza previa armonizzazione ai sensi del Regolamento (UE) 2018/1805. – 3.1. Osservazioni sulla base giuridica e sull'ambito applicativo del Regolamento. – 4. Panoramica sulla procedura di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca e sui relativi motivi di rifiuto. – 4.1. Le origini dell'introduzione del motivo di non riconoscimento connesso al rischio di violazione dei diritti fondamentali. 5. – L'obbligo di mutuo riconoscimento alla prova dello statuto garantistico delle confische: una questione aperta… – 5.1 … e vieppiù complicata in relazione alla confisca di prevenzione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019. – 6. Epilogo.

1. Nell'ambito della vasta operazione denominata "Croci del Silario", diretta a contrastare le infiltrazioni criminali nel settore del trasporto degli infermi e delle onoranze funebri, il Tribunale di Salerno, sezione misure di prevenzione, su proposta congiunta della Procura della Repubblica e del Questore del capoluogo campano, ha di recente disposto il sequestro preventivo, ai sensi della normativa antimafia, di beni e denaro per un valore complessivo di svariati milioni di euro[1]. Tra i cespiti immobiliari bersaglio della misura compare anche un terreno situato all'estero, presso la città di Zimbor (Romania), rispetto al quale è stata attivata la procedura di (richiesta di) riconoscimento del provvedimento di sequestro disciplinata dal Regolamento (UE) 2018/1805 «relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca» (d'ora in avanti, *Regolamento*).

[1] La notizia, diffusa dalla stampa https://www.ansa.it/campania/notizie/2021/01/20/onoranze-funebri-e-trasporto-infermi-blitz-ps-nel-salernitano_0edebc2a-3bb1-4412-86ce-bfa12d41b404.html, è confermata dai siti istituzionali della Polizia di stato (https://questure.poliziadistato.it/it/Salerno/articolo/183160086b34bb510105470937) e del Ministero dell'interno (https://www.interno.gov.it/it/notizie/sequestro-prevenzione-immobile-romania-appartenente-ad-organizzazione-camorristica).

Non si è dunque fatto attendere l'esordio applicativo della fonte eurounitaria nel nostro paese, ove si consideri che, sebbene la stessa fosse stata varata nel 2018, l'effettiva entrata in vigore del nuovo meccanismo di cooperazione era stata posticipata allo scorso 19 dicembre 2020[2].
Oltre al carattere innovativo, l'ulteriore profilo di interesse del provvedimento adottato dal Tribunale di Salerno risiede nell'impiego dello strumento di nuovo conio nell'ambito di un procedimento di prevenzione, in linea del resto con le indicazioni formulate dalla Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato in una circolare diffusa pochi giorni addietro[3] : in tale documento i Questori vengono infatti sollecitati ad impartire le opportune disposizioni alle «dipendenti Divisioni Anticrimine, affinché, in collaborazione con la competente Autorità giudiziaria » queste attivino la procedura prevista dal Regolamento (anche) «nel caso di esecuzione in territorio estero di provvedimenti di sequestro e confisca, adottati ai sensi della normativa antimafia»[4].
La riconducibilità delle misure di prevenzione patrimoniale nell'ambito applicativo dello strumento di mutuo riconoscimento di cui si discute è soluzione senza dubbio auspicabile. Nondimeno, a dispetto delle certezze esibite nella circolare appena richiamata, questa soluzione appare tutt'altro che incontroversa: su di essa anzi si addensano diverse incognite[5], suscettibili di ripercussioni negative sulla fluidità operatività del meccanismo appena entrato in vigore. In via propedeutica all'inquadramento di tali incognite, conviene illustrare le premesse storiche (par. 2) e gli obiettivi (par. 3) dell'adozione del Regolamento eurounitario, nonché le fasi essenziali della procedura per il mutuo riconoscimento (par. 4).

2. La galassia degli atti normativi dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca dei proventi da reato si compone essenzialmente di tre sistemi di fonti, volti a perseguire altrettante esigenze complementari[6]: l'armonizzazione delle opzioni legislative degli Stati membri in ordine ai presupposti e all'oggetto dei provvedimenti di sequestro e confisca[7]; l'attuazione del principio

[2] Ai sensi degli artt. 39-41 del Regolamento; sul punto v., *infra*, par. 4.
[3] Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato, circolare del 12.1.2021, Relativa al regolamento (UE) 2018/1805, reperibile in www.sistemapenale.it, 14.1.2021, con scheda di S. Finocchiaro.
[4] Più precisamente, se l'ambito applicativo del nuovo meccanismo si estende a «tutti i provvedimenti di congelamento […] e di confisca emessi nel quadro di un *procedimento in materia penale*» (considerando n. 13 del Regolamento), nella circolare in esame tale locuzione viene ritenuta «idonea a ricomprendere anche i provvedimenti di sequestro e confisca emessi nell'ambito dei procedimenti di prevenzione disciplinati dal Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (D. lgs. n. 159/2011), presupponendo essi una valutazione di pericolosità sociale, fondata sulla sussistenza di indizi della commissione di reati, e un accertamento della provenienza illecita dei beni»; su tali profili si avrà modo di tornare in seguito (cfr., *infra*, par. 5).
[5] Già segnalate, sia consentito il richiamo, da C. Grandi *Il Regolamento (UE) 2018/1805 sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una svolta epocale non priva di incognite*, in *DPP* 2019, 1619; e, più di recente, da V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, in www.filodiritto.it, 27.1.2021.
[6] In questo senso cfr. M. Simonato, *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step forward on asset recovery?*, in *New Journal of European Criminal Law* 2015, vol. 2, 216 s. Per un panorama a spettro ancor più ampio sull'intera gamma delle fonti sovranazionali in materia, v. R. Virzo, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, Napoli 2020, *passim*.
[7] Con riferimento agli strumenti varati nell'ambito del c.d. "terzo pilastro" dell'Unione, vanno ricordate l'Azione comune 98/699/GAI, del 3.12.1998, sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, nonché la DQ 2001/500/GAI, del 26.6.2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, prime fonti UE volte ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia di confisca diretta e per equivalente; inoltre, la DQ 2005/212/GAI, del 24.2.2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, la quale ha dettato una disciplina assai dettagliata in materia di confisca estesa e ha esperito il

del mutuo riconoscimento dei provvedimenti medesimi[8]; il rafforzamento della cooperazione orizzontale tra le autorità nazionali coinvolte nelle procedure di recupero dei beni di provenienza illecita[9].

Inequivocabilmente, il Regolamento 2018/1805, «relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca»[10], persegue la seconda delle esigenze segnalate, sostituendo le fonti di terzo pilastro all'uopo adottate in precedenza[11].

L'approvazione del Regolamento in esame risponde essenzialmente a una duplice esigenza, dalla quale l'analisi che segue – incentrata sui profili riguardanti *la confisca* – prenderà le mosse: in primo luogo, superare i punti deboli della disciplina del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca dettata dalle Decisioni quadro 2003/577 e 2006/783[12]; in secondo luogo,

primo tentativo di armonizzazione in materia di confisca nei confronti dei terzi (art. 3). Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stata infine varata la Dir. 2014/42/UE, del 3.4. 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea (che ha parzialmente sostituito gli atti in precedenza menzionati), volta ad armonizzare le legislazioni degli stati membri in relazione a tutte le forme di confisca (diretta, per equivalente, estesa, nei confronti dei terzi e anche senza condanna), sebbene con risultati non sempre soddisfacenti, come verrà precisato in seguito (*infra*, par. 2.3).

[8] Tra le fonti di terzo pilastro, si tratta della DQ 2003/577/GAI, del 22.7.2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio e della DQ 2006/783/GAI, del 6.10.2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca.

[9] Si veda al riguardo la Decisione del Consiglio 2007/845/GAI, del 6.12.2007, concernente la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi.

[10] Adottato il 17.10.2018, in GU L 303, 28.11.2018, entrato in vigore il successivo 18 dicembre. Oltre alle indicazioni di cui, *supra*, nota 5, per un commento assai approfondito si rinvia ad A. M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2019, n. 1, 34 ss. V. anche A. Rosanò', *Congelamento e confisca di beni. Le novità del diritto dell'Unione europea nel quadro della cooperazione internazionale*, in *www.eurojus.it*, 7.1.2019.

[11] Più in particolare, ai sensi dell'art. 39, il Regolamento sostituisce le succitate Decisioni quadro 2003/577 e 2006/783 (cfr., *supra*, nota 8) *solo* nella disciplina dei rapporti tra Stati membri vincolati dal Regolamento stesso (ovvero tutti gli Stati membri dell'Unione ad eccezione di Irlanda e Danimarca, che hanno esercitato la facoltà di *opting-out* prevista rispettivamente dal Protocollo 21 e dal Protocollo 22 al Trattato di Lisbona sulla partecipazione di tali Stati allo spazio di libertà sicurezza e giustizia ; sul punto v. i considerando 55-57 del Regolamento). Di conseguenza, le Decisioni quadro medesime continuano a regolare, residualmente, i rapporti tra gli Stati vincolati al Regolamento e gli Stati ad esso non vincolati, nonché i rapporti tra questi ultimi. Per quanto attiene al mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro, materia che esula da questa analisi, va segnalato che le disposizioni sul sequestro probatorio della DQ 2003/577 erano già state sostituite dalla Dir. 2014/41/UE, del 3.4.2014, sull'ordine europeo di indagine penale.

Va inoltre segnalato che nel Capo VI del Regolamento, rubricato «Disposizioni generali", si rinvengono anche regole sulla gestione e destinazione dei beni sottoposti a congelamento e confisca, comprensive di alcune previsioni volte a disciplinare la cooperazione transnazionale in materia, dunque in vista della *terza* esigenza segnalata in apertura; su tali profili v. T. Slingeneyer, *Management of frozen assets* in *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2019, 547 ss. e S. Bolis, *The destination and administration of confiscated assets*, *ivi*, 565 ss.

[12] Cfr. il quadro critico tratteggiato nella Relazione illustrativa della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, COM(2016) 819def. del 21.12.2016, sulla quale v. A. M. Maugeri, *Prime osservazioni sulla nuova "proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2017, n. 2, 231 ss. e A. H. Ochnio, *Between the medium and the minumum options to regulate mutual recognition of confiscation orders*, in *New Journal of European Criminal Law* 2018, n. 4, 432 ss.

aggiornare tale disciplina rispetto alle novità introdotte dalla Direttiva 2014/42/UE sul fronte dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di confisca[13].

2.1. Le relazioni della Commissione UE sullo stato di esecuzione delle succitate Decisioni quadro[14] avevano segnalato molteplici criticità, derivanti dalla trasposizione tardiva o disarmonica delle fonti medesime all'interno degli Stati membri[15]. Si tratta, del resto, di esiti in parte connessi al regime giuridico proprio delle Decisioni quadro di terzo pilastro: come noto, da un lato tali fonti erano prive di effetti diretti, necessitando di misure nazionali attuative[16]; dall'altro lato, la mancata (o tardiva) adozione di queste ultime non poteva dare luogo a procedura d'infrazione nei confronti dei Paesi inadempienti[17]. Non è parsa dunque casuale la tempistica di trasposizione delle fonti in questione in Italia, avvenuta rispettivamente con i d.lgs. n. 35/2016[18] e n. 137/2015[19], varati molti anni dopo lo spirare dei termini in esse sanciti[20] e invece, tutto sommato, a breve distanza dalla scadenza della disciplina transitoria degli atti di terzo pilastro prevista dagli articoli 9 e 10 del Protocollo n. 36 al Trattato di Lisbona (30 novembre 2014), trascorsa la quale la procedura d'infrazione (ora disciplinata agli artt. 258 ss. TrFUE) è divenuta attivabile anche in caso di mancata o infedele trasposizione delle decisioni quadro tutt'ora vigenti[21].
Al di là delle questioni connesse alla (debole) forza cogente del *tipo* di fonte, anche i *contenuti* del sistema delineato dalla Decisione quadro 2006/783 presentano difetti molteplici. In particolare, l'atto in questione sancisce l'obbligo generale del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca adottati nei casi previsti dalla precedente Decisione quadro 2005/212, la quale aveva promosso l'armonizzazione dei poteri di confisca diretta ed estesa[22]; con riferimento a quest'ultima

[13] Sulle quali v. A. Marandola, *Considerazioni minime sulla Dir. 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca di beni strumentali a dei proventi da reato fra gli Stati dell'UE*, in *DPP* 2016, 121 ss. ; Id., *Congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato dell'Unione europea: la « nuova » direttiva 2014/42/UE*, in www.archiviopenale.it, 1.5.2016, 79 ss.; A. M. 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 *DPenCont – Riv. trim.* 2015, n. 1, 300 ss.; nonché, con i più recenti aggiornamenti relativi all'attuazione negli ordinamenti dei Paesi UE, Id., *La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo, C. Grandi, Napoli 2021 (in corso di pubblicazione).
[14] Cfr. le due relazioni della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, rispettivamente, sulla Decisione quadro 2003/577, COM(2008) 885def. del 22.12.2008, e sulla Decisione quadro 2006/783, COM(2010) 428def. del 23.8.2010.
[15] Sul punto v. anche i considerando 5 ss. del Regolamento.
[16] Ai sensi dell'art. 34 TrUE, base giuridica delle Decisioni quadro nel Trattato di Amsterdam.
[17] Su questi aspetti v., in generale, A. Bernardi, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alia vigilia della riforma dei trattati*, in *RIPC* 2007, 1157 ss., e spec. 1171, nota 49 per ulteriori indicazioni bibliografiche sui poteri della Corte di Giustizia in relazione alle fonti in esame.
[18] D.lgs. 15.2.2016, n. 35, «Attuazione della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22.7.2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio».
[19] D.lgs. 7.8.2015, n. 137, «Attuazione della decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca».
[20] Rispettivamente, il 2.8.2005 per la DQ 2003/577 e il 24.11.2008 per la DQ 2006/783.
[21] In argomento cfr. C. Amalfitano, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *www.eurojus.it*, 1.12.2014; M. Tebaldi, *Competenza penale europea: prospettive dinamiche all'esito del periodo transitorio*, in *DpenCont* 2018, n. 5, 97 ss.
[22] La già citata DQ 2005/212/GAI, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, prefigurava altresì la *facoltà* – non l'obbligo – per gli Stati membri di adottare norme in materia di confisca nei confronti dei terzi (art. 3 par. 3).

forma di confisca, tuttavia, l'art. 3.2 lasciava agli Stati membri la scelta fra tre modelli alternativi, realizzando dunque un'armonizzazione su scala europea solamente parziale.
Ebbene, tra i numerosi motivi di rifiuto del riconoscimento dei provvedimenti di confisca, la Decisione quadro 2006/783 contemplava – poco razionalmente – anche l'ipotesi in cui lo Stato membro di esecuzione avesse prescelto un modello di confisca estesa differente da quello sulla base del quale il provvedimento trasmesso era stato adottato dall'autorità richiedente (art. 8 par. 3). Ora, se si tiene conto del fatto che «data la varietà delle misure prese dagli Stati membri, definite in funzione dei rispettivi ordinamenti giuridici e caratterizzate da costruzioni giuridiche che non sempre corrispondono alla stessa architettura, è spesso difficile stabilire a quale di questi casi [di confisca estesa] si sia conformato ogni Stato membro» [23], ben si comprende come il motivo di rifiuto in esame abbia nei fatti severamente compromesso l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di confisca in questione[24].
Inoltre, la Decisione quadro 2006/783 *non* detta alcuna previsione vincolante sul riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna[25], materia che, del resto, non era stata oggetto di alcun obbligo di armonizzazione ad opera della Decisione quadro 2005/212[26]. Anche rispetto ai provvedimenti di *non-conviction based confiscation*, contemplati in un numero crescente di legislazioni nazionali e ivi assoggettate a regimi giuridici assai differenziati[27], la disciplina sul mutuo riconoscimento dettata dalle fonti di terzo pilastro risultava dunque del tutto insoddisfacente. Il combinato disposto di questi fattori ha reso la cooperazione interstatuale nel recupero dei proventi illeciti incapace di decollare[28], come del resto comprovato da svariate rilevazioni statistiche, concordi nel segnalare un flusso piuttosto modesto di trasmissione transfrontaliera di ordini di confisca, nonché percentuali insoddisfacenti di effettiva esecuzione[29].
Tale situazione, del resto, non è che il riflesso nell'ordinamento eurounitario dell'inveterata difficoltà di individuare soluzioni condivise ad appaganti a livello sovranazionale in materia di *non-conviction-based confiscation*, nella duplice prospettiva dell'armonizzazione dei regimi giuridici nazionali e del mutuo riconoscimento ed esecuzione transnazionale dei provvedimenti giurisdizionali domestici.

---

[23] Così denunciava, con tono quasi sconfortato, la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di esecuzione della Decisione quadro 2005/212, COM(2007) 805 def. del 17.12.2007.
[24] Proprio la regolamentazione bizantina del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca estesa, scaturente dal combinato disposto delle Decisioni quadro 2005/212 e 2006/783, è stata ritenuta il *principale difetto* della disciplina europea in materia di *asset recovery* – v. D. Nitu, *Extended and third party confiscation in the EU*, in *Improving Confiscation*, a cura di A. Bernardi, cit., 69 – al quale ha in parte posto rimedio la Dir. 2014/42/UE, promuovendo un modello unitario di tale tipologia di confisca (art. 5); su tali aspetti si rinvia alla bibliografia segnalata, *supra*, *sub* nota 13.
[25] In argomento v., *amplius*, A. M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 9, ove si ritiene che la Decisione quadro «ammette [...] il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca senza condanna, pur non prevedendolo come obbligatorio, in quanto consente di opporre il rifiuto» ai sensi dell'art. 8 n. 2 lett. g.
[26] Sul punto sia consentito il rinvio a C. Grandi, *Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework*, in, *Improving Confiscation*, a cura di A. Bernardi, cit., 37 ss.
[27] Cfr. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction*, a cura di J. P. Rui, U. Sieber, Berlino 2015 ; *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, a cura di A. Bernardi, cit., sezione II.
[28] In questi termini A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 254; sul punto v. anche il considerando 6 del Regolamento.
[29] Sul punto cfr. l'*Inception Impact Assessment* della Commissione UE, denominato *Strengthening the mutual recognition of criminal assets' freezing and confiscation orders*, del 7.11.2016, studio propedeutico all'adozione della proposta di Regolamento.

2.2. L'attenzione rivolta dalle istituzioni sovranazionali ai provvedimenti di *asset ricovery* quali indispensabili strumenti di contrasto alla criminalità di profitto è davvero assai risalente[30]. Sebbene in tempi più recenti, appare oramai essersi consolidata pure la convinzione circa l'insufficienza delle forme "tradizionali" di confisca, fondate sulla sentenza di condanna dell'autore del reato da cui i proventi illeciti derivano. In altre parole, gli attori internazionali hanno da tempo maturato la consapevolezza della necessità di affrancare le *chances* di recupero della ricchezza illecita dai tempi e dagli esiti incerti del procedimento penale, promuovendo l'adozione di modelli di confisca caratterizzati da legami più flessibili con l'accertamento del reato condensatosi nella condanna: vuoi perché i beni da recuperare non derivano dal reato in relazione al quale quest'ultima è stata pronunciata (confisca allargata); vuoi perché tali beni appartengono a un soggetto diverso dal condannato (confisca nei confronti dei terzi); vuoi perché l'ablazione patrimoniale non presuppone alcuna sentenza di condanna (confisca senza condanna). Mentre in relazione alle prime due ipotesi il legame tra il provvedimento ablativo e il binomio reato/condanna risulta dunque solamente *allentato*[31], tale legame viene invece radicalmente spezzato nel caso delle confische *non-conviction based*, le quali operano talvolta a prescindere (non solo dalla condanna, ma anche) dall'*inizio* di un procedimento penale[32].

Non sorprende dunque come tutte le iniziative volte a promuovere, attraverso fonti di diritto sovranazionale, l'introduzione di forme armonizzate di confische *autenticamente* senza condanna, con l'obiettivo di garantire efficienza al recupero transnazionale dei patrimoni illeciti, si siano dovuti confrontare – e non di rado scontrare – con due ordini di ostacoli, strettamente correlati: in primo luogo, con le ragioni connesse alla tutela dei diritti fondamentali, specie – ma non solo – in relazione alla presunzione di non colpevolezza e alla salvaguardia diritto di proprietà, pure essi del resto sanciti nelle convenzioni internazionali[33]. In secondo luogo, con le notevoli differenze riscontrabili tra le legislazioni nazionali in ordine all'ammissibilità e ai limiti delle confische senza condanna, nonché ai procedimenti propedeutici alla loro applicazione: un caleidoscopio di soluzioni frutto della protezione a geometria variabile assicurata ai medesimi diritti fondamentali nel panorama del diritto processualpenale e costituzionale comparato[34].

Qualche esempio di queste *impasse*.

---

[30] Oltre a R. Virzo, *La confisca nell'azione internazionale*, cit., cfr., più in sintesi, R. Ivory, *Asset Recovery in Four Dimensions: Returning Wealth to Victim Countries as a Challenge for Global Governance*", in *Chasing Criminal Money*, a cura di K. Ligeti, M. Simonato, Oxford-Portland 2017, 175 ss.; nonché, in prospettiva storica, M. Fernandez-Bertier, *The History of Confiscation Laws: From the Book of Exodus to the War on White-Collar Crime*, *ivi*, 53 ss.

[31] Giacché una condanna è stata pur sempre pronunciata, sebbene in relazione a un fatto diverso rispetto a quello da cui i beni confiscati derivano, ovvero nei confronti di un soggetto diverso da quello che subisce il provvedimento ablativo.

[32] Come sottolineano J.P. Rui, U. Sieber, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Bringing the picture together*, in *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, a cura di J. P. Rui ,U. Sieber, cit., 245.

[33] In questo senso, già T.S. Greenberg, L. Samuel, W. Grant, L. Gray, *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-conviction Based Asset Forfeiture*, Washington DC 2009, 19 ss.

[34] All'esito di una vasta indagine comparatistica (aggiornata al 2015), J.P. Rui, U. Sieber, *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Bringing the picture together*, cit., identificavano *almeno quattro* differenti approcci alla confisca senza condanna nel panorama dell'Unione europea. Per un'analisi più recente relativa agli ordinamenti del Belgio, della Francia, della Germania e della Romania – oltre che di quello nostrano – v. i contributi raccolti in *Improving Confiscation Procedures in the European Union*, a cura di A. Bernardi, cit., sezione II, 95 ss., nonché, per un quadro sintetico, D. Morosan, F. Streteanu, D. Nitu, *Substantive aspects of confiscation*, *ivi*, 473 ss. Con riferimento all'ordinamento tedesco v. l'ancor più aggiornata indagine di T. Trinchera, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino 2020, 217 ss. Per ulteriori spunti di diritto comparato v. altresì A. M. Maugeri., *La Direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione*, cit., par. 6.

Tra i primi impulsi a svincolare il provvedimento di confisca dalla sentenza di condanna figura quello impresso dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione[35], il cui art. 54 disciplina i «Meccanismi di recupero di beni mediante la cooperazione internazionale ai fini della confisca». Più in particolare, tale articolo (let. *c*) dispone che ciascuno «Stato Parte […] *considererà la possibilità di adottare* le misure necessarie per consentire la confisca […] in assenza di condanna penale nei casi in cui l'autore del reato non possa essere penalmente perseguito per morte, fuga o assenza ovvero in altri casi opportuni» (corsivo aggiunto). Questa formulazione tipicamente di *soft-law* evita dunque di sancire veri e propri *obblighi* in capo ai paesi contraenti in relazione alla confisca senza condanna; contrariamente a quanto accade per le misure necessarie a consentire il riconoscimento e l'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti "tradizionali" di confisca *conviction-based*, in relazione ai beni acquistati mediante uno dei reati previsti dalla Convenzione medesima[36].
Analoghe cautele lessicali in relazione alla confisca senza condanna sono riscontrabili, più di recente, nel quadro delle Raccomandazioni FATF-GAFI[37] che definiscono gli «Standard internazionali per il contrasto del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo e della proliferazione delle armi di distruzioni di massa»[38].
La Raccomandazione n. 4 – riguardante le misure legislative volte a consentire il congelamento e la confisca dei beni (strumenti e proventi) correlati ai reati di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo – prevede testualmente: «*Countries should consider adopting measures that allow such proceeds or instrumentalities to be confiscated without requiring a criminal conviction (non-conviction based confiscation)[…] to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law*»[39]. Parallelamente, la Raccomandazione n. 38, che estende il dovere di assistenza reciproca nei procedimenti di congelamento e confisca anche alle richieste inoltrate in relazione a confische *non conviction-based*, precisa tuttavia che tale assistenza debba essere prestata «*unless this is inconsistent with fundamental principles of their domestic law*».

In altre parole, persino nell'ambito di fonti per loro natura di *soft law*, quali le Raccomandazioni FATF, l'adozione di forme di confische senza condanna è meramente caldeggiata[40]; per di più, la disposizioni in materia, sul duplice versante dell'armonizzazione e della cooperazione, vengono espressamente subordinate alla compatibilità con gli standard garantistici operanti a livello domestico[41].

---

[35] United Nations Convention Against Corruption, adottata dall'Assemblea Generale del 31.10.2003.
[36] L'adozione di tali misure risulta infatti *obbligatoria* ai sensi della let. *a* dello stesso art. 54 (« Ciascuno Stato parte [...] *adotterà le misure necessarie* per consentire alle proprie autorità competenti di dare efficacia a un'ordinanza di confisca emessa da un tribunale di un altro Stato Parte») . Per ulteriori dettagli sia consentito il rinvio a C. Grandi, *Non-conviction-based confiscation in the EU legal framework*, cit., 35 s.
[37] Come noto, il *Financial Action Task Force* (Gruppo d'Azione Finanziaria) è un organismo intergovernativo indipendente, istituito nel 1989 con l'obiettivo di formulare e promuovere l'attuazione di strategie coordinate a livello globale per il contrasto al crimine organizzato, al terrorismo, al riciclaggio e alla corruzione (http://www.fatf-gafi.org/). Sul significativo impatto delle *FATF Reccomendations* sul *policy-making* dell'Unione europea, v. R. Borlini, F. Montanaro, *The evolution of the EU law against criminal finance: the "hardening" of FATF standards within the EU*, in *Georgetown Journal of International Law* 2017, vol. 48, 1011 ss.
[38] FATF (2012-2020), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Parigi.
[39] Di nuovo, dunque, *« shall consider atopting* » anziché « *shall adopt* ».
[40] Mediante la già richiamata formula «*Countries shall consider adopting*...» (Raccomandazione n. 4, par. 3), in luogo della formula – consueta per gli obblighi di fonte sovranazionale – « *Countries shall adopt* ... », impiegata con riferimento alle confische tradizionali (*ivi*, par 1).
[41] «... *to the extent that such a requirement is consistent with the principles of their domestic law*» (Raccomandazione 4, cit.); «…*unless this is inconsistent with fundamental principles of their domestic law*» (Raccomandazione 38, cit.).

L'assenza di previsioni vincolanti in materia di confisca senza condanna contraddistingue anche le fonti del Consiglio d'Europa. Né la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990[42], né la più recente Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo del 2005[43] contemplano infatti obblighi di armonizzazione in materia. Anzi, la circostanza per cui l'ordine di confisca non risulti fondato su previa condanna è annoverata da entrambi gli strumenti pattizi tra i *motivi di rifiuto* opponibili alla richiesta di cooperazione nell'esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di ablazione patrimoniale[44].
Cosicché, pure in seno al Consiglio d'Europa le indicazioni in materia di confisca senza condanna restano relegate nei confini della *soft-law*. In particolare, nella Risoluzione 2218(2018), l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa «*strongly supports non-conviction-based confiscation or similar measures as the most realistic way for States to tackle the enormous and inexorably growing financial power of organised crime, in order to defend democracy and the rule of law*»[45]. Nondimeno, in ragione della sua natura *soft*, la fonte in questione non può che limitarsi ad "invitare" gli Stati del Consiglio d'Europa a introdurre forme di confisca siffatte[46].

2.3. In questo scenario, non stupisce quindi che le fonti di terzo pilastro in precedenza menzionate abbiano semplicemente glissato sulla confisca senza condanna[47], specie ove si consideri che la procedura di approvazione delle decisioni quadro richiedeva il voto unanime in seno al Consiglio UE Giustizia e Affari Interni; sicché, la contrarietà di un solo Stato rispetto ad obblighi di armonizzazione aventi ad oggetto forme di confisca ritenute poco conformi alle garanzie domestiche avrebbe in automatico affossato ogni proposta.
Ci si poteva allora attendere risultati più appaganti, una volta superato lo scoglio della *unanimity rule* tipica del terzo pilastro, grazie alla regola di approvazione a maggioranza delle direttive di armonizzazione penale *post*-Lisbona sancita negli artt. 82-83 TRFUE[48].
Al contrario, proprio il varo della già rievocata Direttiva 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, ha definitivamente confermato la natura complessa e divisiva della disciplina di armonizzazione in materia di confisca senza previa condanna.
Tale Direttiva, giova ripeterlo, superando le aporie che caratterizzavano la Decisione quadro 2005/212, ha introdotto puntuali obblighi di armonizzazione in relazione non solo alla confisca diretta e per equivalente (art. 4), ma anche alla confisca allargata (art. 5) e nei confronti dei terzi (art. 6)[49]; e – per la prima volta – ha effettivamente delineato ipotesi obbligatorie di confisca senza condanna (art. 4 par. 2), sebbene con risultati assai deludenti rispetto alle attese.

[42] Convenzione di Strasburgo, del 8.11.1990.
[43] Convenzione di Varsavia, del 16.5.2005.
[44] Rispettivamente, art. 18, par. 4, let. *d* della Convenzione di Strasburgo e art. 28 par. 4 let. *d* della Convenzione di Varsavia.
[45] Resolution on «Fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets», del 26.4. 2018 (punto 6).
[46] «*the Assembly […] invites all member States of the Council of Europe and other States having a special status with the Council of Europe to […] provide for non-conviction-based confiscation in their national laws*» (punto 9).
[47] V., *supra*, par. 2.1.
[48] I quali assoggettano – in linea generale – le direttive di armonizzazione penale alla procedura legislativa ordinaria messa a punto all'art. 294TrFUE.
[49] In argomento cfr. A. M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE*, cit., 303 ss.

Da un lato, si rendeva dunque necessario un aggiornamento della normativa europea sul fronte complementare del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, posto che gli obblighi sanciti al riguardo dalla Decisione quadro 2006/783 non "coprivano" l'intero catalogo delle ipotesi ora contemplate dalla Direttiva[50]: come viene sottolineato nel Preambolo del Regolamento (considerando 7), il quadro giuridico dell'UE sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e confisca «non ha tenuto il passo con i recenti sviluppi legislativi» a livello europeo e nazionale, con particolare riferimento a progressi conseguiti, sul fronte dell'armonizzazione, proprio a seguito dell'adozione della Direttiva stessa.
Dall'altro lato, si trattava di ovviare all'esito davvero inappagante di quest'ultima fonte proprio sul versante della confisca senza condanna. Merita infatti di essere ricordato che fin dalla proposta elaborata dalla Commissione la confisca in assenza di condanna era prevista solamente in ipotesi assai limitate (e statisticamente non certo le più rilevanti), ossia la morte o l'impedimento permanente dell'imputato, nonché la fuga e l'impedimento temporaneo del medesimo che comportassero il rischio di prescrizione[51]. Nel corso della procedura legislativa ordinaria (art. 294TrFUE), il testo scaturito dalla Commissione LIBE del Parlamento UE si caratterizzava per modifiche così profonde sul punto da comportare, sostanzialmente, uno stravolgimento della proposta della Commissione: in breve, si proponeva di adottare una vera e propria *actio in rem* quale modello *generalizzato* di confisca europea senza condanna, corredandola al contempo di una serie di garanzie propriamente penalistiche[52].
Sennonché, in mancanza di *endorsement* sufficiente in seno al Consiglio – merita ribadirlo, *nonostante* la possibilità di approvazione a maggioranza – tale proposta radicalmente innovativa è stata abbandonata e il testo in discussione si è riallineato a quello originario: anzi, rispetto a quest'ultimo nella versione definitiva è stato pure espunto il caso della morte dell'imputato, di talché l'obbligo di consentire la confisca in assenza di condanna è ora limitato ai soli casi di fuga e di impedimento permanente del medesimo, sempre che sia «stato avviato un procedimento penale [che] avrebbe potuto concludersi con una condanna penale se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato» (art. 4 par. 2). Non potendo dilungarsi sulle molteplici critiche formulate in dottrina, sia sufficiente segnalare la natura condivisa dell'opinione secondo cui tale disciplina, in sostanza, non ha "nulla a che fare" con i modelli autentici di *non-conviction based confiscation*[53].

---

[50] Nella dichiarazione congiunta del 31.3.2014, (doc. n. 7329/1/14 REV 1 ADD 1), Parlamento e Consiglio invitavano in effetti la Commissione ad «esaminare le eventuali difficoltà nell'attuazione degli strumenti sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca che potrebbero derivare dalla sostituzione di talune disposizioni della decisione quadro 2005/512/GAI con le corrispondenti disposizioni della» Dir. 2014/42/UE. Sul punto v. altresì il citato (*supra*, nota 29) *Inception Impact Assessment* della Commissione UE, 4.

[51] Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, COM(2012) 85def. del 12.3.2012 (art. 5); in argomento v. A. M. Maugeri, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2012, n. 2, 193 ss.

[52] Nell'impossibilità di ulteriori approfondimenti, ci si limita a rinviare all'analisi di A. M. Maugeri, *L'actio in rem assurge a modello di 'confisca europea' nel rispetto delle garanzie Cedu? – Emendamenti della Commissione Libe alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2013, n. 3, 252 ss.; più in sintesi, e con rilievi critici, v. F. Mazzacuva, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.7.2013.

[53] Così, ad esempio, J.P. Rui, *Non-conviction based confiscation in the European Union – an assessment of Art. 5 of the proposal for a directive of the European parliament and the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*, in *ERA Forum* 2012, 354 (con riferimento all'originaria versione proposta dalla Commissione, ma con osservazioni che conservano pertinenza rispetto al testo definitivo); concordemente M.

3. Nell'impossibilità di conseguire risultati più penetranti sul fronte dell'armonizzazione, e nella consapevolezza di quanto sia determinante, per l'efficienza complessiva del sistema di *asset recovery*, l'esecuzione transfrontaliera *anche* dei provvedimenti di confisca senza condanna, si profilava quale unica alternativa l'estensione dell'obbligo di mutuo riconoscimento, per l'appunto, anche *in mancanza di previa adeguata armonizzazione*[54].
Sul punto è opportuno soffermarsi.
Per un verso, il principio del mutuo riconoscimento – eretto a fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale fin dalle conclusioni dello storico Consiglio europeo di Tampere[55] e ora sancito nel diritto primario dall'art. 82TRFUE[56] – *presume* una certa disomogeneità tra regole nazionali: è noto infatti che tale principio si basi sulla *fiducia reciproca* tra i Paesi membri nei rispettivi ordinamenti, la quale consente che ciascuno Stato, nel riconoscere i provvedimenti adottati dalle autorità giudiziarie dei partner europei, accetti «l'applicazione del diritto vigente negli altri Stati contraenti, *anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse*»[57]. Proprio per questa ragione, il principio del mutuo riconoscimento è chiamato ad operare *proprio* laddove l'armonizzazione sia imperfetta, lubrificando i meccanismi della cooperazione transnazionale che rischiano di incepparsi dinanzi alle incongruenze tra le regole nazionali; sempreché, beninteso, al netto delle incongruenze sulle *regole*, tra i partner vi sia condivisione di *principi* e *valori* di fondo in misura sufficiente da giustificare la fiducia reciproca.

Fernandez-Bertier, *The confiscation and recovery of criminal property: a European Union state of the art*, in *ERA Forum* 2016, 336. Accenti critici anche da parte di A. M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato*, cit. 325 s.

[54] Sul punto v. A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, 254 s.

[55] Cfr. Consiglio europeo di Tampere, 15-16.10.1999, Conclusioni della Presidenza, § 33 ss. (sulle quali v., per tutti, L. Salazar, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *CP*, 2000, 1114 ss.).

[56] A mente del quale «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie». Sulla centralità del mutuo riconoscimento quale perno degli ultimi sviluppi della cooperazione giudiziaria in ambito eurounitario v., da ultimo, G. De Amicis, *I soggetti della cooperazione giudiziaria nell'esercizio delle competenze punitive dell'unione europea*, in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 67 ss.; *amplius* - nell'ambito di una bibliografia sterminata e per limitarsi agli studi monografici - W. Van Ballegooij, *The Nature of Mutual Recognition in European Law*, Antwerp 2015, 57 ss.; V. Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford 2016, 124 ss.; J. Ouwerkerk, Quid pro quo. *A Comparative Law Perspective on the Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters*, Antwerp 2011, 17 ss.; A. Willems, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford 2021, *passim* (spec. cap. II).
Il principio in questione ha assunto pari centralità anche a livello domestico, in virtù della sua "codificazione" nel Titolo I*bis* Cpp (rubricato «Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea»), introdotto dal d.lgs. 3.10.2017, n. 149 ; in argomento cfr. G. De Amicis, *Lineamenti della riforma del Libro XI del codice di procedura penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.4.2019.

[57] Corsivo aggiunto. Si tratta di enunciato frequente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: cfr., *ex multis*, la decisione 11.2.2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok* e *Brügge*.

Per altro verso, quindi, il mutuo riconoscimento *richiede* e *presuppone* una certa quota di armonizzazione[58], con il minimo comune denominatore del rispetto dei diritti fondamentali quale nutriente indispensabile per la *mutual trust*[59].
Ora, traducendo queste premesse generali al settore in esame, occorre osservare come, da un lato, la scarsa armonizzazione in materia di confisca (in particolare, senza condanna) abbia sempre ostacolato il riconoscimento e l'esecuzione transnazionale dei relativi provvedimenti[60]. Dall'altro lato, la versione a dir poco esangue – se non addirittura *fake* – di *non-conviction based confiscation* adottata nella Direttiva 2014/42/UE altro non è se non la cartina tornasole dell'ardua conciliabilità degli approcci nazionali in questa materia (specie nel panorama antecedente l'adozione della Direttiva)[61], in quanto espressivi di differenti tradizioni giuridiche e delle relative specificità costituzionali[62].
Ad ogni buon conto, in una nota congiunta[63] pressoché coeva all'approvazione della Direttiva, Parlamento europeo e Consiglio – consci dell'inadeguatezza del risultato appena conseguito – hanno rivolto alla Commissione un duplice invito: in primo luogo, a condurre un'indagine sulla «fattibilità […] dell'introduzione di ulteriori norme comuni in materia di confisca di beni derivanti da attività di natura criminale, anche in assenza di condanna"; in secondo luogo, «a presentare, quanto prima possibile, una proposta legislativa sul riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca».
Abbozzando una risposta al *primo* invito, nel 2015 la Commissione aveva preannunciato la pubblicazione di «uno studio di fattibilità relativo a norme comuni sulla confisca non basata sulla condanna di beni derivati da attività criminali»[64]. Ma le buone intenzioni erano destinate a smarrirsi, ancora una volta, nello spazio incolmabile che separa le scelte nazionali in materia, il quale incarna al contempo il *bersaglio* delle misure di armonizzazione e l'*ostacolo* che ne impedisce l'adozione.

---

[58] Sugli stretti, e al contempo controversi, rapporti tra armonizzazione e mutuo riconoscimento cfr., in sintesi, S. Manacorda, *Diritto penale europeo*, in *Enciclopedia Treccani on-line*, 2014 ; A. Bernardi, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *RIDPP* 2008, 76 ss.; *amplius*, A. Weyembergh, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe: condition de l 'espace pénal européen et revelateur de ses tensions*, Bruxelles 2004 ; più di recente, A. Willems, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, cit., cap. 6.
[59] In argomento v. V. Mitsilegas, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU* e Id., *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, entrambi in *Justice and Trust in the European Legal Order*, a cura di C. Grandi, Napoli 2016, rispettivamente 3 ss., 101 ss.; R. Sicurella, *Fostering a European Criminal Law Culture: in trust we trust,* in *New European Journal of Criminal Law*, 2018, 308 ss.
[60] «*It is difficult for requested countries to execute foreign confiscation orders if such orders are based on schemes that are completely at odds with their own national approach*», come osservano K. Ligeti, M. Simonato, *Asset Recovery in the EU: Towards a Comprehensive Enforcement Model beyond Confiscation? An Introduction*", in *Chasing Criminal Money*, a cura di K. Ligeti, M. Simonato, cit., 5. Per esemplificazioni delle difficoltà di esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di confisca non basati su condanna definitiva – difficoltà connesse sia all'assenza di obblighi puntuali di riconoscimento reciproco, sia all'insufficiente livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia – v. F. Alagna, *Non-conviction based confiscation: why the EU directive is a missed opportunity*, in *European Journal on Criminal Policy and Research* 2015, n. 4, 453 s.
[61] In argomento v. la bibliografia segnalata, *supra*, nota 34. Sulle ipotesi di confisca senza condanna apparse nel panorama comparatistico a seguito della Dir. 2014/42/UE v. A. M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 5 s.
[62] In questo senso v. M. Fernandez-Bertier, *The confiscation and recovery of criminal property*, cit., 338; per ulteriori spunti, volendo, v. C. Grandi, *Non-conviction-based confiscation*, cit.
[63] V., *supra*, nota 50.
[64] Cfr. la *Agenda europea sulla sicurezza*, COM(2015) 185def. del 28.4. 2015.

«Rompendo gli indugi»[65], la Commissione ha pertanto accolto il *secondo* invito formulato da Parlamento e Consiglio, imboccando con decisione la strada alternativa del mutuo riconoscimento *senza* previa armonizzazione: già nel testo della proposta di regolamento, infatti, si manifestava a chiare lettere l'intenzione di estendere l'obbligo di esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti di confisca *ben oltre* il territorio armonizzato dalla Direttiva 2014/42/UE[66]. Una strada senz'altro audace e proprio per questo, come si vedrà, non priva di insidie.

3.1. Le inefficienze del sistema di *asset recovery* dell'Unione congeniato dalle decisioni quadro di terzo pilastro sono in parte dipese – come si è detto – dalla loro tardiva, inesatta o comunque disarmonica trasposizione da parte degli Stati membri. L'adozione di un *regolamento*, le cui norme godono di applicazione uniforme e immediata, senza necessità trasposizione, intendeva proprio evitare il ripetersi di tali inconvenienti[67].
La base giuridica del Regolamento 1805/2018 è rappresentata dall'art. 82, par. 1 let. a TrFUE, a mente del quale Parlamento e Consiglio adottano le *misure* volte a «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria». Proprio il termine generico "misure" – che distingue il lessico dell'art. 82 par. 1 rispetto a quello degli artt. 82 par. 2 e 83 TrFUE, i quali impiegano il termine "direttive" – rende senza dubbio legittima, al metro del principio di attribuzione (art. 5TrUE), la scelta della fonte regolamentare.
La dottrina non ha tuttavia mancato di esprimere qualche preoccupazione sul notevolissimo impatto, anche in termini di politica criminale, esplicato dalla fonte in oggetto, specie negli Stati membri che non contemplano forme di *asset recovery* senza previa condanna[68]. Consapevole del carattere potenzialmente dirompente di una simile opzione, è lo stesso legislatore europeo a temperarne la portata, precisando che «la forma giuridica del presente atto non dovrebbe costituire un precedente per i futuri atti giuridici dell'Unione nel settore del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie in materia penale»[69].
Quanto all'ambito applicativo, come recita il considerando 13, il Regolamento è destinato a trovare applicazione in relazione a «tutti i provvedimenti di congelamento […] e di confisca emessi nel quadro di un *procedimento in materia penale* […] e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE»[70], inclusi i «provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva»; e nonostante «tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro», quest'ultimo «dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti emessi da un altro Stato membro».

[65] Per usare un'espressione di A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 255.
[66] Fino a comprendere il «riconoscimento reciproco di tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca contemplati dalla direttiva, nonché ai provvedimenti di confisca non basata sulla condanna emessi nell'ambito di un procedimento penale: in caso di morte, immunità, prescrizione, impossibilità di identificare l'autore del reato o altri casi in cui l'autorità giudiziaria penale può confiscare beni senza condanna qualora abbia deciso che tali beni sono proventi da reato » (così la Relazione illustrativa della Proposta - cit., *supra*, nota 12 - 6).
[67] Sul punto v. il considerando 11.
[68] A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 253 s., cui si rinvia per ulteriori considerazioni sulla base giuridica.
[69] Considerando n. 53, che così prosegue: «La scelta della forma giuridica degli atti giuridici futuri dell'Unione dovrebbe essere valutata con attenzione caso per caso, tenendo conto, tra gli altri fattori, dell'efficacia dell'atto giuridico e dei principi di proporzionalità e sussidiarietà». Sul punto v. anche V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, cit., par. 2 e A. Rosanò, *Congelamento e confisca di beni*, cit., 6.
[70] Corsivo aggiunto.

Corrispettivamente, l'art. 2 del Regolamento considera *bene confiscabile* quello che secondo l'autorità di emissione è passibile di ablazione non solo «mediante l'applicazione nello Stato di emissione di uno dei poteri di confisca previsti dalla direttiva 2014/42/UE» (let. c), ma anche «ai sensi di altre disposizioni relative ai poteri di confisca, *compresa la confisca in assenza di condanna definitiva*, previste dal diritto *dello Stato di emissione* in seguito a un procedimento per un reato» (let. d, corsivi aggiunti); nessun rilievo assume invece la legislazione dello Stato di esecuzione[71].

Tre osservazioni al riguardo.

In primo luogo, non si poteva essere più chiari sul fatto che l'obbligo di riconoscimento *non è in alcun modo pregiudicato* dall'assenza nella legislazione dello Stato di esecuzione di poteri di confisca analoghi a quelli in base al quale il provvedimento di confisca è stato adottato in altro Stato membro.

In secondo luogo, l'autonomia dei confini applicativi del Regolamento rispetto allo spazio armonizzato dalla Direttiva si apprezza in duplice prospettiva. Sia – come già rilevato – per quanto concerne le tipologie di ordini di confisca rientranti nell'obbligo di riconoscimento, il quale copre la confisca senza condanna oltre le ipotesi contemplate nell'art. 4 par. 2 della Direttiva. Sia per quanto concerne la gamma di reati in relazione ai quali il provvedimento di confisca è adottato: mentre la Direttiva si applica solo ai gravi reati con dimensione transnazionale[72], il Regolamento non soffre alcuna delimitazione applicativa legata al tipo illecito[73]. Piuttosto, ai sensi dell'art. 3, se il reato sul quale la confisca si radica, oltre ad essere punito nello Stato di emissione con pena detentiva non inferiore nel massimo a tre anni, rientra in una delle 32 macro-categorie di illeciti ivi contemplati[74], l'esecuzione del provvedimento ablativo *non* può essere subordinata alla verifica del requisito della *doppia incriminazione*.

In terzo luogo, e di conseguenza, l'unica delimitazione sostanziale dell'obbligo di mutuo riconoscimento è segnata dalla necessità che il provvedimento di confisca sia emesso "nel quadro di un procedimento in materia penale"[75]. Su questa espressione ellittica, che lascia parecchie incognite sull'ambito applicativo della nuova disciplina, si dovrà tornare in seguito.

---

[71] Quanto invece all'*oggetto* dei provvedimenti di confisca suscettibili di mutuo riconoscimento, in linea con quanto previsto nella Direttiva, l'art. 2 n. 3 del Regolamento annovera non solamente «i proventi di un reato, o l'equivalente, in tutto o in parte, del valore di tale provento» (lett. a), ma anche «un bene strumentale rispetto a tale reato, o il valore di tale bene strumentale» (lett. b), laddove la nozione di "bene strumentale" risulta particolarmente lata, fino a ricomprendere anche il bene «destinato ad essere utilizzato, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere un reato» (art. 2 n. 5). In dottrina si è rammentata la finalità propriamente punitiva della confisca *per equivalente* dei beni strumentali, con conseguente potenziale attrito con i principi «di proporzione e di colpevolezza come fondamentale criterio di commisurazione della pena» (A. M. Maugeri, *Il Regolamento 1805/2018*, cit., 10, con ulteriori rinvii)

[72] Compresi nell'elenco di cui all'art. 3 della Direttiva stessa.

[73] Cfr. l'art. 2 n. 2, che, nel fornire la definizione di « provvedimento di confisca » allude – genericamente e senza ulteriori specificazioni – alla misura adottata in un« procedimento connesso *a un reato* » (corsivo aggiunto; cfr. anche il considerando 14).

[74] Elenco nella sostanza coincidente con quello formulato per la prima volta dal legislatore europeo nella DQ 2002/584 sul mandato d'arreso europeo (art. 2 par. 2).

[75] Così recita l'art. 1 par. 1 ; il successivo par. 4 precisa che il regolamento non si applica ai provvedimenti «emessi nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa". Parallelamente, l'art. 2 n. 8 definisce l'autorità di emissione quella «designata dallo Stato di emissione e che è competente *in ambito penale* a eseguire un provvedimento di confisca» (corsivo aggiunto).

4. La procedura di trasmissione, riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti di *confisca*[76], che poggia sulla cooperazione diretta tra le autorità di emissione e le autorità di esecuzione preventivamente designate dai singoli Stati membri[77], si snoda attraverso i seguenti passaggi essenziali.

Gli artt. 14-17 regolano la fase di *trasmissione* del provvedimento di confisca.

L'autorità di emissione è tenuta a compilare e trasmettere il *certificato* di confisca di cui all'allegato II del Regolamento, che deve contenere, tra l'altro, le informazioni riguardanti l'autorità di emissione e gli estremi del provvedimento di confisca, le generalità del soggetto destinatario, le caratteristiche del bene (somma di danaro, o beni specifici, mobili o immobili) e il tipo di confisca cui il provvedimento si riferisce (diretta, per equivalente, estesa o senza condanna), nonché una descrizione sintetica dei fatti che hanno dato origine all'adozione del provvedimento stesso, con l'indicazione dell'eventuale loro riconducibilità alle categorie di illeciti per le quali è esclusa la verifica della doppia incriminazione, ai sensi dell'art. 3.

Solo qualora lo Stato membro di esecuzione ne abbia fatto espressa richiesta[78], l'autorità di emissione sarà tenuta a trasmettere, oltre al certificato, anche il *provvedimento* di confisca vero e proprio. In ogni caso, solamente il certificato – e non anche il provvedimento – deve essere tradotto in una delle lingue ufficiali dello Stato di esecuzione[79].

Il certificato (se del caso, unitamente al provvedimento) di confisca viene trasmesso all'autorità di esecuzione dello Stato membro nel quale si abbia fondato motivo di ritenere che il soggetto destinatario disponga di beni o di redditi[80]. Occorre segnalare che, ai sensi degli artt. 40-41, il Regolamento sarà applicabile ai certificati di confisca *trasmessi* a partire dal 19 dicembre 2020, data fino alla quale continueranno invece ad applicarsi le Decisioni quadro 2003/577 e 2006/783. Deve quindi ritenersi che i *provvedimenti* di confisca cui i certificati si riferiscono potranno ricardere nell'ambito applicativo della disciplina in esame anche se adottati in data precedente, purché dopo l'entrata in vigore del Regolamento (18 dicembre 2018).

Gli articoli 18-22 disciplinano invece le fasi di *riconoscimento* ed *esecuzione* del provvedimento di confisca.

Il pilastro dell'intera procedura è eretto nell'art. 18, il quale sancisce – in capo all'autorità di esecuzione – *l'obbligo di riconoscere* il provvedimento di confisca ritualmente trasmesso e di prendere «le misure necessarie alla sua esecuzione alla stregua di un provvedimento di confisca nazionale»[81].

---

[76] Disciplinata dal Capo III del Regolamento in esame. Il Capo II detta l'analoga disciplina relativa ai provvedimenti di congelamento.

[77] L'art. 24 prevede che ogni Stato membro debba notificare le informazioni circa le autorità designate, sia per l'emissione sia per l'esecuzione, alla Commissione, che ne curerà la messa a disposizione a vantaggio di tutti gli Stati membri. L'articolo stesso prevede la facoltà per ciascuno Stato di «di designare una o più autorità centrali quali responsabili della trasmissione e della ricezione amministrativa dei certificati di congelamento e di confisca e dell'assistenza da fornire alle sue autorità competenti».

[78] Non in relazione alla singola procedura di riconoscimento, bensì con dichiarazione di portata generale resa nel rispetto delle modalità descritte dall'art. 14 par. 2-3.

[79] O in altra lingua da tale Stato accettata, secondo quanto dispone l'art. 17 par. 2-3.

[80] Art. 14 par. 4-5, che riguardano rispettivamente la confisca di danaro e di beni specifici.

[81] L'art. 24 precisa che le modalità esecutive del provvedimento di confisca sono disciplinate esclusivamente dalla legge dello Stato di esecuzione. Quanto ai *rimedi*, l'art. 33 fa salvo il diritto dei soggetti colpiti di avvalersi dei mezzi di impugnazione contro la decisione sul riconoscimento e sull'esecuzione previsti dalla legge dello Stato medesimo (par. 1); tuttavia, i motivi di *merito* sui cui si basa il provvedimento «non possono essere contestati dinanzi a un organo giurisdizionale dello Stato di esecuzione» (par. 2).

I tempi della procedura sono scanditi in ossequio all'esigenza di massima celerità: ai sensi dell'art. 20, l'autorità di esecuzione adotta la decisione sulla richiesta di riconoscimento *senza indugio* e comunque entro 45 giorni dal ricevimento del certificato di confisca (par. 1) e ne dà comunicazione *senza indugio* all'autorità di emissione (par. 2); pure *senza indugio* – e in ogni caso «almeno con la stessa velocità e la stessa priorità usate per un simile caso nazionale» – occorre provvedere alla esecuzione della confisca (par. 3).
Tutto ciò, beninteso, a meno che non ricorra uno dei motivi di rifiuto del riconoscimento previsti dall'art. 19[82].
Proprio in relazione a questo aspetto si registra una delle novità più rilevanti della nuova disciplina. In particolare, sono stati soppressi i due motivi di rifiuto più significativi tra quelli elencati dall'art. 9 della Decisione quadro 2006/783: quello connesso al *tipo* di provvedimento di confisca, che, come più volte ricordato, può esulare dalle ipotesi ricomprese negli obblighi di armonizzazione dettati dalla Direttiva 2014/42/UE; e quello connesso all'incongruenza del provvedimento da riconoscere con i presupposti dei poteri di confisca sanciti nello Stato di esecuzione[83].
Per il resto, i motivi di rifiuto contemplati dal Regolamento, in larga misura coincidenti con quelli previsti dalla Decisione quadro e già presenti nella Proposta della Commissione, riguardano in particolare: a) la contrarietà del provvedimento al principio del *ne bis in idem*; b) la sussistenza di immunità o privilegi nello Stato di esecuzione che impedirebbero la confisca dei beni interessati[84]; c) l'inesattezza o l'incompletezza del certificato; d) l'ipotesi in cui i fatti da cui trae origine il provvedimento sono stato commessi in tutto o in parte nello Stato di esecuzione, ove non costituiscono reato; e) l'ipotesi – per vero assai criptica – in cui «i diritti *dei soggetti colpiti* renderebbero impossibile, a norma del diritto dello Stato di esecuzione», l'esecuzione del provvedimento di confisca[85]; f) l'ipotesi in cui il fatto da cui il provvedimento trae origine esuli dalle categorie di illeciti elencate all'art. 3 par. 2 e non costituisca reato nello Stato di esecuzione (difetto della doppia incriminazione); g) il caso in cui il provvedimento di confisca sia legato a una condanna definitiva adottata all'esito di un processo nel quale il soggetto destinatario non è comparso personalmente, a meno che – in base a quanto riportato nel certificato di confisca – non sia rispettata una fra tre condizioni alternative, corrispondenti a quelle già previste dall'art. 4*bis* della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo[86].

[82] L'art. 21 disciplina invece i motivi di mero *rinvio* dell'esecuzione del provvedimento di confisca.
[83] Mentre, come è stato ricordato *supra*, par. 2.1, la DQ 2006/783 consentiva di *non* riconoscere, rispettivamente, i provvedimenti di confisca adottati al di fuori del campo armonizzato dalla DQ 2005/212 (es. confisca senza condanna), e quelli adottati al di fuori delle ipotesi di confisca (in particolare, estesa) ammesse nello Stato di esecuzione.
[84] Rispetto al testo della Proposta, nella versione definitiva il motivo di rifiuto in esame è stato allargato alle ipotesi in cui il provvedimento confligga con le norme che tutelano la libertà di stampa o di espressione nello Stato di esecuzione (sul punto v. anche il considerando 33).
[85] Corsivo aggiunto. Il testo della proposta alludeva, con maggiore semplicità, ai «diritti dei terzi in buona fede». La difficile interpretazione della disposizione in esame può forse essere agevolata dal considerando 15, a mente del quale «[t]ra i soggetti colpiti, che possono essere persone fisiche o giuridiche, dovrebbero essere annoverati il soggetto contro il quale è stato emesso il provvedimento di congelamento o il provvedimento di confisca, o il soggetto che è proprietario dei beni oggetto di tale provvedimento, nonché i terzi i cui diritti relativi a questi beni sono direttamente lesi da detto provvedimento, ivi compresi i terzi in buona fede". Un'interpretazione plausibile appare dunque quella per cui il motivo di rifiuto riguardi le ipotesi in cui uno di tali soggetti abbia esperito con successo un mezzo di impugnazione ai sensi dell'art. 33 del Regolamento stesso.
[86] Introdotto dalla DQ 2009/299/GAI, art. 2. Ovvero: i) risulta inequivocabilmente che il soggetto destinatario del provvedimento fosse a conoscenza (in virtù di citazione tempestiva o altro mezzo informativo idoneo) dell'esistenza del processo e del provvedimento di confisca quale esito possibile di quest'ultimo; ii) essendo al corrente del processo, il soggetto medesimo sia stato effettivamente patrocinato da un difensore; iii) essendo stato informato della facoltà di

La novità più rilevante rispetto al testo della Proposta consiste invece nella comparsa di un nuovo motivo di rifiuto alla lettera h dell'art. 19, opponibile allorquando «in situazioni eccezionali sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione del provvedimento di confisca comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, in particolare il diritto a un ricorso effettivo, il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa».
Tale disposizione rappresenta la seconda grande incognita che grava sul Regolamento in esame, insieme a quella, già segnalata, connessa all'ambiguità della previsione per cui l'obbligo di mutuo riconoscimento grava (solamente) sui provvedimenti di confisca emessi «nel quadro di un procedimento in materia penale» (art. 1).
Si tratta, peraltro, di due profili strettamente interconnessi, come alcuni passaggi della procedura di approvazione del Regolamento stesso contribuiscono a chiarire.

4.1. Nella Proposta di Regolamento avanzata dalla Commissione[87] si precisava che l'obbligo di mutuo riconoscimento avrebbe riguardato tutti i provvedimenti di confisca emessi «nel quadro di un *procedimento penale*» (art. 1, corsivo aggiunto).
Tuttavia, in fase di negoziazione, proprio la delegazione italiana aveva suggerito la modifica di quest'ultima espressione, che non avrebbe verosimilmente intercettato la confisca di prevenzione c.d. "antimafia", in quanto non adottata, per l'appunto, nell'ambito di un procedimento *stricto sensu* penale[88]. Per scongiurare tale esito, l'Italia aveva suggerito l'adozione del concetto più elastico – mutuato dal lessico dell'art. 82 par. 1 let. d TrFUE – di *azione penale*[89].
Le reazioni dei partner europei si sono rivelate tutt'altro che uniformi. Alcune delegazioni hanno dichiarato di «poter sostenere o almeno accettare la modifica richiesta dall'Italia»[90], volta peraltro a favorire l'operatività transfrontaliera di «uno dei sistemi di confisca più efficaci dell'Unione europea»[91]. Altre delegazioni hanno invece manifestato un atteggiamento assai meno conciliante: da un lato, posto che il sistema italiano di confisca di prevenzione presenta natura ibrida penale/amministrativa, ci si è interrogati sulla pertinenza della base giuridica di cui all'art. 82 par. 1 TrFUE, che menziona la cooperazione giudiziaria (solo) "in materia penale"; dall'altro lato, e soprattutto, ci si è chiesti «se nel sistema italiano vi sia un chiaro legame tra provvedimento di confisca e reato e se i diritti procedurali delle persone interessate siano adeguatamente rispettati»[92].
La portata di tali perplessità ha finito per conferire alla questione implicazioni di natura – non meramente tecnica, bensì – *politica*. Sicché la decisione sull'inclusione nell'orbita dell'obbligo di mutuo riconoscimento anche di «sistemi di confisca di prevenzione come quello italiano» è stata

richiedere un nuovo processo che consenta un riesame del merito, il condannato vi abbia rinunciato o non se ne sia avvalso entro i termini stabiliti.
[87] Cfr. *supra*, nota 15.
[88] Di questo passaggio della fase di negoziazione – già segnalato da A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 255) – vi è traccia, ad esempio, in Consiglio dell'Unione europea, Fascicolo interistituzionale 2016/0412 (COD), doc. n. 12685/17 del 2.10.2017. Sul punto v. anche A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 11 ss., nonché V. Weyer, *Mutual recognition of confiscation orders and national differences*, in *Improving Confiscation*, a cura di A. Bernardi, cit. 92 s.
[89] O, nella versione inglese, "proceeding *in criminal matters*", anziché "criminal proceedings".
[90] Si veda ancora il già citato documento del Consiglio n. 12685/17, 3.
[91] *Ivi*, 3.
[92] *Ivi*, 4.

devoluta al Consiglio dei Ministri UE[93], che, in data 8 dicembre 2017, ha annunciato il raggiungimento di un accordo sul fatto che il Regolamento *in fieri* dovesse trovare applicazione anche a tipologie di ablazione patrimoniale senza previa condanna, «tra cui taluni sistemi di confisca preventiva, *a condizione che vi sia un nesso con un reato*»[94].
Ebbene, all'esito della medesima riunione del Consiglio, la Germania ha presentato una dichiarazione dal cui tenore verbale si evince come tale accordo fosse tutt'altro che incontroverso[95]: pur riconoscendo che l'instaurazione di un meccanismo ad ampio raggio per il recupero transfrontaliero dei beni è «coerente con il principio della fiducia reciproca», si puntualizza che «la cooperazione raggiunge i suoi limiti quando, in casi del tutto eccezionali, non vengono più garantiti i diritti fondamentali». E con particolare riferimento al caso di specie, si evidenzia come «i diversi suggerimenti di compromesso» formulati dalla delegazione tedesca, volti a conciliare l'efficienza della cooperazione con il "rispetto dei diritti fondamentali", intendessero «tener conto della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea». Questo richiamo allude evidentemente all'evoluzione dell'approccio della Corte di Lussemburgo sul ruolo dei diritti fondamentali nell'ambito degli strumenti di mutuo riconoscimento[96]; più in particolare, del rischio di lesione di tali diritti quali (possibile) causa di rifiuto di esecuzione del mandato d'arresto europeo[97] o, in generale, di limitazione dell'operatività

[93] Ovvero all'apice del livello decisionale. La fase di negoziazione finora descritta si era infatti svolta nell'ambito del Gruppo " Cooperazione in materia penale" (COPEN), facente parte degli " organi preparatori del Consiglio", in seno ai quali si snoda in larga parte la fase del *decision making* di competenza dell'organo medesimo (https://www.consilium.europa.eu/it/council-eu/decision-making/).
[94] Cfr. il Comunicato stampa del Consiglio n. 758/17 dell'8.12.2017 (corsivo aggiunto).
[95] Cfr. il documento del Consiglio n. 15104/17 ADD 1, dell'8.12.2017.
[96] Per una visione d'insieme sui rapporti tra fiducia reciproca e garanzie individuali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia v., fondamentalmente, V. Mistilegas, *Resetting Parameters of Mutual Trust: From* Aranyosi *to LM*, in *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading cases in a contextual analysis*, a cura di V. Mistilegas, A. Di Martino, L. Mancano, Oxford 2019, 421 ss.; nonché, con ulteriori e aggiornati riferimenti, giurisprudenziali e bibliografici, l'ampia analisi di V. Scalia, *Il principio del rule of law nella giurisprudenza delle corti europee. Umanità della pena e indipendenza del sistema giudiziario: presupposti necessari della fiducia reciproca e dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *IP* 2020, n. 2, 376 ss.
[97] V. in particolare C.G. UE, Grande Sezione, 5.4. 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi* e *Caldararu* (in *DPP* 2016, 1240 ss., con commento di A. Martufi, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*) ove si ammette (v. in particolare i paragrafi 78, 82, 88, 98) che il principio di mutuo riconoscimento, basato sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, possa subire limitazioni «in circostanze eccezionali», qualora vi sia motivo di ritenere sussistente un serio rischio di violazione dei diritti fondamentali, all'esito di un *test* volto ad accertare l'esistenza di tale rischio in duplice prospettiva: sia sul piano *sistemico-generale* nel paese di emissione di un mandato d'arresto europeo, sia in relazione al caso *concreto* della persona destinataria del mandato stesso. Nel caso di specie, era paventato il pericolo di lesione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, sancito nell'art. 3 CEDU e nell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel caso i destinatari dei mandati d'arresto fossero stati consegnati, per l'esecuzione di pene detentive, alle autorità degli Stati membri di emissione, ovvero Ungheria e Romania, i cui sistemi carcerari, *in primis* per ragioni di sovraffollamento, non risultavano rispettosi degli standard minimi stabiliti dal diritto internazionale. Su tale *leading case* v. anche F. Cancellaro, La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente, in www.penalecontemporaneo.it, 18.4.2016; M. Bargis, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2017, n. 2, 177 ss. Nella dottrina straniera, *ex multis*, G. Anagnostaras, *Mutual Confidence is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Caldararu*, in *Common Market Law Review*2016, vol. 53, 1675 ss.; F. Korenica, D. Doli, *No more Unconditional 'Mutual Trust' Between the Member States: An analysis of the Landmark Decision of the ECJ in Aranyosi and Caldararu*, in *European Human Rights Law Review* 2016, 542.

dei meccanismi di cooperazione interstatuale fondati sulla *mutual trust*[98]. Per tale ragione, nella dichiarazione in esame ci si rammarica del fatto che «sfortunatamente non è stato possibile raggiungere una maggioranza per ancorare nel testo i diritti fondamentali»; e si conclude annunciando, senza mezzi termini, che «la Germania […] alla luce di quanto sopra non è in grado di approvare l'orientamento generale adottato nell'attuale testo del regolamento».
La sensazione per cui la Proposta di Regolamento non avesse individuato il giusto equilibrio tra le esigenze del mutuo riconoscimento e le istanze di tutela dei diritti [99] è parsa condivisa dalla

Il *test* in questione è poi stato messo a punto – sempre nella prospettiva della verifica delle condizioni di detenzione esistenti nel paese di emissione del mandato d'arresto e specialmente in relazione alla seconda fase del *test*, tesa ad accertare i rischi riguardanti *in concreto* la persona destinataria del provvedimento – in C.G. UE, 25.7.2018, C-220/18 PPU, *ML* e in C.G. UE, Grande Sezione, 15.10.2019, C-128/18, PPU, *Dorobantu*, su cui v. E. Celoria, *Le condizioni di detenzione nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in www.lalegislazionepenale.eu (2.6.2020); M. Gialuz, E. Grisonich, *Crisi dell'Unione europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo*, in *CP* 2020, 2650 ss.; L. Lionello, *Nuovi sviluppi per il test "Aranyosi" e "Caldararu" ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso "Dorobantu"*, in www.eurojus.itt 10.3.2020, 107 ss. Nella dottrina straniera v. T. Marguery, *Towards the end of Mutual Trust? Prison conditions in the Context of the European Arrest Warrant and the Transfer of Prisoners Framework Decisions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*2018, vol. 25, 704 ss.; M. Plachta, *Economic Integration, Criminal Cooperation, and Criminal Justice Harmonization*, in *International Enforcement Law Reporter*2019, vol. 35, 411 ss.
Per una nitida panoramica sul rapporto tra cooperazione giudiziaria, eseguibilità del mandato d'arresto e diritti fondamentali connessi alle condizioni detentive, con ulteriori copiosi riferimenti dottrinali, v. da ultimo A. Martufi, *Prison conditions and judicial cooperation in the EU. What future for the European Arrest Warrant?*, in corso di pubblicazione in *European Criminal Law Review* 2021.
Il medesimo test è inoltre stato impiegato – in parte ricalibrato – in diversa prospettiva, ovvero con riferimento ad altri diritti fondamentali minacciati dall'eventuale esecuzione del mandato d'arresto. V. anzitutto Corte di Giustizia, Grande Sezione, 25.7.2018, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality v. LM*, in relazione alle garanzie del giusto processo (con riferimento particolare al diritto a un giudice indipendente e imparziale, sancito dall'art. 47 della Carta dei dritti UE), messe a repentaglio nell'ordinamento polacco da riforme compressive dell'autonomia della magistratura; su tale pronuncia v. A. Rosanò, *Crisi dello Stato di diritto nell'Unione europea e occasioni perdute. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle carenze del sistema giudiziario*, in *www.eurojus.it*, 6.9.2018; P. Bárd, W. van Ballegooij, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law* 2018, 353 ss.; M. Wendel, *Mutual Trust, Essence and Federalism – Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM*, in *European Constitutional Law Review* 2019, 17 ss.
V. altresì, in prospettiva ancora diversa, C.G. UE, 19.9.2018, C-327/18, *RO*, caso nel quale il rinvio pregiudiziale, nell'incertezza degli accordi che sarebbero intervenuti per disciplinare le relazioni tra l'Unione europea e il Regno Unito dopo il *Brexit*, si incentrava sulla sorte del complesso delle garanzie di cui il destinatario del mandato d'arresto è titolare in base ai Trattati, alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e al diritto derivato, qualora venga consegnato al Regno Unito e resti in carcere dopo il suddetto recesso; su tale pronuncia v. M. Bargis, *Il mandato di arresto europeo ai tempi della Brexit*, in *DPenCont* 2019, n. 5, 31 ss.

[98] Sull'ulteriore capacità espansiva del *test* elaborato dalla Corte di Giustizia v. A. Rosanò, *"Once Aranyosi, Always Aranyosi?". Considerazioni sulla riproponibilità del test "Aranyosi" e "Caldararu" nell ambito di alcuni strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal mandato d arresto europeo*, in *Studi sull'integrazione europea* 2020, n. 1, 163 ss.; F. G. Ruiz Yamuza, *LM case, a new horizon in shielding fundamental rights within cooperation based on mutual recognition. Flying in the coffin corner*, in *ERA Forum* 2020, vol. 20, 371 ss.

[99] Nell'articolato della Proposta l'*unico*, striminzito, riferimento testuale ai diritti dell'individuo si rinveniva nella clausola di stile secondo cui il Regolamento «non ha come effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici enunciati nell'articolo 6 TRUE».

Commissione LIBE del Parlamento europeo [100], dal cui esame è scaturita una pioggia di emendamenti di impronta garantistica[101].
Particolare attenzione merita l'emendamento n. 27, il cui testo, parzialmente riformulato, è stato nella sostanza recepito nel considerando 34 del Regolamento, a mente del quale la «creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità, da parte degli altri Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, in situazioni eccezionali in cui sussistono seri motivi per ritenere, sulla base di elementi specifici e oggettivi, che l'esecuzione di un provvedimento di congelamento o di un provvedimento di confisca comporti, nelle particolari circostanze del caso, una palese violazione di un pertinente diritto fondamentale previsto dalla Carta, l'autorità di esecuzione *dovrebbe poter decidere di non riconoscere e non eseguire il provvedimento interessato*»[102] (corsivo aggiunto).
Importanza ancor maggiore assume l'emendamento n. 71, cui si deve l'introduzione del già rievocato *motivo di non riconoscimento* fondato sul rischio di violazione dei diritti fondamentali. Nella formulazione suggerita dalla Commissione LIBE il rifiuto risultava opponibile qualora ricorressero «seri motivi per ritenere che l'esecuzione del provvedimento di confisca sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta». Tale formulazione è stata rimaneggiata prima di confluire nel testo vigente dell'art. 19 let. h, ove – con interpolazioni speculari al testo del considerando 34 – l'assai ampio enunciato proposto dalla Commissione LIBE è stato lavorato ai fianchi: la facoltà dell'autorità di esecuzione di non riconoscere o non dare esecuzione al provvedimento di confisca è limitata a «situazioni eccezionali"; i «seri motivi» devono risultare da «elementi» specifici e oggettivi», connessi alle «particolari circostanze del caso»[103]; la violazione della Carta deve essere «palese»; tra i diritti potenzialmente compromessi, si richiamano in particolare quelli «a un ricorso effettivo», «a un giudice imparziale» e ai «diritti della difesa».
Al di là degli accorgimenti testuali volti a ridurre – senza peraltro eliminare in radice – la discrezionalità dell'autorità di esecuzione, resta il fatto che, all'esito della proposta emendativa della Commissione LIBE[104], debutta nelle fonti in materia di mutuo riconoscimento (anche) di

[100] Cfr. la Relazione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, del 12.1.2018 [COM(2016)0819 –C8-0002/2017 – 2016/0412(COD)].
[101] In special modo v., ad esempio, i proposti considerando 7*bis* e 26*quinquies* (sui limiti della confisca estesa e nei confronti dei terzi), 12*bis* (sulla nozione "sostanziale" di materia penale) e 26*bis* (sul principio del *ne bis in idem*), poi non recepiti nel testo definitivo; nonché il proposto considerando 26*quater* (contenente la clausola di non discriminazione poi recepita – con modifiche testuali – nel vigente considerando 17). Da segnalare inoltre l'emendamento n. 46, recepito nel vigente art. 1 par. 3, il quale prevede che « [n]ell'emettere un provvedimento di congelamento o un provvedimento di confisca, le autorità di emissione assicurano il rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità».
[102] Chiaro il riferimento al lessico della sentenza della Corte di Giustizia *Aranyosi* e *Caldararu* (cit. *supra* nota 97), tra l'altro espressamente richiamata dalla Commissione LIBE nella motivazione all'emendamento n. 27.
[103] Anche in tale formulazione continuano ad echeggiare i passaggi in cui si snoda il doppio *test* scandito dalla Corte di Giustizia nel filone decisionale appena rievocato (cfr., *supra*, note 97-98).
[104] Appaiono dunque confermati il ruolo tutt'altro che marginale del Parlamento europeo nella definizione dei contenuti degli atti UE in materia penale e la sensibilità dell'organo rappresentativo dell'Unione rispetto all'esigenza che lo sviluppo del "diritto penale europeo" non avvenga a discapito dei diritti fondamentali. In argomento sia consentito il rinvio a C. Grandi, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *RIDPP* 2015, 678 ss.

provvedimenti sanzionatori[105] un vero e proprio *motivo di rifiuto* incentrato sulla violazione delle garanzie individuali; e non sembra affatto casuale che ciò sia accaduto a stretto giro delle perplessità manifestate da alcuni Paesi membri – Germania *in primis* – sull'estensione dell'ambito applicativo del Regolamento a tutti i provvedimenti di confisca adottati "nel quadro di un procedimento *in materia penale*", formula suscettibile di includere ipotesi di ablazione patrimoniale (percepite) dall'incerto statuto garantistico.

5. Quali sono, in concreto, i tipi di confisca assoggettati all'obbligo di mutuo riconoscimento di cui all'art. 18 del Regolamento, in quanto adottati «nel quadro di un procedimento in materia penale» (art. 1)?
Non pare fornire risposte esaustive il considerando 13, il quale, dopo aver precisato che il Regolamento si applicherà a tutti i tipi di confisca emessi a seguito di procedimenti *connessi ad un reato*[106], si limita a rilevare che «'Procedimento in materia penale' è un concetto autonomo del diritto dell'Unione interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», senza aggiungere alcunché in ordine ai *contenuti* di tale concetto autonomo.
Per giunta, anche la locuzione "ferma restando la giurisprudenza" della Corte di Strasburgo rimane di incerta lettura; del resto, l'utilizzo della nozione di "materia penale" ivi elaborata non sembra praticabile[107], se non al prezzo di un evidente paradosso: come noto, infatti, la compatibilità convenzionale di molte delle cangianti ipotesi di confisca senza condanna presenti nel panorama comparatistico – inclusa la confisca di prevenzione[108] – è stata ribadita sul presupposto della loro qualificazione *non penale*, e dunque al metro dell'equità processuale di cui al *primo* paragrafo dell'art. 6 della Convenzione – oltre che dell'art. 1 Prot. 1 – anziché del *secondo* paragrafo, il c.d. *"criminal limb*", che include la presunzione di innocenza[109]. Se si dovesse dunque tracciare *sic et simpliciter* il cerchio applicativo del Regolamento in esame con il goniometro utilizzato a Strasburgo nel definire la *matière pénale*, la natura "non penale" di tali forme di confisca ne escluderebbe l'obbligo di mutuo riconoscimento, in quanto sancito da una fonte avente base giuridica nell'art. 82 par. 1 TRFUE: quest'ultimo – giova ricordarlo – legittima infatti l'adozione

[105] L'unico precedente è infatti rappresentato dall'art. 11 par. 1 lett. f della Dir. 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine, sulla quale v., in generale *L'ordine europeo d'indagine*, a cura di T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti, Torino 2016; più in sintesi, *ex multis*, M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG* 2015, n. 3, 11 ss.; G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *CP* 2018, 22 ss.; M. R. Marchetti, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in www.archiviopenale.it, 12.6.2018, 827 ss.; S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *CP* 2019, 3370 ss.
[106] Locuzione impiegata – come già rilevato – anche nella definizione di "provvedimento di confisca" di cui all'art. 2.
[107] In questo senso anche A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 17.
[108] Per una rassegna della giurisprudenza di Strasburgo sul punto v. S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e* civil forfeiture*: verso un nuovo modello di* non-conviction based confiscation, Milano 2018, 273 ss. e, ancor più di recente, A. Trinchera, *Confiscare senza punire?*, cit., 355 ss. Più in sintesi F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. L. Gatta, Milano 2018, 885 ss.; S. Finocchiaro, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.2.2019, 18 ss.
[109] Sulla legittimità convenzionale delle confische senza condanna presenti nel panorama comparatistico S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato,* cit., 279 ss.; A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 250 s. e Ead., *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 19 ss., con ulteriori riferimenti alla confisca di prevenzione prevista dal codice antimafia.

di misure volte ad assicurare il riconoscimento reciproco dei provvedimenti giudiziari precipuamente nel quadro della cooperazione "in materia penale". Un risultato evidentemente incompatibile con la volontà resa manifesta dal legislatore europeo, durante i negoziati che hanno condotto alla riformulazione dell'art. 1[110].

In mancanza di precise indicazioni normative, la dottrina che più ha sviscerato la materia ha – del tutto condivisibilmente – prefigurato la probabile repentina chiamata in causa della Corte di Giustizia quale unica strada per diradare le incognite sull'ambito applicativo del Regolamento in esame[111].

Con specifico riferimento alle ipotesi di confisca previste nell'ordinamento italiano, la dottrina medesima ha pronosticato l'inclusione sia della confisca diretta *ex* art. 240 Cp e di ogni altra confisca obbligatoria adottata nell'ambito di un *processo* penale[112]; sia della confisca allargata *ex* art. 240*bis* Cp, comprese le ipotesi in cui essa venga applicata nel procedimento di esecuzione e nonostante le perplessità connesse al ridotto coefficiente garantistico di quest'ultimo[113].

Maggiori incertezze continuano a gravare sulle sorti della confisca di prevenzione ex art. 24 d.lgs. 159/2011.

Da un lato, si è appena ricordato che la riformulazione dell'art. 1 del Regolamento è stata operata *al fine precipuo* di intercettare tale forma di confisca nell'orbita del mutuo riconoscimento: sembrerebbe dunque coerente ammetterne l'inclusione, almeno in linea di principio[114]. A sostegno di questa tesi milita del resto l'osservazione per cui la confisca di prevenzione è adottata nell'ambito in un procedimento senz'altro *connesso ad un reato* (considerando 13), dato che la sua applicazione presuppone una valutazione di pericolosità fondata su indizi di commissione di un illecito penale e riguarda cose di origine illecita[115].

Dall'altro lato, taluni invece osservano che la già richiamata, sibillina, locuzione «ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» utilizzata nel considerando 13 del Regolamento, varrebbe ad allineare agli indirizzi interpretativi di Strasburgo il significato di "procedimento in materia penale" su cui si impernia il meccanismo di mutuo riconoscimento; col risultato, appunto, di escludere dall'ambito applicativo di quest'ultimo proprio la confisca di cui

---

[110] Cfr., *supra*, par. 4.1.

[111] A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 12.

[112] Compresi i provvedimenti adottati in caso di prescrizione a seguito di condanna in primo grado – come già ammesso sin da Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, in www.archiviopenale.it, con nota di G. Civello *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"* – v. A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 25 s.

[113] *Ivi*, 25, con riferimento all'art. 183 *quater* disp. att. Cpp.

[114] In questo senso si è espresso altresì, seppur senza profondere certezze, il Desk Italiano di Eurojust nella *Relazione del Membro Nazionale. Anno 2018*, a cura di F. Spiezia, in www.penalecontemporaneo.it, 11.4.2019, ove si afferma che la formulazione adottata nella versione finale del Regolamento «dovrebbe ragionevolmente comprendere anche i provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento di prevenzione» (66; similmente nell'analoga *Relazione* per l'anno 2019 – reperibile in www.sistemapenale.it, 23.3.2020 – 42).

[115] Sul punto v. ancora A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit. 26 s., ove si aggiunge che tale forma di confisca – nonostante la sua ritenuta natura *non penale* anche da parte della giurisprudenza domestica di legittimità (v. spec. Cass. S.U. 2.2.2015 n. 4880, in *CP* 2015, 3520 e in www.penalecontemporaneo.it, 15.7.2015, con commento di F. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in seguito in *DPenCont – Riv. trim.* 2015, n. 4, 231 ss.) – è stata però considerata come *adottata* nell'ambito di un procedimento in *materia penale* anche dal legislatore interno, in sede di attuazione della DQ 2006/783 (v. d.lgs. n. 137/2015, art. 3, let. d).

all'art. 16 d.lgs. 159/2011[116], in quanto sistematicamente esclusa dalla *matière pénale* dal giudice europeo dei diritti[117].

5.1 In questo scenario, già di per sé nebuloso, irrompe la sentenza C. cost., 27.2.2019 n. 24, del cui articolato apparato motivazionale[118] in questa sede, *ratione materiae*, ci si limita a richiamare l'*obiter* ove si affronta di petto l'annosa questione della natura giuridica della confisca di prevenzione: una volta sgombrato «il campo dall'insostenibile tesi della natura meramente preventiva della confisca in parola»[119], a quest'ultima, come noto, vengono riconosciuti funzione e carattere (non già punitivi, bensì) *ripristinatori*.

---

[116] In questo senso concludono V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, cit., par. 3.

[117] Nonostante assai accorate e autorevoli opinioni dissenzienti: cfr. la *dissenting opinion* del giudice P. Pinto de Albuquerque nell'ambito della pronuncia C. eur. GC, 23.2.2017, *De Tomaso c. Italia*, (sulla quale v., per tutti, in sintesi F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *DPenCont* 2017, n. 3, 370 ss.; *amplius*, V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *DPP* 2017,1039 ss.).

[118] Si ricorderà come la Consulta fosse in quella sede chiamata a giudicare della compatibilità costituzionale delle figure soggettive di « pericolosità generica » previste dall'art. 1 lett. a e b del d.lgs. n. 159/2011 - riguardanti, nell'ordine, «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi», e «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» - rilevanti ai fini dell'applicazione sia della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale sia delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca (rispettivamente, artt. 6 e 16 d.lgs. 159/2011). Tra i plurimi parametri di legittimità reclutati dalle ordinanze di rimessione, quello di cui all'art 117, comma 1, Cost., veniva evocato in relazione all'art 2 Prot. 4 CEDU (Libertà di circolazione, con la quale interferisce la sorveglianza speciale) e all'art. 1 Prot. 1 CEDU (Diritto di proprietà, con il quale interferiscono le misure di prevenzione patrimoniali), alla luce della già ricordata pronuncia *De Tomaso*, ove la Corte EDU aveva ritenuto le disposizioni domestiche impugnate non conformi ai succitati parametri convenzionali (in particolare, poiché l'insufficiente chiarezza e precisione delle formulazioni testuali ne precludeva la *prevedibilità* delle applicazioni giurisprudenziali).
Per ogni approfondimento – dopo l'efficacie sintesti "a caldo" di 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 www.penalecontemporaneo.it, 4.3.2019 – cfr. F. Basile, E. Mariani, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abitualmente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in www.discrimen.it, 10.6.2019; A. De Lia, *Misure di prevenzione e pericolosità generica: morte e trasfigurazione di un microsistema. Brevi note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019*, in www.legislazionepenale.eu (15.7.2019); G. P. Dolso, *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *GCos* 2019, 1867 ss.; G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 14.2.2020 ; A. M. Maugeri , P. Pinto De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. Cost. 24/2019)*, in *DPenCont – Riv. trim.* 2019, n. 3, 90 ss.; V. Maiello, *La prevenzione* ante delictum *da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante (Osservazione a Corte cost., 27 febbraio 2019 n. 24)*, in *GCos* 2019, 332 ss.; Id., *Gli adeguamenti della prevenzione* ante delictum *nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *DPP* 2020, 107 ss.; F. Mazzacuva., *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *RIDPP* 2019, 987 ss.; F. Menditto, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in www.giursprudenzapenale.com, 14.10.2019, n. 10; M. Pelissero, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris* 2019, 1148 ss.; N. Pisani, *Misure di prevenzione e pericolosità generica, tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *GCos* 2019, 322 ss.

[119] Così F. Mazzacuva, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione*, cit., 990.

A tale conclusione la Consulta perviene, in estrema sintesi[120], rammentando in primo luogo come l'obiettivo perseguito con l'introduzione di tale forma di confisca fosse quello di «sottrarre alla criminalità organizzata beni e denaro di origine illecita (dimostrata attraverso un classico schema presuntivo), evitando al tempo stesso di subordinare l'ablazione patrimoniale alla necessità di dimostrare, nell'ambito di un processo penale, la precisa derivazione di ogni singolo bene o somma di denaro da un particolare delitto» (§ 10.1)[121]. E, in secondo luogo, valorizzando la *ratio* così ricostruita della confisca in esame per disconoscerne la « natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva », giacché l'ablazione dei beni colpiti altro non rappresenta se non «la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione»: in altre parole, «il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico» (§ 10.4.1).
All'esito di tale percorso argomentativo, la Corte evidenzia come «[i]n assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene» (*ivi*).
Ora, esula dagli obiettivi di questa indagine una presa di posizione nell'ambito del ricco dibattito suscitato da tale inquadramento teorico in seno dottrina italiana, ove non sono mancate posizioni anche vivacemente critiche[122].
Preme invece formulare qualche ipotesi sulle potenziali conseguenze della pronuncia in questione sulle sorti della confisca di prevenzione nel meccanismo del mutuo riconoscimento disciplinato dal Regolamento.
A questo proposito, la tesi che già dubitava dell'applicabilità di tale meccanismo alla confisca in esame, alla luce della sua classificazione tra le misure *non penali* nella giurisprudenza CEDU[123], non può che trarre dalla decisione della Consulta ulteriore linfa: l'allineamento tra Roma e Strasburgo sulla natura non sanzionatoria della confisca di prevenzione non potrebbe dunque che ripercuotersi sul terreno eurounitario, determinando l'espunzione della misura in parola dal novero dei provvedimenti rientranti nell'obbligo di mutuo riconoscimento operante nel quadro della cooperazione giudiziaria nel settore penale[124].

---

[120] Per analisi dettagliate si rinvia alla bibliografia segnalata, *supra*, alla nota 118.

[121] Essendo invece sufficiente quale presupposto giustificativo la «ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita» (§ 10.3).

[122] V. specialmente V. Maiello, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione*, cit., 342 ss.; A. M. Maugeri, P. Pinto De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello*, cit., 129 ss. Più sfumata la posizione di F. Mazzacuva, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione*, cit. 990 s. (con rinvio a Id., *Le pene nascoste*, Torino 2017, 194 ss., per argomentazioni più diffuse sulla mancata riconducibilità di tale forma di confisca al novero delle misure puramente ripristinatorie, spendibili anche in relazione alla pronuncia della Consulta).
Per impostazioni adesive v., invece, S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione*, cit.; F. Menditto, *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali*, cit., 38 ss., spec. 46; A. Trinchera, *Confiscare senza punire?*, cit., spec. 412 ss.

[123] V. *supra*, nota 116 e relativo testo.

[124] «L'attuale convergenza di visione tra la Corte costituzionale e la Corte EDU priva di credibilità ed effettività qualsiasi posizione che pretenda di trarre effetti giuridici dalla presunta natura penale sostanziale dei provvedimenti preventivi di tipo patrimoniale» (V. Giglio, E. Damante, *Il Regolamento UE 2018/1805 e la sua presunta estensione alle misure preventive patrimoniali*, cit., par. 3); con la conseguenza per cui l'opposta « conclusione avallata dalla Direzione centrale anticrimine » (cfr., *supra*, nota 3) viene ritenuta « spericolata ».

Ora, l'esclusione in termini così espliciti del carattere sanzionatorio di tale forma di confisca da parte del giudice delle leggi[125] di certo non rafforza la tesi opposta, sostenuta in dottrina e dagli agenti istituzionali nazionali[126]. Nondimeno, va osservato che non è tanto la qualificazione della *natura giuridica* della confisca di prevenzione – in termini di misura ripristinatoria – a complicare il quadro, quanto piuttosto i riflessi, del resto consequenziali, sul piano delle garanzie applicabili.
A tal riguardo, con piena coerenza rispetto alle premesse, la Corte Costituzionale nella decisione n. 24/2019 disegna lo statuto garantistico della confisca di prevenzione al di fuori della cornice tipicamente penalistica, perimetrandolo invece attraverso il combinato disposto dei presidi costituzionali e convenzionali dedicati ai diritti di proprietà e di iniziativa economica – i soli attinti, nella logica della Corte, dalla misura ablatoria in esame – vale a dire: *a)* la legalità e i rispettivi corollari così come calibrati negli artt. 41 e 42 Cost. e nell'art. 1 Prot. add. CEDU; *b)* la proporzione (art. 3 Cost. e art. 1 Prot. add. CEDU); *c)* il giusto processo, nei limiti dei (soli) primi due commi dell'art. 111 Cost. e del (solo) par. 1 dell'art. 6 CEDU (ovvero il "*volet civil*"), nonché il diritto di difesa (art. 24 Cost.), non dovendo il procedimento di applicazione «necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale» (§ 10.4.3).
Tornando all'interrogativo di partenza – relativo alla sorte della confisca di prevenzione nell'ambito del meccanismo di mutuo riconoscimento disciplinato dal Regolamento - la situazione potrebbe allora davvero complicarsi.
Come anticipato, nell'ottica di tale meccanismo rileva non tanto la *qualificazione* (o la *natura*) penale del *provvedimento* di confisca, quanto piuttosto lo *statuto garantistico* del *procedimento* all'esito del quale tale provvedimento viene adottato: breve, serve che il provvedimento di confisca – comunque qualificato – sia «assunto con le garanzie della materia penale»[127].
A questo proposito, va ulteriormente evidenziato che il preambolo del Regolamento non si limita ad asserire – genericamente – la compatibilità della nuova disciplina con i diritti sanciti nella Convenzione e nella Carta dei diritti UE (considerando 17); ma, con formulazione ben più penetrante rispetto a quella abbozzata nella Proposta[128], afferma che «dovrebbero applicarsi [...] ai procedimenti penali rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento» sia i diritti procedurali sanciti dalle Direttive di armonizzazione adottate sulla base dell'art. 82TrFUE; sia «le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta» dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tra questi ultimi figura notoriamente anche la presunzione di innocenza (art. 48); corrispettivamente, tra le prime[129] particolare menzione merita proprio la Direttiva 2016/343/UE, in materia di presunzione di innocenza, la quale, sebbene ammetta entro certi limiti

[125] Peraltro in linea, in questa specifica prospettiva, con quanto ritenuto pure dal giudice *della legge* (ovvero la già citata Cass. S. U. n. 4880/2015, richiamata puntualmente dalla Consulta al § 10.3).
[126] Cfr., *supra*, note 3, 114-115.
[127] Così A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit., 39.
[128] Ove ci si limitava a dichiarare «opportuno applicare il presente regolamento tenendo conto delle direttive» sui diritti procedurali.
[129] Si tratta, in particolare, delle Direttive nn. 2010/64 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione, 2012/13 sul diritto all'informazione, 2013/48 sul diritto di avvalersi di un difensore e sui diritti di comunicazione con terzi dei soggetti privati della libertà personale, 2016/800 sulle garanzie dei minori indagati o imputati in un procedimento penale e 2016/919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

l'uso di presunzioni (considerando 22)[130], al contempo considera il diritto al silenzio «un aspetto importante della presunzione di innocenza» medesima (considerando 24)[131].
Ora, come può "ambientarsi" in tale contesto un provvedimento ablatorio non solo ritenuto all'unisono "non penale" dalla Corte EDU, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[132] e, ora, dalla Corte Costituzionale; ma anche, per esplicita statuizione di quest'ultima, adottabile all'esito di un procedimento non presidiato dalle garanzie penalistiche, e in special modo la presunzione di innocenza? Più in particolare, come può conciliarsi il profilo di tale ultimo principio corrispondente al dittico esclusione delle presunzioni/diritto al silenzio con la consuetudine a fondare la prova dell'origine illecita del patrimonio sul silenzio del prevenuto in sede di applicazione della confisca di prevenzione[133]?

6. Quella da ultima segnalata, peraltro, è solamente una delle molteplici incognite che aleggiano sullo statuto garantistico della confisca di prevenzione, da tempo denunciate in dottrina[134]; incognite dalle quali, oltretutto, altre forme di confisca non restano immuni, a causa della "contaminazione" operata dal modello prevenzionale oramai sull'intero campo dell'ablazione patrimoniale[135].
Non può che condividersi l'auspicio, formulato all'indomani dell'adozione del Regolamento, per cui tale fonte operi da catalizzatore delle ulteriori riforme necessarie a rendere ogni modello di "processo al patrimonio" conforme alle garanzie penalistiche, per lo meno quelle sancite a livello europeo, il rispetto delle quali condiziona l'esecuzione transfrontaliera degli ordini di confisca domestici[136]; esigenza ancor più impellente oggi, a seguito dell'effettiva entrata in vigore del meccanismo di mutuo riconoscimento.

---

[130] Sulla legittimità convenzionale dell'uso delle presunzioni v. A. M. Maugeri, *Prime osservazioni*, cit., 250.
[131] In argomento v., in generale, R. Parizot, *Presumption of innocence*, in *General Principles for a Common Criminal Law Framewrok in the EU. A Guide for Legal Practitioners*, a cura di in R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora, Milano 2017, 151 ss.
[132] Cfr., *supra*, nota 125.
[133] Sul punto A. M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805*, cit. 39 s., ove si rileva la medesima criticità in relazione alla confisca allargata *ex* art. 240*bis* Cp.
[134] Dinanzi all'arduo compito di selezionare riferimenti anche solo parzialmente esaustivi sul tema, oggetto di letteratura sterminata, ci si limita a rinviare alle osservazioni e alla rassegna bibliografica del recente contributo di F. Morelli, *La prova dei presupposti della confisca preventiva: la violazione della presunzione di innocenza assume le forme di una programmatica fuga dall'accertamento*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo, C. Grandi, cit. (in corso di pubblicazione).
[135] V. da ultimo, con copiosi riferimenti bibliografici, E. Bandiera, *Osservazioni in ordine all'accertamento probatorio nelle ipotesi di confisca*, in *DPenCont* 2018, n. 1, 48 ss., ove, per quanto attiene al rispetto dei principi in materia di prova, si fotografa un «mare di illegalità» (49). Sul tema v. anche F. Nicolicchia, *Dalla confisca "senza condanna" alla confisca "senza tempo": rilievi critici dalla prospettiva processuale*, in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo, C. Grandi, cit. (in corso di pubblicazione) e bibliografia ivi segnalata.
[136] Non sembrano infatti sufficienti a rispettare lo "statuto garantistico" dei provvedimenti coinvolti nel meccanismo di mutuo riconoscimento, così come prospettato dal Preambolo del Regolamento, né il definitivo chiarimento fornito dalla Consulta sui parametri costituzionali e convenzionali di legittimità dei provvedimenti di confisca, i quali, come detto, non includono in alcun modo la presunzione di innocenza (cfr., *supra*, par. 5.1); né la valorizzazione degli sforzi c.d. "tassativizzanti" operati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. b dell'art. 1 d.lgs. 159/2011 – il cui apprezzamento ha condotto, come noto, al « salvataggio » della relativa ipotesi (v. § 12 ss. della sentenza n. 24/2019) – giacché essi attengono al coefficiente (minimo indispensabile) di determinatezza della fattispecie medesima e di prevedibilità dell'applicazione giurisprudenziale, senza coinvolgere invece le garanzie propriamente procedurali.

In mancanza, si staglia all'orizzonte un rischio piuttosto concreto. Da un lato, come più volte rilevato, la confisca di prevenzione pareva destinata a rientrare in linea di principio nell'ambito applicativo del Regolamento, ove si consideri che le modifiche testuali propugnate – e ottenute – dalla delegazione italiana fossero preordinate esattamente a questo risultato[137]. Dall'altro lato, tuttavia, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione "prenda sul serio" le indicazioni reperibili nel Preambolo del Regolamento in ordine alla cornice garantistica che dovrebbe caratterizzare ogni provvedimento coinvolto nel meccanismo di riconoscimento reciproco, allora la confisca di prevenzione – non solo e non tanto per l'"etichetta" ripristinatoria, quanto soprattutto per il correlato statuto di garanzie, così come ricostruito dalla Consulta – potrebbe restarne esclusa; in particolare, a seguito dell'applicazione del motivo di rifiuto fondato sul mancato rispetto dei diritti fondamentali, la cui introduzione, come è stato parimenti evidenziato, ha seguito le preoccupazioni sollevate da alcuni partner europei proprio in ordine all'ambiguo coefficiente garantistico della misura nostrana.

[137] Cfr., *supra*, par. 4.1.

IL SILENZIO E IL DIALOGO. DALLA PENA ALLA RIPARAZIONE DELL'ILLECITO*

di Giovannangelo De Francesco
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Pisa

Lo scritto, muovendo da un'analisi critica dell'influenza esplicata dai due diversi paradigmi di *Kultur* e *Zivilisation*, valorizza in primo luogo il significato ed il ruolo dei diritti umani al fine di illustrare la dimensione ed il volto della giustizia riparativa quale 'nuovo' modello nella gestione del conflitto insito nel reato. In tale ottica, vengono sottoposte a critica le tendenze volte ad accreditare analogie e processi di derivazione da esperienze del passato, così come chiavi di lettura propense a far interagire il predetto modello con la postulata avocazione da parte dei pubblici poteri del compito di sviluppare sotto altre forme una reazione 'vendicativa' per il torto arrecato. Conferme ulteriori dell'impostazione adottata vengono altresì rinvenute nella dichiarata incapacità della giustizia ordinaria a soddisfare gli interessi della vittima, quale si evince dai numerosi interventi – anzitutto, a livello sovranazionale - diretti a garantire quest'ultima dal procedere in una direzione essenzialmente 'reocentrica' del giudizio penale. Dopo avere sottolineato l'idoneità della *Restorative Justice* ad assicurare le esigenze preventive dell'ordinamento, lo scritto si sofferma sulle possibilità di innestare nel corso del processo ordinario, e nella stessa fase dell'esecuzione, momenti di giustizia riparativa, sul presupposto che già la promozione di un rapporto 'dialogico' con le vittime, sia pur frammisto ad altre misure o adempimenti, giochi un ruolo responsabilizzante per il colpevole e di miglioramento delle condizioni personali della vittima e di chi ne condivida le sofferenze. L'indagine si conclude con un breve sguardo alle condotte di tipo 'reintegratorio' realizzate al di fuori di un processo di mediazione; condotte, la cui rilevanza si coglie pur sempre alla luce dell'esigenza di fare ricorso alla pena nei limiti di un'effettiva 'necessità'.
The paper, based on a critical analysis of the influence expressed by the two different paradigms of *Kultur* and *Zivilisation*, firstly stresses the meaning and role of human rights in order to outline the dimension of restorative justice as a 'new' model in processing conflicts connected to the crime. From this point of view, the Author challenges the theories which put it in connection with past experiences, as well as those recognising an interaction between the aforementioned 'model' and the postulated task for public authorities of developing in other forms a 'vindictive' reaction for the wrong done. Further confirmations of the approach adopted are found in the deliberate inability of ordinary justice to satisfy the interests of the victim, as can be seen looking at the numerous interventions – first of all, at a supranational level – aimed at avoiding an exclusively 'reocentric' direction of criminal proceedings. After emphasising the suitability of *Restorative Justice* to ensure the prevention needs of the system, the paper focuses on the possibility of introducing moments of restorative justice during the ordinary criminal proceeding and at the stage of sentence enforcement, on the assumption that the promotion of a 'dialogue' with the victims, even if it comes with other measures or obligations, plays a role in developing the culprit's sense of responsibility and improves the personal condition of the victim and of those who share their suffering. The paper ends with a quick look at 'reintegratory' behaviour carried out outside of a mediation proceeding, whose importance should still be seen in the light of the need to resort to punishment only within the limits of an actual 'necessity'.

SOMMARIO: - 1. La giustizia riparativa tra cultura, civilizzazione e diritti umani. – 2. Conflitto e mediazione nell'orizzonte interpersonale: dal tipo d'illecito al riconoscimento dell'Altro. – 3. Vendetta, composizioni, giustizia pubblica: un dibattito da aggiornare. – 4. Lo Stato al servizio della 'parte lesa'? I riverberi negativi del processo penale e la normativa a tutela delle vittime. - 5. L'alternativa offerta dalla *Restorative Justice* e il suo contributo alla c.d. prevenzione 'positiva'. Le aperture al dialogo con la vittima all'interno del procedimento e nelle dinamiche

dell'esecuzione penale. – 6. Oltre (pur sempre) le logiche punitive: le condotte riparatorie non accompagnate da mediazione. – 7. Il fondamento comune: *nulla poena sine necessitate*. La lezione di civiltà di Francesco Carrara.

1. Il tema della giustizia riparativa[1] sembrerebbe anzitutto evocare l'esigenza di definirne e comprenderne la specifica fisionomia all'interno di un panorama assai più ampio a livello di

* Scritto destinato agli Studi in onore di Giovanni Grasso.

[1] Sulla giustizia riparativa, senza alcuna pretesa di completezza, e rinviando a successive note per ulteriori richiami, cfr. M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Torino 2017; R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *RIDPP* 2016, 96 ss.; J. P. Bonafè Schmitt, *La mèdiation: une justice douce*, Paris 1992; V. Bonini, *La deflazione virtuosa: intersezioni tra riti negoziali e* restorative justice, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di G.A. De Francesco, A. Gargani, E. Marzaduri, D. Notaro, Torino 2019, 75 ss.; M. Bouchard, *Sul protagonismo delle vittime. Dialogo con Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, in *Diritto penale e uomo*, 2.4.2019; M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, Milano 2005; J. Braithwaite, *Crime, Shame, Reintegration*, Cambridge 1989; M. Cartabia, A. Ceretti, *Un' altra storia inizia qui*, Firenze - Milano 2020; F. Cavalla, in *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto tra teoria e prassi*, a cura di M. Manzin, Trento 2002, 143 ss.; A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano 2000, 1 ss. (dell'estratto); L. Cornacchia, *Vittime e giustizia criminale*, in *RIDPP* 2013, 1760 ss.; M. Cortesi, E. La Rosa, L. Parlato, N. Selvaggi (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Reggio Calabria 2015; S. Corti, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.9.2018; S. Dalla Bontà, E. Mattevi (a cura di), *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali*, Trento 2020; S. D' Amato, *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in *Arch.pen.*, 2018 (1), 1 ss.; L. Della Torre, I. Gasparini, E. M. Mancuso, B. Spricigo, D. Stendardi (saggi contenuti nello *Speciale* di *RIDPP* su *La giustizia riparativa nella prospettiva comparata*) 2015, risp. 1943 ss., 1982 ss., 1958 ss., 1923 ss., 1899 ss.; G. Di Paolo, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.1.2019; M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPenCont.*, 2015 (2), 236 ss.; Id., *Per una concezione postriparatoria della pena*, in *RIDPP* 2013, 1162 ss.; F. Dünkel, J. Grzywa Holten, P. Horsfield, (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters* I, II, Mönchengladbach 2015; L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 13.1.2021; L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa*, Milano 2015; Id., *La Chiesa e il problema della pena*, Brescia 2014; G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *www.sistemapenale.it*, 9.11.2020; G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Punire mediare riconciliare*, Torino 2009; G. Fornasari, E. Mattevi (a cura di), *Giustizia riparativa*, Trento 2019; B. Galgani Il *paradigma della giustizia riparativa* in executivis: *potenzialità negletta o utopia?*, in *Carceri: materiali per la riforma*, a cura di G. Giostra, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17.6.2015, 205 ss.; C. Grandi, *Mediazione e deflazione penale. Spunti per l'inquadramento di una relazione problematica*, in *Istanze di deflazione*, cit., 43 ss.; A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano 2018; L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova 2015; G. Mannozzi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di* restorative justice, in *www.disCrimen.it*, 23.4.2020; Id., *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, 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. L. Gatta, II, Milano 2018, 607 ss.; Id., *Il documento finale degli "Stati Generali dell' Esecuzione Penale" in materia di giustizia riparativa*, in *DPP* 2016, 565 ss.; Id., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine "giustizia riparativa" e delle sue origini storico-dogmatiche e linguistiche*, in *RIDPP* 2015, 137 ss.; Id., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano 2006, 1129 ss.; G. Mannozzi (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano 2004; Id., *La giustizia senza spada*, Milano 2003; G. Mannozzi, G. A. Lodigiani (a cura di), *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017; G. Mannozzi, G. A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna 2015; G. Mannozzi, G.A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *RIDPP* 2014 133 ss.; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa*, Napoli 2017; C. Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Roma 2006;

modelli di disciplina e di orientamenti di pensiero, al fine di rintracciarne i rapporti con le visioni più generali in cui è venuta a rispecchiarsi quell'esperienza umana e sociale che è stata da sempre alla base del problema della pena. E da questo punto di vista, la ricerca dei suoi significati parrebbe allora destinata ad immergersi, privilegiando, ora l'uno, ora l'altro, dei due grandi filoni in cui essa s'inscrive, in quella famosa antitesi tra *Kultur* e *Zivilisation*[2] che si è prestata (in maniera più o meno esplicita) ad offrire un'importante chiave di lettura delle stesse dinamiche socio-politiche che hanno attraversato l'Occidente europeo. Da un lato, le radici, la genealogia del vissuto costitutivo dell'uomo nelle sue credenze, pretese primordiali, e rituali di gruppo, dall'altro, lo slancio verso l'universalizzazione atemporale di modelli razionali poggianti sull'innatismo delle prerogative dell'individuo e sul connesso ruolo condizionante gli assetti politici vagheggiati dal movimento riformatore.

Dal primo punto di vista – si pensi, con qualche forzatura assimilatrice, al Mann delle Considerazioni di un impolitico[3], al Nietzsche della Genealogia della morale[4], allo Spengler del Tramonto dell' Occidente[5], e più in generale agli scrutatori delle origini – la pena, in quanto evoluzione dell'idea e della pratica della vendetta[6], o della compensazione del debito, verrebbe a riprodurre nel tempo il suo calco primigenio, per quanto, come suggerisce il pensiero di Norbert Elias[7], addolcito via via dall'affermarsi di una crescente sensibilità civile, la quale non giungerebbe tuttavia ad occultare la scaturigine profonda da cui essa promana. Dal secondo angolo visuale, il senso della pena – come nella riforma illuministica – si ammanta invece di razionalità, di spirito

---

S. Moccia, *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *CrD* 2004, 344 ss.; M. Monzani, F. Di Muzio, *La giustizia riparativa*, Milano 2018; J. Morineau, *La mediazione umanistica*, Trento 2018; Id., *Lo spirito della mediazione*, Milano 2000; R. Muzzica, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22.11.2019; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano*: de lege lata e de lege ferenda, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino 2017, 420 ss.; F. Palazzo, R. Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze 2011; M. Pavarini, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi, G. Palombarini, Roma 2002, 255 ss.; A. Pera (a cura di), *Dialogo e modelli di mediazione*, Padova 2016; L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano 2002; L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova 1998; F. Reggio, *Giustizia dialogica*, Milano 2010; G. L. Podestà, C. Mazzucato, A. Cattaneo, *Storie di giustizia riparativa*, Bologna 2017; E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma – Bari 2002; F. Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano 2001; K. Summerer, *"*Diversion*" e giustizia riparativa. Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, in *RIDPP* 2018, 143 ss.; M. S. Umbreit, *Mediating Interpersonal Conflicts*, St. Paul 1995; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli 2015; E. Venafro, *Le condotte riparatorie tra deflazione e mediazione*, in *Istanze di deflazione*, cit., 69 ss.; F. Vianello, *Diritto e mediazione*, Milano 2004; D. Vigoni, *Ampliamento delle procedure alternative e ipotrofia dei moduli riparatori (osservazioni a margine di un progetto di riforma)*, in *www.sistemapenale.it*, 26.2.2021; L. Walgrave, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton 2008; L. Walgrave (a cura di), *Repositioning Restorative Justice*, Cullompton 2003; M. Wright, *Justice for Victims ad Offender*, Philadelphia 1996; H. Zehr, *Changing Lenses*, Scottsdale 1990.

[2] Per una compiuta teorizzazione al riguardo cfr. F. Tönnies, *Comunità e società*, Milano 1979, 51 ss., 83 ss., 129 ss., 149 ss., 167 ss., 215 ss., 239 ss., 271 ss., 292 ss. e *passim*.

[3] T. Mann, *Considerazioni di un impolitico*, Milano 1997, 51 ss., e, con riferimento al senso della pena, 445 ss.

[4] F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, Milano 1995, 65 ss., ed in particolare, per ciò che interessa l'origine della pena, 50 ss. Sul pensiero dell'Autore v., ampiamente U. Curi, *I paradossi della pena*, in *RIDPP* 2013, 1074 ss.; Id., *Il colore dell'inferno*, Torino 2019, 172 ss.; E. Resta, *La guerra e la festa*, in *Il diritto di uccidere*, a cura di P. Costa, Milano 2010, 73 ss.

[5] O. Spengler, *Il tramonto dell'Occidente*, Parma 1991, 170 ss. e *passim*.

[6] Cfr. la grande opera di R. Girard, *La violenza e il sacro*, Milano 1992, 30 ss. Un riesame della questione in M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione*, cit., 9 ss.; C. E. Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, cit., 134 ss.

[7] Cfr. N. Elias, *Potere e civiltà*. *Il processo di civilizzazione*, II, Bologna 1987, 297 ss. Sulle concezioni di questo Autore v., ampiamente, D. Garland, *Pena e società moderna*, Milano 1999, 260 ss.

egualitario, si nutre di un legame 'corrispondentista' con i diritti individuali all'insegna di un accordo reciproco o patto sociale astrattamente posto a fondamento della difesa di tali situazioni soggettive[8].

Orbene, e pur riconoscendo l'importanza di simili alternative prospettiche – e pur tenendole presenti proprio al fine di illuminare le peculiarità del fenomeno che andiamo considerando - è interessante osservare, tuttavia, come le predette tendenze, una volta elevate a modello esplicativo privilegiato e per così dire 'esclusivo', non giungano attualmente ad esaudire le aspettative di quanti avvertano il bisogno di una riflessione più aperta ed aggiornata circa le problematiche inerenti ai fenomeni della devianza. Invero, ed in primo luogo, il carattere esclusivamente razionale di determinati postulati e dei corollari che ne dovrebbero discendere non è più attualmente sostenibile, neanche di fronte alla proclamazione di principi intangibili – *in primis*, quelli costituzionali - se è vero che in questi viene a riflettersi una dimensione storico-evolutiva di cui essi restano pur sempre debitori, quand'anche (ed anzi, proprio in quanto) essi abbiano di mira il rafforzamento di determinate garanzie o l'accreditamento di valori per l'innanzi rimasti nell'ombra; così come, del resto, questi stessi valori esigono di venire costantemente adeguati agli sviluppi della coscienza sociale[9], in una dialettica sempre in divenire e, per l'appunto, storicamente destinata ad inverare la progressiva estensione – per dirla con Luigi Mengoni – del «possibile giuridico»[10].

Ma neanche sembra meritare il rango di una chiave di lettura definitiva l'impostazione volta a stabilire concordanze tra la violenza originaria[11] e le forme giuridiche grazie alle quali si verrebbe (tuttora) a 'dissimulare' la sua perdurante influenza sui moderni assetti della giustizia[12] (ivi comprese, se del caso, quelle ispirate ad una logica 'compositiva' nei rapporti tra colpevole ed offeso): forme (e relative concezioni volte a legittimarle) che, peraltro, nemmeno si presterebbero, stando al monito dei già menzionati Nietzsche e Spengler, ad una compiuta teorizzazione dei modelli in cui esse s'incarnano, dal momento che per i due Autori risulterebbe possibile 'definire' (diversamente da quanto accade con la pena) «soltanto ciò che non ha storia»[13].

In effetti, anche tale seconda tendenza – oltre a non esprimere un punto di vista univoco a livello di indagini storico-filosofiche e di sociologia del diritto – condivide con la prima il rischio di trascurare la circostanza che, per dirla con una battuta, 'qualcosa di nuovo è accaduto': e, se non si vuole arrivare a parlare di una drastica 'cesura' con l'esperienza trascorsa – ché rimaniamo scettici di fronte alla tesi di possibili crolli e nascite *per saltum* di paradigmi incomunicabili – è tuttavia giocoforza riconoscere che si tratta di un mutamento tra i più intensi e coinvolgenti cui è andata incontro la temperie della modernità.

---

[8] Ogni citazione al riguardo sarebbe insufficiente. A parte i richiami che verremo di volta in volta operando, insuperata rimane la sintesi di F. Venturi, *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Torino 1970, spec. 110 ss. Di recente, nell'ottica strettamente penalistica, cfr. il volume a più voci dal titolo *Per un manifesto del Neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Padova 2016.

[9] Nella sterminata letteratura v., per un quadro d'insieme, U. Breccia, *Discorsi sul diritto*, Pisa 2019, 277 ss.; F. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino 1999, 4 ss.; G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 90 ss.

[10] Cfr. L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna 1985, 97.

[11] Sulla connessione del diritto con la violenza cfr. le suggestive pagine di W. Benjamin, *Angelus Novus*, Torino 1995, 5 ss.; non senza ricordare che l'Autore prende in considerazione, sia pure in un'ottica peculiare, il tema del dialogo come antitesi della violenza (*ivi*, 19 s.). Sulle posizioni di Benjamin, deve ricordarsi l'acuta disamina di J. Derrida, *Forza di legge*, Torino 2003, 95 ss., 122 ss.

[12] Cfr. R. Girard, *La violenza*, cit., 39. In tema v. R. Bartoli, *Il diritto penale*, cit., 102 ss.; C. E. Paliero, *Il sogno*, cit., 131 ss. entrambi con ulteriori riferimenti.

[13] Cfr. F. Nietzsche, *Genealogia*, cit., 69; O. Spengler, *Il tramonto*, cit., 246.

Apprezzati cultori[14], non soltanto degli sviluppi sul piano del diritto interno, ma, altresì, ed ancor prima, del significato degli orientamenti già affermatisi a livello internazionale, hanno riconosciuto come il grande progresso della storia recente consista nell'affermazione dei diritti umani; i quali – è il caso di precisarlo – non sono più da intendere nella sola prospettiva illuministica, vuoi perché questa si fondava sulla garanzia esclusiva della legge (come tale manipolabile dal potere politico), vuoi perché essa privilegiava il paradigma della sovranità della Nazione, vuoi perché quella visione era ancora dissociata dal parallelo sviluppo del principio dell'autodeterminazione dei popoli, vuoi infine perché mancava in quel contesto la tendenza a condizionare i rapporti – non soltanto tra Stato e individuo, ma addirittura – tra gli Stati in quanto tali al rispetto dei diritti della persona umana[15].

D'altronde, il fenomeno di 'espansione' dei diritti della persona non si presenta come un dato apprezzabile sul piano esclusivamente quantitativo. Per meglio dire, la dimensione quantitativa è destinata a sortire l'effetto di conferire a quei diritti un connotato d'insieme tale da apparire qualitativamente ed assiologicamente più penetrante rispetto alle singole 'parti' che vi convergono. E tale connotato sembra invero meritevole di venire declinato secondo quel paradigma fondamentale della 'dignità' dell'essere umano che, come traspare dalle ricostruzioni operate nei più differenti settori disciplinari[16], sembra porsi attualmente come il momento di sintesi del

[14] Cfr. A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino 2004, 58 ss.; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1992, 21 ss. e *passim*; A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari 1994, 21 ss.; P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in *Il lato oscuro dei diritti umani*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, Madrid 2014, 66 ss.; M. Delmas-Marty, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano 1992, 96 ss. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Bari 2011, 13 ss.; G. Grasso, *La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale: spunti di riflessione critica*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di M. Bertolino, G. Forti, I, Napoli 2007, 222 ss.; V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino 2020, XVIII ss., 125 ss.; F. Palazzo, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli 2011, 23 ss.; G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano 1993, 158 ss.; A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino 2008, 43 ss., 73 ss.; A. Schiavone, *Ius*, Torino 2005, 397 ss.; F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino 2000, 187 ss.

[15] Cfr., per tutti, A. Cassese, *I diritti umani*, cit., 18 ss., 23 ss., 29, 45, 52 ss., 60, 72 ss., 83, 87 ss., 91 ss., 109 ss. Consapevolezza del passaggio storico in P. Costa, *Dai diritti naturali*, cit., 50 ss.; Id., *Diritti*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Roma - Bari 2002, 45 ss., 58. Valorizza maggiormente il lascito illuministico, il quale sarebbe stato, tuttavia, in buona parte alterato dalla vicenda rivoluzionaria, V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo*, Bari 2014, 491 ss. e *passim*. Sulla questione di un effettivo riconoscimento di diritti umani, esaminata con lo sguardo rivolto anche alla condizione degli apolidi, sono memorabili le pagine di H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Torino 1999, 402 ss. Esula dalle nostre riflessioni la critica d'impronta filosofica al razionalismo illuministico svolta, sia pure in forme diverse, da pensatori quali M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Torino 1976, 89 ss., 137 ss., 162 ss., 194 ss., 212 ss. (in proposito, di recente, cfr. M. Iofrida, D. Melegari, *Foucault*, Roma 2017, 167 ss.; e v. anche, per una peculiare lettura degli stessi diritti umani, le affermazioni di M. Foucault, in *Mal fare, dir vero*, Torino 2013, 252 s.) e M. Horkheimer, T. W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino 1997, 5 ss., 89 ss., 129 ss. e *passim*. Sugli Autori ora menzionati v., tra gli altri, i rilievi di Z. Bauman, *La società individualizzata*, Bologna 2001, 131 ss., 280 ss., che ne misura le concezioni alla luce degli sviluppi della modernità.

[16] Si rinvia all'amplissimo quadro tracciato da N. Lipari, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, I, a cura di G. Conte, S. Landini, Mantova 2017, 255 ss. e, ad un livello ancor più generale, alle riflessioni di R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982, 284 ss.; E. Ripepe, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino 2014, 22 ss., 32 s.; S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli 2013, 24 ss.; U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Bari – Roma 2009, 29 ss., 51 ss., 104 ss., 119 ss., 147 ss. V. altresì le indagini di M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità del diritto penale". La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7.1.2014, spec. 35 ss., e, più di recente, di A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore*, Torino 2018, 370 ss., 505 ss., 542 ss. Tuttavia, pur riconoscendo l'importanza della dignità umana (al riguardo cfr. D. Pulitanò, *Diritti umani e diritto penale*, in *Il lato oscuro*, cit., 87), si formulano

processo evolutivo registratosi negli ultimi decenni. Non diversamente da quanto ebbe ad affermare già in passato un grande studioso nel postulare un 'diritto della personalità' più ampio ed inclusivo rispetto alle singole prerogative anteriormente riconosciute[17], la *dignitas* come attributo della persona non può più ammettere letture parziali o dimidiate del tessuto costitutivo delle sue relazioni all'interno del corpo sociale; esso s'impone come momento d'incontro – come ha ben visto Francesco Viola[18] – tra etica e diritto, battendo in breccia visioni ancora improntate al giusnaturalismo o al positivismo (ed ai loro riflessi sul problema penale) con i loro tradizionali limiti di contenuto o di effettiva vigenza.

2. Ebbene, a noi sembra che quella dei diritti umani offra appunto una chiave di lettura particolarmente significativa per lumeggiare i problemi che andiamo affrontando: una lettura che, per vero, non è sfuggita ad alcuni qualificati studiosi del fenomeno della giustizia riparatrice[19], sebbene gli studi in materia denotino, forse, un'esitazione residua ad affrontare la questione liberandosi definitivamente dalla connessione con le derivazioni arcaiche attribuite al fenomeno e con quel ruolo di rinuncia alla vendetta che, come avremo modo di ribadire, esige di venire più decisamente accantonato.
Proseguendo dunque nel discorso intrapreso, e muovendo dall'esistenza di un conflitto *ex illicito* quale presupposto del modello in questione (conflitto che, peraltro, come tra poco vedremo, dovrebbe esprimere un significato conforme alla stessa logica 'interpersonale' insita nella mediazione), pare di dover dire che il momento essenziale del fenomeno si colga, per l'appunto, nella sfera delle pretese giuridiche delle parti di un simile conflitto; ossia, in altri termini, nella loro legittima aspettativa a che il sistema offra la possibilità di rielaborare tale conflitto alla stregua (per usare un lessico autorevole) di una 'razionalità discorsiva' in grado di segnare il percorso della vicenda mediatrice. Al qual proposito, non possiamo non ricordare, tra gli altri, i pertinenti rilievi svolti da un esperto della materia quale Luciano Eusebi[20]: in un «contesto relazionale», come quello proprio dei soggetti implicati nella vicenda conflittuale, «per la prima volta può trovare spazio il *dovere* dell'ordinamento giuridico di restituire a chi pure abbia delinquito» (oltre che, com'è ovvio, alla persona della vittima) – e che dunque potrà vantare un diritto corrispondente – un'occasione d'incontro e di comunicazione reciproca dalla cui mancanza deriverebbe un ulteriore pregiudizio per i soggetti interessati.

talora dei rilievi critici, più o meno accentuati (v., tra gli altri, G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale. Tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *RIDPP*, 2007 559 ss. ; F. Giunta, *I beni della persona penalmente tutelati*, in *La tutela della persona umana*, a cura di G. A. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini, Pisa 2019, 41 ss.; F. Palazzo, *La tutela della persona umana*, *ivi*, 132 s.; Id., *Il diritto penale*, cit., 29 ss.) rispetto ad un'eventuale scelta di far assurgere *sic et simpliciter* la dignità ad oggetto di tutela penale, malgrado l'ampiezza sul piano concettuale e sotto il profilo assiologico della nozione in esame. A noi sembra, peraltro, che l'accento dovrebbe soprattutto cadere sull'attitudine di quest'ultima a consentire l'apertura di sempre maggiori spazi a livello di dialettiche del riconoscimento e di partecipazione ai rapporti sul piano sociale e istituzionale in cui viene ad esprimersi e a svilupparsi la personalità dell'essere umano (paiono collocarsi in tale prospettiva le belle pagine di J. Hersch, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano 2008, 71 ss.).

[17] Cfr. G. Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *RivTrimDirProcCiv* 1958, 465 ss.

[18] Cfr. F. Viola, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in *Universalismo ed etica pubblica*, a cura di F. Botturi, F. Totaro, Milano 2006, 17 (dell'estratto). Riferendosi alla mediazione, svolge una riflessione analoga G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*, cit., 396 ss.

[19] Cfr. G. Mannozzi, G. A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia*, cit., 135 ss.

[20] V. L. Eusebi, *Covid-19*, cit., 23.

È difficile non accorgersi che siamo davvero di fronte ad una linea di sviluppo, che – complice, altresì, la sollecitazione e l'impulso derivante dalle fonti di provenienza europea[21] – si rivela particolarmente feconda e ricca di implicazioni nel quadro di un programma di alternativa radicale alla dimensione coercitiva della risposta al reato: un programma, come ha avvertito Klaus Lüderssen[22], che viene a distanziarsi dalla stessa logica tradizionale della 'rieducazione', ispirandosi quest'ultima all'idea di un 'trattamento' che, sotto la patina della mitezza e della flessibilità, non riesce a svellere la pena – tanto più se privativa della libertà – da schemi d'intervento tuttora influenzati da un'insistente presenza 'istituzionale', per giunta sostanzialmente vacua ed inespressiva a confronto degli interessi e delle aspettative proprie della persona offesa.
Ma tale programma (come dianzi accennato) si rivela di non poco momento anche sotto un'ulteriore prospettiva. Si allude alla circostanza che la relazione intersoggettiva cui s'ispira l'idea di una composizione del conflitto insito nell'illecito spinge verso una scelta di ancor più vasta portata rispetto a quella collegata al processo e all'esito finale di risoluzione di un simile conflitto. Ed invero, com'è stato posto in evidenza in alcuni contributi della dottrina più sensibile e culturalmente attrezzata, sembra congruo affermare come il nucleo di quella relazione dovrebbe poter discendere già dalle stesse opzioni adottate nella costruzione dei tipi di reato[23]: là dove, attraverso il sintagma della c.d. 'interpersonalità dell'illecito', viene ad emergere la necessità di postulare alla base di quest'ultimo l'esistenza di uno squilibrio nelle correlative sfere di libertà, uno squilibrio suscettibile di venire 'riconosciuto' da parte dell'autore e percepito come tale dalla stessa vittima del reato[24].
Non è possibile in questa sede soffermarsi in maniera analitica (per un cenno ulteriore v. tuttavia, *infra*, par. 6) sulle ragioni che consentono di valorizzare la prospettiva or ora indicata anche nell'ambito degli interessi a titolarità diffusa, qualora si abbia cura di tradurli e di farli filtrare nel 'contesto' intersoggettivo in cui il significato della tutela viene ad esprimere di volta in volta la propria rilevanza. Piuttosto, vale la pena osservare come l'idea di una proiezione 'a tutto campo', per così dire, della dimensione interpersonale – facendo sì che anche sul terreno della devianza possa cogliersi l'importanza prioritaria di quella relazione dialettica con le aspettative dell''l'Altro' che ha ispirato le menti più illuminate del pensiero contemporaneo (si pensi, da un

[21] Immediato è il riferimento alla nota Direttiva 2012/29/UE; ad essa, tra i molti scritti, sono dedicate in via preminente le già ricordate opere di M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato*, cit.; L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo*, cit.; v. pure M. Venturoli, *La vittima*, cit., spec. 98 ss.; Id., *Modelli di individualizzazione della pena*, Torino 2020, spec. 218 ss., con amplissimi riferimenti anche a discipline interferenti o limitrofe; ed altresì G. A. Lodigiani, in *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 324 ss.; P. Spagnolo, H. Belluta, V. Bonini, *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 4.7.2016. Importante anche la Raccomandazione del Consiglio d' Europa CM/Rec(2018)8, su cui v. G. Mannozzi, *La* diversion*: gli istituti funzionali all'estinzione del reato tra processo e mediazione*, in *Alternative al processo penale?* a cura di F. Consulich, M. Miraglia, A. Peccioli, Torino 2020, 38 ss. Con riguardo alla Risoluzione dell'ONU 2000/14 v. d'altronde S. D'Amato, *La giustizia riparativa*, cit., 9 ss.
[22] Cfr. K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, Milano 2005, 31 ss., 50 ss.
[23] Cfr. L. Cornacchia, *Vittime*, cit., 1781 ss.; A. di Martino, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e lenti del diritto penale)*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro, C. Piemontese, Torino 2004, 196 ss.; G. Forti, *L'ordinamento lessicale dei beni giuridici personali nella parte speciale del codice penale. Un'analisi quantitativo-strutturale sui codici di 20 Paesi secondo la prospettiva delle "capacità"*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 377 ss., 382, 389. Una scaturigine di tale impostazione può desumersi dai rilievi di F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *RIDPP* 1992, 469 ss. A livello di premesse giusfilosofiche cfr. le osservazioni di F. Reggio, *Giustizia dialogica*, cit., 208 ss.
[24] In proposito, volendo, v. anche G. A. De Francesco, *"Interpersonalità" dell'illecito penale: un 'cuore antico' per le moderne prospettive della tutela*, in *CP* 2015, 860 ss.

lato, ad Habermas[25] e Apel[26], dall'altro a Buber[27] e Levinas[28], per limitarsi ai maggiori[29]) – giunge a rinvigorire la nostra sensibilità sul piano culturale, immettendovi un programma, non soltanto di riscatto dalla pena, quanto, ancor prima (come suggerisce Umberto Curi[30]), dalla stessa sudditanza ad un archetipo di 'responsabilità' incurante dei suoi contesti di legittimazione a livello di riscontri empirici e di motivazioni sociali: un programma, in altri termini, in grado di conferire spessore ad una vicenda esistenziale, in cui il profilo dello squilibrio nei rapporti intersoggettivi venga, per l'appunto, ora a stagliarsi nel suo momento fondativo, ora, e di conseguenza, a proiettarsi nelle dinamiche funzionali alla sua risoluzione, ora, infine – essendo incoerente prescinderne – a riproporsi, eventualmente, nella stessa fase esecutiva in modo da avviarla lungo un percorso, sia pur tardivo, di dialogo e di intesa reciproca.

Né può infine dimenticarsi come in tale quadro d'insieme venga ad assumere rilevanza un sostrato comunicativo nel quale la razionalità dell'approccio possa nutrirsi, altresì, di quelle componenti emotive che, come ci ha insegnato Martha Nussbaum[31] – seguita, tra gli altri, da Gabrio Forti[32] e Ombretta Di Giovine[33] – si prestano ad arricchire i percorsi d'intesa e di avvicinamento reciproco ad una giustizia più umana e tuttavia ben lontana dal venire consegnata al gioco incontrollabile dei sentimenti e delle pulsioni istintive.

E da questo angolo visuale, torna a grandeggiare nello stesso scenario di soluzioni alternative alle logiche inesorabili del punire anche il tema del perdono. Un tema delicatissimo e che soffre continuamente il rischio di venire banalizzato dalla rappresentazione massmediatica, pronta a sbandierare la disponibilità della vittima o dei suoi parenti ad un atteggiamento 'umano' verso il colpevole; là dove la sofferenza e il travaglio sottese ad una scelta – il perdono, appunto – maturata nel profondo e dotata di un significato antropologico tra i più intensi e coinvolgenti, finisce col risultare artificiosamente assimilata ad una sorta di frettoloso 'lasciapassare' atto a corrispondere ad un facile sentimento di 'buonismo' da parte degli utenti dei mezzi d'informazione.

---

[25] Cfr. J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, I, Bologna 1997, 89 ss., 179 ss., 479 ss.; Id., *Teoria dell'agire comunicativo*, II, Bologna 2017, 550 ss., 563 ss., 661 ss., 714 ss., 934 ss., 1015 ss., 1035 ss.

[26] V. K. O. Apel, *Etica della comunicazione*, Milano 2006, 10 ss., 28 ss., 50 ss., 69 ss., 72 ss.

[27] Cfr. M. Buber, *Yo y tú*, Barcelona 2017, 40 ss., 74 ss. V. anche, quanto ai significati dell'interazione con l''Altro', questa volta nell'ottica della ricerca di un 'senso comune' rispetto a diverse culture, le belle pagine di T. Todorov, *Le morali della storia*, Torino 1995, 39 ss.

[28] V. E. Lévinas, *Totalità e infinito*, Milano 1990, 41 ss., 48 ss., 87 ss., 209 ss., 231 ss., 268 ss., 311 ss.

[29] Si riallaccia, peraltro, alla visione di un altro grande studioso delle relazioni sociali e della filosofia morale e politica, quale J. Rawls (*Una teoria della giustizia*, Milano 1984, 35 ss., 125 ss., 195 ss., 318 ss., 423 ss., 419 ss., con ulteriori sviluppi in Id., *Liberalismo politico*, Milano 1994, 23 ss., 58 ss., 128 ss.), accentuandone e valorizzandone le implicazioni rispetto alle tematiche considerate, A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in *La mediazione nel sistema*, cit., 8 ss. (dell'estratto).

[30] Cfr. U. Curi, *Il colore dell'inferno*, cit., 199 ss. In sintesi, mentre da un lato colpa e pena verrebbero ad essere ancorate ad un'indimostrabile libera volontà, la pena stessa offrirebbe, per altro verso, al soggetto dichiarato 'responsabile' la possibilità di "saldare i conti" con l'ordinamento, senza restituire alla vittima ciò di cui essa è stata privata, affrancandolo da qualsiasi obbligo di attivarsi in favore dell'offeso e della comunità (*ivi*, 214 – 215).

[31] V. M. C. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna 2004, 388 ss., 398 ss., 425 ss., 441 ss., 473 ss., 481 ss., 531 ss. e *passim*.

[32] Cfr. G. Forti, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *RIDPP* 2013, 1112 ss.

[33] Cfr. O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, Torino 2009, 161 ss.

In realtà, la logica del perdono (beninteso, non quello altezzoso dei potenti, come ammoniva Elias Canetti[34]) si situa ad un livello ben più elevato, ed ancora una volta congeniale – come hanno notato, tra gli altri, Luciano Eusebi[35] e, sia pure con alcuni distinguo, Umberto Curi[36] (per non parlare di Paul Ricoeur[37], che ne fa una premessa per un futuro più consapevole) - ad una lettura in linea con quel modello di risposta innovativa rispetto agli schemi della giustizia tradizionale su cui ci stiamo appunto interrogando. E la ragione di ciò può ancor oggi desumersi dai rilievi, per quanto formulati in un diverso contesto, di un grande pensatore del secolo scorso. Come notava al proposito Georg Simmel nella sua monumentale "Sociologia", il perdono «è l'unico processo emotivo che presupponiamo senz'altro sottoposto alla volontà», dunque al dominio di una scelta, malgrado l'Autore aggiungesse come questa lasciasse filtrare una dimensione sociologica religiosamente ispirata. Si tratta, insomma, di una decisione 'forte' – certo, non da tutti – perché essa comporta l'autoassunzione di un impegno, consistente nel mostrarsi pienamente disponibili – «pur dopo», scandisce Simmel, «il torto avvertito nel più profondo dell'anima e dopo lotta appassionata» – a restaurare un rapporto lacerato[38].

3. Le osservazioni finora svolte, dato il loro tenore generale, non possono tuttavia prescindere, giunti a questo punto, da una riflessione più approfondita in merito alle correnti di pensiero attinenti alla giustizia riparativa, ed in particolare alle chiavi di lettura circa i suoi rapporti con le soluzioni più o meno recentemente elaborate riguardo al controllo e alla 'gestione' dei fenomeni di devianza; una riflessione che non potrà non comportare, fra l'altro, un riesame più analitico delle stesse tendenze in precedenza accennate, al fine di saggiare la fondatezza o meno della frequente propensione ad instaurare un confronto tra esperienze assai distanti tra loro ed a prima vista difficilmente omologabili.
Orbene, a noi sembra, in primo luogo, che il tentativo, più volte intrapreso, di scorgere nella mediazione la riattivazione dell'idea (e della pratica) – circolante soprattutt0 nell'esperienza (e persino oltre i confini) dell'Evo di Mezzo – di una forma di giustizia c.d. negoziata[39] non si riveli

[34] Cfr. E. Canetti, *Massa e potere*, Milano 1988, 360 ss.; per non parlare, del resto, delle motivazioni essenzialmente 'politiche' alla base del perdono nell'antichità: cfr. i contributi racchiusi nel volume a cura di M. Sordi, *Amnistia perdono e vendetta nel mondo antico*, Milano 1997.
[35] V. L. Eusebi, *Pena e perdono*, in *RIDPP* 2019, 1148 ss.
[36] U. Curi, *Il colore dell'inferno*, cit., 210 ss. (che critica, tra l'altro, l'opinione di V. Jankélévitch, *Perdonare?*, Firenze 1987, 22), pur osservando che tra la giustizia riparativa e il perdono non sussiste un'interferenza necessaria. V. anche M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa*, cit., 64 ss.; G. A. Lodigiani, in *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 338, nonché F. Reggio, *Giustizia*, cit., 185 ss.
[37] V. P. Ricoeur, *Ricordare, dimenticare, perdonare*, Bologna 2004, 110 ss.
[38] Cfr. G. Simmel, *Sociologia*, Milano 1989, 285.
[39] In argomento cfr., recentemente, R. Bartoli, *Il diritto penale*, cit., 100 ss., il quale sviluppa, tra l'altro, le riflessioni di M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno*, cit., 164 ss. È appena il caso di avvertire come il carattere ibrido e mutevole delle soluzioni storicamente osservabili non permetta sempre di rinvenire una rigida incomunicabilità tra i modelli considerati (e del resto la poliedricità dei fenomeni collegati alla stessa 'giustizia negoziata' viene posta in chiara evidenza da M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna 2001, 356). Sui fenomeni compositivi cfr., tra i molti, G. Alessi, *Il processo penale*, Roma – Bari 2001, 6 ss.; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Napoli 1982, 75 ss.; M. Bellabarba, *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna*, in *Criminalità e giustizia*, cit., 192 ss.; M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa*, cit., 24 ss., 48 ss.; E. Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e in Roma*, Milano 1991, 63 ss., 321 ss.; G. Cosi, *Ordine, vendetta, pena*, in S. Berni, G. Cosi, *Fare giustizia*, Milano 2014, 97 ss.; M. Dinges, *Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna*, in *Criminalità e giustizia*, cit., 292 ss.; N. D. Fustel De Coulanges, *La composizione*, in *La giustizia vendicatoria*, a cura di P. Di

pienamente confacente alla coscienza giuridica sottesa alle vicende poste a confronto. Già abbiamo notato come il *novum* rappresentato dalla valorizzazione dei diritti umani sia destinato a spostare l'ottica e la prospettiva di un simile (preteso) fenomeno negoziale; per quanto si voglia, mai si potrà arrivare a ritenere che le antiche logiche compositive partissero dall'idea di convogliare nel procedimento l'esigenza di dare spazio a preesistenti diritti a confrontarsi in un contesto egualitario umanamente ispirato[40]. E nemmeno, di conseguenza, si potrà ritenere che l'opera del mediatore fosse rivolta a condurre ad un piano di equilibrio il 'dialogo' fra le parti – rimuovendo, tra l'altro, gli ostacoli derivanti da una situazione di inferiorità o dalla difficoltà di penetrare, a causa di carenze culturali, le motivazioni dell'Altro - in modo da valorizzarne contenuti in grado di stimolare una maggiore 'comprensione' e disponibilità a livello comunicativo. Esula, per di più, dalla giustizia in forma di mediazione l'idea *lato sensu* 'economica' di un 'affare' da concludere grazie ad una sorta di 'trattativa': a meno che non si finisca, svalutandone il peculiare significato, con l'assimilare la prima ad un qualsivoglia fenomeno di 'compensazione' del danno innestato nella trama di un *aut – aut* tra giudizio di responsabilità e 'vie d'uscita' puramente strumentali.

D'altra parte, la stessa alternativa tra ricorso alla vendetta e composizione necessita di un ulteriore chiarimento. Al proposito, e focalizzando adesso l'attenzione sulla dimensione pubblica della giustizia penale 'ufficiale', è necessario premettere come il significato di quest'ultima sia stato anche di recente reinterpretato in due prospettive tendenzialmente antitetiche: da un lato, esso viene concepito in guisa di 'superamento' della logica della vendetta[41], dall'altro viene considerato, malgrado l'autonomia del potere conferito, come una 'reincarnazione' della vendetta sotto altre forme - quelle appunto 'istituzionalmente' devolute agli organi giudiziari - atte a garantire la 'soddisfazione' (pur sempre in funzione vendicativa) della vittima del reato[42].

Orbene, non è difficile accorgersi come un'eventuale 'lettura' del fenomeno conciliativo propensa a valorizzarne le interazioni con le due tendenze ora menzionate si rivelerebbe quanto meno problematica. Ne deriverebbe, in effetti, quanto alla prima impostazione, che la composizione, in quanto fenomeno correlato, questa volta, alle logiche proprie della vendetta (essendo tale collegamento intrinseco alla stessa opportunità di rinunciarvi), risulterebbe tuttora caratterizzata da una forma 'premoderna' di 'privatizzazione' della giustizia, come tale esposta a quei possibili

---

Lucia, L. Mancini, Pisa 2015, 57 ss.; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell' antica Roma*, Milano 1998, 60 ss.; F. Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano*, Città Di Castello – Roma – Torino – Firenze 1908, 62 ss., 442 ss.; M. Vallerani, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, 177 ss.

[40] Emblematico il ben diverso quadro storico delineato da G. Alessi, *Il processo*, cit., 7 s.; M. Bellabarba, *Pace pubblica*, cit., 196 ss.; N. D. Fustel De Coulanges, *La composizione*, cit., 59 ss. Va osservato, d'altro canto, che il collegamento intrinseco e funzionalmente scambievole (in argomento cfr. I. Terradas Saborit, *La vendetta nell'ordinamento vendicatorio*, in *La giustizia vendicatoria*, cit., 131 ss. E v. pure, quanto ai complessi intrecci, a dir poco inattuali, con logiche vendicatorie e con implicazioni e coinvolgimenti a livello 'istituzionale' delle soluzioni raggiunte, violente o meno, gli scritti dedicati al tema dei *Conflitti, paci e vendette nell'Italia comunale*, a cura di A. Zorzi, Firenze 2009) con la prospettiva della vendetta è dimostrato dalla circostanza che la valenza attribuita alla composizione non sarà più la stessa, nel momento in cui essa verrà a perdere il suo significato di una 'risposta' all'illecito, per essere relegata al ruolo di una mera 'indennità' (cfr., ad es., F. Schupfer, *Manuale*, cit., 444). In entrambi i casi, si tratta comunque di un modello profondamente diverso dall'attuale; sia perché quest'ultimo viene a contrapporsi alla giustizia punitiva (né sarebbe convincente affermare che tale alternativa sfumi in presenza di una giustizia pubblica attenta alle esigenze rieducative, una volta che si muova dalla valorizzazione, anche sotto il profilo della dimensione storica, di un percorso comunque estraneo alla "monopolizzazione della forza": cfr. R. Bartoli, *Il diritto penale*, cit., 107, in relazione a p. 105) e sia perché sarebbe incongruo ricondurlo al piano del riconoscimento di un semplice indennizzo.

[41] Data la vastità del tema, ci si limita a ricordare, tra le opere più recenti, W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna 2012, 235; I. Terradas Saborit, *La vendetta*, cit., 131 ss.

[42] Anche qui, recentemente, R. Bartoli, *Il diritto penale*, cit., 101 ss., 105.; U. Curi, *Il colore dell'inferno*, cit., 189 ss.

arbitrii nella gestione delle conseguenze del reato, che, tra gli altri, un giuspenalista della statura di Francesco Carrara rimproverava ad epoche storiche inficiate dalla mancanza di 'terzietà' nella valutazione dell'illecito[43].

Per chi si ispira alla seconda tendenza, il recupero in chiave 'egualitaria' della posizione delle parti in contesa – altrimenti devoluto allo *jus dicere* affidato al potere giudiziario, (ma) come surrogato della vendetta – farebbe invece apparire la giustizia negoziata come un modello in certo senso più evoluto, perché disancorato dalla stessa logica della vendetta immanente alla giustizia pubblica, e più decisamente orientato verso una giustizia interprivata, ma positivamente valutabile proprio in quanto tale. Con il che, tuttavia, a fronte di una simile *traslatio* della vendetta in capo allo Stato, niente impedirebbe, a maggior ragione, stando alle predette opinioni, di riconoscere pur sempre una linea di continuità tra le antiche logiche compositive e le moderne sollecitazioni verso un tipo di giustizia ispirato all'accordo con la vittima del reato.

In realtà, a noi sembra che il dibattito in materia[44] non riesca a cogliere e a portare ad evidenza il profilo maggiormente qualificante della giustizia riparativa. Quest'ultima si colloca in uno scenario profondamente diverso, riceve luce da un altro, e ben più innovativo, orizzonte di senso. Anzitutto, la stessa figura del mediatore sfugge ad una definizione, ora nei termini di un soggetto 'intraneo' ad una dimensione 'istituzionale' della giustizia, ora, però, anche a quella di un soggetto prono ad una relazione 'a due' privatisticamente coltivata. Egli deve possedere una serie di qualità, di 'referenze', di competenze, cui non a caso sono sensibili sia i documenti internazionali, che gli indirizzi di politica legislativa all'interno degli ordinamenti. Simile 'qualificazione' – che pur non consente di assimilarlo ad altri ruoli o funzioni – è tutt'altro che secondaria nel momento di valutarne la posizione nell'economia della gestione conciliativa[45]. Nello specifico, il suo compito deve in primo luogo dirigersi verso l'obiettivo – insito in una visione profondamente umanistica dei soggetti coinvolti – di 'porre in equilibrio' le parti: non soltanto, cioè, per dirla volgarmente, di 'chiudere la faccenda', ma di preparare il terreno per un incontro in grado di stimolare od accrescere la consapevolezza in merito alle motivazioni, alle condizioni, alle prospettive che attendono l'Altro' in forza degli sviluppi del dialogo nei 'modi' che lo stesso mediatore si sarà impegnato a promuovere (ovviamente, nel migliore interesse delle parti). Il mediatore deve saper concorrere all'instaurazione di un *procedimento*, di una sequenza di passaggi intermedi suscettibili

[43] Si legga lo scritto, troppo spesso dimenticato, avente come titolo *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, Lucca 1870, 160 ss., del quale non possiamo esimerci dal riportare il brano che segue: «una volta identificato con "la preoccupazione della vendetta privata"» – nota il sommo criminalista - «il *principio individuale* (…) dominatore della giustizia punitiva (…) ha questi precipui difetti. Di coltivare il sentimento di vendetta (…) e, col dare un aspetto di legittimità agli odii e agli sdegni, pervertire il senso morale. Di rendere precaria la opera preventiva del giure penale; per la facile speranza di sottrarsi alle persecuzioni di un offeso debole e impotente: sicché se ne perpetua la dominazione della forza sulla intelligenza. E di rendere finalmente elusorie le punizioni mercé le composizioni e le indennità, che facile adito lasciano ai potenti di perseverare nella via della violenza e della iniquità».

[44] Circa il quale, focalizzando l'attenzione sul "patrimonio genetico" relativo alla vendetta e alla pena, svolge interessanti considerazioni anche C. E. Paliero, *Il sogno*, cit., 135 ss., il quale evoca, tra le altre, la celebre opera di É. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Torino 1999, 108 ss., 114 ss., 126 ss.

[45] In proposito si vedano le considerazioni di M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa*, cit., 211 ss.; A. Ceretti, *Mediazione penale*, cit., 9 ss., 41 ss., 45 ss., 62 ss.; G. A. Lodigiani, in G. Mannozzi, G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 123 ss., 342 ss.; G. Mannozzi, *ivi*, 254 ss.; M. Monzani, F. Di Muzio, *La giustizia riparativa*, cit., 143 ss.; J. Morineau, *Lo spirito*, cit., 75 ss.; F. Palazzo, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa*, cit., 81 ss. Istruttivi gli *excursus* di D. Arieti, *La mediazione penale nel procedimento davanti al giudice di pace*, in *Conciliazione, mediazione*, cit., 120 ss.; S. D'Amato, *La giustizia riparativa*, cit., 12 ss.; E. Mattevi, *Una giustizia*, cit., 134 ss., 204 ss., 456 ss., 482 ss.; P. Nicosia, A. Bruni, P. Dioguardi, D. Marinelli, (a cura di), *Temi di mediazione penale*, Pisa 2006, 69 ss.

di venire guidati e resi operativi, grazie all'elaborazione progressiva di una linea di soluzione in grado di rivelarsi giuridicamente efficace (pur se con altri mezzi) rispetto alla situazione oggetto dell'opera mediatrice. Non diversamente dal magistrato, sul mediatore grava, d'altronde, un dovere declinabile sul piano 'etico'; anche se, a differenza del magistrato, rispetto al quale tale dovere si connota di imparzialità nel giudizio circa la responsabilità dell'imputato, l'opera del mediatore dovrà conformarsi ad un' etica (di rango ancor più elevato, se si vuole) mirante a favorire, piuttosto, un processo di 'responsabilizzazione', quale premessa perché il dialogo intrapreso possa preludere ad un diverso modo di rapportarsi dell'autore rispetto alle sofferenze e alle aspettative dell'offeso.
In secondo luogo, ma nella medesima logica di fondo, la mediazione non si esaurisce – con riguardo alle parti – in un *do ut des* dal sapore puramente privatistico; se private sono le parti direttamente coinvolte, non lo è – o non lo è soltanto – il senso complessivo della procedura e dell'esito della mediazione. Com'è stato ben detto, la vicenda mediativa si carica di un importante valore 'simbolico'[46], venendo essa a rispecchiare un 'farsi' della giustizia nel segno della ricostituzione di un legame (per di più, non necessariamente subordinato, vuoi perché ultroneo, vuoi perché, addirittura, non richiesto, ad un corrispettivo sul piano economico[47]) in cui viene ad esprimersi il significato intrinseco della stessa vita in comunità.
E d'altronde, è proprio un tale significato – vale la pena osservarlo – che induce ad affermare come ad una siffatta logica compositiva ripugni anche il solo sospetto di accordi transattivi coltivati all'ombra di eventuali pressioni ad opera del *partner* 'forte' del rapporto; ciò che conta è invece, come requisito davvero essenziale, il ripristino, alla luce dei 'diritti umani' di entrambe le parti, di quella 'interazione comunicativa' che dovrebbe invero caratterizzare, secondo le opinioni più accreditate, l'intero tessuto dei rapporti all'interno di un contesto sociale sensibile alla ricerca e al raggiungimento di un' intesa sulla base di un dialogo paritario. Da questo punto di vista, nemmeno può negarsi, in definitiva, come un simile paradigma di giustizia si ponga pur sempre in linea, sebbene a mezzo di un percorso suo proprio, con l'esigenza, non solo interpersonale, ma anche collettiva e per così dire 'ordinamentale', di addivenire alla soluzione di conflitti tramite procedure (oltre tutto meno 'costose') particolarmente idonee ad impedire – come suggerisce un criminologo quale Adolfo Ceretti – che questi si tramutino in *dissidi* socialmente (e giuridicamente) intollerabili[48].

4. Alla luce di tali considerazioni, non paia eccessivo tornare ancora una volta a riflettere in chiave critica sull' idea secondo la quale il fenomeno della 'composizione' delle liti avrebbe assunto, già in origine, un significato distinto e separato dalla logica propria della vendetta, venendo esso a risolversi – come pure, attualmente, le stesse tecniche di mediazione penale – in una non-violenza, come tale destinata a porsi in una relazione di 'alterità' rispetto alla violenza connaturata alla vendetta.
Quanto si è detto finora dovrebbe invero risultare sufficiente a dimostrare come la moderna visione conciliativa non corrisponda a quella con cui la si vorrebbe confrontare. Invero, sembra proprio e *soltanto* in virtù di tale rinnovata visione delle forme di risoluzione del conflitto che qualsiasi

[46] Cfr. A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione*, cit., 20 ss.; M. A. Foddai, *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *RIDPP* 2016, 1707; G. Mannozzi, in *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 228 ss., 263; M. Venturoli, *La vittima*, cit., 290.
[47] V. ancora G. Mannozzi, in *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 268.
[48] Cfr. A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione*, cit., 20.

ombra di collegamento con le logiche di una giustizia privata (altrimenti violenta) venga davvero a dileguarsi e a perdere di significato.
Ma non basta. Un tale assunto risulta ulteriormente confermato – cambiando per un momento l'angolo di osservazione – dallo stesso modo di presentarsi della 'giustizia di Stato' nell'esercizio della repressione. Si insiste invero nell'affermare che quest'ultimo, pur venendo ad assumere il monopolio della forza nell'esercizio dello *jus puniendi*, si ponga pur sempre quale rappresentante della pretesa originaria ad esplicare, nell'interesse della vittima, una reazione (vendicativa) verso il torto arrecato. E tuttavia, non dovrebbe trascurarsi – nel momento di valutare la credibilità di un simile atteggiamento di pensiero – il progressivo sviluppo, da non pochi evidenziato, di un nuovo modo di atteggiarsi da parte degli ordinamenti quanto alle particolari esigenze proprie delle stesse vittime del reato. Vuoi sul piano delle iniziative a livello nazionale, vuoi su quello delle scelte a livello sovranazionale – ed anzi, grazie soprattutto agli *input* provenienti da quest'ultime – lo statuto della vittima ha registrato invero un incremento significativo di garanzie e prerogative le più ricche e variegate, *proprio sul presupposto che la persecuzione 'pubblica' degli illeciti non possa assumere un ruolo 'vicariante' rispetto ai disagi collegati alla lesione subita ed alle conseguenze derivanti dallo stesso esercizio dello jus puniendi*[49].
Vero è che il lato 'pubblico' della repressione esprime un'esigenza coerente con la vocazione a devolvere lo *jus terribile* a poteri dotati di un riconoscimento istituzionale al contempo solido e democraticamente legittimato. Ma tale base di legittimazione, una volta circoscritta al suo ruolo originario, difficilmente sarebbe in grado, per l'appunto, di conferire al processo penale un'attitudine strumentale e 'servente' rispetto alle aspettative personali della vittima o di chi per lei.
Cerchiamo di spiegarci. Non è certo attraverso un nugolo di obblighi (sostanziali) di incriminazione (e pur nella consapevolezza che le critiche al riguardo sono andate probabilmente oltre il segno[50]) che diritto e processo giungono a valorizzare la sfera degli interessi propri della vittima; piuttosto, l'attenzione rivolta a quest'ultima deve saper guardare ai suoi 'diritti', ancora una volta, con un ben diverso spirito solidaristico, sì da poter lenire ed attutire i malesseri ed i contraccolpi sulle sue condizioni di vita che *proprio* l'esercizio della giurisdizione è suscettibile di arrecarle. E non è un caso, in effetti, che (soltanto) grazie ad una tendenza evolutiva rispetto agli assetti ereditati dalla tradizione, una simile esigenza abbia finito con l'insediarsi e col trovare ascolto – smentendo l'immagine del potere punitivo come strumento capace di sostituirsi alla reazione privata – all'interno della stessa giustizia penale, facendo filtrare nel processo e dopo il processo una serie di soluzioni volte a 'difendere' – non sembri un paradosso – chi ha subito l'offesa dall'incedere maestoso di un *iter* giudiziario in chiave 'reocentrica' incurante dei rischi di 'vittimizzazione secondaria' che esso comporta.

[49] In argomento, nella vasta letteratura, ci limitiamo per il momento a ricordare, oltre all'intero volume a cura di M. Bargis, H. Belluta, *Vittime di reato*, cit., e quello a cura di L. Luparia, *Lo statuto*, cit., il *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, ad opera di P. Spagnolo, H. Belluta, V. Bonini, cit., e il *Focus* dal titolo *Vittime e reati d'impresa. Esperienze e prospettive alla luce della Direttiva 2012/29/UE*, in *RIML* 2019, 1017 ss.; v., inoltre, M. Venturoli, *La vittima*, cit., 81 ss. e *passim*; Id., *Modelli*, cit., 119 ss., 195 ss., 308 ss., 393 ss., 452 ss., e, quanto al c.d. Codice Rosso (l. n. 69/2019), C. Peloso, *Il "Codice Rosso": risvolti processuali e sostanziali di un'emorragia culturale e sociale attuale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21.7.2020, come pure D. Russo, *Emergenza "Codice Rosso"*, in *www.sistemapenale.it*, 9.1.2020.
[50] Fa chiarezza in materia, A. Bernardi, *La tutela convenzionale della persona umana nell'ordinamento penale italiano, tra disincanto e speranza*, in *La tutela della persona umana*, cit., 49 ss., 76 ss. E v. anche le misurate argomentazioni di S. Manacorda, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli 2015, 156 ss., e soprattutto 158.

Il progressivo diffondersi di interventi a beneficio delle vittime (nella forma di garanzie a difesa della loro 'vulnerabilità': a livello di scelte probatorie, di tecniche aggiornate di comunicazione, di assistenza durante il processo, di corresponsione di indennizzi adeguati, etc.) rappresentano, da questo angolo visuale, il terreno di coltura – lo si ripete – di nuovi 'diritti umani' meritevoli di essere salvaguardati *al di fuori* di qualsiasi logica vendicativa: non essendo tale, non soltanto quella che deve orientare il giudizio e la pena, ma anche quella inerente al destinatario dell'offesa, ed anzi – si può ben dirlo – non già la prima, tanto più a cospetto delle garanzie della seconda, e nemmeno la seconda, proprio perché, in armonia con la prima, non si tratta qui di apprestare strumenti di reazione bensì, semmai, percorsi atti a garantire la vittima nei confronti di una gestione 'coi paraocchi' della pretesa punitiva.

5. Certo: è difficile negare che, come da più parti si continua a ripetere, gli interventi or ora menzionati rischiano sovente di risultare insufficienti, tardivi, o di limitata efficacia (si pensi alla difficoltà di porre un freno alla sovraesposizione massmediatica ed ai suoi contraccolpi sulla dignità dell'offeso) nel sopperire alle richieste di aiuto da parte delle vittime o di quanti ne condividano le sofferenze[51].
Ed allora, in presenza di simili incertezze, viene spontaneo domandarsi se i rilievi finora svolti circa il significato della mediazione non giungano a mostrare, anche questa volta, la sua particolare attitudine ad offrire una risposta convincente proprio alle inadeguatezze dei rimedi escogitati a favore dell'offeso. Quelle fondamentali esigenze della vittima, quella sua aspirazione al soddisfacimento dei propri diritti senza dover sottostare ai condizionamenti del processo, sembrano ricevere un'attenzione e un riconoscimento di più elevato spessore, proprio grazie a un percorso – quello dell'impegno e della partecipazione attiva da parte del colpevole – che giunga a promuovere e a rendere operante una soluzione in grado di apportare maggiori benefici, economici e non, a favore di chi abbia subito le conseguenze, anche psicologiche, dell'offesa ricevuta. Una soluzione la quale, del resto (e almeno nella sua forma più radicale), si presta ad offrire l'ulteriore vantaggio di fare in modo che la 'responsabilizzazione' del colpevole possa accompagnarsi ad una via d'uscita *integrale* dal processo e dalla pena (senza esaurirsi in un' 'appendice' ulteriore rispetto all'attività giurisdizionale e ai suoi risvolti autoritativi), una volta ammesso che gli scopi della 'giustizia' non richiedono necessariamente di attuarsi grazie al ricorso a simili strumenti.
Alla luce di tali considerazioni, è opportuno ribadire, d'altronde, che il senso della giustizia conciliativa si armonizza pur sempre con un'esigenza 'ordinamentale' di risposta all'illecito, con l'obiettivo, in altri termini, di pervenire, sia pure per 'altra via', al soddisfacimento delle istanze preventive che costituiscono il fondamentale (ed inevitabile) *background* di una politica criminale confacente allo Stato di diritto. Già Grazia Mannozzi ebbe ad avvertire, quasi un ventennio

[51] In tal senso sono variamente orientati i contributi citati nella nota 49, cui possono aggiungersi quelli di V. Bonini, *Una significativa revisione degli importi di indennizzo statale per le vittime di reati violenti restituisce dignità a un impianto altrimenti mortificante*, in *www.sistemapenale.it*, 18.3.2020; L. Lauricella, *Nuove prospettive per le vittime del reato nel processo penale italiano*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. A. De Francesco, E. Marzaduri, Torino 2016, 177 ss. Le perplessità al riguardo, in sé giustificate, sono purtroppo non sempre facili da eliminare, complice l'influenza dei fattori cui si allude nel testo; né può dimenticarsi come anche in relazione alle norme contenute negli Atti sovranazionali (e non soltanto a quelle, giudicate sovente 'infedeli' rispetto alla fonte originaria, risultanti dalla trasposizione negli ordinamenti interni) vengano talora formulate alcune riserve in merito alla loro efficacia; cfr., ad es., F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in *Vittime di reato*, cit., 72 ss.; M. Bargis, H. Belluta, *La Direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, *ivi*, 51 ss.

addietro[52], che, insieme alla tutela delle vittime, la *restorative justice* si rivela efficace in termini di «pacificazione sociale», nel senso che essa, sia pure «in via mediata», prelude al «rafforzamento del senso di sicurezza collettivo». In effetti, il 'cerchio', per così dire, che abbiamo aperto valorizzando la coerenza con le stesse logiche del sistema della soluzione mediatrice, sembra davvero suscettibile di 'chiudersi' con la riconosciuta capacità di quest'ultima ad esprimere una corrispondenza con i bisogni diffusi presso i consociati, alla stregua di quella ben nota versione in chiave 'positiva' degli scopi di prevenzione, in cui la dimensione generale (e speciale) che vi è sottesa viene a ricevere un riconoscimento particolarmente significativo in virtù della stessa disponibilità manifestata dalle 'parti' coinvolte nella vicenda conflittuale[53].

Prendendo spunto da tali indicazioni, merita tuttavia porre in evidenza – ponendosi sulla scia degli interpreti più sensibili allo scenario aperto dal fenomeno della mediazione – un significativo corollario dell''ideologia' mediatrice, tale da incrementare l'ampiezza del bacino di un torrente divenuto col tempo sempre più difficile da contenere. Se è vero – com'è vero – che il dialogo interpersonale valorizza la disponibilità a darvi corso su iniziativa dei relativi 'interlocutori', sembra allora emergere, già da questo momento, il contenuto di un messaggio valutabile in guisa di un''apertura' verso la condizione dell''Altro', la cui importanza sembra farsi strada in tutti i 'luoghi' destinati ad accogliere la domanda di giustizia. Persino quando possa discutersi se la mediazione sia andata 'a buon fine' – non essendo «marginali», come osservano Bouchard e Mierolo, i «casi in cui permangono sentimenti ambiguità" o di «insoddisfazione da parte delle vittime» (che magari «non coincidono con l'andamento effettivo della mediazione»)[54] – è tuttavia innegabile che la disponibilità all' incontro tende a spostare l'asse della vicenda verso la ricerca di un 'parlarsi' reciproco, di un sforzo di comprensione, di una rielaborazione 'in comune' delle origini del conflitto, che non possono essere trascurate nel valutare le potenzialità del modello in esame[55]. Intravedere nella difficoltà di un esito ottimale di tale percorso un limite della mediazione si rivelerebbe, in questa prospettiva, il frutto di una visione scarsamente lungimirante; la quale, per vero, non terrebbe conto del fatto che, malgrado un esito non del tutto appagante, la prospettiva del dialogo e dell'ascolto reciproco[56] aveva influito sulle determinazioni delle parti, facendo gemmare un'iniziativa il cui sbocco favorevole era stato avvertito (e di poi anche perseguito) come un progetto meritevole di considerazione.

Guardato (anche) in questa prospettiva, il fenomeno in esame – e sotto questo aspetto quel 'cerchio' di cui si è detto sembra aprirsi di nuovo, pur senza arrivare a coprire l'area maggiormente innovativa della soluzione mediatrice – si rivela infine suscettibile di 'porsi in comunicazione' con una più evoluta conformazione dello stesso modello giudiziario di risposta alla devianza; è una 'nuova cultura', da questo punto di vista, che arriva a bussare alle porte del pianeta-giustizia e che lo intride della linfa di un 'personalismo' sotto il profilo umano e sociale che la sua vita futura non potrà più permettersi di ignorare. Una cultura che supera le strettoie dei già ricordati interventi di 'riequilibrio' a vantaggio della vittima, e che mira ad una meta più alta, sia pure con il limite derivante dall' 'ambientazione' del fenomeno in un contesto in linea di principio condizionato dalle scansioni 'istituzionali' dell'esercizio della giurisdizione.

[52] Cfr. G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*, cit., 352, 404 – 405.
[53] Cfr., ad es., L. Eusebi, *Pena e perdono*, cit., 1149; L. Tumminello, *Il volto del reo*, Milano 2010, 134 e nt. 98.
[54] V. M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa*, cit., 220.
[55] Cfr. G. Mannozzi, in G. Mannozzi, G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 267.
[56] V. ancora G. Mannozzi, *Sapienza del diritto*, cit., 34.

Sono ben note – e non del tutto prive di fondamento – le reiterate obiezioni (per vero, meno diffuse ed insistenti in relazione al c.d. 'processo di pace'[57]) rivolte all''innesto' nel procedimento ordinario – sia pure attraverso moduli semplificati – di richiami all'esigenza di promuovere la mediazione con l'offeso: soluzioni del genere – si osserva – rischiano di 'snaturare' l'indole più autentica del percorso mediatorio[58], vuoi perché destinati a coesistere con altri schemi riparatori, vuoi perché non decisive nell'economia degli sviluppi e degli esiti del procedimento, vuoi perché – proprio a causa del 'sincretismo' e della sovrapposizione degli interventi – esse rendono labile e precaria la correlazione con i bisogni specifici della vittima, mentre difficilmente riescono a celare l'attenzione pur sempre rivolta alla persona del giudicabile, in vista di obiettivi di maggiore efficienza per il tramite dell' 'offerta' di un'eventuale impunità unita ad una valutazione favorevole in termini di prevenzione della recidiva.

E nondimeno, sulla base delle considerazioni finora svolte, non sembra incongruo affermare come lo 'spiraglio' dell'incontro, del dialogo, del 'tentativo', quanto meno, di lasciare entrare l'aria nuova dell'interlocuzione con l'offeso rappresenti pur sempre un dato non irrilevante[59]: e ciò tanto più ove si consideri come, per concorde opinione, nemmeno la mediazione nel suo lato più 'nobile' deve necessariamente risolversi nella 'conciliazione' *toto corde* tra gli attori coinvolti[60]. Giustamente osserva Marco Venturoli[61] che la ricerca di logiche compositive, *in tutte le varie forme oggi conosciute* (od anche di futura introduzione), fa sì che «l'incontro tra le parti in conflitto già di per sé possa avere una portata simbolica» in termini di «comunicazione tra reo e vittima», preludio non illusorio dell'auspicata riparazione.

Ecco dunque profilarsi all'orizzonte la ricerca di un collegamento, pur sempre foriero di una visione più evoluta della risposta all'illecito, tra mediazione e giustizia ordinaria: nel momento in cui la prima apre l'accesso al dialogo, alla comunicazione interpersonale, alla ricerca delle motivazioni alla base del conflitto – anche se all'interno di 'sedi' e di contesti meno sensibili al suo più compiuto (ed efficace) svolgimento – essa lascia affluire nelle dinamiche collegate al

---

[57] Su tale modello v., tuttavia, le perplessità di F. Giunta, *Oltre la logica della punizione. Linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., I, 351, 354. A maggiori obiezioni, sia pure di tenore più articolato rispetto ai rilievi svolti nel testo, ha dato luogo la disciplina del processo minorile; in argomento, per un quadro d'insieme, cfr. G. P. Demuro, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *La pena, ancora*, cit., 708; G. Di Paolo, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit., 7 ss.; G. Panebianco, *Il sistema penale minorile*, Torino 2012, 249 ss.; V. Patanè, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in *Vittime di reato*, cit., 563 ss.

[58] É sufficiente qui menzionare le riserve, formulate sotto svariati profili, di R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *DPP*, 2014, 670; B. Bertolini, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *DPenCont*, 2015, 55 ss.; C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 13.11.2017, 6 ss., 10 ss.; E. Lanza, *La messa alla prova processuale*, Milano 2017, 361 ss., 377 ss.; P. Maggio, *Mediazione e processo penale: i disorientamenti del legislatore italiano*, in *Dialogo e modelli di mediazione*, cit., 38 ss.; E. Mattevi, *La giustizia riparativa nel procedimento penale a carico degli imputati adulti: un'introduzione*, in *Giustizia riparativa. Responsabilità*, cit., 198; M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, Torino 2020, 173 ss.; R. Muzzica, *Il ruolo della vittima negli istituti riparativi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22.11.2019, 15 ss.; A. Sanna, *Aperture e ostacoli al modello di restorative justice: la spinta propulsiva della Corte costituzionale*, in *Conciliazione, mediazione*, cit., 77 ss.; M. Venturoli, *La vittima*, cit., 300 s. Sull'istituto della messa alla prova cfr. anche le analisi di L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Padova 2020; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Roma 2017.

[59] Come rileva E. Dolcini, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *RIDPP* 2018, 1690 ss.

[60] V. in proposito G. Mannozzi, in *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 257; F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena, ancora*, II, cit., 550.

[61] Cfr. M. Venturoli, *La vittima*, cit., 290. V. pure M. Miraglia, *La messa alla prova*, cit., 166 ss.

processo un momento di maggiore considerazione della posizione della vittima e una più convincente raffigurazione del modo di porsi dell'autore verso il conflitto insito nell'illecito. Anche il solo tentativo di accordo, anche il profilo meno intenso di un'attività volta alla mediazione frammista ad altri tipi di adempimenti (quali l'ottemperanza a prescrizioni o limitazioni di varia natura) lasciano trasparire l'anelito verso una 'differente' giustizia, suscettibile, non solo di influire sul futuro del colpevole, ma anche – ed anzi, in via preminente – di trasmettere alla vittima la sensazione che chi l'aveva offesa si è 'ricordato' di lei e che nutre il desiderio di guarire una ferita, con la conseguenza di rendere meno traumatica una vicenda altrimenti destinata a conservare l'impronta della prevaricazione e del chiuso grigiore di una scelta volta a negare e calpestare i diritti dell' Altro .

In questo quadro d'insieme, si rivela non meno importante e significativa, nell'ottica di una valorizzazione ulteriore del percorso intrapreso, la scelta di accordare uno spazio adeguato ai programmi di giustizia riparativa nella stessa fase di esecuzione della pena[62]. Programmi che, pur risultando ancora in attesa di una più compiuta regolamentazione, hanno registrato (affiancandosi al regime già predisposto – e ulteriormente innovato – diretto a favorire la mediazione ad opera di soggetti minorenni; e si veda a tale riguardo anche la notevole Proposta di legge n. 2449 del 2020, volta a introdurre una disciplina 'a tutto campo' della soluzione mediatrice[63]) un sia pur timido riconoscimento nel d.lgs. n. 123 del 2018, che ha novellato l'art. 13 della l. n. 354 del 1975; là dove, grazie anche all'impulso derivante dai numerosi Atti di provenienza europea, si prevede che venga «offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione».

Vero è che, privilegiando l'attitudine della mediazione a porsi quale strumento per evitare il ricorso alla pena, e a perseguire, al contempo, esigenze deflattive, si tende talora a ridimensionare il ruolo e l'efficacia di un simile modello una volta che esso venga ormai a collocarsi nell'ambito del trattamento penitenziario[64]. Ma non sembra che tale presa di posizione debba porsi necessariamente in contrasto con una visione più aperta e consapevole della dimensione assiologica – e della stessa 'funzionalità' rispetto agli scopi – che la soluzione riparativa è in grado di esprimere.

Anzitutto, non può negarsi che – come Benedetta Galgani ha giustamente osservato[65] – la circostanza che la mediazione incarni il prototipo di «una giustizia non autoritativa» venga a riflettersi in maniera emblematica proprio nella fase esecutiva, dove si tratta appunto di imboccare un percorso che alla privazione e alla sofferenza sostituisca la speranza, alla passività di una 'soggezione' la possibilità di un impegno responsabilizzante; e che, come pure si è detto, sia in

[62] Cfr G. A. Lodigiani, in *La giustizia riparativa. Formanti*, cit., 345 s.; G. Mannozzi, *ivi*, 296. E v. pure S. Corti, *Giustizia riparativa*, cit., 18; A. Menghini, *Giustizia riparativa ed esecuzione della pena*, in *Giustizia riparativa. Responsabilità*, cit., 213 ss.; G. M. Pavarin, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva*, *ivi*, 227 ss.; S. Piromalli, *Giustizia riparativa ed esecuzione della pena*, *ivi*, 239 ss.

[63] E si veda, in un'ottica ancor più generale, la *Relazione finale della Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso* la *formulazione di emendamenti al Disegno di legge-delega A.C. 2435* (24 maggio 2021), come pure le *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali* (marzo 2021) ad opera della AIPDP.

[64] Cfr. G. P. Demuro, *L'incerta parabola*, cit., 706 ss.; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa*, cit., 480 ss.; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione*, cit., 426.

[65] V. B. Galgani, *Il paradigma*, cit., 206; Id., *sub* art. 13 l. 26 luglio 1975, n. 354, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di F. Fiorentin, F. Siracusano, Milano 2019.

grado di «fortificare» la disponibilità a «progettare un futuro» diverso dalla «prigione del sentimento» di impotenza indotto dallo stigma della condanna[66].
Ma, se il profilo riguardante la condizione del colpevole non può non 'parlare' a favore del *nisus* conciliativo, non meno rilevante appare la considerazione del fenomeno dal punto di vista della vittima del reato: quella vittima, per l'appunto, di cui non ci si stanca di rimarcare il ruolo di *primum movens* del modello riparatorio. La vittima, che ancora non abbia 'incontrato' l'artefice del conflitto, non può non avvertire pur sempre – se non di più, visto il trascorrere del tempo e il dramma ancora vivido del processo – l'impulso a ricercare nella persona del colpevole il 'volto dell'Altro', sì da poter rielaborare anch'essa il conflitto e lenire il senso di solitudine, di smarrimento, di dolore di fronte al gesto volto a provocarle una sofferenza *sine causa*.
Simili considerazioni inducono a concludere, insomma – per esprimersi con un binomio concettuale che ne racchiuda la sostanza – che il modello mediatorio integra, al contempo, un metodo e un'*idea*, o, meglio ancora, un'idea che viene a disegnare il campo in cui quel metodo può (o addirittura deve) venire perseguito. Ne deriva, dunque, che non è consentito sottrarre spazio a quell'idea, nella misura in cui il metodo in cui s'irradia il suo profondo significato sotto il profilo umano e interpersonale sia tale da rivelarsi fecondo e redditizio in tutti i settori coinvolti dalle sue potenzialità sul piano teleologico e pratico-applicativo.

6. A conclusione di queste brevi riflessioni sulla *Restorative justice*, non ci si può esimere da alcuni rilievi ulteriori in merito all'ambito di estensione delle strategie suscettibili di esprimere un progressivo superamento della tradizionale corrispondenza al reato dell'originaria previsione sanzionatoria. In particolare, come osserva Domenico Pulitanò[67], nell'elaborazione di risposte al reato «possono avere uno spazio» non trascurabile «istituti vecchi e nuovi di risarcimento e/o di riparazione che» pur «non fanno parte del quadro concettuale» della mediazione dei conflitti. Non soltanto a causa delle perduranti inerzie o resistenze all'allestimento di una più compiuta regolamentazione di quest'ultima nel nostro sistema, ma anche in considerazione delle difficoltà di farvi ricorso nei reati – sempre più frequenti – a vittima indeterminata o diffusa, si continua ad avvertire, insomma, l'esigenza di potenziare meccanismi *lato sensu* rivolti alla 'reintegrazione' dell'interesse protetto, facendo leva – sia pur in mancanza di un'interazione con una controparte (per di più, consenziente) – sulla disponibilità ad eseguire determinate 'prestazioni' tali da giustificare una scelta d'impunità o di attenuazione della sanzione[68].

---

[66] Cfr. F. Brunelli, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: un ponte tra carcere e collettività*, in *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozzi, G. A. Lodigiani, cit., 200 ss.
[67] Cfr. D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *RIDPP* 2016, 666 ss.
[68] Nell'amplissima letteratura, per un esame di tali modelli, sono da ricordare anzitutto i saggi fondamentali di F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, Milano 1983, 126 ss.; T. Padovani, *"Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *La legislazione premiale, in ricordo di Pietro Nuvolone*, Milano 1987, 42 ss.; D. Pulitanò, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, *ivi*, 75 ss. (v. anche Id., *Selezione punitiva fra diritto e processo*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, a cura di G. A. De Francesco, A. Gargani, Milano 2017, 234 ss.). Successivamente, sul tema, cfr., tra gli altri, A. Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano 1998, 226 ss. e *passim*; M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Torino 2011, 919 ss.; Id., Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *La pena, ancora*, II, cit., 587 ss.; nonché G. Amarelli, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli 2008, 23 ss., 98 ss. e *passim*; M. Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino 2017, 81 ss.; G. Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova 2019, 23 ss.; C. Piergallini, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, cit., 1655 ss.; G. Rotolo, *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela*, Torino 2018, 248 ss.; E. Squillaci, *Le moderne*

Per la verità, come già in precedenza accennato, una più incisiva valorizzazione della logica del conflitto 'interpersonale' come cifra dell'illecito potrebbe aprire la strada ad un'utilizzazione a più ampio spettro del modello di giustizia riparativa. Lasciando da parte il campo peculiare dei crimini internazionali (invero meritevole di autonome strategie di riconciliazione con le popolazioni coinvolte), e prendendo le mosse da alcune indagini (in tutto o in parte) dedicate alla materia economica e finanziaria o alle tematiche ambientali, ci era accaduto altrove di evidenziare come determinati fenomeni di grave 'distorsione' o sfruttamento dei meccanismi del mercato (o, rispettivamente, di compromissione dell' integrità e dell'equilibrio degli ecosistemi) si prestino a venire opportunamente 'contestualizzati' nelle dinamiche intersoggettive collegate all' oggetto della tutela, facendone emergere l'influenza negativa sulle altrui aspettative personali ad un godimento su basi paritarie degli interessi protetti[69].
In ogni caso, di fronte alle attuali difficoltà (reali, apparenti, o sovrastimate: lasciamo aperto il problema) di pervenire ad un ricorso generalizzato all'istituto della mediazione, non può negarsi come le attività di contenuto riparatorio rimangano pur sempre una leva importante (ed anzi, si può ben dirlo, quella di più ampia diffusione) nell'ambito dei molteplici paradigmi in cui viene ad articolarsi il fenomeno della non punibilità. Esse, in effetti – e al di là delle molteplici forme e tipologie che si sono andate innestando nel codice e nella legislazione complementare – testimoniano senza dubbio la presenza di una *voluntas operandi* da parte dell'autore in grado di esprimere una scelta 'antagonistica' rispetto all'illecito, scelta alla quale l'ordinamento guarda da tempo con interesse grazie alla sua capacità di soddisfare le esigenze (prima di tutto) sul piano

cause di non punibilità "susseguente" nel sistema penale, Napoli 2016, 38 ss. Si rinvia, per il resto, alla trattazione di G. Cocco, *La punibilità*, Padova 2017, *passim*, con vastissimo repertorio bibliografico. È interessante tuttavia fare un cenno alla recente teorizzazione, ad opera di M. Donini, della figura del c.d. 'delitto riparato'(cfr. *Il delitto riparato*, cit., spec. 242 ss.), volta a legittimare la previsione di cornici edittali in grado di tener conto dell'attività riparatoria; una soluzione che, peraltro, non manca di suscitare alcune perplessità (evincibili anche da quanto si dirà tra breve) dovute al rischio di "spezzare l'unità del precetto", svilendone il significato di un'opzione preliminare rispetto alle vicende inerenti alle dinamiche sanzionatorie (cfr. D. Pulitanò, *Minacciare e punire*, in *La pena, ancora*, I, cit., 21. Per ulteriori critiche v. G. Fiandaca, *Note su punizione*, cit., 13 ss.). É opportuno infine richiamare il ben noto meccanismo riparatorio di cui all'art. 162 *ter* c.p., il quale non corrisponde propriamente ad un modello di giustizia mediatrice; in merito alla disciplina sancita dal suddetto articolo, non essendo questa la sede per dedicarvi una specifica attenzione, v. soprattutto l'ampia analisi svolta da S. Seminara, *Riflessioni sulla "riparazione" come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in *La pena, ancora*, I, cit., 553 ss.

[69] Cfr., volendo, G. A. De Francesco, *Interpersonalità*, cit., 866 ss., con riferimento, tra l'altro, al turbamento ingannevole di specifiche condizioni del mercato finanziario ovvero alla compromissione della qualità della vita in determinati contesti ambientali. Tuttora illuminanti, con riguardo alle operazioni finanziarie, le considerazioni di T. Padovani, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *RIDPP* 1995, 643 ss., quando sottolinea l'esigenza prioritaria di "garantire che il gioco non sia truccato", dovendosi, in particolare, evitare condotte di abuso che "incidono sui termini del rischio insito nell'attività": come quelle, ad es., di *insider trading*, che rappresentano «un tipico esempio di "gioco truccato" in favore di chi, disponendo di particolari informazioni riservate (…) può intervenire con le spalle coperte, sottraendosi al rischio che tutti gli altri corrono», ovvero quelle, «strutturalmente affini», e sia pur aventi un significato «speculare», di manipolazione del mercato, dove «non viene sfruttata l'informazione vera riservatamente posseduta, ma creata e diffusa una notizia falsa, parimenti in grado di alterare la rappresentazione del rischio» da parte degli operatori all'interno del particolare contesto in cui le transazioni hanno luogo. Sotto un ulteriore profilo, anch'esso collegato all'idea (v. *retro*, par. 2 e nt. 24) secondo la quale le dinamiche sul piano interpersonale dovrebbero rispecchiarsi nella configurazione dei tipi di illecito, viene infine da soggiungere che tale scelta sembrerebbe suggerire (nel rispetto, beninteso, dei criteri di ragionevolezza e di *extrema ratio*), una più intensa valorizzazione di fattispecie di tipo omissivo: venendosi in tal modo ad attribuire consistenza giuridica a quell'afflato in chiave di 'cura dell' Altro' che permea la riflessione di grandi pensatori del nostro tempo (istruttive in proposito, nell'ottica nell'importanza attribuita all' obbligo verso gli altri, le considerazioni di T. Greco, *La bilancia e la croce*, Torino 2006, spec. 144 ss., in sede di analisi e di approfondimento delle concezioni di Simone Weil).

generalpreventivo poste alla base della previsione incriminatrice. Al qual proposito, mette conto sottolineare, in particolare – facendo tesoro dell'ammonimento di studiosi quali Forti[70] e Pulitanò[71] – che il giudizio di disvalore insito nel precetto, se non può prescindere dalla comminatoria di una determinata sanzione, non richiede, tuttavia, necessariamente, che detta pena debba protendersi sull' intera vicenda conseguente all' illecito; la questione della sanzione si presta a venire riconsiderata, riesaminata, 'diacronicamente' ridiscussa e criticamente vagliata, nella misura in cui le finalità dell'ordinamento possano essere soddisfatte per altra via, a maggior ragione laddove questa venga ad incarnarsi nel contributo attivo da parte della stessa persona del colpevole al ristabilimento, sia pure *a posteriori*, delle condizioni di base in cui si esprime il senso della tutela. In questa prospettiva, non sembrerebbe, d'altro canto, meritevole di accoglimento la linea di tendenza, recentemente valorizzata[72], a configurare la prescrizione *ex lege* di condotte riparatorie nella forma di autonome opzioni sanzionatorie previste in alternativa alla pena carceraria. In effetti, pare difficile negare come una scelta del genere vada incontro ad un duplice ordine di obiezioni[73]. Da un lato, di fronte alla domanda di giustizia pur sempre diffusa all'interno della collettività (e alla luce dell'imperativo, perennemente valido, di sapersi "confrontare", pur razionalmente, "con l'irrazionale", senza cedere alle lusinghe dell' utopia di una società perfetta) sembra discutibile porre a rischio la credibilità *ex ante* – in guisa di "punto di partenza"[74] del controllo penale – di una dimensione precettiva associata alla minaccia di sanzioni tipologicamente circoscritte e maggiormente 'espressive' in termini di disvalore (al più, potendo essere adottato, *inter alia*, come suggerito dalla nota legge-delega n. 67 del 2014, il modello della detenzione domiciliare[75]). Dall'altro lato, la stessa indole delle condotte riparatorie sembra porsi maggiormente in linea con una valutazione dinamica degli sviluppi successivi al reato, volta a far emergere – nella logica, per l'appunto, della *non punibilità* – il significato di quella scelta di 'controazione' rispetto all'illecito (opportunamente vagliata dall'organo giurisdizionale) da cui possa evincersi la caduta delle esigenze generalpreventive (come pure di prevenzione speciale) sottese alla pena originariamente stabilita.

7. Una disamina più articolata dei percorsi e delle modalità attraverso le quali i fenomeni del c.d. 'postfatto' risultano disciplinati nel nostro sistema (fenomeni che si sono andati diffondendo proprio nell'ultimo decennio, conducendo a sperimentare anche determinate forme di 'sospensione del processo' al fine di consentire l'attivazione di percorsi riparatori) si porrebbe, a questo punto, decisamente oltre i limiti dello spazio tematico che ci eravamo proposti di attraversare.
Piuttosto, vorremmo concludere le presenti note rievocando, ancora una volta, il pensiero di Francesco Carrara, da Questi sviluppato, tra l'altro, proprio in relazione a una tipica figura di causa

[70] V. G. Forti, *Una prospettiva "diabolicamente umana" sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale*, in *La pena, ancora*, I, cit., 195 ss.
[71] D. Pulitanò, *Minacciare*, cit., 7 ss., 19, 22 ss.
[72] Cfr. M. Dova, *Pena prescrittiva*, cit., 254 ss. Ammette una molteplicità di 'ruoli' delle condotte riparative C. Ruga Riva, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell'ambiente*, in *La pena, ancora*, II, cit., 737 ss. Teme una sostanziale attribuzione alle condotte riparatorie di una dimensione punitiva D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano 1999, 552 ss.; Id., *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in *Ruolo e tutela della vittima*, cit., 148 ss. Sul rischio di 'snaturamento' della fisionomia della tutela derivante dalla sola previsione del risarcimento del danno v., infine, autorevolmente, M. Romano, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in *La pena, ancora*, II, cit., 517 ss.
[73] Per alcune critiche al modello v., d'altronde, F. Palazzo, *Presente, futuro*, cit., 545.
[74] Cfr. ancora D. Pulitanò, *Minacciare*, cit., 19.
[75] V. a tale riguardo gli approfondimenti di F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme antiche e recenti*, in *RIDPP* 2014, 170 ss.

(sopravvenuta) di non punibilità che ben può considerarsi il prototipo delle condotte con funzione 'reintegratoria', ossia quella (applicabile al tentativo) fondata sulla scelta di impedire la consumazione del reato.

Premessa fondamentale dell'intera questione è la compiuta teorizzazione, ad opera dello stesso Carrara, della figura del c.d. 'danno mediato', rappresentato dal pericolo – *ritenuto essenziale ai fini della punibilità* – che il reato possa *ripetersi*, costituendo tale circostanza la fonte di uno stato di timore presso i cittadini onesti e un potenziale incentivo, per lo stesso colpevole o per chiunque fosse tentato di imitarlo, rispetto ad ulteriori comportamenti *contra legem*[76].

Questa 'ripetibilità' del delitto è stata talora equivocata nel suo peculiare significato: come quando si è obiettato che il senso della pena dovrebbe finalisticamente dirigersi, in una corretta visione del suo ruolo preventivo, verso la (non) commissione, *già la prima volta*, del fatto legalmente previsto[77]. In realtà, Carrara intendeva scavare più a fondo negli stessi presupposti di legittimazione (a livello sociale e 'politico') della scelta di fare ricorso alla pena. Ci voleva dire che, quando la pena non è *necessaria* – perché quella possibile ripetizione del fatto deve considerarsi inattuale – ecco che, come egli stesso afferma, sarebbe socialmente ingiustificato insistere nel farla seguire alla minaccia[78]. Il che appunto avverrebbe riguardo alla condotta 'sopravvenuta' poc'anzi richiamata: «grazie ad essa il danno mediato» – Egli afferma – «risulta "annientato", dal momento che la controazione volontariamente esplicata dimostra che l'andamento dei fatti è tale dal non poter "turbare di un atomo" la sicurezza dei consociati; "e sarebbe" altresì "puerile"» – aggiunge infine l'Autore – «che da quanto è accaduto "potessero trarre argomento di audacia i malvagi"»[79].

La necessità della pena: ecco la parola d'ordine da cui si dirama la stessa scelta di dare finalmente ingresso alla giustizia riparatrice (sia pur in senso lato); la quale, a sua volta, e più ancora che ogni altra soluzione tendente alla riduzione del 'penale', effonde in quel principio direttivo la vivida luce di un 'personalismo' in grado di abbracciare ad un tempo le esigenze della vittima del reato e le *chances* di un 'riscatto' effettivo da parte dell'autore dell'illecito.

[76] Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna 1993, 118 ss., 411 ss.
[77] V. G. De Vero, *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in *Scritti per Federico Stella*, cit., 50, 63, 69.
[78] Cfr. F. Carrara, *Programma*, cit., 411 e 491.
[79] V. ancora F. Carrara, *Programma*, cit., 253.

CRIMINE ORGANIZZATO E PANDEMIA: L'INTERVENTO PROGRAMMATICO DELLA "RISOLUZIONE FALCONE"

di Claudio Orlando
Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Messina

Il ventesimo anniversario della Convenzione di Palermo ha rappresentato una significativa occasione per saggiare la qualità dell'impegno congiunto degli Stati membri nella lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso. In questa cornice è stata approvata all'unanimità dalla Conferenza delle Parti la c.d. "Risoluzione Falcone", un documento dedicato al legato del magistrato Giovanni Falcone che affronta il delicatissimo problema dell'infiltrazione mafiosa nell'economia legale, proponendo strumenti e strategie di contrasto. Il presente elaborato mira ad analizzare il fondamentale contributo offerto dalla Risoluzione nel contrasto alla criminalità organizzata, proponendo un'analisi critica sulle soluzioni offerte per contrastare il sempre più endemico fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'economia legale, reso ancora più allarmante dal dilagare della corrente emergenza pandemica.
The twentieth anniversary of the adoption of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime has provided a remarkable opportunity for renewing the joint commitment of the international community in the fight against organized crime. Within this legal framework, the Conference of the Parties approved the so-called "Falcone Resolution", a document entirely devoted to the magistrate Giovanni Falcone, whose work and sacrifice paved the way for the adoption of the Convention. Among other difficult challenges, the "Falcone Resolution" deals with the crucial problem of mafia infiltrations into licit economy. This study analyses the contribution provided by the Resolution to the fight against transnational organized crime during the current pandemic emergency, emphasizing the solutions offered by the document in order to preventing and combating mafia-type endeavours.

SOMMARIO: 1. La Risoluzione Falcone e le nuove prospettive in tema di cooperazione giudiziaria nella lotta alla criminalità transnazionale. –2. L'infiltrazione mafiosa nel tessuto dell'economia legale e le nuove strategie di contrasto. – 3. Tecniche investigative speciali e moderne tecnologie: la sorveglianza elettronica. – 4. Le misure di prevenzione patrimoniali: la rinnovata portata assiologica della *non-conviction based confiscation*. – 5. Il reimpiego per usi sociali e la restituzione ai legittimi proprietari delle attività rilevate con metodo mafioso. – 6. Riflessioni conclusive: una Risoluzione per il futuro.

1. Il ventesimo anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, celebratosi lo scorso novembre, ha rappresentato una significativa occasione per saggiare la qualità dell'impegno congiunto della comunità internazionale nella prevenzione e nel contrasto al sempre più endemico fenomeno della criminalità organizzata.
Senza dubbio, la crescente preoccupazione derivante dall'impatto negativo della criminalità sulle istituzioni democratiche e sul loro corretto funzionamento impone un ripensamento delle dinamiche relative alla cooperazione internazionale, nell'ottica di una più razionale armonizzazione degli apparati normativi in materia e di una più efficace «attuazione attraverso forme di collaborazione istituzionale e coordinata»[1].

[1] Sull'esigenza di provvedere ad una razionale armonizzazione delle dinamiche relative alla cooperazione internazionale in tema di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale cfr. AA. VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G. De Francesco, Torino 2001, 7 s.

L'esigenza espressa da parte degli Stati firmatari della Convenzione di dare un forte segnale nella lotta al crimine organizzato transnazionale si è tradotta nell'approvazione all'unanimità, durante la Conferenza delle Parti sulla Convenzione ONU contro la criminalità transnazionale del 16 ottobre 2020, di due documenti presentati dall'Italia, uno dei quali dedicato al legato del magistrato Giovanni Falcone e che costituisce l'oggetto della presente indagine, la c.d. "Risoluzione Falcone". Denso di significato, anche e soprattutto per la sua rarità, appare il riferimento ad una specifica persona in una risoluzione ONU, in quanto sottolinea la valenza universale dell'operato del giudice, «*whose work and sacrifice paved the way for the adoption of the Convention*»[2].
Vero e proprio pioniere di un metodo d'indagine che vedeva nel lavoro in *pool* e nella cooperazione giudiziaria internazionale i suoi cardini, Giovanni Falcone elaborò la celebre strategia investigativa "*follow the money*" per scandagliare il livello dell'infiltrazione mafiosa nel tessuto sociale e imprenditoriale; strategia che con la risoluzione viene estesa su scala globale per far fronte alle conseguenze sul piano economico che tale condotta determina. È la prima volta che una risoluzione dell'ONU fa specifico riferimento alla "dimensione economica" della criminalità organizzata transnazionale, sottolineando così l'importanza di una cooperazione sempre più profonda per far fronte alle nuove sfide che emergono nell'odierno panorama mondiale.
Data la vastità e la complessità delle questioni che il documento affronta, risulta necessario delimitare l'area d'indagine del presente contributo ad uno specifico aspetto trattato dalla Risoluzione Falcone: le conseguenze socioeconomiche derivanti dalla corrente emergenza pandemica e le misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa nella c.d. "*licit economy*".
Certamente il Covid-19 ha creato (e sta tuttora creando) nuove opportunità per i gruppi criminali, i cui interessi si stanno via via allargando ai principali settori deputati al contrasto dell'attuale emergenza sanitaria, quali quelli incaricati dell'erogazione delle misure di sostegno nei confronti delle categorie di soggetti più penalizzati e della somministrazione dei servizi di sanificazione per le strutture commerciali. In tale contesto emergono delicatissimi problemi per l'ordine e la sicurezza pubblica: i sodalizi criminali, come è noto, dispongono di ingenti somme di denaro e possono investire e trasformare i propri proventi di attività illecita in "*licit economy*", rilevando imprese e attività economiche in sofferenza. Desta molta preoccupazione, peraltro, il pericolo che la criminalità organizzata riesca ad insinuarsi nelle maglie, sinora troppo sfilacciate, della campagna vaccinale che sta interessando al momento tutti i Paesi colpiti dal coronavirus. Ed è proprio in relazione a queste problematiche che la Risoluzione sottolinea «*the importance of finding effective ways to address these challenges*»[3].
Sulla scorta di queste riflessioni sorge spontaneo interrogarsi sull'effettiva portata di questa statuizione. A ben vedere, non si tratta solo di un'enunciazione di carattere generale, ma di un vero e proprio orientamento di politica giudiziaria da attuare attraverso una serie di misure concrete[4]. Il documento, infatti, espande ai massimi livelli la rilevanza della Convenzione siglata a Palermo nel 2000, incoraggiando gli Stati a utilizzarla «*as a legal basis for effective international*

[2] Queste le parole utilizzate nella Risoluzione per sottolineare l'impegno del magistrato Giovanni Falcone nella lotta al crimine organizzato transnazionale: si veda, in merito, CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, in https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/CTOC-COP-session10/draft-resolutions-and-decisions.html.
[3] Cfr. sul punto CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Expressing serious concern that the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and its socioeconomic implications create new opportunities for organized criminal groups and bring new challenges to the fight against transnational organized crime, and stressing the importance of finding effective ways to address these challenges, including through the effective implementation of the Convention and the Protocols thereto, during and after the pandemic*».
[4] A. Balsamo, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, in *Sistema Penale* 2020, 8.

cooperation»[5]. Viene così valorizzata su scala globale l'importanza di una cooperazione sempre più stringente volta a privare i gruppi criminali dei proventi derivanti dalle attività criminose al fine di reimpiegarli per usi sociali.
Il presente elaborato mira ad analizzare il fondamentale contributo offerto dalla Risoluzione Falcone nella lotta al crimine organizzato transnazionale, proponendo qualche riflessione critica sulle soluzioni offerte per contrastare il sempre più endemico fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nell'economia legale, reso ancora più allarmante dal dilagare della corrente emergenza pandemica.

2. Ora, qualunque riflessione si voglia condurre su tali questioni deve necessariamente muovere da una precisazione di carattere metodologico, assunta tradizionalmente dagli Stati firmatari della Convenzione quale premessa dell'approccio adottato in questo ambito tematico: a fronte del carattere transnazionale, se non addirittura afrontaliero, assunto dalla criminalità organizzata, le strategie e gli strumenti di contrasto non possono più essere pensati seguendo una prospettiva esclusivamente nazionale, bensì secondo un'impostazione di respiro internazionale che consenta ai soggetti coinvolti di lavorare in stretta sinergia. Ed è proprio questo il metodo che è stato utilizzato in sede di redazione del documento e che è stato accolto con grande favore dagli Stati firmatari della Convenzione. Infatti, la Risoluzione Falcone sottolinea la necessità di adottare una strategia comune di indagine volta a realizzare nuove forme di cooperazione giudiziaria, indispensabili per contrastare l'infiltrazione dei fenomeni criminali nell'economia legale[6].
Il *Report* del 15 settembre 2020 dell'Organismo permanente di monitoraggio ed analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità organizzata di tipo mafioso, nell'analizzare «l'andamento della delittuosità nella fase pandemica a livello internazionale», ha evidenziato degli evidenti profili problematici per l'ordine pubblico, da ricondurre principalmente all'operatività sul mercato delle associazioni criminali[7]. In particolare, è stato evidenziato come le organizzazioni criminali stiano sfruttando la corrente emergenza sanitaria per rilevare attività economiche e commerciali in sofferenza al fine di trasformare in "*licit economy*" le proprie risorse che costituiscono provento di reato.
Durante il *lockdown* il crimine organizzato ha continuato ad agire sottotraccia, approfittando della generale situazione di urgenza per cementare ulteriormente la sua influenza nei contesti sociali in difficoltà. La grande disponibilità di denaro, infatti, ha consentito alle associazioni criminali di accrescere il proprio consenso sociale tramite una costante attività di assistenza fornita a privati e imprese in difficoltà finanziaria, accrescendo così il pericolo che le piccole e medie imprese possano essere assorbite dalla criminalità, divenendo strumento per riciclare e reimpiegare capitali illeciti[8]. Questa progressiva attività di mimetizzazione delle associazioni mafiose nell'economia legale desta ancor più preoccupazione soprattutto nella misura in cui la si guardi in una cornice transnazionale: il denaro "sporco", una volta "ripulito" mediante l'ingresso nella "*licit economy*"

[5] Così CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Encourages States parties to make use, where appropriate and applicable, of the Convention as a legal basis for effective international cooperation*».
[6] Cfr. A. Balsamo, *Le tecniche investigative speciali e le loro potenzialità sul piano internazionale*, in *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, a cura di A. Balsamo, A. Mattarella, R. Tartaglia, Torino 2020, 289.
[7] V. *Report* 4/2020 dell'Organismo permanente di monitoraggio ed analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità organizzata di tipo mafioso, in https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-03/report_4_2020.pdf.
[8] Cfr. sul punto l'ultima relazione semestrale (Gennaio – Giugno 2020) della Direzione Investigativa Antimafia, in https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it.

di uno Stato viene con frequenza reimpiegato in uno Stato diverso per dare il via a nuove attività criminose.
Per cercare di fronteggiare efficacemente tale fenomeno la Risoluzione Falcone delinea una strategia specifica, invitando gli Stati firmatari a "seguire il denaro" con strumenti di indagine finanziaria[9] e tecniche investigative speciali[10] e ad utilizzare la Convenzione di Palermo come base giuridica per un'efficace cooperazione internazionale finalizzata al sequestro e alla confisca dei proventi di attività illecita, svincolandone i risultati da un'effettiva condanna penale[11].

3. La progressiva trasformazione del *modus operandi* della criminalità organizzata nel corso della pandemia certamente impone un corrispondente mutamento delle strategie d'indagine. In questa cornice, rilevanza pregnante assume la regolamentazione contenuta nell'art. 20 della Convenzione di Palermo in materia di tecniche investigative speciali, che prevede la possibilità per ciascuno degli Stati firmatari di utilizzare strumenti d'indagine speciali per fronteggiare efficacemente la criminalità organizzata[12]. Queste ultime si contraddistinguono rispetto ai metodi di indagine tradizionali perché richiedono per il loro impiego delle competenze specializzate e, talora, conoscenze e strumenti tecnologici avanzati[13]. Come vedremo, con l'approvazione all'unanimità della Risoluzione Falcone la predetta disposizione acquista una rinnovata portata assiologica.
In questa prospettiva, infatti, l'impiego di moderne tecnologie nella ricerca della prova può determinare una vera e propria svolta nella lotta alla criminalità transnazionale, in quanto permette la raccolta di una immensa mole di dati che consentono di ricostruire le abitudini, gli stili di vita e gli interessi delle persone sottoposte alle indagini; elementi, questi ultimi, «che possono rappresentare un corollario indiziario estremamente importante ai fini processuali»[14]. La

[9] In merito v. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Calls upon States parties to effectively address links between organized crime and other serious crimes which fall within the scope of application of the Convention, including corruption and money-laundering, as well as illicit financial flows related to proceeds of crimes covered by the Convention*»; «*Calls upon States parties, in accordance with the fundamental principles of their domestic legislation and with article 4 of the Convention, to conduct proactive investigations, including by investigating the movements of proceeds of crime and using financial investigative tools, in order to identify and disrupt any possible linkages between existing and emerging manifestations of transnational organized crime, money-laundering and the financing of terrorism, and effectively prosecute those crimes, in accordance with their national legislation*».
[10] Sul punto CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Encourages States parties to make effective use of special investigative techniques for the purpose of effectively combating organized crime, in particular for targeting the proceeds and property derived from such crimes, and also encourages States parties to conclude, when necessary, appropriate bilateral or multilateral agreements or arrangements for the use of such techniques in the context of cooperation at the international level, in accordance with article 20, paragraph 2, of the Convention, in full compliance with the principle of sovereign equality of States*».
[11] Cfr. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Encourages States parties to make use, where appropriate and applicable, of the Convention as a legal basis for effective international cooperation for the purposes of the timely freezing, seizure, confiscation and disposal, including the return, of proceeds of crimes falling within its scope of application, including any property derived from or obtained through, directly or indirectly, the commission of an offence, in conviction-based and, where appropriate and in accordance with their domestic law, non-conviction-based proceedings, including in considering returning such proceeds to their legitimate owners*».
[12] Sul punto A. Balsamo, *Le tecniche investigative speciali e le loro potenzialità sul piano internazionale*, cit., 289.
[13] Cfr. *Digesto di casi di criminalità organizzata. Raccolta commentata di casi e lezioni apprese dell'UNODC*, New York, 2012, 45; A. Balsamo, *Le tecniche investigative speciali e le loro potenzialità sul piano internazionale*, cit., 290.
[14] Così S. Quattrocolo, *Equità del processo penale e* automated evidence *alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* 2019, 1, 111; cfr. sul punto U. Pagallo-S. Quattrocolo, *Fair trial and the Equality of Arms in an Algorithmic Society*, in *Global Law. Legal Answers for Concrete Challenges*, a cura di M.L. Labate Mantovanini Padua Lima-J. Garcez Ghirardi, Porto 2018, 261 ss.

Risoluzione incoraggia gli Stati firmatari della Convenzione «*to make effective use of special investigative techniques for the purpose of effectively combating organized crime, in particular for targeting the proceeds and property derived from such crimes*»[15].
Nel novero delle tecniche investigative speciali assume rilevanza centrale la c.d. "sorveglianza elettronica", la quale ricomprende tutti gli strumenti più avanzati di ricerca della prova, come il c.d. "captatore informatico"[16], «che sono capaci di realizzare, attraverso un meccanismo tecnologico di semplice implementazione (in particolare, un programma del tipo *trojan horse* installato in modo occulto su un dispositivo elettronico come un *personal computer*, un *tablet* o uno *smartphone*) l'insieme degli effetti di una pluralità di mezzi di ricerca della prova sia tipici che atipici»[17]. Si tratta di tecnologie investigative che sono in grado di realizzare un vero e proprio salto di qualità nell'ambito delle indagini in materia di criminalità organizzata transnazionale, in quanto consentono di ottenere una quantità esponenziale di dati e informazioni in tempi significativamente più brevi rispetto ai mezzi di ricerca della prova tradizionali[18].
È d'obbligo evidenziare, tuttavia, che l'utilizzo di tale strumentazione pone delicatissimi problemi di tutela dei diritti fondamentali della persona. Infatti, l'intrinseco carattere invasivo che contraddistingue gli strumenti investigativi speciali li rendi idonei ad incidere su libertà apicali dell'individuo, quali il diritto al rispetto della vita familiare e privata, il diritto alla segretezza e alla libertà delle comunicazioni e la libertà di domicilio[19]. Non vanno sottaciuti, peraltro, quei diritti di nuovo conio che, al giorno d'oggi, costituiscono parte integrante del patrimonio dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona, quali il diritto alla riservatezza informatica e al rispetto del domicilio digitale[20]. Nel panorama giuridico europeo, il principale paradigma di riferimento è rappresentato dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale stabilisce espressamente che diritti di così alto rango possono subire restrizioni solo al ricorrere di situazioni

[15] Così si esprime la Risoluzione Falcone per incoraggiare gli Stati firmatari ad utilizzare in modo efficace le tecniche investigative speciali: v. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.; cfr. A. Balsamo, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, cit., 17.
[16] «Il captatore informatico è un *software* costituito da due moduli principali: l'uno è un programma in grado di infettare un dispositivo bersaglio, l'altro è un sistema capace di controllare a distanza il dispositivo stesso» così D. Foti, *La nuova disciplina del captatore informatico. Un disfunzionale equilibrio?*, in *PPG* 2021, 202. La letteratura in materia è vastissima: cfr., *ex multis*, A. Balsamo, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, cit., 18; A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *CP* 2016, 2275; P.P. Rivello, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Torino 2018, 102 ss.; F. Ruggieri, *L'impatto delle nuove tecnologie informatiche: il captatore informatico. L'art. 1 c. 84 lett. e del d.d.l. Orlando: attuazione e considerazioni di sistema*, in *JusOnline* 2017, 359; P. Tonini, *I captatori informatici*, in *JusOnline* 2017, 373; M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *DPP* 2015, 1163 ss.
[17] M.A. Sabbatini-A. Balsamo, *Verso un nuovo ruolo della Convenzione di Palermo nel contrasto alla criminalità transnazionale. Dopo l'approvazione del Meccanismo di Riesame ad opera della Conferenza delle Parti*, in *DPenCont* 2018, 127; v. A. Balsamo, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, cit., p. 18; A. Balsamo, *Le tecniche investigative speciali e le loro potenzialità sul piano internazionale*, cit., 304.
[18] Significativo, in tema, quanto affermato a pagina 21 del *Legal Frameworks for hacking by Law Enforcement: Identification, Evalutation and Comparison of Practices*, in https://www.europarl.europa.eu: «*the use of hacking techniques will bring improvements in investigative effectiveness*».
[19] Cfr. P. Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, in *DPP* 2009, 401 ss.
[20] Sul punto R. Flor, voce *Riservatezza informatica*, in *www.treccani.it/enciclopedia* 2017; cfr. M. Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, in *RIDPP* 2011, 288 ss.; A. Vele, *Documento informatico e tutela della riservatezza nel processo penale: aspetti problematici*, in *AP* 2018, 6 s.

di stretta necessità[21] e nel pieno rispetto del principio di proporzionalità[22]. In dottrina si sostiene che la «necessità si traduce in un "*pressing social need*", condizione necessaria per la giustificazione dell'intrusione nell'area della privatezza individuale, la quale, tuttavia, esprime un valore relativo, poiché misurato e misurabile soltanto in relazione all'obiettivo che si intende raggiungere attraverso l'intrusione medesima»[23]. Pertanto, l'utilizzo delle moderne tecnologie da parte degli organi inquirenti dovrebbe inevitabilmente essere preceduto da un accertamento perimetrato sulla valutazione di effettiva indispensabilità dell'impiego di strumenti così invasivi sul piano dei diritti che assumono rilevanza nel contesto nel quale lo strumento deve essere utilizzato[24].

Se, a primo acchito, sembra che la Risoluzione Falcone non dia particolare attenzione a questo profilo, occorre evidenziare che della stessa si deve dare una lettura alla luce delle Convenzioni sui diritti umani elaborati in seno all'Organizzazione delle Nazioni Unite[25]. Pertanto, l'invito a fare "uso effettivo" delle tecniche legislative speciali deve essere certamente interpretato da parte degli Stati membri tenendo in considerazione i diritti e le libertà fondamentali riconosciute all'individuo nelle carte internazionali dei diritti.

Ora, se questo è il programma della Risoluzione, sorge spontaneo domandarsi come rendere effettivo l'utilizzo di tale strumentazione. A ben vedere, l'intento dichiarato nel documento di utilizzare la Convenzione come base legale per una più efficace cooperazione internazionale in ambito investigativo si traduce in un invito[26] agli Stati firmatari di adoperare un'applicazione congiunta dell'art. 20 e delle disposizioni relative alle indagini comuni[27] e all'assistenza giudiziaria reciproca[28], nell'ottica di «superare gli ostacoli che si frappongono alla raccolta delle prove nei

---

[21] Tra le situazioni di stretta necessità che giustificano un'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio di tali diritti, l'art. 8 Cedu fa specifico riferimento alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

[22] Sul punto v. S. Quattrocolo, *Equità del processo penale e* automated evidence *alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 111.

[23] Così S. Quattrocolo, *Equità del processo penale e* automated evidence *alla luce della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 112; in tema v. F. Caprioli, *Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2017, 3984.

[24] Cfr. C. eur. GC, 4.12.2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, § 112; v. anche C. eur., 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*.

[25] Si pensi ad esempio al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (ICCPR), il quale contiene importanti garanzie volte a proteggere le libertà fondamentali di ogni individuo. Cfr. in tema Javier Dondé Matute, *The Inter-American System of Human Rights and Transnational Inquiries*, in *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, a cura di S. Ruggeri, Cham 2013, 41 ss.

[26] Sul punto v. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Invites States parties to consider establishing, in accordance with their domestic law, mechanisms that allow for the most effective and expeditious international cooperation, in particular in the spheres of mutual legal assistance and extradition, in order to tackle transnational organized crime, such as appointing liaison officers, magistrates or prosecutors, enabling the enhanced coordination of cross-border investigations and creating joint investigation bodies that make use of modern technologies, in accordance with applicable international law, including on human rights, as well as the rule of law and domestic legislation*».

[27] Cfr. art. 18, co. 1, Convenzione di Palermo: «Gli Stati Parte si concedono reciprocamente la più ampia assistenza giudiziaria in materia di indagini, azione penale e procedimenti giudiziari per i reati di cui alla presente Convenzione così come previsto dall'articolo 3 ed estendono reciprocamente analoga assistenza nel caso in cui lo Stato Parte richiedente abbia fondati motivi di sospettare che il reato di cui all'articolo 3, paragrafo 1 (a) o (b), sia di natura transnazionale, comprese le ipotesi in cui le vittime, i testimoni, i proventi, gli strumenti o le prove relativi a tali reati si trovino nello Stato Parte richiesto e che nel reato sia coinvolta un gruppo criminale organizzato».

[28] Cfr. art. 19 Convenzione di Palermo: «Gli Stati Parte valutano l'opportunità di stringere di accordi o intese bilaterali o multilaterali per mezzo dei quali, rispetto a questioni oggetto di indagini, azioni penali o procedimenti giudiziari in uno o più Stati, le autorità competenti interessate possono creare organi investigativi comuni. In mancanza di tali

procedimenti penali transnazionali e di predisporre un quadro di *standard* internazionali che rafforzino le funzionalità e, al tempo stesso, le garanzie, per le nuove tecniche investigative»[29]. Inserire la regolamentazione in materia di sorveglianza elettronica nel più ampio spettro della cooperazione giudiziaria internazionale, infatti, dovrebbe consentire in qualche modo di risolvere i dubbi concernenti l'assenza di una base giuridica legale[30] che renda legittimo l'utilizzo delle tecnologie avanzate su obiettivi situati all'estero, rendendo così effettivo l'impianto normativo formulato dalla Convenzione negli anni 2000. Un tale inquadramento, pertanto, potrebbe rappresentare un'arma fondamentale per abbattere questa moderna "cortina di ferro" determinata dalla progressiva attività di mimetizzazione e di infiltrazione delle associazioni criminali nella economia legale.
Questo assetto assume rilevanza ancor più pregnante in considerazione del fatto che la Risoluzione Falcone non solo incoraggia gli Stati parte ad un utilizzo effettivo di tali strumenti, ma li invita anche a siglare accordi bilaterali o multilaterali «*for the use of such tecniques in the context of cooperation at the international level*»[31], affinché le potenzialità intrinseche di questi ultimi possano essere sfruttate appieno nella lotta alla criminalità organizzata transnazionale.
La portata innovativa di tale documento, pertanto, apre degli scenari del tutto inesplorati nella lotta alla criminalità organizzata, sia sotto il versante delle modalità di ricerca della prova, sia sotto il profilo di una progressiva globalizzazione dei metodi e delle strutture deputate alle attività di contrasto.

4. Per cercare di fronteggiare efficacemente la nuova dimensione economica della criminalità organizzata transnazionale e i crescenti rischi determinati dalla corrente emergenza pandemica[32], la Risoluzione Falcone non si limita soltanto ad incoraggiare un'implementazione dell'impiego delle moderne tecnologie in sede investigativa, ma invita, inoltre, gli Stati firmatari ad utilizzare la Convenzione come base legale per una più efficace cooperazione internazionale ai fini della tempestiva esecuzione delle misure di prevenzione patrimoniali incidenti sulle risorse che costituiscono provento di reato[33].

---

accordi o intese, si possono intraprendere indagini comuni sulla base di accordi caso per caso. Gli Stati Parte coinvolti assicurano il pieno rispetto della sovranità dello Stato Parte nel cui territorio tale indagine ha luogo».

[29] A. Balsamo, *Le tecniche investigative speciali e le loro potenzialità sul piano internazionale*, cit., 289.

[30] La dottrina ha rilevato che «in mancanza di una base giuridica adeguata che ne consenta l'impiego su obiettivi situati all'estero, la sorveglianza elettronica rischia di divenire un'arma spuntata: i confini nazionali, che non riescono a frenare la estrema mobilità dei traffici illeciti, imbriglierebbero inflessibilmente la più moderna attività investigativa», così si esprime A. Balsamo, *Le tecniche investigative speciali e le loro potenzialità sul piano internazionale*, cit., 306; v. anche M.A. Sabbatini-A. Balsamo, *Verso un nuovo ruolo della Convenzione di Palermo nel contrasto alla criminalità transnazionale. Dopo l'approvazione del Meccanismo di Riesame ad opera della Conferenza delle Parti*, cit., 127.

[31] Così CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*… encourages States parties to conclude, when necessary, appropriate bilateral or multilateral agreements or arrangements for the use of such techniques in the context of cooperation at the international level, in accordance with article 20, paragraph 2, of the Convention, in full compliance with the principle of sovereign equality of States*».

[32] Cfr. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Stressing the importance, in the fight against transnational organized crime, of denying organized criminal groups the proceeds of their crime, and of the need to strengthen efforts, including through international cooperation, to address the economic dimensions and manifestations of transnational organized crime*». «*Seriously concerned about the penetration of organized criminal groups into the licit economy and, in this regard, the increasing risks relating to the socioeconomic implications of the COVID-19 pandemic*».

[33] Cfr. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Encourages States parties to make use, where appropriate and applicable, of the Convention as a legal basis for effective international cooperation for the purposes of the timely freezing, seizure, confiscation and disposal, including the return, of proceeds of crimes falling within its scope of application,*

In questa prospettiva, rilevanza centrale assume quella categoria di misure di carattere preventivo che prescindono da una condanna in sede penale: la *non-conviction based confiscation*. Si tratta di un particolare tipo di «confisca che viene adottata alla conclusione di un "processo sul patrimonio" in cui l'accertamento giurisdizionale si concentra sugli aspetti economici di un intero fenomeno criminale»[34]. Nell'ambito di questo sistema rientrano, oltre alle misure di prevenzione patrimoniali tipiche dell'ordinamento italiano, la confisca *in rem* e la *civil forfeiture*, la quale viene applicata maggiormente nei sistemi di *common law*[35].

La *non-conviction based confiscation*, nelle sue varie estrinsecazioni, rappresenta da anni uno degli strumenti più importanti per l'azione di contrasto all'infiltrazione mafiosa nel tessuto economico-sociale, in quanto consente di colpire al cuore le organizzazioni criminali aggredendone le ricchezze e i patrimoni accumulati in maniera illecita[36]. Tuttavia, l'acclarata rilevanza applicativa di queste misure incontra il problema della loro effettiva esecuzione una volta oltrepassati i confini nazionali. A livello sovranazionale questo profilo è stato di recente interessato da un intervento dell'Unione Europea che, con il Regolamento 2018/1805, ha disciplinato la materia del reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca adottati a livello domestico[37]. In particolare, il considerando n. 13 prevede espressamente che il regolamento si applica a tutti i provvedimenti di congelamento e confisca emessi nel quadro di un procedimento in materia penale[38].

In dottrina è stato sostenuto che, trattandosi di una confisca applicata in un procedimento in materia penale, e quindi connesso a un reato, tale normativa dovrebbe coprire anche quelle «forme di confisca senza condanna dei patrimoni di sospetta origine criminale»[39]. Ora, sebbene tale inquadramento rappresenti una grande conquista sotto il profilo della cooperazione internazionale nell'attività di contrasto alla criminalità organizzata, in quanto consente di assicurare il riconoscimento e l'esecuzione delle suddette misure anche all'estero, occorre evidenziare che il considerando in esame estromette dal campo di applicazione del regolamento i provvedimenti di sequestro e confisca emessi nel quadro di procedimenti in materia civile e amministrativa, escludendo dunque la copertura regolamentare nei confronti di tutte quelle misure di prevenzione patrimoniali adottate in sede extrapenale. Ciò pone delicatissimi problemi sul versante dell'efficacia dell'attività di contrasto alla nuova dimensione assunta dagli odierni fenomeni criminali, in quanto viene significativamente delimitata la portata applicativa di tali strumenti.

---

including any property derived from or obtained through, directly or indirectly, the commission of an offence, in conviction-based and, where appropriate and in accordance with their domestic law, non-conviction-based proceedings, including in considering returning such proceeds to their legitimate owners».

[34] A. Balsamo, *Le misure patrimoniali tra armonizzazione e cooperazione giudiziaria internazionale*, in *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, a cura di A. Balsamo, A. Mattarella, R. Tartaglia, cit., 258; in tema v. A.M. Maugeri, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di processo al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *RIDPP* 2017, 559 ss.; F. Tagliarini, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *IP* 1974, 382; T. Padovani, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *RIDPP* 1995, 334 ss.

[35] Cfr. T. Trinchera, *Confiscare senza punire?*, Torino 2020, 259 ss.

[36] Sul punto G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano 2008, 98 ss.

[37] In tema v. T. Trinchera, *Confisca senza condanna e diritto dell'Unione Europea: nessun vincolo per il legislatore nazionale*, in *RIDPP* 2020, 3, 1637 ss.

[38] Cfr. Regolamento UE 2018/1805, considerando n. 13.

[39] Così A.M. Maugeri, *Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *DPenCont* 2019, 34 ss.

Tuttavia, è proprio su questa cornice che si può apprezzare, a distanza di vent'anni, l'intrinseca modernità della Convenzione di Palermo[40]. L'esigenza di garantire il reciproco riconoscimento e l'esecuzione al di fuori dei confini nazionali dei provvedimenti di congelamento e confisca di qualsivoglia natura, sia penale che extrapenale, trova conferma nell'art. 13 della Convenzione[41]. Quest'ultimo, nel prevedere degli specifici obblighi[42] ascritti agli Stati parte nell'ottica di una più intensa cooperazione internazionale in materia di congelamento e confisca, non fa alcun riferimento alla natura del procedimento nel quale tali provvedimenti entrano in gioco, aderendo pienamente, così, a quelle nozioni di congelamento[43] e confisca[44] contenute nell'art. 2 della Convenzione, le quali prescindono dal carattere penale o extrapenale della decisione emessa dall'autorità giudiziaria competente[45].
L'attualità di questa impostazione trova un espresso riconoscimento nel paragrafo operativo n. 7 della Risoluzione Falcone che, come evidenziato in precedenza, promuove l'utilizzo della Convenzione di Palermo come base giuridica per il riconoscimento e l'esecuzione delle misure di prevenzione patrimoniali, nell'ottica di una più efficace cooperazione internazionale nell'attività di contrasto alla nuova dimensione economica della mafia.
L'efficienza di tali misure, tuttavia, si scontra con un dato di cui in questa sede è opportuno dar conto. Nella prassi degli ultimi anni, infatti, sono emersi diversi aspetti problematici in merito alla gestione dei beni confiscati indipendentemente da una condanna. In particolare, i principali aspetti critici in tema risiedono negli elevati costi di custodia dei patrimoni mobiliari e immobiliari confiscati alle mafie e nell'individuazione dei soggetti incaricati della gestione dei medesimi. Il rischio che, in ragione delle ingenti spese di custodia, si determini una stortura nella procedura di assegnazione dell'amministrazione dei beni confiscati impone l'adozione di adeguati sistemi di controllo che consentano, da un lato, di evitare che l'attività di gestione diventi un'ulteriore

[40] Sulla speciale modernità della Convenzione di Palermo v. A. Balsamo, *Le misure patrimoniali tra armonizzazione e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., 268.
[41] In tema v. A. Balsamo, *Le misure patrimoniali tra armonizzazione e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., 268.
[42] Cfr. art. 13 Convenzione di Palermo: «Uno Stato Parte che ha ricevuto una richiesta da un altro Stato Parte che ha giurisdizione su un reato di cui alla presente Convenzione per la confisca di proventi di reato, beni, attrezzature o altri strumenti di cui all'articolo 12 paragrafo 1 della presente Convenzione, situati sul suo territorio, presenta, nella più ampia misura possibile nell'ambito del suo ordinamento giuridico interno: a) la richiesta alle sue autorità competenti al fine di ottenere un provvedimento di confisca e, se tale provvedimento è accordato, dà esecuzione ad esso; o b) alle sue autorità competenti, affinché sia eseguito nella misura richiesta, un ordine di confisca emesso da un tribunale situato sul territorio dello Stato Parte richiedente conformemente all'articolo 12 paragrafo 1 della presente Convenzione nella misura in cui riguarda il provento del reato, beni, attrezzature o altri strumenti di cui all'articolo 12 paragrafo 1, situati sul territorio dello Stato Parte richiesto. A seguito di richiesta da parte di un altro Stato Parte che ha giurisdizione relativamente ad un reato di cui alla presente Convenzione, lo Stato Parte richiesto adotta misure per identificare, localizzare, congelare o sequestrare i proventi di reato, i beni, le attrezzature o altri strumenti di cui all'articolo 12 paragrafo 1 della presente Convenzione ai fini di un'eventuale confisca decretata o dallo Stato Parte richiedente o, ai sensi della richiesta di cui al paragrafo 1 del presente articolo, dallo Stato Parte richiesto».
[43] Cfr. art. 2 lett. *f* Convenzione di Palermo: «"Congelamento o sequestro" indicano l'interdizione temporanea del trasferimento, della conversione, cessione o movimento dei beni, o la custodia o il controllo temporanei dei beni conformemente ad un provvedimento emesso da un tribunale o altra autorità competente».
[44] Cfr. art. 2 lett. *g* Convenzione di Palermo: «"Confisca", che include – laddove applicabile – l'ipotesi di espropriazione, indica la definitiva ablazione di beni a seguito di decisione del tribunale o di altra autorità competente».
[45] Sul punto v. A. Balsamo, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, cit., 14.

occasione economica per le associazioni criminali e, dall'altro, di scongiurare qualsiasi infiltrazione illegale nel procedimento di risocializzazione del bene[46].

5. La speciale portata innovativa della Risoluzione, tuttavia, non si esaurisce qui. Il paragrafo operativo n. 9, infatti, affronta il delicato problema della destinazione dei beni confiscati alle organizzazioni criminali e promuove una «valorizzazione nel contesto internazionale»[47] del modello italiano del riutilizzo sociale dei beni e delle aziende confiscate alla criminalità.
In particolare, la Risoluzione Falcone invita gli Stati firmatari a considerare l'adozione a livello domestico di diversi modelli di reimpiego dei proventi di reato confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale[48]. Anche rispetto a questo profilo si può apprezzare la modernità della Convenzione di Palermo, che, già nel 2000, affrontava questa delicatissima questione, incoraggiando gli Stati a lavorare in stretta sinergia per il riuso dei beni confiscati alle mafie[49].
Questa formulazione acquista un valore ancor più pregnante se la si inquadra nello speciale contesto di emergenza che caratterizza l'attuale tessuto socioeconomico. La pandemia da Covid-19, infatti, ha ampliato l'orizzonte di interessi della criminalità organizzata, facilitandole l'ingresso nell'economia lecita mediante una costante attività di rilevazione di attività economiche e commerciali in sofferenza. Risarcire le vittime e restituire detti beni ai loro legittimi proprietari costituisce un obiettivo di rilevanza centrale per la lotta al crimine organizzato, in quanto consente di neutralizzare l'influenza delle associazioni criminali nei contesti sociali in difficoltà.
In questa cornice, quanto sancito nella Risoluzione Falcone si propone di valorizzare a livello internazionale la positiva esperienza del modello italiano di riuso per scopi di interesse pubblico dei beni e dei proventi di reato confiscati alle mafie, introdotto con la legge n. 109/1996. La *ratio legis* di questo intervento legislativo era quella di introdurre uno specifico strumento che consentisse una razionale amministrazione degli *assets* confiscati alle organizzazioni criminali, delineando, al contempo, «una forma di risarcimento in favore delle comunità danneggiate dai fenomeni criminali»[50].
La specifica destinazione dei beni confiscati a beneficio delle comunità danneggiate da fenomeni criminali di particolari gravità rappresenta, peraltro, un significativo passo avanti nell'ottica di una piena valorizzazione di quanto disposto dall'art. 10 della Direttiva n. 42/2014[51], il quale prevede un obbligo procedurale per gli Stati membri di "*valutare*" l'adozione di misure che permettano di

[46] Cfr. *Progetto Icaro. Il riuso sociale dei beni e delle aziende sottratte alla criminalità nel panorama normativo europeo: una ricerca comparativa sulla legislazione comunitaria e sugli ordinamenti nazionali*, in https://www.cross.unimi.it/wp-content/uploads/Il-riuso-sociale-aziende-confiscate.pdf, 25.
[47] Così A. Balsamo, *Le misure patrimoniali tra armonizzazione e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., 272.
[48] Sul punto v. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Encourages States parties to consider, at the domestic level, and bearing in mind article 14 of the Convention, various possible models of disposal of confiscated proceeds of crimes covered by the Convention and the* Protocols *thereto, in accordance with their domestic law and administrative procedures, including but not limited to returning the proceeds of crime or property to their legitimate owners, allocating such proceeds to the national revenue fund or the State treasury or giving compensation to the victims of the crime, including through the social reuse of assets for the benefit of communities*».
[49] Cfr. art. 14, co. 2, Convenzione di Palermo: « Quando agiscono su richiesta da parte di un altro Stato Parte conformemente all'articolo 13 della presente Convenzione, gli Stati Parte prendono in considerazione a titolo prioritario, nei limiti consentiti dal diritto interno e se vi è richiesta in tal senso, la restituzione dei beni o proventi di reato confiscati allo Stato Parte richiedente, affinché questo possa risarcire le vittime del reato o restituire detti beni o proventi di reato ai loro legittimi proprietari».
[50] A. Balsamo, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "Risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, cit., p. 16.
[51] In tema v. A.M. 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 *DPenCont* 2015, 300 ss.

utilizzare tali beni per fini sociali[52]. Se prima era lecito dubitare dell'effettiva portata precettiva di questa statuizione, in ragione della estrema vaghezza con la quale la medesima è stata formulata[53], a ben vedere, con l'intervento della Risoluzione, l'art. 10 assume una rinnovata veste. Quello che prima era solo un mero obbligo di risultato si traduce in una precisa indicazione di metodo da adottare per liberare i contesti sociali fagocitati dalle infiltrazioni mafiose.
L'importanza di restituire alla legalità i beni confiscati alle mafie acquista, quindi, con l'approvazione della Risoluzione Falcone una duplice finalità: da un lato consente di risarcire, seppur in minima parte, le comunità danneggiate dalla mafia; dall'altro valorizza la portata assiologica dell'istituto della confisca, trasformandola da semplice istituto deputato a combattere i fenomeni criminali a strumento giuridico di riscatto sociale.

6. Indubbiamente significativo, pertanto, è il contributo offerto dalla Risoluzione Falcone per il futuro della lotta alla criminalità organizzata. Si tratta, infatti, di un intervento dalla portata estremamente innovativa, che coniuga istanze di repressione ad una visione sociale dell'attività di contrasto ai fenomeni criminali.
Conferire valore al bisogno delle vittime di sentirsi partecipi e di contribuire nel percorso di neutralizzazione del fenomeno mafioso è sintomo di un nuovo modo di interfacciarsi al problema[54]. Indicativo, in tal senso, è il ruolo di assoluto rilievo attribuito alle persone che hanno dedicato la loro vita alla lotta alla mafia e il cui contributo ha tracciato in modo indelebile la via per l'adozione della Convenzione di Palermo negli anni 2000[55].
Il ventesimo anniversario della medesima, celebratosi lo scorso novembre, ha rappresentato una significativa occasione per vagliare la tenuta dell'impianto legislativo convenzionale in ordine alle nuove e mutate esigenze che l'attività di contrasto alla criminalità organizzata transnazionale pone in evidenza. La progressiva attività di mimetizzazione e infiltrazione delle associazioni criminali nell'economia legale ha determinato gli Stati firmatari ad assumere una posizione di forza, riaffermando l'importanza della Convenzione «*as the main global tool available to the international community to prevent and fight all forms and manifestations of transnational organized crime, and protect victims*»[56].
In questa prospettiva, la Risoluzione ha valorizzato su scala globale l'importanza di una cooperazione sempre più stringente sia sotto il profilo delle strategie investigative, incoraggiando l'utilizzo delle più moderne tecnologie per seguire i flussi di denaro di origine illecita, sia sotto il

[52] Cfr. art. 10, co. 3, Direttiva 2014/42/UE: «*Member States shall consider taking measures allowing confiscated property to be used for public interest or social purpose*».
[53] È d'obbligo evidenziare, infatti, che l'art. 10 della Direttiva n. 42/2014 «si limita soltanto a richiedere agli Stati membri di valutare se adottare misure che permettano di utilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale: non si impone il riutilizzo sociale, ma in maniera non vincolante si prevede esclusivamente l'impegno a valutarne l'opportunità»: così A.M. 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"*, cit., 333.
[54] Sul punto v. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Recognizing the need for victims of organized crime to be able to restore their dignity, including by enabling their participation in the criminal justice system, in accordance with domestic law, in order to contribute to dismantling organized criminal groups and holding perpetrators accountable for their crimes, and recalling in this regard article 24, paragraph 4, and article 25 of the Convention*».
[55] Cfr. CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.: «*Commemorating all victims of organized crime, including those who have lost their lives fighting such crime, in particular law enforcement and judicial personnel, and paying special tribute to all those persons, such as Judge Giovanni Falcone, whose work and sacrifice paved the way for the adoption of the Convention, and affirming that their legacy lives on through our global commitment to preventing and combating organized crime*».
[56] Così CTOC/COP/2020/L.7/Rev. 1, cit.

versante del mutuo riconoscimento delle misure di prevenzione patrimoniali, le quali sono capaci, attraverso l'implementazione del virtuoso modello italiano di destinazione dei beni confiscati per scopi di interesse pubblico e sociale, di restituire alla legalità i proventi delle attività criminali.
In conclusione, è possibile affermare con fermezza che la Risoluzione Falcone dà nuova vita alla Convenzione contro il crimine organizzato, integrando quel "sistema giuridico autosufficiente"[57] elaborato per far fronte al progressivo consolidarsi delle organizzazioni criminali nel panorama socioeconomico attuale.

[57] In merito alla rilevanza della Convenzione di Palermo quale espressione di un sistema giuridico completo e autosufficiente cfr. N. Boister, *Transnational Criminal Law?*, in *European Journal of International Law* 2003, 953 ss.

LA QUESTIONE DEL CARATTERE PATRIMONIALE DELL'OFFESA NELLA FATTISPECIE DI CORRUZIONE TRA PRIVATI EX ART. 2635 CC, IN UN BREVE *EXCURSUS* DELLA RECENTE LEGISLAZIONE

di Alì Abukar Hayo
Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Roma "Unicusano"

Nel giro di pochi anni, l'art. 2635 Cc ha subito numerose, rilevanti modifiche. Dalla fattispecie, introdotta nel 2002, che incriminava la sola infedeltà di un organo societario, che avesse recato nocumento alla società commerciale, si è passati, attraverso varie tappe, alla norma incriminatrice della corruzione tra privati. Negli anni si sono allargate le maglie della tipicità penale, oggi concernente anche i sottoposti e la gestione di altri enti privati, e non più caratterizzata dal contrassegno tipico del "nocumento" ai danni delle sole società commerciali. L'Autore, tuttavia, ritiene che, ancora oggi, la corruzione posta in essere dall'amministratore non possa non riverberarsi sull'ente, in termini di pregiudizio economico, attuale o potenziale, nel quale trova espressione la violazione dei doveri e degli obblighi di fedeltà, attuale o potenziale. Al contrario, la corruzione degli organi di controllo dell'ente privato può sussistere, a prescindere dall'offesa patrimoniale recata all'ente, per il solo nocumento alla corretta dinamica concorrenziale.
In the space of only a few years, Article 2635 of the Civil Code has been significantly amended a number of times. Beginning with the introduction, in 2002, of the possibility of bringing criminal charges in the case of disloyalty by a governance body resulting in damage to the company, followed, in various stages, by the introduction of a provision envisioning corruption between private individuals. Over the years, the scope of the criminal offence has broadened, to the point that it now also concerns subordinates and the management of other private entities and is no longer characterised by the typical case of "damage" to commercial companies alone. The author, however, considers that, even today, an act of corruption carried out by a director cannot fail to reverberate on the company as a whole, in terms of its actual or potential economic damage, expressed as an actual or potential breach of the duties and obligations of corporate loyalty. On the contrary, corruption by the supervisory bodies of a private entity may exist regardless of the financial damage caused to the entity, for the sole reason of the damage caused to the proper dynamics of competition.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'originaria formulazione dell'art. 2635 Cc: l'infedeltà dell'amministratore e il danno economico per l'ente. - 3. La prima fattispecie di "corruzione tra privati". - 4. La formulazione attuale dell'art. 2635 Cc. - 5. Le differenti responsabilità funzionali degli organi societari. - 6. La diversa incidenza del danno economico e la diversa figura del terzo escluso, in relazione ai fatti che coinvolgono amministratori e controllori della società commerciale. - 7. Gli "altri enti privati" e la *sedes materiae.*

1. Il contrasto normativo ai fenomeni corruttivi vive una fase di rinnovata attenzione, a livello internazionale e nazionale, in buona misura ispirata all'idea suggestiva, ma pericolosa, che la tutela penalistica debba coprire tutte le forme d'illiceità e perfino di malcostume gestionale, in ambito pubblico e privato[1]. Nell'area culturale anglosassone, di inclinazione empirista, da tempo la

[1] F. Cingari, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *www.lalegislazionepenale.eu,* 1.8.2019. L'Autore parla di una «tendenza legislativa alla costruzione di un sistema penale anticorruzione di 'lotta' ai fenomeni corruttivi sempre più 'differenziato' ed 'emergenziale' (…) lo strumento penale appare utilizzato non già come mezzo sussidiario …ma come strumento primario volto, più che alla tutela di beni giuridici … a promuovere un messaggio

corruzione pubblica e privata sono del tutto equiparate[2], ma è bene precisare che l'interesse patrimoniale, in quell'area, rappresenta il *quid* visibile e tangibile, appunto "empirico", che guida sempre e comunque l'opera dell'interprete, di guisa che la corruzione privata giammai possa sussistere senza un danno patrimoniale apprezzabile. Nell'area culturale continentale, permeabile all'idealismo e al connesso rischio di eticizzare il diritto, l'acritico recepimento dei paradigmi anglosassoni rischia di travolgere gli argini dell'offensività del reato; in particolar modo in Italia, dove, dallo schema tipico della "nuova" corruzione tra privati *ex* art. 2635 Cc, in omaggio alla suggestione della tutela penalistica onnicomprensiva, è stato eliminato l'anteriore riferimento al "nocumento" economico patito dall'ente privato. Tuttavia, a nostro avviso, il criterio patrimonialistico dimostra ancora la sua duratura validità, sia pure entro limiti più ristretti che in passato; in particolare, riteniamo che persista in ogni caso la necessità del *quid* "empirico", costituito del danno patrimoniale, ai fini dell'offensività del fatto commesso dall'amministratore di una società commerciale; e, al contrario, possa sussistere la "corruzione tra privati", a prescindere dal danno economico patito dall'ente privato, solo nel caso in cui il fatto sia commesso dal "controllore" (piuttosto che dall'amministratore), ovvero nel caso in cui l'ente privato persegua finalità sociali (Fondazioni, associazioni di volontariato sociale, ONG etc.). A questa conclusione è possibile pervenire, ripercorrendo le tappe più recenti dell'evoluzione storica della fattispecie in parola.

2. Il d.lgs. 11.4.2002, n. 61 introdusse la fattispecie di "*infedeltà a seguito di dazione o promessa di denaro o altra utilità*"[3]. La norma sanzionava penalmente il fatto dei soggetti apicali (amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori, revisori) di una società commerciale, i quali, a seguito di dazione o promessa di denaro o altra utilità da parte dell'*extraneus*, avessero cagionato un danno patrimoniale all'ente, compiendo od omettendo un atto in violazione di un dovere d'ufficio[4]. La condotta tipica consisteva nel compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio e l'evento del reato nel danno patrimoniale arrecato all'ente; ovviamente, i due elementi dovevano coesistere, perché fossero integrati gli estremi del reato. Oggi la fattispecie non è più in

---

di stigmatizzazione socio-culturale dei fenomeni corruttivi». In questo senso anche V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *RIDPP* 2018, 1132.

[2] Nell'ordinamento anglosassone, fin dal 1909 (*Prevention of Corruption Act*) la repressione dei fenomeni corruttivi pubblici e privati era affidata alla stessa fattispecie; tale impianto di fondo è stato confermato con il *Bribery Act* del 2010.

[3] *Antea* l'art. 2635 Cc contemplava l'*omissione dell'iscrizione nel registro delle imprese*, così tipizzata: «Agli amministratori dei consorzi, che omettono di richiedere nel termine prescritto le iscrizioni previste dall'art. 2612, si applica la pena prevista dall'art. 2626».

Il d.lgs. 61/2002 introdusse l'*infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità*, riformulando l'art. 2635 Cc come segue:

«Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali, a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione sino a tre anni. La stessa pena si applica a chi dà o promette utilità. Si procede a querela della persona offesa».

Sul punto E. Mezzetti, *L'infedeltà patrimoniale nella nuova dimensione del diritto penale societario*, in *RIDPP* 2014, 193; L. Foffani, *Le infedeltà*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di A. Alessandri, Milano 2002, 345 ss.

[4] L'infedeltà così delineata si poneva in rapporto di specialità con quella prevista dall'art. 2634 Cc, cui era rimessa, in linea di massima, l'opera di *selezione primaria* delle infedeltà rilevanti; l'art. 2635 interveniva in funzione di *selezione secondaria*, punendo le infedeltà originate da una corruzione privata; in questo senso V. Militello, *I reati di infedeltà*, in *DPP* 2002, 706; A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, in *RIDPP* 2013, 14. Sulla distinzione tra "fattispecie a selettività primaria" e "fattispecie a selettività secondaria" T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna 1991, 106 ss.

vigore; nel tempo sono state apportate rilevanti modifiche e aggiunte[5], fino a pervenire all'attuale formulazione legislativa della "corruzione tra privati". Sicché, per certi versi, il dibattito dottrinale attinente alla norma non più in vigore ha perso una parte del suo interesse; per altri versi, tuttavia, ne sono ancora vive e attuali le implicazioni, poiché la questione di fondo della "patrimonialità" dell'interesse protetto potrebbe sopravvivere e sussistere in ogni caso, sia che il titolo del reato suoni "infedeltà", sia che suoni "corruzione". Ripercorrendo le vie di quel dibattito, le ragioni storiche della mancata equiparazione tra la corruzione pubblica e privata[6] potrebbero essere individuate nelle diverse caratteristiche dell'attività amministrativa, vincolata e tipica in un caso, discrezionale e atipica nell'altro; ciò aprirebbe la strada a considerare la "patrimonialità" dell'offesa un indice indispensabile dell'illecito, nei casi in cui la discrezionalità dell'attività gestionale (qual è il caso dell'amministrazione della *company* privata) impedisca di qualificare "irregolare" l'atto in sé. Sotto questo profilo, può rivelarsi conducente esaminare i rilievi critici della dottrina, in merito all'originaria fattispecie di "infedeltà".

Nel vigore della formulazione introdotta dal d.lgs. 61/2002, si è osservato che la necessaria combinazione dei due elementi oggettivi - contrarietà ai doveri d'ufficio e patrimonialità del danno - indeboliva la risposta punitiva dello Stato e metteva in crisi l'effettività della norma[7]. L'osservazione non ci pare del tutto infondata e, al contempo, non del tutto convincente, poiché riteniamo, in primo luogo, che non sia compito del legislatore assicurare che la sanzione penale copra l'intero arco dei fatti riprovevoli e illeciti. Non c'è dubbio che la previsione dei due elementi costitutivi, necessariamente coesistenti, restringeva l'area della punibilità, però, a nostro avviso,

[5] La prima modifica si deve alla legge 28.6.2012 n. 110, che ratificò e diede esecuzione alla Convenzione del Consiglio d'Europa, adottata a Strasburgo il 27.1.1999, nonché alla decisione quadro n. 2003/568/GAI del 22.7.2003, la quale, abrogando la precedente Azione comune 98/742/GAI del 22.12.1998, riprendeva, con poche variazioni, il testo degli artt. 7 e 8 della citata Convenzione. La variazione più significativa riguardava il novero dei soggetti attivi: mentre la Convenzione faceva riferimento al solo "ambito dell'attività commerciale", l'art. 2.2. della decisione quadro si riferiva alle "attività professionali svolte nell'ambito di entità a scopo di lucro e senza scopo di lucro". Il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), istituito dalla Convenzione, con il terzo rapporto, approvato dalla 54esima adunanza plenaria del 20-23 marzo 2012, censurò il mancato adeguamento dell'art. 2635 Cc agli artt. 7 e 8 della Convenzione. Le censure, espresse al par. 109 del rapporto, riguardavano il ristretto novero dei soggetti attivi, la mancata incriminazione dell'offerta e della sollecitazione, il requisito del danno per la persona giuridica, la perseguibilità a querela, l'omessa previsione del terzo come beneficiario della tangente. A seguito di tali censure, fu adotta la legge anticorruzione n. 190 del 2012, la quale tuttavia non ampliava la cerchia dei soggetti attivi. Sul punto la Rappresentanza permanente dell'Italia presso il Consiglio d'Europa rivendicò, con atto del 13.6.2013, il diritto "di non prevedere come reato le condotte descritte negli articoli 7 e 8 della Convenzione, salvo che esse siano realizzate nel corso dell'attività di una società commerciale, al fine di compiere od omettere un atto con violazione dei doveri e cagionando un danno alla società". Invero il contenimento del fatto tipico entro i limiti dell'attività commerciale non contraddiceva il contenuto vincolante della Convenzione, tuttavia collideva con la decisione quadro del 2003, anch'essa anteriore alla legge 190/2012; sicché gran parte della dottrina opinò che tale novella finisse con l'eludere, più che attuare le direttive europee; in questo senso, R. Bartoli, *Corruzione tra privati*, in *La legge anticorruzione,* a cura di G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 442; M. Bellacosa, *La corruzione privata societaria*, in *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. Del Vecchio, P. Severino, Padova 2014, 57; A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 705; S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *DPP* 2017, n. 6, 712.

[6] Queste ragioni hanno indotto parte della dottrina a palesare forti perplessità sull'opportunità stessa di introdurre nel nostro ordinamento una fattispecie di corruzione tra privati; sul punto A. Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminali*, in *RTrimDPenEc* 2007, 805 ss..

[7] A. Rugani, *Riforma della corruzione tra privati (D. Lg. No 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, in *CP* 2017, n. 12, 4639. In special modo è stato sottoposto a critica il contrassegno tipico del "nocumento"; S. Faiella, *La corruzione tra privati*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2017, 260; G. Pavan, *Corruzione tra privati*, in *Responsabilità penale degli enti*, a cura di M. A. Pasculli, Milano 2018, 90 ss..

non incideva negativamente sulla *ratio* della rilevanza penalistica del fatto, poiché l'infedeltà dell'amministratore (non quella degli organi di controllo), senza danno, e il danno, senza infedeltà, non sarebbero sufficienti da soli a giustificare la pena, non essendo irregolare *ex se* la retribuzione economica dell'atto.

Invero, nella corruzione dell'agente pubblico (pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio), la dazione o la promessa di denaro, da parte del corruttore, costituisce già di per sé una grave violazione delle regole dell'ufficio, dal momento che nessuna retribuzione dell'atto di amministrazione (pubblica) potrebbe essere regolare, a fronte di un onere retributivo (che potrebbe pure mancare in caso di *munus* gratuito) gravante sul bilancio pubblico e concernente in ogni caso l'esercizio della funzione, non già quello specifico atto[8]. Al contrario, nell'ambito delle amministrazioni private, la retribuzione dell'atto potrebbe essere del tutto regolare, anzi di solito lo è, cosicché l'irregolarità deve essere cercata altrove. Ebbene, il danno patrimoniale arrecato all'ente ci pare l'espressione più evidente dell'irregolarità di gestione, perché il dovere dell'amministratore della *company* è solo quello di perseguire l'interesse dell'ente, come il mandatario ha il dovere di agire per conto e *nell'interesse* del mandante.

La vera e più palese irregolarità consiste appunto nel perseguimento di un interesse diverso da quello dell'ente; e non può che trattarsi di un conflitto di interessi patrimoniali, posto che la società commerciale persegue il fine del profitto patrimoniale. Poiché, dunque, in ambito commerciale, l'interesse in ballo è quello economico, il danno di natura patrimoniale arrecato all'ente esprime la sovrapposizione dell'interesse privato dell'agente all'interesse dell'ente. L'infedeltà dell'amministratore, nei confronti dell'ente, si atteggia appunto come "conflitto di interessi", il cui esito non può che essere un danno economico a carico del soggetto titolare dell'interesse soccombente; cosicché il danno patrimoniale (a carico del mandante) e l'infedeltà (del mandatario) sono due facce della stessa medaglia; per la precisione, quello è l'effetto di questa; l'una può considerarsi una connotazione della condotta, l'altro il suo risultato causale.

In questa logica, si potrebbe avere un'infedeltà senza danno, solo nel caso in cui non ne siano giunti a compimento gli esiti. In buona sostanza, si potrebbe avere un'infedeltà senza danno, nel caso di tentativo; ma, in tal caso, sempre e comunque se ne dovrebbe commisurare l'idoneità a cagionare il danno. A questa stregua, il danno attuale, o almeno potenziale, concretizza l'infedeltà dell'amministratore, la quale non può sussistere, prescindendone del tutto. E per quanto la formula legislativa sia cambiata (come accennato e come meglio vedremo tra poco), i caratteri dell'attività ammnistrativa privata non sono mutati e, al contempo, non mutano i caratteri dell'infedeltà dell'amministratore all'interesse del "principale".

Si potrebbe obiettare che, in astratto, nulla esclude la possibilità di punire la condotta infedele *ex se*, a prescindere dal danno attuale o potenziale, per il solo fatto che sono state violate le regole che vincolano l'esercizio del mandato. A nostro avviso, l'obiezione non coglierebbe nel segno, perché non terrebbe conto del carattere discrezionale dell'attività dell'amministratore privato, contrapposto al carattere necessariamente vincolato dell'attività amministrativa pubblica[9]. I rigidi

[8] Il carattere indebito della ricezione o dell'accettazione, da parte del pubblico ufficiale, della promessa dell'*extraneus* è tipizzato solo dall'art. 318 Cp. Per consolidata interpretazione, l'indebito sussiste quando il pubblico agente non abbia né il diritto, né il dovere, né la facoltà d'accettare, sia nell'*an* sia nel *quantum*. Per contro il requisito dell'indebito non compare nell'art. 319 Cp, giacché, in questo caso, la condotta è diretta al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio e dunque l'indebito è *in re ipsa*. (S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., 5)

[9] Dello stesso avviso S. Faiella, *Istigazione e corruzione tra privati. Due esempi problematici di 'norma penale eterointegrata',* in *dirittodidifesa.eu*, 10.4.2020, 12: «Per i soggetti privati non esiste una 'legge sul procedimento'. I privati nella loro azione sono retti al più da 'statuti', che sono comunque volta per volta diversi. Il legislatore

protocolli dell'atto pubblico sono dovuti alla necessità che l'interesse pubblico prevalga su qualsivoglia interesse privato e ciò comporta un vincolo riguardante i "mezzi", ossia un vincolo sugli atti diretti al risultato che soddisfa l'interesse pubblico. Al contrario, l'amministratore privato è libero di scegliere i mezzi che ritiene più idonei, per raggiungere il risultato del profitto economico dell'ente. Mentre al funzionario pubblico non può essere consentito di scegliere la strada da percorrere, giacché i suoi atti sono comunque tipici e vincolati, all'amministratore privato è devoluta la scelta della strada da percorrere, ossia la scelta dei mezzi per giungere al fine. Se dunque, in ambito privatistico, il controllo viene esercitato dal mercato sul prodotto finito e gli amministratori sono tenuti al profitto economico, sancito dal successo di mercato e coincidente con l'interesse dell'ente, piuttosto che a rigidi protocolli prefigurati e tipici, l'unica vera irregolarità consiste nel mancato perseguimento del profitto e perciò nel danno economico, attuale o potenziale, in capo all'ente.
S'intende che l'attività lavorativa subordinata, a differenza di quella amministrativa apicale, è sottoposta a vincoli ben maggiori, ma proprio per questa ragione, la violazione delle regole non si atteggia come "infedeltà" penalmente rilevante, restando confinata nella sfera interna dell'ente. Il dipendente, con mansioni subordinate ed esecutive, non esprime la volontà dell'ente nei rapporti di mercato e, conseguentemente, la sua condotta irregolare ha rilevanza disciplinare *intra moenia*. Fin quando gli effetti della sua condotta non interferiscono nei rapporti giuridici che l'ente intrattiene coi terzi, non ha ragion d'essere una responsabilità penale del lavoratore subordinato a titolo di "infedeltà". Ciò, per certi versi, conferma la coincidenza dell'infedeltà (del soggetto apicale) col danno (apportato all'ente). L'irregolarità del lavoratore subordinato può essere apprezzata come violazione di regole precostituite dal datore di lavoro, ma il soggetto apicale, che amministra, svolgendo attività non subordinata, è "subordinato" solo all'interesse dell'ente. La sua "fedeltà" non consiste nella pedissequa osservanza di regole precostituite e vincolanti, bensì nella leale ricerca dei mezzi più opportuni per raggiungere il fine del profitto economico, che soddisfa l'interesse dell'ente. Dunque, la sua "infedeltà" non può non sortire - attualmente o potenzialmente - un danno economico per l'ente.
L'originaria fattispecie di "infedeltà" contemplava altresì la punibilità a querela della parte offesa, a conferma della natura privatistica del bene tutelato. Se l'evento del reato consiste nel danno economico subito dalla società commerciale, risulta coerente, nel contesto sistematico, affidare al soggetto danneggiato la cura del proprio interesse a dare impulso all'azione penale, assimilabile, per certi versi, all'interesse al *petitum* civilistico. Senonché, nella congerie dei reati contro il patrimonio, il danno economico del privato non sempre si connette alla punibilità a querela, non essendo infrequenti i casi di punibilità d'ufficio. Ci pare, pertanto, condivisibile il rilievo critico - che ovviamente aveva ragion d'essere nel vigore della fattispecie *de qua* e oggi non più attuale – in base al quale ci si doleva del basso livello di effettività della norma. Si osservava che la società commerciale danneggiata, di solito, avesse maggiore interesse a coprire, sotto una coltre di silenzio, il fatto accaduto, piuttosto che alla sua *discovery*, dalla quale potesse derivare un pregiudizio all'immagine della società nel mercato[10]. Si può aggiungere che, nella punibilità condizionata (alla querela di parte), potevano trovare alimento torbidi intrecci di ricatti reciproci tra gli organi societari; e, se è vero che la norma penale non persegue il malcostume, bensì il reato,

interloquisce con una realtà che è, dunque, ben altra rispetto a quella della Pubblica Amministrazione (…) Il caleidoscopio del diritto privato è quanto mai ricco di una gamma infinita di sfumature sia in ordine al procedimento di adozione di un atto sia in ordine alle formalità di suo confezionamento/esternazione».
[10] «I pregiudizi derivanti dallo *strepitus fori* sono ben più 'svantaggiosi' dei rischi insiti nella scelta di non perseguire il fatto» A. Rugani, *op. cit*., 4639.

è anche vero che non deve nemmeno creare i presupposti di agevolazione del malcostume. Si può, dunque, convenire che l'abbandono del criterio riduttivo della punibilità a querela[11] merita una considerazione favorevole, in quanto sottrae l'interesse pubblico, al corretto andamento della dinamica di mercato, alla totale discrezionalità del soggetto privato, magari esposto alle intimidazioni e alle ritorsioni dell'ambiente interno. Infatti, l'interesse pubblico non è solo quello che le amministrazioni pubbliche siano gestite in maniera corretta ed efficiente, ma anche quello che siano gestite alla stessa maniera le amministrazioni private, posto che la ricchezza comune e il benessere sociale derivano non solo dalle prime, ma anche dalle seconde.
L'originaria formulazione verbale della norma di cui all'art. 2635 Cc è stata criticata, sotto altri profili: per il ristretto novero dei soggetti attivi; per la limitazione all'ambito penal-societario, per la mancata connessione con la responsabilità dell'ente[12].
In relazione alle qualifiche del reo[13], si è fatto l'esempio del responsabile dell'ufficio acquisti, nel quale si potrebbe ravvisare la figura classica del possibile "infedele", che abbia stipulato un accordo illecito col fornitore. Nel caso esemplificato, la fornitura sarebbe effettuata a un prezzo maggiorato, di quella quota parte corrisposta dal fornitore, per retribuire la controparte dell'accordo illecito; e seppure la fornitura fosse fatta al prezzo di mercato, comunque la società destinataria della fornitura sarebbe danneggiata, perché il prezzo avrebbe potuto essere inferiore, di quella quota parte corrispondente al prezzo dell'accordo illecito. Ebbene, si osserva che tale responsabile dell'ufficio acquisti, nell'organico della società commerciale, potrebbe essere un "sottoposto", non rientrante nel novero dei "dirigenti", soggetti attivi del reato ai sensi della previgente formula dell'art. 2635 Cc. L'osservazione, per certi versi, pare plausibile, ma è necessario precisare che il diritto penale, per sua stessa natura, si applica sulla base del principio di effettività, piuttosto che del nominalismo giuridico. Anche nel vigore della vecchia formula, che escludeva i sottoposti dal novero dei soggetti attivi, si poteva guardare alle reali mansioni svolte dall'agente, piuttosto che alla sua qualifica nominale; dal nostro punto di vista, l'elemento decisivo è dato dalla possibilità dell'*intraneo* di stipulare accordi con l'*estraneo*, vincolanti per la società rappresentata. Colui che esprime la volontà della società commerciale all'esterno è, per ciò stesso, una sorta di organo dell'ente; nelle amministrazioni pubbliche, i "sottoposti" pongono in essere *interna corporis*, che non hanno rilevanza esterna, mentre gli atti efficaci all'esterno competono solo all'organo; analogamente, nelle amministrazioni private, i soggetti che pongono in essere atti con efficacia esterna possono essere considerati, a nostro avviso, organi in senso lato, assimilabili alle categorie direttive previste in fattispecie. Per questa ragione, crediamo che la problematica potesse essere risolta già allora per via interpretativa, senza la necessaria estensione del novero dei

[11] La vecchia fattispecie di "infedeltà" prevedeva, sempre e comunque, la punibilità a querela (della persona offesa); successivamente, con la prima formulazione della fattispecie di corruzione tra privati, la regola della punibilità a querela subì l'eccezione della procedibilità d'ufficio, nel caso in cui il fatto avesse arrecato un danno alla regolare dinamica del mercato di beni e servizi; la legge n. 3/2020 ha eliminato del tutto la regola della procedibilità a querela, rendendo tale reato sempre procedibile d'ufficio.
[12] A. Rugani, *op. cit.*, 4639 ss..
[13] Sul novero dei soggetti attivi del reato, l'orientamento dell'unione Europea è di tipo estensivo; ad esso si contrappone una visione più restrittiva, accolta dal legislatore italiano. Più precisamente, l'art. 2.1. lett. A) della Decisione quadro n. 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, parla di «persona … che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato»; mentre l'art. 2635 Cc, ancora oggi, limita la responsabilità penale agli amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione di documenti contabili, sindaci e liquidatori e diretti sottoposti. L'impostazione della norma vigente in Italia fa dunque pensare alla struttura propria delle società commerciali; al contrario l'indirizzo europeo apre la via alla configurazione del reato nei rapporti tra soci, tra l'avvocato e il suo cliente, nonché in qualsivoglia relazione tra datore di lavoro e impiegato (S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., 3).

soggetti del reato ai "sottoposti". Comunque, la questione ha perso la sua attualità, perché il nuovo testo ha esteso la responsabilità penale ai diretti collaboratori dei dirigenti, posti in posizione apicale.

Il rilievo critico riguardante la collocazione sistematica della norma, nel capo dei reati societari in seno al codice civile, non ci pare decisivo. Ovviamente, la collocazione sistematica non incide sullo spettro di previsione della norma, segnato dalla formula verbale dell'articolo; tuttavia, non ci nascondiamo che, entro certi limiti, l'*argumentum* interpretativo di carattere sistematico potrebbe risultare rilevante. Ebbene, a nostro modo di vedere, l'inquadramento nel sistema, residualmente decisivo in limiti molto ristretti, non si rivela inappropriato[14].

A ben vedere, tutte le ipotesi di "infedeltà", caratterizzate dalla ricezione (o dalla ricezione della promessa) di denaro o altra utilità, suppongono un rapporto trinitario, perché il soggetto agente può ritenersi "infedele", non per il semplice fatto di disattendere gli obblighi del mandato, ma per il fatto ulteriore di disattenderli in accordo con un altro soggetto, i cui interessi sono contrapposti a quelli del mandante[15]. Così, per esempio, l'avvocato si macchierà di "infedele patrocinio", solo quando si accorderà con la controparte del proprio cliente. Ciò posto, la punibilità del fatto di "infedeltà", nell'ambito dei reati societari, risultava ristretta ai casi in cui l'interesse, leso dall'accordo illecito, appartenesse a una società commerciale, restando escluse tutte le ipotesi in cui, per esempio, un professionista entra in rapporto solo con il cliente e realizza un vantaggio illecito, danneggiando il cliente, senza alcun accordo con un terzo. Se gli interessi in ballo sono solo due, l'agente non realizza un fatto di "infedeltà", bensì un illecito disciplinare o, nei cassi più gravi, una truffa.

Orbene, a nostro avviso, l'infedeltà ai danni della società commerciale attinge la soglia della rilevanza penalistica, perché il buon andamento del commercio corrisponde a un pubblico interesse, come l'amministrazione della giustizia, danneggiata dall'infedele patrocinio dell'avvocato. Nel rapporto binario, invece, non è ravvisabile un "conflitto di interessi" penalmente rilevante *ex se*; solo particolari modalità di adempimento del mandato professionale (p. es. fraudolente) possono attingere la soglia della rilevanza penale. In ragione di ciò, non pare ingiustificato l'inquadramento sistematico dell'illecito in parola nel novero dei reati societari, sia in relazione alla necessaria supposizione del rapporto trilaterale, sia in relazione all'interesse pubblico del buon andamento del mercato.

La vecchia fattispecie di "infedeltà" è stata ulteriormente criticata per l'omessa previsione della (possibile) contestuale responsabilità penale dell'ente. Tale osservazione critica, invero, travolgeva tutta l'architettura della norma, che descriveva il fatto illecito come lesione dell'interesse societario. Alla stregua dell'abrogato art. 2635 Cc, la società commerciale era rappresentata come parte offesa e titolare, come tale, del diritto di querela. Sarebbe stato contraddittorio e assurdo che la parte offesa fosse al contempo gravata di responsabilità penale. Non si poteva, dunque, pretendere una maggiore "effettività" della norma, in presenza della contestuale responsabilità dell'ente, giacché l'eventuale *disclosure* degli accadimenti sarebbe stata certamente ostacolata dalla prospettiva del danno collettivo. Non c'è da dubitare, infatti, che tale

[14] Cfr. *infra* par. 7

[15] Sulla figura del terzo "escluso" G. Forti, *La corruzione tra privati nell'orbita della disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *Corruzione tra privati. Atti del convegno*, Jesi, 12-13.4.2002, a cura di R. Acquaroli, L. Foffani, Milano 2003, 300 ss.. Similmente A. Rugani, *op. cit*., 4642: «ogni episodio di corruzione è caratterizzato da un connubio esclusivo, tra corrotto e corruttore, tale da comprimere, estromettendoli, gli interessi di un terzo soggetto, detto "terzo escluso"».

prospettiva - ossia che la condanna di *Tizio* portasse con sé la condanna a carico della società – avrebbe frenato tutti gli *intranei* dal rendere pubblici i fatti accaduti.

3. La fattispecie *de qua* attirò le critiche del Consiglio d'Europa, formulate nel rapporto GRECO del 2009[16]. La subordinazione della punibilità al nocumento patrimoniale arrecato all'ente, la procedibilità a querela; la mancata previsione nel novero dei soggetti attivi di chiunque "diriga o lavori" per un ente privato; la mancata previsione di terzi tra i beneficiari dell'utilità illecita; l'omessa incriminazione della condotta di istigazione[17]; furono ritenuti altrettanti elementi che depotenziavano la risposta punitiva dello Stato, nel contrasto dei fenomeni corruttivi. A seguito dei rilievi dell'Autorità sovranazionale, l'art. 2635 Cc fu modificato dalla l. 6.11.2012 n.190 e rubricato come "corruzione tra privati"[18].
In ottemperanza ai rilievi del GRECO, fu incriminata la corruzione del "sottoposto". L'ampliamento del novero dei soggetti punibili può essere valutato con favore, a condizione che del *sottoposto* non si accolga un'accezione così lata, da ricomprendere tutti i dipendenti subordinati. In astratto, infatti, la vigilanza e il controllo del soggetto apicale si estendono, almeno indirettamente, a tutti i componenti dell'apparato gerarchicamente subordinati. A nostro avviso, deve guardarsi alla funzionalità delle mansioni lavorative, piuttosto che al vincolo gerarchico nella catena di comando dell'ente; da questo punto di vista, per "sottoposto" deve intendersi colui che, a stretto contatto con il soggetto apicale, può influire sulla dichiarazione di volontà dell'ente, valida nei confronti dell'*estraneo*. D'altronde, la finalità della condotta dell'*intraneo* consiste nel compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio, corrispondente ovviamente all'interesse dell'estraneo, e, come tale, proiettato all'esterno dell'ente; cosicché è postulata la capacità del sottoposto di "influenzare" la dichiarazione di volontà dell'ente.

---

[16] Le censure del *report* GRECO riguardavano la mancata attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI; cfr. nota 4. In verità l'Italia, con l'art. 29 della l. n. 34/2008 (c.d. legge "comunitaria"), aveva già in previsione la riforma del reato di cui all'art. 2635 Cc, per la quale si conferiva delega al Governo; tuttavia, non furono emanati i decreti delegati e si attese fino al 2012 per dare attuazione alla decisione quadro. Per un commento sulla menzionata legge di delega D. Perrone, *L'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie di corruzione privata, in attesa dell'attuazione della l. 25.2.2008 n. 34*, in *CP* 2009, 771 ss..

[17] Il rilievo ci pare infondato, perché «gli atti idonei, diretti a …» potevano essere puniti a titolo di tentativo. Dello stesso avviso A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 9.

[18] La l. 190/2012 riformulò l'art. 2635, con la rubrica "corruzione tra privati", come segue:
«1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, che, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni.
2. Si applica la pena della reclusione fino ad un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma.
3. Chi dà o promette denaro o altra utilità alle persone indicate nel primo e nel secondo comma è punito con le pene ivi previste.
4. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati nei mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'art. 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24.2.1998, n. 58, e successive modificazioni.
5. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi».
In commento T. Padovani, *Una riforma radicale con luci e ombre*, in *LP* 2013, 590 ss.; A. Spena, *Corruzione tra privati*, in *DPP (Speciale Corruzione)* 2013, 3 ss.; S. Seminara, *Il reato di corruzione tra privati*, in *Le Società* 2013, 63 ss.; V. Napoleoni, *Il 'nuovo' delitto di corruzione tra privati*, in *LP* 2013, 693 ss..

Una seconda modifica riguardò la pena edittale, che venne fissata "da uno a tre anni". Precedentemente, la pena della reclusione era prevista "fino a tre anni", sicché il minimo edittale coincideva con 15 giorni e risultava inferiore al minimo previsto dall'art. 2634 Cc (sei mesi). Coi nuovi limiti edittali, è cessata l'incongruenza di punire con più severità il fatto meno grave, posto che l'infedeltà, per dir così, "semplice" di cui all'art. 2634 Cc, era punita con pena più grave ("da sei mesi a tre anni") rispetto all'infedeltà pregna di maggior disvalore, in quanto determinata da un accordo occulto ("fino a tre anni").
La novella del 2012 ha introdotto, inoltre, una clausola di sussidiarietà espressa («salvo che il fatto costituisca più grave reato»), la quale ha reso esplicita la prevalenza della corruzione pubblica, nei casi in cui l'*intraneo* rivesta la qualifica di "pubblico agente". È stata prevista, inoltre, la responsabilità penale dell'ente, nel caso di corruzione attiva dell'*intraneo*, mentre permaneva il requisito del danno patrimoniale a carico dell'ente. Sul punto è lecito nutrire qualche perplessità.
Se la *ratio* fosse stata quella di punire tutti i soggetti avvantaggiati dalla condotta illecita, si sarebbe potuto convenire sull'opportunità della modifica legislativa. Senonché questa lettura è resa impossibile dal fatto che la società commerciale, che ha subìto il "nocumento", non può che essere il "terzo escluso". In questi casi poco importa, a nostro avviso, che l'*intraneo* sia il *corruttore* o il *corrotto*. Sempre e comunque la corruzione, ancorché passiva, danneggia la società commerciale, i cui interessi vengono sacrificati, sia che l'*intraneo* prenda l'iniziativa in veste di *corruttore*, sia che acconsenta all'iniziativa altrui in veste di *corrotto*.
È indifferente, ai fini del danno economico recato all'ente, l'*intraneità* o *estraneità* del soggetto, che dà l'impulso iniziale alla trattativa; ciò che determina il danno è il contenuto della pattuizione, comunque abbia avuto inizio il rapporto tra l'*intraneus* e l'*extraneus*. Ne deriva che, a prescindere dalla veste dell'*intraneo* (*corruttore* o *corrotto*), la società commerciale si atteggia a soggetto passivo del reato (nei casi di danno patrimoniale a carico); e la figura della parte offesa, dal punto di vista logico, pare incompatibile con quella di soggetto gravato di responsabilità penale. Alla luce di queste considerazioni, appariva contraddittoria la coesistenza in fattispecie del requisito del nocumento patrimoniale a carico dell'ente, con la previsione della responsabilità penale dello stesso; i due elementi coesistenti configuravano lo stesso soggetto, ora come parte offesa, ora come soggetto attivo del reato.
Per ritrovare la coerenza perduta, il legislatore del 2017 (come meglio si dirà tra breve) ha ritenuto opportuno eliminare dalla fattispecie, come suggerito dal *report* del GRECO, qualsivoglia riferimento al nocumento subìto dalla società commerciale[19]. Ma la questione, come si è detto, non è così semplice. A prescindere dalla formulazione verbale del reato di corruzione tra privati, con inclusione od esclusione del danno patrimoniale subìto dall'ente, si aprono tanti interrogativi, a partire da quello "nominalistico". Il *nomen* "corruzione" da sempre si addice a un fatto che postula un rapporto tra "corruttore" e "corrotto" con esclusione di un terzo, titolare di un interesse degno di tutela. Ebbene: se manca il "terzo escluso", non manca per ciò stesso la "corruzione"? E se il "terzo escluso" non manca, per ciò stesso non sussiste un danno a suo carico? E se subisce il danno,

[19] L'intervento legislativo del 2017 "si innesta nel panorama di un più ampio processo di adeguamento dell'ordinamento interno a fonti internazionali: innanzitutto, la Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione, adottata a Strasburgo il 27.1.1999, poi la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (Merida 2003) ed infine, la Decisione quadro"; E. Venafro, *Il nuovo reato di istigazione alla corruzione privata come fattispecie attenuata dell'art. 2635 Cc*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 19.10.2018. Sul punto cfr. E. La Rosa, *Riforma della 'corruzione tra privati'*, Messina 2011, 51 ss.; A. di Martino, *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di G. Mattarella, M. Pelissero, cit., 355 ss.; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli 2012, 480 ss.; M. Montanari, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1.7.2012.

la società commerciale non è necessariamente parte offesa dal reato? E infine: se è parte offesa, come può al contempo incorrere nella sanzione penale?
Dietro questi interrogativi, si adombra la questione centrale: se per la corruzione privata e quella pubblica siano validi i medesimi paradigmi; o se, invece, si debba tener conto di alcune intrinseche differenze. Basti pensare che la piena equiparazione potrebbe portare al seguente paradosso: posto che l'amministrazione privata è tenuta responsabile della corruzione attiva del suo organo, in base alla suddetta equiparazione, anche la Pubblica Amministrazione dovrebbe rispondere penalmente dell'operato del pubblico ufficiale in veste di corruttore; e la P.A., che tutela gli interessi pubblici e agisce in nome e per conto dell'intero consorzio sociale, dovrebbe sdoppiarsi nei due opposti, di reo e vittima del reato. Il paradosso ci lascia intendere come divergano le strade delle due amministrazioni, l'una vincolata al criterio di imparzialità, ossia al perseguimento dell'interesse di tutti, in ossequio alla *par condicio civium*, l'altra al criterio di economicità, per sua natura "parziale", ossia non vincolato alla *par condicio*.
È bene ribadire, comunque, che fu il legislatore del 2017 a eliminare dalla fattispecie il contrassegno del "nocumento" patito dall'ente, mentre la riforma del 2012 lasciò inalterati i due elementi oggettivi (della c.d. "doppia causalità"): a) la violazione dei doveri d'ufficio dell'*intraneo*; b) la *deminutio* patrimoniale in capo all'ente[20]. Al contempo, fu mantenuto il criterio della procedibilità a querela e sia pure "edulcorato" dalla possibilità del procedimento d'ufficio, in caso di "distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi". Quale fosse la grandezza e l'estensione di tale "distorsione" rimaneva alquanto oscuro e, inoltre, sorgeva il dubbio se il "fatto", dal quale dovesse derivare l'effetto distorsivo, si componesse anche del "nocumento" economico apportato all'ente[21].
Invero, la procedibilità d'ufficio suppone un *quid pluris* di offensività, ossia un profilo di interesse pubblico assente nel fatto procedibile a querela, sicché il "nocumento" costitutivo del fatto punibile a querela (con offesa meno grave, in quanto di esclusivo interesse privato) non poteva mancare nel fatto punibile d'ufficio (con offesa più grave, in quanto vi è coinvolto un interesse pubblico). Sicché la vera questione dubbia non ci pare tanto attinente alla causa, quanto all'evento stesso, poiché il turbamento della dinamica concorrenziale può vedersi *in re ipsa*, nel senso che il "fatto" (consistente nell'accordo e nel successivo "nocumento") di per sé può ritenersi "distorsivo"[22]. Se, infatti, una società commerciale ha ricevuto un danno economico, nella stessa misura, la sua capacità concorrenziale è stata depotenziata, essendole state sottratte quelle risorse economiche astrattamente utilizzabili, per meglio competere nel mercato. Sotto questo profilo, "nocumento" a

[20] Gran parte della dottrina osserva che la riforma del 2012 non altera la struttura fondamentale della fattispecie. Il fatto di reato si configura «quale prodromo di quella che, in definitiva, continua ad essere nient'altro che una forma speciale di infedeltà»; A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc*, cit., 4. Dello stesso avviso E. Dolcini, F. Vigano', *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in www.penalecontemporaneo.it 27.4.2012, 245; G. Andreazza, L. Pistorelli, *Una prima lettura della l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione). Relazione a cura del Massimario della Corte di Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it* 20.11.2012, 19; D. Pulitano', *La novella in materia di corruzione*, in *CP* 2012, n.11; A. Melchionda, *Art. 2635 Cc ("Corruzione tra privati")*, in *GI* 2012, 2698 ss.; V. Militello, *Fondi neri e corruzione tra privati in Italia*, in *RTrimDPenEc* 2012, n.4, 907 ss..
[21] A. Rugani, *op. cit.*, 4641.
[22] Ogni accordo corruttivo, sia pubblico che privato, attenta, in realtà, alla regolarità dei meccanismi concorrenziali; G. Marinucci, M. Romano, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori delle società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, a cura di P. Nuvolone, Milano 1971, 93 ss.; C. F. Grosso, *Il delitto di corruzione tra realtà interpretative e prospettive di riforma*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1987, 358 ss.

carico dell'ente e "distorsione" della dinamica concorrenziale vengono a coincidere[23]; ma poiché la procedibilità d'ufficio richiede necessariamente un *quid pluris* rispetto alla procedibilità a querela, anche la "distorsione" deve contemplare un *quid pluris* rispetto al "nocumento"; e dunque, in quel contesto, ossia nel vigore della generale procedibilità a querela, la "distorsione" non poteva intendersi, in termini di mera "potenzialità" di svantaggio rispetto ai concorrenti, connesso al danno patito, bensì di effettivo e tangibile vantaggio dei concorrenti, rispetto alla società commerciale danneggiata. Se, invece, fosse venuto meno il criterio della procedibilità a querela, come da molti auspicato, i termini della questione ovviamente sarebbero cambiati: il fatto stesso di arrecare un danno economico alla società commerciale, in vista della dazione o promessa dell'*extraneus*, sarebbe stato considerato *ex se* lesivo della regolare dinamica concorrenziale e, come tale, punibile d'ufficio. Oggi la questione non è più attuale, a fronte del criterio generale della procedibilità d'ufficio, introdotto dalla l. 9.1.2019 n.3.

4. La menzionata riforma del 2012 non sortì l'effetto di fugare tutti i rilievi critici sollevati dalle agenzie sovranazionali. Con il *report* del 2014 il GRECO osservò che il "parziale" adempimento, da parte del nostro Paese, degli obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale lasciava inalterate alcune questioni aperte. I punti critici venivano individuati nella permanenza del criterio generale di procedibilità a querela, seppure mitigato dall'eccezionale procedibilità d'ufficio in caso di distorsione della concorrenza; nell'omessa incriminazione di ogni soggetto operante nel settore privato, a prescindere dal ruolo ricoperto nella scala gerarchica; nella coesistenza necessaria dei due elementi costitutivi, della violazione dei doveri d'ufficio dell'*intraneo* e del danno a carico dell'ente; nella mancata incriminazione delle condotte unilaterali di "promessa" o "richiesta" di illecita utilità, in guisa di istigazione alla corruzione.
Il d. lgs. 29.10.2016 n. 202 introdusse una modifica di dettaglio, inserendo un sesto comma all'art. 2635 Cc, a mente del quale «fermo quanto previsto dall'art. 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte». È evidente che l'aggiunta del comma, relativo alla confisca per equivalente, non tacitava alcuno dei rilievi critici formulati dal GRECO, mentre rimaneva inattuata la decisione quadro 2003-7568/GAI, la quale stabiliva precisi obblighi di repressione delle condotte corruttive private. Non è il caso di entrare nel merito delle spinose questioni attinenti alla materia del diritto penale sovranazionale, né tracciare qui i confini della validità ed efficacia delle decisioni quadro, né esaminare la natura dei vincoli nascenti dai rilievi critici di un'agenzia europea di controllo (GRECO), in questa sede possiamo limitarci a discutere la filosofia complessiva, che si può desumere dagli atti di indirizzo delle Autorità europee. La tendenza all'incriminazione generalizzata, e perfino anticipata, di ogni atto di "corruzione", nel *mare magnum* e indistinto degli affari privati, pare sia la stella polare di tutti gli interventi sovranazionali. Al livello massimo di tutela penalistica corrisponderebbe, *prima facie*, il livello massimo di efficacia delle misure di contrasto; e questa semplicistica equiparazione pare guidare i tentativi di "armonizzazione" delle legislazioni europee. Sul punto è lecito nutrire qualche dubbio. In linea generale, bisogna considerare che ogni tutela penalistica comporta un restringimento della libertà, sicché il legislatore ha il dovere di intervenire *cum grano salis* in *subjecta* materia, bilanciando con ponderatezza tutti gli interessi in conflitto.
Nello specifico, non tutte le osservazioni critiche formulate dal GRECO ci sembrano condivisibili, ancorché dotate di autorevolezza sovranazionale: troviamo convincenti i rilievi (formulati a suo

[23] In questo senso anche A. Rugani, *op. cit.*, 4642, il quale ritiene che in ogni caso di corruzione sia danneggiato il mercato, in qualità di "terzo escluso" dal connubio tra corrotto e corruttore.

tempo e non più attuali), sull'opportunità di introdurre la procedibilità d'ufficio generalizzata, atta a svincolare l'azione penale dalla verifica di un presupposto molto nebuloso (ossia la distorsione della concorrenza). Un po' meno convincente ci pare la raccomandazione di incriminare, a titolo autonomo, le condotte unilaterali di "istigazione", le quali, nel vigore del vecchio regime, sarebbero state comunque punibili a titolo di tentativo[24], purché idonee a realizzare il fine della corruzione, e sarebbero risultate, invece, autonomamente punibili (in conformità alle indicazioni del GRECO), ancorché inidonee, *sub specie* di istigazione, in contrasto col principio generale di non punibilità dell'istigazione non accolta. Si poteva anche parzialmente concordare sulla raccomandazione del GRECO di incriminare "chiunque", purché fosse chiaro che la struttura trilaterale del rapporto, coinvolto nel fatto corruttivo, e il conflitto di interessi dell'*intraneo*, con la società rappresentata, presupponevano (e presuppongono) la possibilità di agire (o influenzare chi agisce), in nome e per conto dell'ente, la quale può anche occasionalmente competere al subordinato ("chiunque"), ma in linea di massima compete all'organo. Quanto al rilievo critico, concernente la coesistenza dei due requisiti della violazione delle regole e del danno patrimoniale, impropriamente denominata "doppia causalità"[25], rinviamo ad approfondimenti successivi, ma ribadiamo che la "patrimonialità" del danno ci pare indispensabile, per caratterizzare l'irregolarità degli atti di corruzione dell'amministratore, in ambito privatistico.

Per dare attuazione alla decisione quadro 2003/568/GAI, l'art. 19 della "legge di delegazione europea" n. 170/2016 conferì delega al Governo di riformare l'art. 2635; il decreto legislativo 15.3.2017 n. 39[26] riformulò la norma incriminatrice di cui all'art. 2635 Cc e introdusse il nuovo reato di "istigazione alla corruzione tra privati" all'art. 2635 *bis* Cc[27]. La nuova formula della "corruzione tra privati" contempla il fatto degli amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori, di società o enti privati, che «sollecitano o ricevono, per sé o altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà».

Rispetto alla formula previgente, le modifiche più rilevanti si possono così individuare: il momento consumativo del reato coincide con la ricezione dell'indebito, ma può essere anticipato al momento dell'accettazione della promessa e perfino al momento antecedente della "sollecitazione"; la violazione dei doveri d'ufficio o degli obblighi di fedeltà è tipizzata come finalità dell'*intraneo*; il danno patrimoniale recato all'ente non si configura come elemento costitutivo della fattispecie; sono puniti anche gli organi e i sottoposti degli enti privati non commerciali; le ipotesi di cui al terzo comma (delitti di corruzione attiva dei dirigenti e dei sottoposti) sono inseriti nel novero dei reati-presupposto della responsabilità penale dell'ente, disciplinata dal d. lgs. 8.6.2001 n. 231. Il legislatore del 2017 aveva mantenuto il criterio della procedibilità a querela di parte, in linea generale, e della procedibilità d'ufficio, in linea eccezionale. Sul punto è intervenuta la legge n. 3

[24] Cfr. nota 17.

[25] La coesistenza dei due elementi è denominata "requisito doppiamente causale"; cfr. A. Rugani, *op. cit.*, 4639. Analogamente parlano di doppia causalità, A. Spena, *La corruzione privata e la riforma dell'art. 2635 Cc* cit., 8; R. Bartoli, *op. cit.*, 439 ss. In verità ci pare che la violazione delle regole d'ufficio o degli obblighi di fedeltà non sia un effetto della condotta, bensì un carattere della stessa. Ovviamente si può ritenere che il *pactum sceleris* sia a monte di tutto, in guisa di causa, e la condotta di violazione successiva sia stata determinata dal patto, in guisa di effetto, ma si tratterebbe di una ben strana "causalità" riguardante se medesimo (azione che determina la propria azione).

[26] Rubricato "*Attuazione della decisione quadro 2003/58/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*". In commento A. Rossi, *La riforma del 'sistema punitivo' della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, in *Le Società* 2017, n. 6, 751.

[27] Sul problematico rapporto tra l'art. 2635 Cc e l'art. 2635 bis Cc, E. Venafro, *op. cit.*; cfr. anche nota 29.

del 9.1.2019 che, avendo eliminato la procedibilità a querela, adotta la procedibilità d'ufficio come criterio generale[28]. Per il resto, la c.d. legge *spazzacorrotti* lascia immutati gli estremi tipici della fattispecie.

5. Nell'attuale formulazione, il fatto tipico che costituisce "corruzione tra privati" si caratterizza come fatto monosoggettivo dell'*intraneo,* il quale riceve la dazione o ne accetta la promessa da parte dell'*estraneo* o la sollecita. Ovviamente la promessa, che incontra l'accettazione, dà luogo a un accordo, mentre la sollecitazione (od offerta) consiste in un'istigazione all'accordo[29]; l'illiceità della condotta non risiede tanto nell'accordo, quanto nella finalità illecita, mentre non è tipizzato come elemento necessario e costitutivo il danno patrimoniale per l'ente. L'antigiuridicità del fatto sta tutta nella finalità soggettiva, poiché la "retribuzione" dedotta nel patto, in guisa di "denaro" o altra "utilità", non è illecita in sé, negli affari privati, anzi solitamente costituisce la regola del sinallagma contrattuale; sicché solo l'atto, da compiere oppure omettere, in violazione dei doveri d'ufficio, caratterizza il fatto come illecito; e tale atto entra nella cornice della fattispecie tipica, non già in quanto compiuto oppure omesso, bensì in quanto dedotto come fine della condotta tipica. Insomma, l'illiceità del fatto è assorbita interamente dal dolo specifico.
Ben diversamente, nell'amministrazione della *res publica*, l'antigiuridicità risiede già nell'accordo di retribuzione onerosa, poiché l'esercizio della potestà pubblica non deve essere in alcun modo remunerato dal destinatario dell'atto[30]. La differenza sostanziale tra le due corruzioni è la seguente: che il patto corruttivo, in ambito pubblico, come detto, è irregolare in sé, ossia viola i doveri d'ufficio, per ciò stesso che si proietta verso il "denaro o altra utilità"; la condotta dell'*intraneo,*

[28] La generalizzata procedibilità d'ufficio (introdotta nel 2019), insieme con l'eliminazione del requisito del danno patito dall'ente (già vigente nel 2017), fanno pensare che sia stato recepito *in toto* il modello d'incriminazione *pubblicistico,* in conformità alle indicazioni europee, e abbandonato il modello *lealistico*. Il primo, infatti, si caratterizza per assumere come bene protetto la lealtà e la correttezza della concorrenza, nel mercato dei beni e servizi, e pertanto legittima la procedibilità d'ufficio; il secondo, tutelando i doveri di fedeltà al "datore di lavoro", legittima la procedibilità a querela. La decisone quadro 2003/568/GAI può essere considerata lo spartiacque ideale, che segna storicamente il passaggio dall'uno all'altro modello paradigmatico; il 9° *considerando* dichiara: «gli Stati membri annettono particolare importanza alla lotta alla corruzione sia nel settore pubblico che in quello privato, poiché ritengono che la corruzione in entrambi i settori costituisca una minaccia allo Stato di diritto e inoltre generi *distorsioni di concorrenza riguardo all'acquisizione di beni o servizi commerciali* e ostacoli un corretto sviluppo economico». Invero, si può pensare che entrambi i beni siano tutelati; si può pensare, altresì, che «il bene della concorrenza non riceve una protezione assoluta e incondizionata" e dunque "la dimensione pubblicistica della tutela trova un limite nella necessaria violazione del rapporto lealistico» (S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati,* cit., 7).
[29] La nozione di corruzione recepita nell'art. 2635 Cc, diversamente da quella accolta dagli artt. 318 e 319 Cp, abbandona la costruzione bilaterale del reato, in favore di una sua declinazione in senso monosoggettivo. L'*extraneus* ovviamente può concorrere nel reato dell'*intraneus,* ma il concorso delle volontà e delle condotte dei due contraenti non è necessario per integrare gli estremi del reato. La condotta dell'*intraneo* che sollecita la dazione dell'*extraneus* costituisce, senza dubbio, una condotta di istigazione. Si potrebbe pensare che l'autonomo titolo di reato (istigazione alla corruzione), di cui all'art. 2635 *bis* Cc, escluda la punibilità della condotta di istigazione dell'*intraneus* ex art. 2635. Così non è, perché la fattispecie dell'art. 2635 *bis* punisce solamente l'istigatore estraneo che concorre nella corruzione attiva o passiva. Il possibile equivoco è frutto di una "svista" del legislatore, che recepisce uno dei rilievi degli organi europei, riguardante la sola istigazione dell'estraneo, e non si avvede che l'istigazione dell'*intraneus* (*sub specie* di sollecitazione od offerta) risulta già punita ex art. 2635 Cc, mentre il concorso sarebbe comunque punito in base all'art. 110 Cp. Ne deriva che l'art. 2635 *bis* appare inutile. Se invece l'istigazione dell'intraneo fosse punita ai sensi dell'art. 2635 *bis* Cc, si dovrebbe ridurre la pena di un terzo in caso di sollecitazione od offerta non accolta, mentre l'art. l'art. 2635 Cc non prevede alcuna diminuzione di pena; in questo senso S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., 4.
[30] Cfr. *supra* nota 8.

in ambito privatistico, non si caratterizza come illecita in quanto proiettata verso la "retribuzione", ma solo in quanto proiettata verso un atto che viola i doveri d'ufficio. Insomma, in ambito privatistico, c'è retribuzione e retribuzione; generalmente lecita, eccezionalmente illecita in quanto illecitamente finalizzata. Ne deriva che il reato di corruzione pubblica si perfeziona con la stipula del mero patto, ancorché l'atto dedotto nel patto sia impossibile, mentre il reato di corruzione tra privati è integrato dalla condotta dell'*intraneo*, posta in essere in vista della realizzazione del fine, che assorbe l'illiceità del fatto e perciò, a nostro avviso, presuppone l'idoneità dello strumento.
In verità, qualche Autore[31] sostiene che la finalità soggettiva, di compiere oppure omettere l'atto in violazione dei doveri d'ufficio o degli obblighi di fedeltà, debba rimanere confinata nel *foro interno* e dunque non sia necessaria la verifica di "fattibilità", diretta a valutare la concreta idoneità della condotta a realizzare il fine illecito. A questa stregua, il fatto di reato sarebbe privo del necessario carattere di offensività, giacché sarebbe integrato da un mero atto preliminare, quantunque non idoneo a raggiungere lo scopo illecito; la semplice *cogitatio* integrerebbe il reato, a prescindere dal concreto pericolo che ne sortisca l'atto, che viola i doveri d'ufficio o gli obblighi di fedeltà. Insomma, un mero accordo tra l'*intraneo* e l'*estraneo*, o anche un atto preliminare di contatto iniziale, non illecito in sé e inidoneo a raggiungere lo scopo illecito, integrerebbe gli estremi del reato. Si punirebbe con ciò la semplice intenzione e il reato verrebbe a consistere in un *quid* attinente al foro interno. Si punirebbe nient'altro che un tentativo non idoneo, in contrasto col principio generale di materialità e offensività del fatto di reato. Ci pare, invece, che l'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie postuli necessariamente l'offensività del fatto di reato, la quale può risiedere unicamente nella condotta idonea a conseguire il risultato lesivo e perciò, nel caso di specie, non già in una trattativa iniziale *comunque* finalizzata (all'atto), bensì in quella *idoneamente* finalizzata, da cui scaturisce il concreto pericolo di un successivo atto dell'*intraneo*, contrario ai doveri d'ufficio o agli obblighi di fedeltà. Solo siffatta finalità, idoneamente perseguita, può appartenere al foro esterno del giudice penale, in quanto concretamente pericolosa, mentre la finalità impossibile, in quanto inidoneamente perseguita, si arresta alla soglia della mera *cogitatio* inoffensiva.
Se dunque, come pare, l'antigiuridicità del fatto non consiste nella ricezione (o sollecitazione) dell'utilità economica in sé, si capisce che la violazione dei doveri d'ufficio, o degli obblighi di fedeltà, diventa centrale ai fini interpretativi. A misura che il dolo specifico assorbe il disvalore del fatto, l'*an* del reato viene a dipendere dalla circostanza che l'atto, verso il quale si dirige la condotta dell'*intraneus* (eventualmente in accordo con la promessa dell'*extraneus* o in sollecitazione di questa), sia contrario ai doveri d'ufficio. La contrarietà ai doveri, che connota l'atto dell'*intraneo* dedotto nell'accordo con l'estraneo, siglato o sollecitato, diviene l'*ubi consistam* del reato di "corruzione tra privati". Occorre dunque fare luce su cotali *doveri*.
Gli organi dell'ente privato non hanno i medesimi doveri; il che comporta che bisogna fare i necessari distinguo. A nostro avviso, la principale linea divisoria separa gli organi di amministrazione attiva (amministratori, direttori generali), da quelli di amministrazione di controllo (dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci, liquidatori). Diciamo subito che gli amministratori in senso stretto (ossia organi di amministrazione attiva) di una società commerciale hanno "doveri" non formalizzati in atti tipici e prefigurati, dettagliatamente individuati, ma afferenti all'imperativo generale e generico di soddisfare la domanda di mercato; ciò equivale a dire che tutti i doveri si riconducono al paradigma di

[31] A. Rugani, *op. cit.*, 4646: «la tensione finalistica al compimento di un atto antidoveroso dovrà essere accertata nel foro interno dell'*intraneo* corrotto, non richiedendosi un effettivo riscontro concreto di tale comportamento».

economicità, che impone la ricerca del profitto[32]. Solo quando i ricavi eccedono i costi, un'attività commerciale può dirsi economicamente valida e l'azienda può stare durevolmente sul mercato; ovviamente, in un'economia concorrenziale, l'utile economico (eccedenza dei ricavi sui costi) si raggiunge, offrendo al consumatore beni e servizi di suo gradimento e, conseguentemente, la società commerciale tende a migliorare la sua offerta commerciale, per sopravvivere nella competizione economica. Ne deriva che il conseguimento dell'utile economico esprime la capacità della società commerciale di soddisfare la domanda di mercato e il dovere del buon amministratore è quello di rendere un servizio ai consumatori, conseguendo l'utile aziendale. L'economicità della gestione è, dunque, il parametro dell'adempimento dei doveri dell'amministratore. Si può dire, in definitiva, che l'unico vero dovere dell'amministratore consiste nel conseguimento del profitto economico, nel rispetto delle regole della leale concorrenza di mercato.
Ne consegue che l'amministratore viene meno ai suoi doveri, se e quando compromette scientemente l'economicità di gestione; come detto, il danno economico che egli arreca all'ente è l'espressione della sua infedeltà, ossia della violazione del suo dovere di ricercare l'utile economico[33]. Il conflitto di interessi, tra il vantaggio personale e quello del "principale", è il segno della sua infedeltà[34]; al contempo, quel conflitto di interessi si evidenzia ed è apprezzabile all'esterno, proprio perché l'utile personale si contrappone all'utile della compagine sociale (aziendale); sicché il danno economico costituisce il parametro dell'infedeltà al dovere; l'uno e l'altra sono - giova ribadire - due facce della stessa medaglia[35].

---

[32] I caratteri di atipicità e indeterminatezza riguardano non solo i *doveri di ufficio*, ma anche gli *obblighi di fedeltà*. Si fa riferimento al generale obbligo di fedeltà di cui all'art. 2015 Cc, che grava sul lavoratore subordinato (agente) nei confronti del suo datore di lavoro (principale). Si riconosce che, in ambito civilistico, non è affatto pacifico quale sia l'estensione di quest'obbligo; A. Spena, *La corruzione privata* cit. 17. A nostro avviso, la fedeltà al principale vincola l'amministratore della società commerciale a seguire i criteri di economicità di gestione, giacché il fine del principale è il profitto economico. Da qui una dose inevitabile d'indeterminatezza dei suoi doveri e obblighi.

[33] Vi sono tre modi di concepire l'offensività del reato: a) nel *modello patrimonialistico* la norma incriminatrice tutela il patrimonio del "principale": b) nell'ottica del *modello lealistico-fiduciario* il disvalore del fatto risiede nella violazione del dovere di buona fede e lealtà nei confronti del "principale"; c) il *modello della concorrenza* prende in considerazione i possibili effetti della corruzione sulla concorrenza e sulle dinamiche del mercato. Sul punto A. Spena, *La corruzione privata* ,11 s. I modelli ideali non si escludono necessariamente; il reato *de quo* può essere inteso come plurioffensivo e, dal nostro punto di vista, il modello patrimonialistico e lealistico vengono a coincidere, nel caso di corruzione dell'amministratore; mentre, nel caso di corruzione del controllore, si può considerare prevalente l'offesa recata alla dinamica concorrenziale. Il carattere plurioffensivo del reato è riconosciuto da A. Spena, *La corruzione privata* cit., 16, che, nel passaggio dalla vecchia formula del 2012, imperniata sul modello patrimonialistico, a quella del 2017, ravvisa il "tentativo – piuttosto goffo e macchinoso, in verità – di definire il contenuto di illecito delle infedeltà da corruzione tenendo conto, in maniera sincretica, di tutti e tre i modelli potenzialmente rilevanti". Sulle concezioni dell'offensività nell'ordinamento italiano e in quello francese P.T. Persio, *Il reato di corruzione tra privati nell'esperienza italiana e francese: modelli di tutela a confronto*, in *CP* 2015, n.11, 4245.

[34] La fedeltà dell'amministratore si proietta all'interno della società commerciale. In questo senso R. Bricchetti, *La corruzione tra privati*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. D. Cerqua, L. Luparia, Padova 2014, 515; V. Valentini, G. Lunghini, *Art. 2635 c.c. - Corruzione tra privati*, in *Codice Penale Commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Assago 2015; N. Mazzacuva - E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova 2013, 184; V. Napoleoni, sub *Art. 2635*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf, V. Salafia, Milano 2004, 2626. Ben diversamente gli organi societari di controllo hanno doveri che si proiettano all'esterno dell'impresa.

[35] La connessione tra il danno economico, attuale o potenziale, arrecato all'ente e l'infedeltà all'interesse del principale è riconosciuta da S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., 6. «l'assunto che gli obblighi inerenti all'ufficio di cui art. 2635 Cc consistono in prescrizioni di legge e, in linea subordinata, di discipline statutarie, deontologiche e disciplinari, comunque rilevanti a livello contrattuale, rinvia a una prospettiva interna al rapporto tra la società e il soggetto attivo *intraneo*, la cui proiezione su un evento di danno o di pericolo appare riconducibile solo al generale divieto di cagionare pregiudizio agli interessi del datore di lavoro o del mandante.

Sono di tipo diverso i doveri degli organi di controllo, ai quali non compete la gestione economica dell'ente, bensì la verifica della regolare tenuta dei libri contabili, dell'autenticità e veridicità dei documenti di bilancio e della regolarità complessiva dell'operato dell'organo amministrativo. In buona misura, le violazioni dei loro doveri incidono sul bene della pubblica fede, piuttosto che su beni patrimoniali; s'intende, tuttavia, che di riflesso potrebbe risultare danneggiato il patrimonio dell'ente e non si devono escludere ulteriori riflessi sulla regolare concorrenza di mercato. Anzi, si deve supporre, per necessità logica, che il mercato risulti turbato, nello stesso momento in cui sia violato il dovere di veridica documentazione degli atti di gestione, a tutela dell'affidamento dei terzi.
Insomma, cambiano i connotati del rapporto di fedeltà tra l'agente e il "principale". Gli organi di vigilanza e controllo della società commerciale esprimono la loro fedeltà al "principale", non già in vista del fine patrimoniale, bensì in funzione della trasparenza della gestione aziendale. Si potrebbe dire che il loro "principale" sieda al di fuori della compagine sociale e si immedesimi nel mercato nella sua interezza, giacché la loro attività tutela, in primo luogo, i soggetti economici in rapporti di affari, attuali o potenziali, con la società commerciale, della quale devono garantire l'affidabilità economica. Poiché, infatti, l'affidamento dei terzi contraenti si basa sui dati economici garantiti dai controllori, alla fine dei conti, l'imperativo che orienta l'attività di controllo non è l'utile economico, bensì la trasparenza della gestione (altrui); la "fede pubblica" è il bene di riferimento, mentre il "principale" è ravvisabile nell'insieme indistinto dei terzi contraenti, ossia nel mercato. Ne consegue che la violazione del dovere, in vista del quale si dirige la condotta dell'*intraneus* "controllore", risiede non già nel "conflitto di interessi" tra l'utilità individuale e l'utilità della società commerciale, e dunque nel danno patrimoniale, attuale o potenziale, a carico di questa, bensì nel falso atto di attestazione, diretto a ingannare l'affidamento dei terzi.

6. In considerazione dei differenti doveri a carico degli organi societari, diverge anche, a nostro avviso, il criterio interpretativo per la verifica degli elementi costitutivi del fatto di reato. Non viene meno il postulato logico del terzo escluso, ma cambia la sua tipologia: in un caso, terzo escluso è la società commerciale, nelle persone dei titolari del diritto di proprietà (soci); nell'altro caso, è il mercato impersonale, degli imprenditori e consumatori.
La necessità logica che la pattuizione tra l'*intraneo* e l'*estraneo*, seppure non giunta alla soglia dell'incontro delle due volontà, sia posta in essere a danno di un terzo (escluso) caratterizza ogni sorta di corruzione; se mancasse il terzo escluso, verrebbe meno la ragione stessa di denominare "corruzione" un fatto, nel quale sono coinvolti gli interessi di due sole parti[36]. Si pensi al professionista che cagiona scientemente un danno al suo cliente, traendone un vantaggio economico indebito. Se tale professionista non agisce nell'interesse di un terzo, ovviamente manca la figura del corruttore; egli non accetta un *input* altrui, ma si determina da solo a violare i doveri del suo ufficio. Siffatto professionista sarebbe "corruttore" di se stesso; "corruttore" e "corrotto" al contempo. E poiché ogni patto presuppone due contraenti, non può sussistere un "patto

Questa dimensione privatistica viene avvalorata dalla menzione, nell'art. 2635 Cc, degli obblighi di fedeltà, che per loro natura evocano il dovere del c.d. agente di curare esclusivamente l'interesse del c.d. principale». E s'intende che il principale dell'amministratore è l'impresa, il cui interesse risiede nel profitto economico; *ergo* l'infedeltà dell'amministratore si esprime necessariamente in atti che pregiudicano tale interesse e perciò cagionano un danno economico. S'intende altresì che i preposti ai documenti contabili, i sindaci e i revisori hanno obblighi di probità e fedeltà nei confronti del mercato, in quanto devono tutelare l'affidamento dei terzi contraenti, curando che la documentazione probatoria dell'attività d'impresa sia veridica; pertanto, la loro infedeltà non si connette necessariamente al danno economico arrecato all'ente.

[36] Sulla necessaria figura del "terzo escluso" nella corruzione, come nell'infedeltà, cfr. nota 15.

corruttivo" di taluno con se stesso. Ne discende che la "corruzione tra privati", per il fatto stesso di essere chiamata "corruzione", implica sempre e comunque il coinvolgimento di tre soggetti, titolari di interessi diversificati: corruttore, corrotto e terzo escluso.
Nel rapporto tra professionista e cliente, manca di regola il terzo escluso. Si potrebbe verificare, tuttavia, in rari casi, che un terzo soggetto induca il professionista a violare i doveri della sua professione. In astratto, la presenza del terzo, in veste di "corruttore", potrebbe far rientrare il fatto nello schema della corruzione tra privati, ma è evidente che l'art. 2635 Cc contempla esclusivamente la condotta degli organi (e dei diretti sottoposti) delle società commerciali e di altri enti privati. È, dunque, esclusa la possibilità di punire *ex* art. 2635 Cc l'infedeltà del professionista a danno del suo cliente; mentre, ovviamente, non si può escludere la punibilità ad altro titolo (per es. a titolo di truffa o, relativamente alla professione forense, a titolo di "infedele patrocinio").
Asserita la necessità logico-giuridica del terzo escluso, il discernimento della sua identità risulta molto importante, per delimitare i confini tipici del fatto di reato. A nostro avviso, l'amministratore della società commerciale, violando i doveri del suo ufficio e gli obblighi di fedeltà, non può non "escludere" il suo "principale", proprietario della società; egli viola i suoi doveri, perché agisce contro l'interesse dei proprietari e danneggia i proprietari della società, perché viola i suoi doveri[37].
Nelle società commerciali, il fine di lucro è il faro che orienta l'attività sociale; l'economicità del risultato di bilancio è l'espressione della buona gestione; il buon utilizzo delle risorse economiche è significato dal conseguimento del lucro, cosicché l'azienda in utile, per il fatto stesso di raggiungere il fine economico prefisso, dimostra di aver utilizzato bene le risorse e con ciò di aver reso un servizio al mercato. Ne consegue che giammai possono divergere l'interesse pubblico al buon andamento del mercato e l'interesse aziendale al risultato del profitto economico; i due interessi sono sempre convergenti, posto che l'azienda rende un servizio al mercato, utilizzando bene le risorse economiche, ed utilizza bene le risorse economiche, conseguendo ricavi superiori ai costi (sempreché, ovviamente, non vengano in ballo fatti di concorrenza sleale, i quali, ai nostri fini, sono esclusi per definizione, semplicemente perché ci occupiamo della "corruzione" nella sua astratta purezza e non di altro).
Ne discende che la lealtà dell'amministratore al "principale" si esprime come fedeltà alla finalità aziendale, la quale consiste in nient'altro che nel profitto economico; e dunque l'amministratore si dimostra infedele, se ed in quanto tradisce quella finalità e la subordina ai suoi interessi personali. In buona sostanza, l'amministratore è sleale, in quanto persegue i suoi interessi in contrasto con quelli sociali; ma gli interessi della società commerciale si risolvono nel profitto economico, cosicché l'amministratore non può che cagionare un danno economico alla società, nel momento in cui si dimostra sleale, e si dimostra sleale, proprio per il fatto che cagiona scientemente e volontariamente un danno alla società, anteponendo gli interessi personali a quelli societari[38].

---

[37] Di contrario avviso A. Rugani, *op. cit.*, 4642: «… nella corruzione privata, il terzo escluso è identificabile nella generalità dei consumatori». A supporto della tesi, cita «il caso in cui un soggetto commerciale, non in grado di competere con il concorrente di settore, lo corrompa per farlo rinunciare ad una importante commessa». Tuttavia, lo stesso Autore riconosce che risulta danneggiato anche «l'ente ove l'*intraneo* presta la propria attività lavorativa». Cita poi l'esempio della "corruzione del "fornitore", ossia il caso del «responsabile ufficio acquisti, corrotto affinché si risolva ad acquistare i prodotti di un determinato fornitore». Anche, in questo caso, l'Autore osserva che l'ente dovrà sopportare «costi di acquisto superiori per una merce qualitativamente inferiore». Orbene, le esemplificazioni che dovrebbero dimostrare il carattere esclusivamente "pubblicistico" del bene protetto, a nostro avviso, dimostrano l'esatto contrario: che il danno per il mercato è un riflesso del danno economico che, in primo luogo, subisce il terzo escluso, ossia l'ente nei confronti del quale è stato violato l'obbligo di fedeltà.
[38] *Contra* la dottrina che ipotizza la configurabilità della corruzione privata, anche in caso di vantaggio sia del corrotto, sia della società commerciale. F. Di Vizio, *La riforma della corruzione tra privati*, in *Il Quotidiano giuridico*, 3.4.2017; V. D'Acquarone- S. Rossi, *Corruzione tra privati: nuovi profili di rischio a livello intraorganizzativo*, in

Nella valutazione della condotta degli amministratori, il principio *lealistico* e quello *econometrico*[39] portano alla stessa conclusione; è vano contrapporli, come se l'utilizzo di un criterio conducesse a conclusioni differenti, rispetto a quelle cui si giungerebbe, utilizzando l'altro. Sempre e comunque, il danno economico è la spia necessaria della slealtà dell'amministratore verso il "principale". Giungiamo, dunque, alla conclusione che il danno economico, a carico della società amministrata, continua ad essere un elemento costitutivo del reato di corruzione tra privati, consumato dall'amministratore, ancorché la nuova formulazione della fattispecie non ne faccia menzione. S'intende che il danno economico può anche non giungere a compimento ai fini della punibilità dell'amministratore, dal momento che il reato si perfeziona ancor prima della stipula del patto corruttivo, non già al momento della sua piena esecuzione; ciò che importa, a nostro parere, è che ne sussista almeno la potenzialità, ossia che l'interprete possa individuare quell'ipotetico peggioramento dei conti della società – quantificabile in maggiore spesa o in minor ricavo – che avrebbe avuto luogo, se il patto corruttivo fosse giunto a compimento.
Pensare, invece, che il danno economico a carico della società commerciale, effettivo o potenziale, non integri il fatto di reato, commesso dall'amministratore corrotto, suppone, a nostro avviso, un possibile doppio equivoco: uno riguardante l'identità del terzo escluso, l'altro i limiti della valutazione giudiziale. Il terzo escluso, nel caso in cui la persona del corrotto sia l'amministratore, non può coincidere con l'universo indistinto dei *competitors* commerciali e dei consumatori e dunque col mercato nel suo complesso, perché il dovere dell'amministratore è quello di perseguire l'utile economico della società amministrata e con ciò rendere un servizio ai consumatori. Il suo dovere non è quello di rendere un servizio al mercato, prescindendo dall'interesse della sua società; se così fosse, dovrebbe praticare il minor prezzo possibile, non già il più alto possibile, per i beni e servizi messi in commercio; al contrario, il suo dovere nei confronti dei consumatori è il riflesso dei suoi doveri nei confronti della sua *company*; solo servendo la *company*, egli serve i consumatori. Ne deriva che il "danno sociale", e cioè l'offesa all'interesse pubblico che giustifica la sanzione penale, si immedesima con il peggioramento dei conti economici della *company* privata. Il terzo escluso coincide, perciò, con il soggetto che detiene la proprietà della società commerciale; l'interesse pretermesso è quello della proprietà, ossia quello del "principale", mentre i consumatori non sono terzi esclusi, bensì danneggiati di riflesso, giacché sempre e comunque la sanzione penale si giustifica a tutela di un bene di rilevanza pubblica, dovendo inevitabilmente fare capo all'intero consorzio sociale l'interesse all'esercizio del magistero punitivo[40]. Ma ciò che conta, ai fini dell'individuazione del terzo escluso, non è l'interesse pubblico riflesso, bensì il bene giuridico direttamente tutelato, che abbiamo visto essere quello della *company* privata.
Se, al contrario, ipotizziamo che il terzo escluso, nel rapporto tra l'amministratore corrotto e l'*extraneus*, sia l'universo dei consumatori, rischiamo di confondere la corruzione con le pratiche

Rivista 231 2017, n. 3. Si fa l'esempio di una società di certificazione, la quale potrebbe trarre vantaggio dall'essere "percepita" come corruttibile, e si potrebbe anche "concepire la corruzione come uno strumento per incrementare senza spese lo stipendio dei propri dipendenti". Gli esempi non sembrano convincenti. Invero, la "corruzione" comporta la violazione, da parte dell'*intraneo*, dei doveri d'ufficio e degli obblighi di fedeltà; se il "principale" incentivasse la corruzione, saremmo in un ambito nel quale risulterebbero capovolti i doveri d'ufficio e gli obblighi di fedeltà, "a un dì presso" dalla *societas sceleris*, rispetto alla quale gli strumenti di contrasto penalistico dovrebbero essere ben altri.

[39] Cfr. nota 33.

[40] Non può mancare l'interesse pubblico nello spettro dei beni tutelati, almeno indirettamente (al limite, residualmente, come interesse all'ordine pubblico), quand'anche il bene primariamente offeso sia di tipo privatistico. Così ogni accordo corruttivo (sia pubblico che privato) attenta, in realtà, alla regolare dinamica della concorrenza, ma non è detto che la dinamica concorrenziale sia l'interesse primariamente tutelato; G. Marinucci, M. Romano, *op.cit.*, 93 ss.; C. F. Grosso, *op. cit.*, 358 ss.

della concorrenza sleale. Supponiamo, infatti, che l'amministratore raggiunga la *perfomance* aziendale, migliore possibile; con pratiche commerciali, irregolari e illecite, che danneggiano *competitors* e consumatori. In questo caso l'interesse dell'amministratore non è in conflitto con quello della *company* ("principale"), ma è l'interesse della *company* a porsi in conflitto con quello del mercato. Ebbene, siffatta convergenza d'interessi, tra amministratore e principale, e siffatta divergenza, tra gli interessi del principale e quelli del mercato; non possono essere sussunte nel paradigma della corruzione, per il semplice fatto che viene a mancare l'*extraneus* corruttore. Nel caso esemplificato, è chiaro che si violano le regole della leale concorrenza di mercato, ma la slealtà viene esercitata non già dall'amministratore nei confronti del "principale", bensì dal "principale" nei confronti dei *competitors*. Ebbene, prendendo in considerazione il rapporto tra la *company* e i *competitors*, il terzo danneggiato non può che individuarsi nell'insieme del mercato, tuttavia siamo ben lontani dal paradigma del patto corruttivo tra l'*intraneus* e l'*extraneus*, che esclude il terzo; se, infatti, l'interesse dell'amministratore coincide con quello del principale, c'è un terzo *danneggiato* (*competitors* e consumatori), ma non c'è un terzo *escluso*, proprio perché manca il patto tra corruttore e corrotto. Non ci sono due soggetti che escludono un terzo, c'è un solo soggetto che agisce, la società commerciale, in nome e per conto della quale l'organo amministrativo compie gli atti; al suo cospetto c'è un soggetto danneggiato, il mercato; il rapporto è bilaterale, non trilaterale, perché organo rappresentativo e società commerciale rappresentata si immedesimano in un solo titolare d'interesse, mentre il mercato costituisce la parte offesa, non già il terzo escluso. In sintesi: come il patto corruttivo postula un terzo escluso, così la mancanza del terzo escluso inibisce la configurazione della corruzione; e laddove il danneggiato può individuarsi solo nel mercato e non anche nella società commerciale amministrata, l'amministratore e la società amministrata costituiscono un solo centro d'interessi e un solo soggetto giuridico, cosicché il danneggiato non è un terzo escluso e, dunque, non può configurarsi la corruzione.

Diverso è il caso della corruzione tra privati, che coinvolge l'organo di amministrazione di controllo della società commerciale. Il controllore ha il dovere giuridico di assicurare la regolarità di gestione; vigila sulla regolare tenuta dei libri contabili, verificando in particolare la veridicità delle iscrizioni, in corrispondenza con le reali partite di dare e avere; è responsabile dei documenti di bilancio, dei quali assicura la corretta formulazione. Il suo compito non è quello di perseguire l'utile aziendale, bensì quell'altro di assicurare che sia sostanzialmente e formalmente corretta e veridica la documentazione obbligatoria dell'attività gestionale altrui; con ciò egli tutela l'affidamento dei terzi contraenti e, in particolare, quello dei creditori sulla garanzia del credito, costituita, oltre e più che dal capitale sociale, dall'effettiva affidabilità e solvibilità del debitore. Sicché l'interesse, che egli è chiamato a tutelare, non è interno all'azienda, bensì esterno e si identifica con l'interesse pubblico al buon andamento del "mercato". Mentre l'amministratore serve gli interessi del principale e costui è il suo *dominus*, il controllore serve il mercato e l'impersonale insieme dei terzi contraenti costituisce il suo vero *dominus*, anche se riceve la sua "mercede" dalle mani dell'amministratore. Sempre e comunque entra in gioco l'interesse di mercato; tuttavia, nel fatto dell'amministratore entra in gioco di riflesso, giacché l'utile aziendale è espressione del buon utilizzo delle risorse economiche e perciò è funzionale all'efficiente competizione economica, che si risolve a favore del consumatore; nel fatto del controllore, entra in gioco come unico interesse, giacché il controllore non deve perseguire l'utile aziendale.

Ne deriva che la corruzione commessa dal controllore si atteggia in modo diverso, rispetto a quella commessa dall'amministratore. In questa, come s'è detto, terzo escluso è il principale, nei confronti del quale risulta violato l'obbligo di fedeltà dell'amministratore; in quella, il terzo escluso è l'impersonale comunità dei terzi contraenti, ossia il mercato, a danno del quale il

controllore viola il suo obbligo di assicurare la veridica documentazione probatoria dell'attività amministrativa altrui. In ragione della diversa figura del terzo escluso, muta anche la natura dell'offesa. L'amministratore viola il suo dovere, anteponendo il suo interesse personale a quello del principale, che si immedesima nell'utile aziendale, e pertanto il patto corruttivo è sempre idoneo a cagionare un danno economico all'azienda; il controllore viola il suo dovere, anteponendo il suo interesse personale a quello impersonale del mercato e solo a quello, non anche all'interesse del principale all'utile aziendale, cosicché la sua condotta illecita può anche non palesarsi idonea a cagionare un danno economico all'azienda. Mentre il dovere di fedeltà dell'amministratore si immedesima col dovere di perseguire il profitto, il controllore ha un prioritario dovere di fedeltà nei confronti del mercato e pertanto il danno economico all'azienda (effettivo o potenziale) può anche esulare dal suo fatto di corruzione.
In sintesi, riteniamo che l'interprete debba utilizzare il criterio *econometrico*, coincidente col criterio *lealistico*, verificando l'attualità o la potenzialità del danno economico aziendale, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 2635 Cc, per tutti i soggetti afferenti all'amministrazione attiva e, al contrario, non debba utilizzarlo, per tutti i soggetti afferenti all'amministrazione di controllo, per i quali vige solo un dovere di fedeltà nei confronti del mercato. Più precisamente: nel fatto di reato dei primi, il danno economico, attuale o potenziale, arrecato all'azienda è l'espressione necessaria della slealtà; nel fatto posto in essere dai secondi, la slealtà e il danno economico non vanno necessariamente di pari passo.

7. Fin qui si è parlato dell'"ente privato" che svolge attività commerciale e persegue un fine di profitto. Non sfugge, tuttavia, che l'orientamento internazionalmente diffuso - recepito nelle Convenzioni internazionali, negli atti sovranazionali dell'Unione Europea, nei *report* del GRECO e nelle legislazioni nazionali di attuazione - è quello, ben diverso, di ricomprendere, nel novero dei soggetti attivi del reato di corruzione tra privati, anche gli organi, i dirigenti e gli operatori di enti senza finalità di lucro. Per tali soggetti si possono riproporre gli argomenti che abbiamo riservato ai "controllori" dell'attività di amministrazione attiva. Laddove manca il requisito di economicità di gestione, il fine dell'ente non è quello di realizzare l'eccedenza dei ricavi sui costi, sicché il parametro di regolarità degli atti va cercato nella conformità a un interesse diverso da quello del profitto economico. Questi enti[41], pur essendo privati, perseguono un interesse non privato; un interesse di natura sociale, afferente alla generalità degli utenti e perciò pubblico. In ragione di ciò, il danno economico dell'ente non entra far parte dell'evento offensivo tipico e, pertanto, non se ne richiede la presenza necessaria. Per questi enti, il criterio lealistico è sufficiente per discernere l'illiceità, ravvisabile ogni volta che l'*intraneus* entra in rapporto con l'*extraneus*, accettandone o sollecitandone la promessa di denaro o altra utilità, per compiere atti contrari alla finalità sociale dell'ente.
Avendo osservato, fin qui, l'inarrestabile tendenza espansiva, indotta anche per vie internazionali e sovranazionali, della "corruzione privata" - prima integrata dal "nocumento" a carico del "principale" e oggi non più, prima punibile a querela e oggi procedibile d'ufficio, prima

[41] Anche nel seno delle fondazioni, associazioni culturali, ONG, associazioni di fatto, partiti politici e sindacati, si corre un rischio penale, assimilabile a quello delle imprese commerciali, in relazione alle fattispecie di corruzione tra privati (art. 2635 e 2635 *bis* Cp). Una differenza può scorgersi sul terreno della *compliance* preventiva e della connessa responsabilità penale *ex* d.lgs. 231/2001, nel senso che, nel mondo delle imprese, si assiste a un fenomeno specifico, così descritto da C. Piergallini, *Note in tema di prevenzione del rischio di corruzione nel contesto societario*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.2.2021, estratto, 11: «… il profilarsi di un corposo *fattore irritativo*, visto che la decisione della *societas* nei confronti dei rischi-reato si atteggia come, a sua volta, *rischiosa*, calata, com'è, in un deserto cognitivo, che non permette di predire, in anticipo, qual è il sentiero virtuoso».

riguardante le sole società commerciali e oggi anche gli "altri enti privati", prima riguardante i soli organi direttivi e oggi anche i "sottoposti" etc. - ci si chiede se abbia ancora senso quella sorta di restringimento ideale dei paradigmi punitivi, dovuto residualmente all'inquadramento sistematico della fattispecie nell'ambito del diritto penal-societario, nel titolo XI del libro V del codice civile[42]; e se non sia preferibile collocare la fattispecie punitiva nel codice penale, per meglio significarne l'applicabilità generale "a tutto campo"[43].

Orbene, se la reiterata conferma legislativa (in tutte le numerose occasioni, nelle quali la norma incriminatrice è stata novellata) della *sedes materiae* civilistica ha un senso, questo va cercato, a nostro avviso, nella perdurante necessità di distinguere l'attività economica, da quella non-economica. Se venisse meno tale criterio distintivo, si aprirebbe la strada alla piena identificazione della corruzione tra privati con quella concernente la pubblica amministrazione. Ciò equivarrebbe a espellere del tutto il "danno economico", arrecato (o arrecando) all'ente, dallo spettro offensivo della corruzione dell'amministratore di società commerciale; ne deriverebbe un sindacato giudiziale esorbitante, avente ad oggetto non solo l'interesse pubblico, ma anche l'interesse privato della società commerciale, che coincide - come detto - col fine di lucro.

Il Giudice, infatti, sarebbe legittimato a entrare nel merito delle scelte gestionali, dirette a realizzare il profitto aziendale, le quali, a nostro avviso, competono esclusivamente all'amministratore/imprenditore. Il giudicante valuterebbe la fedeltà dell'amministratore al suo "principale", a prescindere dal criterio econometrico, e pertanto si sostituirebbe all'organo di amministrazione, nella opinabile scelta dei mezzi per raggiungere il fine, che è solo quello di profitto (beninteso, nel rispetto delle leggi di mercato). Il suo sindacato si estenderebbe, dunque, al di fuori della cerchia degli interessi pubblici. Al contrario, nella corruzione pubblica la questione dell'eccedenza del sindacato giudiziale non si pone, poiché il Giudice ha pienezza di giurisdizione sull'interesse pubblico perseguito dalla pubblica amministrazione. Egli, nel valutare la fedeltà del pubblico ufficiale al suo "principale", che è l'interesse pubblico, resta nei limiti del sindacato giudiziale, avente ad oggetto gli interessi pubblici.

Al tirar delle somme, non ci pare irragionevole la scelta del legislatore, relativa alla *sedes materiae* della norma che incrimina la corruzione tra privati, la quale si rivela idonea a marcare la differenza con la corruzione riguardante la pubblica amministrazione; al contempo, ci pare che l'elemento tipico del "danno economico" (attuale o potenziale), ancorché espunto dalla nuova formula legislativa, debba pur sempre guidare l'interprete, il quale, nel caso di corruzione dell'amministratore privato, dovrà comunque verificare l'infedeltà dell'amministratore al "principale" (terzo escluso), necessariamente coincidente col mancato perseguimento del fine di profitto, con inevitabile danno economico per l'ente.

---

[42] A. Rugani, *op. cit*., 4641, annovera tra i limiti della riforma del 2012, «*la persistente limitazione applicativa al solo ambito penal-societario*», in relazione all'immutata *sedes materiae* nel titolo Xi del libro V del codice civile. Dello stesso avviso G. Pavan, *op. cit*..

[43] Per quanto la denominazione del titolo XI, libro V, del codice civile comprenda, accanto alle società commerciali, altri "enti privati", l'inquadramento nel codice civile è pur sempre criticato per possibili implicazioni interpretative d'indole restrittiva. Si fa notare che, esclusa la qualifica di amministratore, tutte le altre menzionate dall'art. 2635 (direttore generale, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, sindaco e liquidatore) afferiscono al mondo delle società commerciali; l'espressione "enti privati" è atecnica e di incerta interpretazione; l'accezione restrittiva è quella di "enti che, seppur sprovvisti di personalità giuridica possano comunque ottenerla" (Relazione ministeriale al d. lg. n. 231 del 2001, cap. 1, par. 2); invece, alla stregua dell'indirizzo estensivo, il termine "entità" va inteso in modo tale che, nel contesto in oggetto, esso si estenda pure alle persone fisiche"; in questo senso S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, cit., 2 ss..

QUANDO IL TEMPO È SOSTANZA: QUESTIONI DI PRESCRIZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI, TRA DUBBI IRRISOLTI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

di Sara Prandi
Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Torino

Il contributo affronta la tematica della prescrizione, evidenziandone la natura di istituto di sintesi tra interessi contrapposti e soffermandosi sulle principali pronunce delle Corti nazionali e sovranazionali, con cui i giudici hanno tentato di configurare in modo equilibrato il contemperamento tra istanze antitetiche. Mentre nel caso Taricco e in materia di reati ad evento differito la giurisprudenza sembra aver sposato soluzioni maggiormente sensibili ai principi di garanzia, anche a dispetto di una tutela non pienamente soddisfacente degli interessi lesi, con riferimento alle confische e alla sospensione della prescrizione da Covid-19, l'assetto raggiunto in sede legislativa e giurisprudenziale appare differente, e merita di essere approfondito criticamente, anche alla luce delle recenti proposte formulate dalla Commissione Lattanzi.
The aim of this work is to examine the issues related to the statute of limitations, with reference to its nature of legal arrangement which balances opposing interests. The article focuses on the judgments of national and international Courts, in their attempt to reach a fair balance beetween antithetical reasons. On the one hand, some solutions appear to be more sensitive to safeguards in criminal proceedings, despite the lack of protection for the prejudiced interests (e.g. Taricco decisions and national rulings on harmful events which occur after a significant amount of time from the conduct); on the other, the different arrangement achieved by law and case law, referring to confiscation and suspension of the limitation period due to Covid-19, need to be further investigated, also in the light of the Lattanzi Commission's recent proposals.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'eredità della saga Taricco: natura sostanziale della prescrizione - 3. La giurisprudenza nazionale sulla prescrizione nei reati ad evento differito: le patologie asbesto-correlate - 4. Prescrizione e confische: la confisca urbanistica ex art. 44 T.U.E. - 4.1. ...e gli altri tipi di confisca. 5. La prescrizione ai tempi del Covid: una lettura distonica? - 6. Le proposte della Commissione Lattanzi. 7. Conclusioni

1. Il tema della prescrizione rappresenta da sempre un crocevia significativo del diritto penale, oggetto di ampio dibattito e di riflessioni attente da parte della dottrina e della giurisprudenza[1]. La *ratio* di questa causa di estinzione del reato è stata individuata, sin dai lavori preparatori per il codice Rocco, nella considerazione della «azione eroditrice del tempo» che fa venir meno «la memoria del fatto criminoso e scomparire l'allarme sociale»[2]. A queste indicazioni si sono affiancate, nel corso degli anni, ulteriori valutazioni, legate alla finalità della pena, alle difficoltà probatorie o alla ragionevole durata del processo[3]; a valle di tutte le riflessioni - più o meno

[1] Per una panoramica completa sul tema, si rinvia a G. Stea, *L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato,* Milano 2020; A. Peccioli, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo,* Torino 2019; A. Peccioli, *La prescrizione del reato tra presente e futuro,* Genova 2017; C. Marinelli, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino 2016; S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato,* Bologna 2009; F. Giunta-D. Micheletti, Tempori caedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003.
[2] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale,* parte I, *Relazione sul libro I del progetto,* Roma 1929, 206 ss.
[3] D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *DPenCont*, 2015, 1, 21.

condivise tra gli interpreti - si è fatta largo l'idea che la disciplina della prescrizione sottenda, in definitiva, una scelta di opportunità operata dal legislatore, che nondimeno necessita di essere inquadrata nel contesto dei valori costituzionali che conformano l'ordinamento.
Per la sua connotazione di limite temporale dello *ius puninedi* statale[4], infatti, quella della prescrizione è una tematica che attiene nel profondo alla configurazione di un sistema punitivo equo. Pur presentando una quota significativa di discrezionalità *lato sensu* politica, essa è espressione essenziale delle istanze di garanzia, oltre che precipitato del principio di personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo, in relazione a fatti che, proprio alla luce del significativo lasso di tempo trascorso dalla loro realizzazione, potrebbero non essere concepiti più come "propri" dell'autore[5]. Per tutti questi motivi, pare evidente che la prescrizione non possa essere letta nella limitata accezione di istituto processualistico privo di risvolti sostanziali: pur potendo assumere una valenza anche processuale, specie in relazione al principio di ragionevole durata del processo *ex* art. 111 co. 2 Cost., la prescrizione costituisce un istituto di natura sostanziale e, per questo, la sua disciplina necessita di essere coordinata adeguatamente alle garanzie previste dall'art. 25 co. 2 Cost.[6].
Stante la centralità che il tema riveste a livello giuridico e di politica criminale, non stupisce che tale istituto, oltre ad essere modificato a più riprese dal legislatore[7], sia stato oggetto anche di rilevanti questioni giurisprudenziali, consegnate alle pronunce delle Corti nazionali e sovranazionali. La prescrizione, a ben vedere, ha assunto un ruolo protagonista nel contesto del dialogo integrato tra giudici interni ed europei, ingenerando accesi dibattiti ed incarnando uno degli aspetti più critici del confronto virtuoso tra ordinamenti.
Tale istituto, invero, è stato al centro della *querelle* giurisprudenziale, concretizzatasi nello scambio di pronunce tra la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte Costituzionale italiana, relativa al famoso caso Taricco; parimenti, esso ha rivestito un ruolo di primario interesse anche nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla confisca urbanistica, replicate, a livello interno, dalle considerazioni della Corte Costituzionale, che non hanno mancato di esercitare un influsso anche in relazione a misure ablatorie diverse dall'art. 44 T.U.E. A livello nazionale, infine, continuano ad emergere questioni significative legate alla disciplina degli artt. 157 ss. Cp, anche alla luce dei numerosi interventi legislativi connessi, in qualche misura, al suo statuto.

---

[4] Così, D. Micheletti, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato* in malam partem *del diritto europeo,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 3.2.2016.
[5] R. Bartoli, *Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte Costituzionale,* in *www.sistemapenale.it,* 12.10.2020, 2.
[6] Criticamente, a proposito de «l'improprio connubio tra tempo della prescrizione e ragionevole durata del processo», si veda G. Stea, *op. cit.,* 257 ss.
[7] Prima fra tutte, la riforma di cui alla L. 5.12.2005, n. 251 (c.d. legge *ex* Cirielli), per cui si rinvia a AA.VV. (A cura di A. Scalfati), *Nuove norme su prescrizione e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("*ex *Cirielli"),* Padova 2006; D. Micheletti, *La nuova disciplina della prescrizione,* in *Le innovazioni al sistema penale,* (a cura di Giunta), Milano 2006; D. Pulitanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale,* in *RIDDP,* 2005, 507 ss., ma anche G. Marinucci, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *RIDDP,* 2004, 976 ss.; segue l'intervento nel 2017, con L. 23.6.2017, n. 103: per un commento, si veda S. Zirulia, *La riforma della prescrizione del reato,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 17.12.2018. Da ultimo, la L. 9.1.2019, n. 3. Per un commento, si vedano A. Cavaliere, *Le norme "spazzaprescrizione" nella l. n. 3/2019,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 12.2.2020; G. Losappio, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale.* Tempus fu(g)it, in *DPenCont,* 2019, 7-8, 5 ss; ma anche 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 *www.archiviopenale.it,* 2020, 1.

L'ampiezza delle questioni affrontate nel recente passato e nel presente dimostra che ci si trova dinnanzi a una tematica più viva che mai. Nel processo di integrazione reciproca delle concezioni nascenti da ordinamenti diversi, in particolare, emerge l'impressione di un istituto nevralgico del corretto esercizio della potestà punitiva, la cui collocazione naturale si rinviene al centro della tensione tra interessi di prevenzione generale, da una parte, e garanzia del singolo, dall'altra: a seconda del settore esaminato, l'equilibrio tra le due anime del problema appare risolto in modo variabile, dando adito così a riflessioni - ma anche ad accese critiche - rispetto a soluzioni reputate più o meno disfunzionali rispetto alla connotazione sostanziale dell'istituto.
L'analisi delle questioni più spinose emerse nella giurisprudenza in anni recenti, in particolare, consente di approfondire il tema ed individuarne le maggiori criticità: da una parte, verranno esaminate le pronunce in cui il riconoscimento della natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento nazionale ha condotto i giudici a soluzioni obbligate sul versante dell'applicazione integrale dello statuto garantistico *ex* art. 25 co. 2 Cost., compreso il corollario dell'irretroattività di ogni mutamento in senso peggiorativo della disciplina legale. L'ordinamento ha mostrato, in tali ipotesi, di aderire all'idea della legalità penale come principio assoluto e inderogabile, anche a costo di un *deficit* di tutela di altri interessi. Il discorso muta significativamente, d'altra parte, quando si passi a considerare la materia delle confische; in questi casi, infatti, la tendenza giurisprudenziale e legislativa appare orientata nel senso di una autonomia sempre più spiccata dell'ablazione patrimoniale rispetto alla formale pronuncia di condanna. Se tale soluzione appare condivisibile ove riferita a misure di natura strettamente ripristinatoria e preventiva, il vivo dibattito circa la natura para-sanzionatoria di molte delle confische mette in crisi l'impianto tracciato e ne denuncia una certa irragionevolezza sul piano del bilanciamento di interessi. Infine, pur nella consapevolezza della natura sostanziale degli artt. 157 ss. Cp, i recenti interventi del legislatore dell'emergenza evidenziano quanto i profili processuali finiscano per incidere sulla disciplina di un istituto che, collocandosi al guado tra sostanza e processo, pone l'interprete dinnanzi al problema dell'individuazione di chiari confini tra queste due anime contrapposte.
Nonostante le plurime riscritture da parte del legislatore, a ben vedere, l'assetto normativo odierno appare ancora foriero di dubbi significativi; in questo senso, la valutazione complessiva della disciplina e dei profili maggiormente problematici, oggetto di analisi da parte delle Corti interne e sovranazionali, nonché della Commissione di studio recentemente incaricata della formulazione di proposte di riforma del processo penale[8], consente di tracciare un bilancio complessivo, tentando di vagliare la ragionevolezza delle soluzioni alle varie questioni sul campo, e delineando gli aspetti che ancora necessiterebbero di essere meditati e risolti.

2. Tra i momenti più significativi che hanno segnato l'emergere di un'elaborazione giurisprudenziale connotata in senso garantistico spicca, notoriamente, il caso Taricco ed il celebre scambio di battute ed arresti tra Corte di Giustizia dell'UE e Consulta[9]. La vicenda è nota: il confronto serrato tra giurisdizioni superiori sul tema è sorto a partire da una prima pronuncia della C.G.UE[10], con cui il giudice di Lussemburgo aveva caldeggiato l'esistenza di un potere-dovere di

[8] C.d. Commissione Lattanzi, su cui si tornerà specificamente nel paragrafo 6.
[9] Per tutti, AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti,* (a cura di A. Bernardi - G. Cupelli) Napoli 2017.
[10] C.G.UE, Grande Sezione, 8.9.2015, causa C-105/14, con commento di F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di iva?,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 14.9.2015, e G. Civiello, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato,* in w*ww.archiviopenale.it,* 2015, 3; G. Salcuni, *Legalità europea e prescrizione del reato,* in w*ww.archiviopenale.it,* 2015, 3; V. Maiello, *Prove di resilienza del* nullum crimen: *Taricco* versus *controlimiti,* in

disapplicazione, da parte dei giudici interni, degli artt. 160 e 161 Cp in materia di atti interruttivi della prescrizione, nella misura in cui l'applicazione dei tempi massimi previsti dalla legge per l'estinzione del reato si rivelasse troppo breve per consentire un'efficace difesa delle ragioni economiche dell'UE, impedendo concretamente la punizione delle frodi fiscali di interesse europeo.

La dirompente portata del principio affermato dalla C.G.UE - seguito immediatamente da talune applicazioni giurisprudenziali da parte della stessa Corte di Cassazione[11] - aveva innescato, all'epoca, la tempestiva rimessione di una questione di legittimità alla Corte Costituzionale italiana: questa, a sua volta, aveva interpellato nuovamente la Corte di Lussemburgo per un chiarimento circa la portata dei principi affermati dalla stessa, evidenziando numerose ragioni di carattere costituzionale ostative all'applicazione indiscriminata della soluzione sposata dalla Corte di Giustizia[12].

Nell'ordinanza di rimessione al giudice comunitario, in particolare, la Consulta lasciava intravedere la possibilità di un ricorso ai c.d. controlimiti[13], stante la contrarietà dell'indirizzo comunitario rispetto a diversi aspetti fondamentali del principio di legalità *ex* art. 25 co. 2 Cost.[14]: sotto il profilo della riserva di legge[15], si rilevava innanzitutto l'impossibilità di rimettere al giudice la valutazione circa l'integrazione delle condizioni necessarie per ritenere sussistente il requisito del «numero considerevole di casi di frode grave», in ragione dei generici canoni di effettività e dissuasività della sanzione[16]. L'accoglimento dell'impostazione comunitaria, inoltre, avrebbe impattato pesantemente anche sul rispetto del principio di determinatezza, risultando difficilmente afferrabile il concetto che avrebbe dovuto motivare la disapplicazione della normativa interna[17]. Quanto, infine, all'irretroattività sfavorevole, la disapplicazione della normativa nazionale si sarebbe tradotta in una palese violazione dei diritti e delle garanzie degli imputati, destinati a subire una risposta sanzionatoria nel complesso inattesa, in quanto modificata *in peius* in un momento successivo a quello della realizzazione dei fatti.

CP, 2016, 1250 ss.; A. Venegoni, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29.10.2015; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione del sistema": le ragioni dei controlimiti,* in *DPP*, 6 maggio 2016; M. Serraino, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di Giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22.10.2015.

[11] Cass. 20.1.2016 (ud. 15.9.2015) n. 2210, con nota di F. Rossi, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco, GI*, 2016, 4, 965 ss. Si veda inoltre F. Viganò, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22.1.2016.

[12] C. cost., 26.1.2017, n. 24, con commento di A. Massaro, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *GP*, 2017, 3; D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *DPenCont*, 2016, 1, 228 ss.; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco (note minime sull'ordinanza n. 24 del 2017)*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 207 ss.

[13] G. Piccirilli, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 327 ss.

[14] D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *DPenCont.*, 2016, 1, 229.

[15] Per una riflessione compiuta, si rinvia a C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, 3 e a L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore, Note in merito alla sentenza Taricco*, in *DPenCont*, 2015, 2, 41 ss.

[16] L. Eusebi, *op. cit.*, 42. Di «criterio-guida quanto mai fluido» si legge in V. Manes, *La "svolta" Taricco*, cit., 9.

[17] Di «assoluta evanescenza delle condizioni» parla C. Cupelli, *Il caso Taricco*, cit., 9.

Il contrasto atteneva, nel profondo, alla qualificazione della natura della prescrizione: già nel corso del suo primo intervento sulla questione, in effetti, la Corte di Giustizia si era interrogata circa l'eventualità di una lesione del principio di legalità. Nondimeno, la Corte aveva respinto i dubbi, ritenendo che la disapplicazione degli artt. 160 e 161 Cp non avrebbe affatto comportato la punizione per un reato insussistente all'epoca dei fatti, o la comminazione di una sanzione non prevista dalla legge. Al contrario, l'effetto sarebbe stato unicamente quello di non abbreviare il termine di prescrizione, riconoscendo in questo impedimento una conseguenza sul piano meramente processuale della disciplina interna[18].

I giudici di Lussemburgo, invero, negavano radicalmente l'esistenza di «un diritto fondamentale per l'individuo a non essere sottoposto a termini di prescrizione che non fossero già previsti al momento della commissione del fatto»[19]. La lettura della Corte di Giustizia, sotto questo punto di vista, poggiava su «un'interpretazione minimalista del divieto di retroattività tale da circoscriverlo esclusivamente alle norme *stricto sensu* incriminatrici o quantificative della pena»[20], senza invece ricomprendere tra gli elementi sottoposti alle garanzie della legalità *ex* art. 49 CDFUE anche il tempo necessario a estinguere il reato. Al tempo stesso, la C.G.UE richiamava espressamente anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in cui l'esclusione delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU era stata motivata, in un precedente specifico, proprio sulla scorta della ritenuta natura processuale all'istituto della prescrizione[21].

Nondimeno, oltre a sminuire la configurazione nazionale dell'istituto, le considerazioni svolte dalla C.G.UE - ed il richiamo alla Corte Europea in modo particolare - parevano trascurare completamente il fatto che le tutele riconosciute a livello sovranazionale si aggiungono a quelle nazionali, senza tuttavia eclissarle[22]. In questo senso, cioè, neppure la lettura minimalista degli artt. 49 CDFUE e 7 CEDU avrebbe potuto obliterare le garanzie *ex* art. 25 co. 2 Cost., nascenti da una concezione della legalità penale che è, a livello nazionale, ben più ampia di quella europea, e ricomprende «ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»[23]. E così, se la contrarietà del sistema dei Trattati rispetto al canone di cui all'art. 25 co. 2 Cost. avrebbe potuto giustificare l'attivazione dei controlimiti[24], nella prospettiva convenzionale sarebbe stato ancor più agevole argomentare a favore di una tutela rafforzata, e non dimidiata, delle garanzie dell'imputato. Nel sistema multilivello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, infatti, la legalità convenzionale va letta «come integrazione garantista, giammai come riduzione della legalità incorporata nei principi degli ordinamenti statuali»[25].

---

[18] C. Cupelli, *op. cit.*, 6, dove l'autore parla di un «comodo *alibi*».
[19] F. Viganò, *La prima sentenza della Cassazione* post *Taricco*, cit., 2.
[20] D. Micheletti, *Premesse e conclusioni*, cit., 8.
[21] Così in C. eur., Sez. II, 22.6.2000, Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96. Si veda sul punto F. Mazzacuva, sub *art. 7*, in G. Ubertis - F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino 2016, 242.
[22] Si veda C. Cupelli, *op. cit.*, 8-9.
[23] M. D'Amico, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco,* in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 101.
[24] Così S. Manacorda, *Prescrizione e controlimiti: prove di un dialogo* construens *negli sviluppi del caso Taricco*, in *www.discrimen.it*, 17.7.2018, 7, ma anche V. Manes, *La "svolta" Taricco,* cit., 14. In senso critico, si vedano R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7.11.2016 e P. Mori, *La Corte Costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *RDint.*, 2017, 2, 421 ss.
[25] D. Pulitanò, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *DPenCont*, 2015, 10, 53.

Proprio il richiamo alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, d'altro canto, avrebbe dovuto portare a privilegiare conclusioni opposte a quelle cui erano pervenuti i giudici della C.G.UE. Invero, «l'approccio sostanziale che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU [...] considera centrale – al di là di qualificazioni formalistico/dogmatiche – se una certa modifica di disciplina abbia avuto ripercussioni negative in capo al singolo, non prevedibili al momento della commissione del fatto»[26]; cosa che, evidentemente, accade nel caso in cui la disciplina della prescrizione venga disapplicata retroattivamente[27].

L'impostazione della prima sentenza Taricco, perciò, era destinata a scontrarsi con la lettura degli artt. 157 ss. Cp offerta a livello nazionale[28], dove la giurisprudenza costituzionale si era pronunciata da tempo nel senso di ritenere che «la prescrizione costituisce [...] un istituto di natura sostanziale, la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...], l'allarme della coscienza comune; dall'altro, al "diritto all'oblio" dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela»[29].

Posta dinnanzi alla natura sostanziale della prescrizione nell'ordinamento nazionale, alla Corte di Giustizia non è restato altro che operare una parziale inversione di marcia[30]: pur ribadendo il principio di diritto relativo alla disapplicazione della normativa interna, la C.G.UE ha allora precisato che tale soluzione deve adottarsi «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato»[31]. Proprio sulla scorta di queste considerazioni conclusive, la Corte Costituzionale ha da ultimo messo fine alla questione, affermando - sia per il passato che per il futuro - l'inapplicabilità della regola Taricco nel sistema nazionale improntato alla legalità *ex* art. 25 co. 2 Cost.[32], sotto il duplice corollario della determinatezza e dell'irretroattività della norma penale sfavorevole[33].

Sebbene la natura sostanziale della prescrizione fosse emersa, nell'ordinamento interno, già prima che si ponesse il problema relativo all'*affaire* Taricco, la centralità che la questione ha assunto - anche alla luce degli equilibri istituzionali coinvolti - ha consentito di ammantare di un peso particolare l'affermazione relativa all'applicazione dello statuto sostanziale della pena anche alle questioni relative alla prescrizione; e non è un caso che, da Taricco in avanti, ogniqualvolta la

[26] V. Manes, *La "svolta" Taricco*, cit., 14 ss.

[27] Neppure l'isolato precedente della Corte di Strasburgo citato dalla C.G.UE sarebbe bastato a smentire tale assunto: in tale occasione, infatti, la mancata violazione dell'art. 7 CEDU era stata affermata dalla Corte sulla scorta delle peculiarità del caso giudicato, oltre che della natura processuale delle leggi in materia di prescrizione nell'ordinamento belga, oggetto di esame nel caso di specie. Così in S. Manacorda, *Prescrizione e controlimiti: prove di un dialogo* construens *negli sviluppi del caso Taricco*, in *www.discrimen.it*, 17.7.2018, 7.

[28] Sulla natura sostanziale della prescrizione, a livello dottrinale, si vedano già A. Molari, *Prescrizione del reato e della pena*, in *NDI*, XIII, Torino 1966, 679 e P. Pisa, *Prescrizione*, in *ED*, XXXV, Milano 1986, 78. Prima del caso Taricco, peraltro, la Corte Costituzionale aveva già dato prova di ritenere la prescrizione un istituto di natura sostanziale: si ricordino, tra le altre, C. cost., 23.11.2006, n. 393, C. cost., 28.5.2014, n. 143.

[29] C. cost., 28.5.2014, n. 143.

[30] C.G.UE, Grande Sezione, 5.12.2017, causa C-42/17, con commento di A. Massaro, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che "spetta ai giudizi nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua,* in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2017, 12.

[31] C.G.UE, Grande Sezione, 5.12.2017, causa C-42/17.

[32] A.A. Hayo, *Sulla linea di confine tra politica e diritto e sul principio di legalità, penale e processuale, a margine del caso Taricco*, in *www.archiviopenale.it*, 2018, 2.

[33] A. Massaro, *Taricco 2*, cit., 5.

giurisprudenza si è trovata ad affrontare un problema relativo all'istituto medesimo, la soluzione è sempre passata dalla valorizzazione delle considerazioni svolte dalla Consulta in risposta alle prese di posizione del giudice comunitario. Tali pronunce, in definitiva, hanno assunto il ruolo di vettore principale del messaggio relativo alla natura della prescrizione, suscettibile di tradursi - come effettivamente avvenuto - in numerose questioni applicative ispirate dalla giurisprudenza o dal legislatore.
La soluzione offerta al caso di specie, in una prospettiva più generale, rappresenta altresì l'esempio lampante di un caso in cui le ragioni di deterrenza e di prevenzione sono state reputate soccombenti rispetto alle istanze di garanzia degli imputati: pur a fronte dei comprensibili timori di insufficiente tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea - protetti, sul piano nazionale, da fattispecie connotate da tempi di prescrizione troppo ravvicinati da rendere la minaccia della sanzione effettiva e dissuasiva - la giurisprudenza costituzionale ha espresso una ferma e risoluta preferenza per il principio di legalità e i suoi corollari.

3. Tra i più interessanti arresti della giurisprudenza interna che hanno fatto tesoro dei principi enunciati in relazione al caso Taricco, ribadendo la preferenza per le garanzie rispetto alle esigenze di punizione di fatti lesivi anche significativi, meritano di essere evidenziate alcune recenti pronunce della Cassazione, che dimostrano come la tematica, lungi dall'arrestarsi su un piano di principio, continui a riversare ulteriori effetti anche a livello applicativo.
Nell'ultimo periodo, in particolare, la Corte di legittimità è stata chiamata a pronunciarsi sulle questioni intertemporali legate alle modifiche della disciplina dei reati c.d. ad evento differito, connotati da un significativo iato temporale tra il momento di realizzazione della condotta e quello della consumazione del reato - *sub specie* di manifestazione dell'evento. Proprio in relazione a tali ipotesi, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare il problema del regime normativo applicabile in ipotesi di avvicendamento di modifiche peggiorative della disciplina della prescrizione, intervenute nel periodo ricompreso tra azione ed evento. Il quesito si è posto, tra gli altri casi, in relazione ai processi per morti da amianto; il settore delle malattie asbesto-correlate, invero, ben si attaglia allo schema dei reati ad evento differito, stante la natura lungo-latente delle patologie correlate all'inalazione delle polveri d'amianto e la circostanza che le conseguenze lesive di condotte realizzate in un momento risalente nel tempo si verifichino a distanza di molti anni dallo stesso[34]. In questi casi, la morte costituisce l'evento di una fattispecie in cui la condotta risulta necessariamente esaurita in un tempo remoto.
L'esito a cui è pervenuta la giurisprudenza più recente sul tema, a ben vedere, non è che la risultante del riconoscimento della natura sostanziale dell'istituto, in uno con le ricadute del principio di diritto affermato nella sentenza a Sezioni Unite Pittalà del 2018, in tema di reati ad evento differito[35]: chiamata a pronunciarsi in materia di omicidio stradale, la Corte ha stabilito che, nel caso di reati con condotta posta in essere sotto il regime di una legge più favorevole ed evento

[34] Sul tema, si rinvia tra gli altri a S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penali*, Milano 2018; N. Coggiola, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli 2011, AA.VV.; *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, a cura di L. Montuschi - G. Insolera, Bologna 2006; A. Di Amato, *La responsabilità penale da amianto,* Milano 2003.
[35] Cass. S.U., 24.9.2018, n. 40986: per un commento, si rinvia a E. Giannageli - C. Genoni, *La pronuncia delle Sezioni Unite in tema di legge applicabile ai reati a evento differito*, in *www.giurisprudenzapenale.com*., 2018, 11; S. Zirulia, *Le Sezioni Unite sul* tempus commissi delicti *nei reati c.d. ad evento differito (con un* obiter dictum *sui reati permanenti e abituali),* in *www.penalecontemporaneo.it,* 4.10.2018; M. Gambardella, Tempus commissi delicti *e principio di irretroattività sfavorevole. Il caso dell'omicidio stradale,* in *DPP*, 2019, 1, 65 ss.; A. Nocera, Tempus commissi delicti *e reati ad evento differito,* in *CP*, 2019, 1, 89 ss.

avvenuto invece sotto il vigore di un legge più sfavorevole, deve trovare applicazione la disciplina vigente al momento della condotta. La Cassazione ha così affermato un principio di diritto importante, destinato a trovare applicazione in numerosi casi diversi dal caso specifico di cui si occupava.

Per quanto di interesse per il presente contributo, la pronuncia a Sezioni Unite ha inciso in modo significativo sull'individuazione della durata del termine prescrizionale, in relazione a tutte le condotte realizzate in epoca precedente alla riforma realizzata con la L. 5.12.2005, n. 251 (c.d. *ex* Cirielli). È solo dalla novella del 2005, infatti, che l'art 157 co. 6 Cp prevede il raddoppio dei termini ordinari di prescrizione per alcune specifiche ipotesi di reato, tra cui quella di omicidio colposo in violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro. Applicando il principio di diritto delle Sezioni Unite Pittalà al caso delle patologie tumorali sviluppate a causa dell'esposizione all'amianto, la Cassazione è dunque prevenuta ad affermare che, anche per quanto riguarda la disciplina della prescrizione, il regime giuridico applicabile va individuato in quello del tempo della realizzazione delle singole condotte[36]. Si tratta di un importante *revirement* dell'indirizzo precedentemente sposato[37], suscettibile di estendersi a un numero vastissimo di casi: se si considera che le condotte contestate in relazione alle malattie asbesto-correlate risultano generalmente di molto precedenti alla riforma della prescrizione - posto che, all'epoca della approvazione della L. 251/2005, i divieti di utilizzo dell'amianto erano vigenti ormai da più di un decennio in Italia[38] - se ne ricava che, pur continuando a decorrere dal momento della morte, la prescrizione non gode mai del raddoppio del termini.

La conseguenza, a livello pratico, è dirompente: in relazione a questo tipo di processi, infatti, un tempo adeguato di prescrizione è imprescindibile a garantire l'effettività della tutela, alla luce delle caratteristiche degli episodi contestati, che rendono le indagini e l'istruttoria particolarmente lunghe e complesse. Il mancato ampliamento del tempo necessario a prescrivere il reato, pertanto, implica l'estinzione per avvenuta prescrizione di molti dei fatti lesivi legati a questo fenomeno: accogliendo l'impostazione descritta, invero, solo le morti verificatesi in anni recentissimi sarebbero ancora perseguibili penalmente, e a condizione di un accertamento particolarmente celere a livello processuale.

Nelle pronunce della Cassazione che pervengono a tale soluzione, nondimeno, si sottolinea che la stessa risulta imposta dal rispetto dei canoni convenzionali e, nello specifico, dalla corretta applicazione dello statuto delle garanzie riconosciute dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia penale. *Ex* art. 7 CEDU, infatti, l'imputato deve essere «in grado di conoscere il complessivo trattamento penale a cui andrà incontro, ove ponga in essere un determinato atto o una determinata omissione»[39], sì da calcolare le conseguenze negative derivanti dal proprio contegno, e sulla base delle stesse determinarsi all'azione o all'omissione medesima: e non si dovrebbe seriamente dubitare che, nella sfera di conoscibilità soggettiva, debba essere ricompreso anche il tempo necessario per prescrivere il reato, quale profilo che incide fortemente sulla punibilità del singolo. Per le ragioni esposte in precedenza, invero, risulterebbe contrario ai canoni di legalità – specie nell'accezione di *predictability* – punire un reato che, sulla base della disciplina

[36] Si vedano Cass. 25.1.2021, n. 2844, nonché Cass. 23.1.2019, n. 13582, con commento di M. Miglio, *Successioni di leggi nel tempo ed esposizione ad amianto: si applica il (più favorevole) regime di prescrizione anteriore all'entrata in vigore della* ex *cirielli*", in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2019, 5. Fuori dal settore delle malattie asbesto-correlate, si vedano anche Cass. 12.4.2019 (ud. 20.12.2018), n. 16026, Cass. 12.2.2020 (ud. 8.11.2019), n. 5441.

[37] Si veda Cass. 17.4.2015, n. 22379, in *DPenCont.* 2015, 4, con nota di S. Zirulia, *Irretroattività sfavorevole e reati d'evento lungo-latente*, 441 ss.

[38] Con la L. 27.3.1992, n. 257.

[39] Cass. 25.1.2021, n. 2844.

vigente al momento della condotta, avrebbe dovuto essere già prescritto al tempo dell'emissione della condanna.
Tutto ciò è vero nonostante sia evidente che, nei casi di cui si tratta, l'applicazione della disciplina della prescrizione vigente al tempo della condotta rende particolarmente arduo comminare la sanzione penale per comportamenti anche gravemente lesivi di valori fondamentali della persona. La preoccupazione relativa all'impunità che ne deriva, avvertita in molti casi come ingiusta e inaccettabile, non si discosta molto dalle ragioni che, in relazione alla prima decisione Taricco, avevano indotto i giudici comunitari a sposare la soluzione del dovere-potere di disapplicazione dei termini di interruzione che, per la loro configurazione eccessivamente breve, rischiavano di determinare una pressoché automatica estinzione dei reati lesivi degli interessi dell'UE. A differenza di quei casi, nondimeno, ad essere in gioco non sono valori patrimoniali ed interessi di carattere meramente economico, ma il bene fondamentale dell'incolumità individuale.
Allo stesso modo in cui la saga Taricco è pervenuta ad affermare la preferenza per i principi di legalità e irretroattività, nondimeno, la considerazione essenziale dei beni in gioco non riesce, nella lettura sinora offerta dalla giurisprudenza, a scalfire il principio *ex* art. 25 co. 2 Cost., principio assoluto e inderogabile anche in ipotesi in cui la sua applicazione conduca a esiti in qualche misura insoddisfacenti.[40] Si tratta, in una dimensione stavolta tutta nazionale, di un'altra ipotesi in cui la sintesi tra interessi opposti è stata risolta nettamente a favore delle garanzie costituzionali, ritenute irrinunciabili pur a costo di un indebolimento della risposta sanzionatoria di fatti particolarmente gravi - e avvertiti come tali anche dall'opinione pubblica - in ragione della delicatezza degli interessi coinvolti.

4. A prevalere, tuttavia, non è sempre la soluzione che valorizza il diritto dell'individuo a dispetto delle esigenze di prevenzione e di repressione dei fenomeni criminosi. In un'ottica funzionale a superare l'ostacolo dalla prescrizione nella sua accezione garantistica, ad esempio, si colloca la tendenza - prima pretoria, oggi divenuta legge - a sganciare dalla considerazione dell'estinzione del reato la produzione di ulteriori effetti, pregiudizievoli per l'imputato; è il tema delle confische e del rapporto di tali misure con l'avvenuta prescrizione del reato che le giustifica[41].
Preliminarmente, occorre osservare che il rapporto tra confisca e prescrizione si pone in termini del tutto peculiari: nella configurazione nazionale di tali misure, infatti, l'ablazione patrimoniale che ne deriva non è concepita alla stregua di una pena vera e propria. Posto che il maturare del tempo dell'oblio non esclude l'operatività di meccanismi di natura ripristinatoria o preventiva, diversi dalla sanzione penale e come tali assoggettati a logiche differenti, l'applicabilità di tali misure anche dopo l'estinzione del reato per prescrizione non dovrebbe destare particolare perplessità. Tuttavia, nel corso degli anni, si è da più parti sostenuto che la confisca - nelle sue plurime configurazioni - possa talora sottendere una pena vera e propria. Se così fosse, essa dovrebbe essere necessariamente assoggettata alle garanzie costituzionali e, sul versante della prescrizione, alle considerazioni sin qui svolte[42].

[40] Sulla assoluta inderogabilità - intesa come impossibilità di modifica normativa anche eccezionale - del principio fondante del «costituzionalismo moderno basato sui limiti allo Stato (e alla politica) posti dai diritti dell'uomo, dai principi di garanzia e dalla tutela giurisdizionale/costituzionale degli stessi», R. Bartoli, *Irretroattività e prescrizione,* cit., 2.
[41] Per un inquadramento generale, si rinvia a A. Trimboli, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato. Alcune considerazioni fuori dal coro sulla pervicace applicazione di una sanzione sostanzialmente penale a reato prescritto,* in *www.giurisprudenzapenale.com*., 2020, 7-8.
[42] Si rinvia, per una riflessione compiuta, alle considerazioni di C. Cupelli- G. De Santis, *L 'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all 'illegalità economica*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino 2017;

Complice anche la resistenza della giurisprudenza italiana a qualificare la confisca come sanzione penale, nondimeno, sono numerosi i casi in cui la prassi applicativa è pervenuta ad affermare che il compimento del termine prescrizionale non impedisce di addivenire, ugualmente, all'ablazione patrimoniale dei beni del soggetto prosciolto per estinzione del reato. La questione si è posta, negli anni, in relazione a vari tipi di confisca. Per quanto riguarda la confisca urbanistica[43], le peculiarità di questa misura inducono a trattarla separatamente, e per prima: d'altronde, la rilevanza delle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in questo settore è tale che le riflessioni spese sul punto sono state riprese, in seguito, anche nei riguardi di altre *species* di confisca, onde avallare l'estensione a queste dei principi affermati in relazione all'art. 44 T.U.E.

Nello specifico, la qualificazione nazionale della confisca urbanistica, concepita dalla giurisprudenza come misura amministrativa comminata in via suppletiva dal giudice penale, ha generato un contrasto significativo sul piano sovranazionale, dando luogo ad un serrato confronto tra Corti interne e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: esso è giunto ad un apparente punto fermo solo di recente, dopo molti anni di dialogo - non sempre pacifico - tra i due ordinamenti. Il tema si è posto a partire dalla pronuncia Sud Fondi c. Italia[44], con cui la Corte Europea ha espressamente qualificato la confisca urbanistica alla stregua di una pena, alla luce dei criteri Engels e della particolare afflittività della misura, ed a prescindere dal *nomen iuris* attribuito alla stessa a livello nazionale. Proprio tale qualificazione ha indotto la stessa Corte, nella successiva sentenza Varvara c. Italia[45], a negare la possibilità che la confisca fosse applicata nonostante l'avvenuta maturazione della prescrizione, come invece ordinariamente avveniva a livello nazionale. La Corte Costituzionale, nondimeno, non ha inteso allinearsi all'impostazione dei giudici di Strasburgo e, chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha sposato, nella sentenza 49/2015[46], una linea interpretativa differente, insistendo sulla natura di sanzione amministrativa della confisca urbanistica, nonché sulle caratteristiche proprie dell'ordinamento nazionale, in cui «la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità»[47]. Alla lettura della Corte Costituzionale si è conformato, da ultimo, anche il giudice europeo, con la recente decisione G.I.E.M. S.r.l. c. Italia[48]: pur

---

A.M. Maugeri, *Confisca (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto, VIII*, Milano 2015, 185 ss.; E. Nicosia, *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino 2012; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001; L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie: confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova 1997.

[43] Per tutti, si veda A. Esposito, *La confisca urbanistica: una storia a più voci*, Torino 2020.

[44] C. eur., Sez. II, sent., 10.5.2012, ric. n. 75909/01, Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia, in *CP*, 2008, 3504 ss., con commento di A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea;* si vedano, inoltre, V. Manes, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette",* in *CP*, 2011, 535 ss e F. Mazzacuva, *Un "hard case" davanti alla Corte Europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *DPP*, 2009, 1540 ss.

[45] C. eur., Sez. II, sent., 29.10.2013, ric. n. 17475/09, Varvara c. Italia, in *CP*, 2014, 1392 ss., con nota di A. Balsamo, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva.* Si rinvia, inoltre, a F. Mazzacuva, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5.11.2013, e C. Liverani, *La confisca urbanistica tra legalità penale e principio di colpevolezza ex art. 7 CEDU*, in *CP*, 2014, 10, 3383 ss.

[46] 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 *DPenCont*, 2015, 2, 333 ss. e D. Pulitanò, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *DPenCont*, 2015, 2, 318 ss.

[47] C. cost., 26.3.2016, n. 49.

[48] C. eur., GC, 28.6.2018, G.i.e.m. S.r.l. e altri contro Italia, commentata da A. Quattrocchi, *Lottizzazione abusiva e confisca urbanistica: la discussa compatibilità convenzionale davanti alla Grande Camera della Corte EDU*, in *DPP*,

ribadendo la natura sostanzialmente penale della misura, infatti, i giudici di Strasburgo hanno avallato la soluzione nazionale che sminuisce il valore formale della sentenza di condanna.
Dopo l'iniziale contrasto, pertanto, giudice nazionale e sovranazionale sembrerebbero essere pervenuti ad una soluzione condivisa: secondo l'impostazione che emerge negli arresti più recenti, infatti, la confisca urbanistica potrebbe essere disposta anche in presenza di avvenuta prescrizione, nella misura in cui la responsabilità dell'imputato, nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, sia emersa in modo pieno nel corso del processo, nel rispetto del principio del contraddittorio. È, in definitiva, l'esistenza di una condanna in senso sostanziale a consentire di affermare la legittimità della confisca urbanistica ove questa sia disposta in un procedimento in cui venga rilevata l'avvenuta prescrizione.
La soluzione è stata ribadita, di recente, anche dalle Sezioni Unite della Cassazione[49], che hanno ricondotto la confisca *ex* art. 44 T.U.E. tra le ipotesi di «confisca in casi particolari» di cui all'art. 578-*bis* Cpp[50]: tale norma, introdotta nell'ordinamento dal D.Lgs. 1.1.2018, n. 21 - e modificata poco dopo con la L. 3/2019[51] - rappresenta, a ben vedere, la cristallizzazione definitiva di un percorso pretorio avviato in un momento di molto precedente al 2018, e che ha assunto un significato pregnante con riferimento a numerose altre ipotesi di confisca nell'ordinamento nazionale.

4.1 Al di fuori del peculiare ambito della confisca urbanistica, invero, la questione del rapporto tra prescrizione e ablazione patrimoniale si è sviluppata lungo una linea interpretativa articolata, inaugurata dalle Sezioni Unite Carlea del 1993[52]. In tale arresto, la Cassazione aveva ammesso l'applicabilità della confisca, nonostante l'avvenuta prescrizione, nella sola ipotesi che, per espressa indicazione normativa, non presuppone la condanna, ma anzi prescinde da essa: l'art. 240 co. 2 n. 2 Cp, cioè la confisca «delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna». All'opposto, la Corte di legittimità aveva escluso l'operatività della regola per tutte le altre confische che, seppure configurate dal legislatore in chiave obbligatoria, nondimeno presentassero un riferimento al presupposto della condanna.

2018, 11, 1505 ss.
[49] Cass. S.U. 30.4.2020, n. 13539, con commento di A. Costantini, *Nuovi equilibri e vecchie contraddizioni in tema di confisca urbanistica: i rapporti con la prescrizione del reato e il principio di proporzione nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in *DPP*, 2020, 9, 1197 ss. e R. Belfiore, *Nuovi punti fermi sui meccanismi processuali che regolano prescrizione del reato e confisca urbanistica*, in *DPP*, 2020, 9, 1209 ss. Si rinvia, inoltre, a A. Quattrocchi, *Le Sezioni Unite su confisca urbanistica e poteri del giudice dell'impugnazione in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: tra i punti fermi, permane insoluto il nodo della proporzionalità della misura*, in *SP*, 2020, 7, 199 ss.; A. Bassi, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni Unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia*, in *SP*, 2020, 5, 285 ss.
[50] Relativamente all'applicabilità dell'art. 578-*bis* Cpp alla confisca urbanistica, le Sezioni Unite si sono pronunciate in senso opposto rispetto alla posizione espressa dalla Sezione rimettente: si veda Cass., 2.10.2019, n. 40380, con commento di A. Galluccio, *Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019, e A. Pulriventi, *Il difficile connubio dell'art. 578 bis c.p.p. con la sentenza G.I.E.M. della corte europea tra arretramenti ermeneutici e tentativi di innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *www.archiviopenale.it*, 2019, 2.
[51] Per una riflessione compiuta, si rinvia a R. Tuzzi, *L'art. 578*-bis *c.p.p: tra vecchi orientamenti pretori e nuove formulazioni codicistiche*, in *www.discrimen.it*, 12.3.2019.
[52] Cass. S.U. 25.3.1993, n. 5.

Con le Sezioni Unite De Maio del 2008[53], tale soluzione venne confermata: ancora a distanza di quindici anni dal precedente, infatti, i giudici non acconsentirono a differenziare il regime tra confisca obbligatoria e facoltativa, sottolineando come, in entrambe le ipotesi, «la condanna è sempre necessaria e ciò che cambia è la discrezionalità del giudice»[54]. In tale frangente, tuttavia, le Sezioni Unite evidenziarono l'esistenza di cause di estinzione che non elidono l'accertamento della responsabilità, e non fanno venire meno l'esigenza di privare l'autore del reato dei vantaggi economici da esso dipendenti: da una parte, la Corte rinviava ad una pronuncia della Consulta di poco precedente, nella quale si era osservato come, tra le sentenze di proscioglimento, rientrassero anche «sentenze che, pur non applicando una pena, comportano – in diverse forme e gradazioni – un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo»[55]. Dall'altra, la Cassazione rilevava altresì l'esistenza, nell'ordinamento, di fattispecie configurate in modo totalmente autonomo dalla formale declaratoria di responsabilità, quali l'art. 44 T.U.E., nonché l'art. 301 del d.P.R. 23.1.1973, n. 43 (sostituito dall'art. 11 della L. 30.12.1991, n. 413), in materia di contrabbando. Pur evidenziando le aporie del sistema normativo, nella misura in cui esso non prevedeva la possibilità procedere all'ablazione patrimoniale senza condanna in rapporto a tipi di confisca diversi da quella urbanistica e per contrabbando, la Corte concluse sposando la soluzione negativa, in omaggio al principio della riserva di legge[56]: senza spingersi oltre, essa intese rivolgere un chiaro monito al legislatore.

Fu proprio valorizzando queste considerazioni - ed in assenza di qualsiasi intervento riformatore - che una parte della giurisprudenza successiva inaugurò un'interpretazione del requisito della condanna, *ex* art. 240 Cp, da intendersi in senso sostanziale e non formale[57]: si sosteneva, cioè, che il concetto non dovesse essere inteso come mero giudicato formale, ma ricomprendesse qualsiasi provvedimento accompagnato da un accertamento sostanziale del fatto di reato[58]. A sostegno di tale impostazione, si sottolineava altresì che la formulazione letterale della norma, nella parte in cui disciplina la confisca «nel caso di condanna», induce a ritenere sufficiente «una condanna intervenuta in un precedente grado del giudizio, a nulla rilevando il fatto che poi l'imputato sia prosciolto per una causa estintiva del reato»[59].

Tali pronunce posero, evidentemente, le basi concettuali per la successiva presa di posizione delle Sezioni Unite Lucci, del 2015[60], con cui la Cassazione affermò la possibilità di disporre la confisca obbligatoria *ex* art. 240 co. 2 n. 1 - nonché quella *ex* art. 322-*ter* Cp - ove, pur in presenza di estinzione per avvenuta prescrizione del reato, il giudice fosse pervenuto all'accertamento sostanziale di responsabilità dell'imputato, e la causa di estinzione fosse maturata in un grado

[53] Cass. S.U. 10.7.2008, n. 38834.
[54] R. Tuzzi, *op. cit.*, 4.
[55] C. cost., 4.4.2008, n. 85.
[56] Un vero e proprio «atto di fedeltà del giudice alla legge»: A. Pulriventi, *Il difficile connubio dell'art. 578*-bis *c.p.p. con la "sentenza Giem" della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d'innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *www.archiviopenale.it*, 2019, 2, 6.
[57] In questo senso, ad esempio, Cass. 4.12.2008 n. 2453, e Cass. Sez. II, 25 maggio 2010 n. 32273 con commento di M. Panzarasa, *Sulla (ancora) controversa possibilità di disporre la confisca obbligatoria in caso di estinzione del reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25.11.2010. *Contra*, si vedano però Cass. 17.2.2010, n. 17716, o Cass. 20.1.2015, n. 7860.
[58] G. Civello, *Confisca facoltativa e reato prescritto: rimessa alle Sezioni unite la questione della "confisca senza condanna"*, in *www.archiviopenale.it*, 2020, 1, 7.
[59] A. Pulriventi, *op. cit.*, 7.
[60] Cass. S.U. 21.7.2015, n. 31617, con nota di F. Lumino, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *CP*, 2016, 1384 ss.

successivo al primo. Tale principio di diritto fu supportato, in modo particolare, dalla considerazione della *ratio* non punitiva, ma preventiva e ripristinatoria delle ipotesi di confisca suddette: in questo senso, le riflessioni vennero ampiamente ispirate alla pronuncia della Consulta, di poco precedente, sul caso Varvara. La Corte evidenziava infatti che, se la soluzione della confisca senza condanna era stata reputata ammissibile dalla Consulta in relazione ad una misura rientrante nel concetto convenzionale di pena come la confisca urbanistica, *a fortiori* essa avrebbe potuto essere condivisa con riguardo a misure che non presentassero «siffatte connotazioni sanzionatorie»[61].

Nel contesto di progressivo allargamento delle confische comminabili anche a prescindere dalla prescrizione, inoltre, trova oggi spazio l'art. 578-*bis* Cpp, con cui il legislatore ha evidentemente inteso accogliere il monito rivolto anni prima dalle Sezioni Unite De Maio, recependo a livello positivo una posizione ormai consolidata nella prassi applicativa e nel diritto vivente. Anche a fronte dell'intervento legislativo, peraltro, il dibattito sul rapporto tra prescrizione e confisca non sembra destinato a esaurirsi; da ultimo, la questione si è posta in relazione alla possibilità di estendere i principi delle Sezioni Unite Lucci anche ai casi di confisca facoltativa, di cui all'art. 240 co. 1 Cp. La Cassazione ha recentemente preso posizione sul punto, escludendo la possibilità di un'interpretazione in senso generalizzante della pronuncia Lucci e delle sue conclusioni[62]. Proprio la circostanza che il legislatore del 2018, nel recepire le acquisizioni della giurisprudenza precedente circa la possibilità di una confisca previo accertamento sostanziale di responsabilità, abbia circoscritto l'ambito oggettivo di operatività della disposizione a ipotesi tassativamente individuate di confisca - tra cui non rientra quella facoltativa *ex* art. 240 co. 1 Cp - ha indotto i giudici a ritenere inammissibile l'espansione *praeter legem* della figura: stante la natura eccezionale dell'art. 578-*bis* Cpp, sarebbe lo stesso principio di legalità ad impedire l'accoglimento di una soluzione diversa[63].

La giurisprudenza alluvionale sul tema e il proliferare di contrasti, a ben vedere, dimostrano la centralità dei profili legati alla prescrizione in relazione ad una misura che, nelle sue plurime configurazioni, non appare ancora suscettibile di essere facilmente inquadrata all'interno delle categorie classiche del diritto penale; a fronte di un dibattito ancora acceso sul tema, appaiono tuttavia doverose almeno alcune considerazioni di fondo. Innanzitutto, sembra cogliere nel segno la riflessione giurisprudenziale circa l'irrinunciabilità dell'intervento normativo, e la conseguente impossibilità di estendere oltre i confini codificati l'equiparazione tra condanna formale e sostanziale. In un ordinamento forgiato sul valore della legalità formale, infatti, non può che essere consegnata alla legge l'indicazione dei casi in cui le specificità dell'accertamento condotto e dello scopo della confisca possano giustificare l'applicazione del più debole canone della condanna in senso sostanziale.

D'altro canto, si deve comunque precisare che neppure l'intervento normativo sarebbe sufficiente ad avallare qualsiasi soluzione di politica criminale si intenda perseguire mediante l'istituto della confisca senza condanna. A garantire l'equilibrio del sistema è, pur sempre, la riflessione compiuta

[61] Cass. S.U. 21.7.2015, n. 31617, 28.

[62] Sul punto, si rinvia a Cass. 4.1.2021 (ud. 15.10.2020), n. 52, con commento di G. Rapella, *Confisca del profitto in assenza di una sentenza definitiva di condanna: la Cassazione nega l'applicazione della confisca facoltativa ex art. 240 co. 1 c.p. nei casi di proscioglimento per intervenuta prescrizione,* in *www.sistemapenale.it,* 25.1.2021. In senso contrario, nella giurisprudenza precedente, si veda Ass. App. Milano, 25.1.2019 (ud. 27.11.2018), n. 45, con nota di T. Trinchera, *Confisca del profitto in caso di prescrizione del reato: la Corte d'Assise d'Appello di Milano estende il principio affermato dalle SS.UU. Lucci anche alla confisca del profitto* ex *art. 240 comma 1 c.p.,* in *www.penalecontemporaneo.it,* 25.3.2019.

[63] G. Rapella, *op. cit.*

sul versante dei valori coinvolti: non solo la legalità formale, ma anche la ragionevolezza *ex* art. 3 Cost., nonché la proporzionalità della confisca rispetto al diritto di proprietà, ai sensi dell'art. 117 Cost. e art. 1 Prot. 1 CEDU[64]. Sotto questo punto di vista, la compatibilità tra prescrizione e confisca appare maggiormente convincente nei casi in cui tale misura assuma una funzione autenticamente ripristinatoria, limitata alle sole cose aventi un nesso di pertinenzialità con il reato, e la cui ablazione sia utile a ripristinare lo *status quo ante.* All'opposto, la soluzione appare difficilmente compatibile con la presa di coscienza della natura sostanzialmente sanzionatoria di alcune specie di confisca. Non è un caso, ad esempio, che si sia sempre negato categoricamente che la confisca per equivalente - pacificamente riconosciuta quale misura sanzionatoria, dal carattere afflittivo[65] - possa godere della soluzione illustrata.
Nondimeno, nonostante la dottrina insista da anni sulla natura sanzionatoria di molte di queste misure, la giurisprudenza nazionale - e, sull'onda della direzione da essa impressa, lo stesso legislatore - sembra muovere in senso opposto, svincolando l'operatività di tali meccanismi dal decorso del tempo *ex* artt. 157 e ss. Cp, e avvallando soluzioni che apparirebbero di dubbia costituzionalità, ove si riconoscesse carattere afflittivo-sanzionatorio a taluna di queste fattispecie[66]. D'altro canto, la circostanza che la stessa Corte Europea - che da tempo denuncia la natura di pena della confisca urbanistica *ex* art. 44 T.U.E. - abbia recentemente ceduto all'interpretazione nazionale, convalidando la soluzione della compatibilità con l'avvenuta prescrizione, induce a domandarsi quali ulteriori sviluppi la tematica potrà conoscere in futuro: le riflessioni sviluppate in questi anni, in definitiva, sembrano preludere alla possibilità di configurare sanzioni *lato sensu* penali, soggette ad uno *ius puniendi* temporalmente illimitato. Il problema, peraltro, appare oggi accentuato dall'assetto della disciplina nazionale, per come ridisegnato dalla riforma del 2019, che congela *sine die* il tempo della prescrizione dopo la condanna di primo grado[67].

5. Il dibattito sulla natura sostanziale della prescrizione è tornato di grande attualità nel contesto pandemico, in virtù delle scelte legislative che esso ha portato ad operare nel recente passato[68]. La questione, alimentata da pronunce di merito e legittimità non sempre univoche e da voci dissonanti in dottrina, è da ultimo stata risolta dalla Corte Costituzionale[69], con una pronuncia per certi versi

[64] G. Mandò, *La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Diritti Umani in Italia,* 2014, 2.
[65] G. Civello, *op. cit.,* 7-8.
[66] Criticamente, ad esempio, L. Roccatagliata, *Confisca per equivalente e prescrizione del reato. Le contrastanti indicazioni del Giudice di legittimità e i seri dubbi sulla compatibilità con il dettato costituzionale,* in *www.giurisprudenzapenale.com,* 13.5.2020.
[67] La riforma, peraltro, rende praticamente inutile la disciplina del neo-introdotto art. 578-*bis* Cpp. Sul tema, si veda 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 *www.penalecontemporaneo.it,* 4.2.2019.
[68] G. De Francesco, *Il torpore del "buon senso" genera incubi. A proposito della prescrizione del reato,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 21.8.2020, F. Malagnino, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid- 19,* in *www.giurisprudenzapenale.com,* 18.4.2020.
[69] C. Cost., 23.12.2020, n. 278, con commento di 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 *www.sistemapenale.it,* 26 dicembre 2020. Sul tema anche: D. Martire - T. Pistone, *Tempo della punizione e garanzie costituzionali. La sospensione della prescrizione al vaglio della Consulta,* in *www.archiviopenale.it,* 2020, 3; O. Mazza, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile,* in *www.archiviopenale.it,* 2021, 1; N. Madia, *La Corte costituzionale salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti*

suscettibile di ulteriori dubbi e che rimanda, in generale, alle criticità sottese al tema della disciplina e della natura della prescrizione.
All'origine della disputa e dell'intervento del giudice delle leggi si pone il disposto di cui all'art. 83 d.l. 17.3.2020, n. 18 (conv. in l. 24.4.2020, n. 27), così come integrato dall'art. 36, co. 1 del d.l. n. 8.4.2020, n. 23, con cui il legislatore ha introdotto una causa di sospensione per il periodo compreso tra l'8 marzo e l'11 maggio 2020, durante il quale l'ordinario svolgimento dell'attività processuale è stato impedito dallo scoppio dell'emergenza sanitaria. La decisione legislativa ha, sin da subito, innescato un copioso dibattito[70]: essendo destinata ad operare in relazione a fatti commessi in precedenza all'entrata in vigore del decreto, infatti, si è fatta largo tra gli interpreti l'idea che la disciplina eccezionale introdotta contravvenisse in modo inaccettabile ai canoni costituzionali, e in particolare al divieto di retroattività sfavorevole, stante l'effetto di allungamento dei termini per la prescrizione prodotto dalla normativa[71]. La giurisprudenza, tuttavia, si è divisa sin da subito su posizioni antitetiche: da una parte, numerosi giudici di merito hanno sollevato questione di legittimità dinnanzi alla Consulta, ritenendo incostituzionale la norma; dall'altra, la Corte di Cassazione ha offerto una lettura dell'art. 83 apparentemente compatibile con i valori dell'ordinamento e idonea a salvare la disposizione dalla declaratoria di incostituzionalità.
Quanto alle prime[72], gli argomenti valorizzati dai giudici remittenti attengono essenzialmente al mancato rispetto delle garanzie costituzionali e convenzionali, *ex* artt. 25 co. 2 e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo con riguardo all'art. 7 CEDU. Il riconoscimento della natura sostanziale dell'istituto, invero, dovrebbe indurre a ritenere che il meccanismo di rinvio di cui all'art. 159 Cp non possa giustificare l'applicazione retroattiva di una disciplina di *sfavor,* come è quella che ritarda - seppur di soli 64 giorni - il compiersi della prescrizione.
In senso opposto, la giurisprudenza di legittimità ha rigettato le censure, ritenendole infondate, sulla base di argomenti oculati[73]; se si esclude un'isolata pronuncia che ha prospettato la possibilità di una deroga eccezionale al principio di legalità[74], la Cassazione ha perlopiù offerto soluzioni di maggior compromesso. Pur riaffermando con fermezza il valore assoluto del principio *ex* art. 25 co. 2 Cost., non suscettibile di essere derogato neppure in presenza di condizioni eccezionali, la Cassazione ha sposato una lettura dell'art. 159 Cp che consente di escludere il contrasto tra la disciplina della sospensione della prescrizione legata al periodo Covid e i canoni costituzionali.

Covid-19, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2020, 12.
[70] Tra gli altri, G.L. Gatta, *"*Lockdown*" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito,* in *www.sistemapenale.it,* 4 maggio 2020; I. Piccolo, *La sospensione emergenziale della prescrizione tra legalità e ragionevolezza*, in *www.archiviopenale.it*, 2021, 1.
[71] A. Massaro, *La sospensione della prescrizione e il principio di irretroattività della legge penale alla prova dell'emergenza Covid-19: le questioni di legittimità costituzionale,* in *Osservatorio costituzionale,* 6.10.2020, 160 ss.
[72] In particolare, si segnalano T. Spoleto, 27.5.2020, est. Cercola in *www.sistemapenale.it,* 2.6.2020, T. Siena, 21.5.2020, Est. Spina, con commento di G.L. Gatta, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità costituzionale,* in *www.sistemapenale.it,* 27.5.2020, T. Roma, 18.6.2020, Giud. Foresta e T. Crotone, 19.6.2020, Giud. Girardi, con nota di G.L. Gatta, *Covid-19, sospensione del corso della prescrizione del reato e irretroattività: una prima discutibile decisione della Cassazione e due nuove ordinanze di merito che sollecitano una rilettura dell'art. 159 c.p.,* in *www.sistemapenale.it,* 6.7.2020.
[73] Si rinvia, in particolare, a Cass. 7.9.2020, n. 25222, Cass. 9.9.2020, n. 25433, con nota di G.L. Gatta, *Covid-19, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: si fa strada, in Cassazione, la tesi della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale,* in *www.sistemapenale.it,* 14.9.2020.
[74] Cass. 2.7.2020, n. 21367, con nota di G.L. Gatta, *'Tolleranza tra principi' e 'principi intolleranti'. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività* in malam partem*: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020,* in *www.sistemapenale.it,* 22.7.2020.

In virtù dello stretto legame sussistente tra sospensione *ex lege* del processo e relativa sospensione della prescrizione, infatti, si è affermato che «la sospensione del corso della prescrizione discende dalla riconducibilità della disciplina dettata dall'art. 83, commi 1 e 2, cit. nel caso di sospensione del procedimento o del processo previsto dall'art. 159, primo comma, cod. pen.: effetto, questo sul decorso del termine di prescrizione, che sarebbe conseguito anche in assenza di una specifica disposizione come quella prevista dal comma 4 dell'art. 83 cit.»[75]. Si è sostenuto, in altre parole, che il legislatore non avrebbe introdotto una nuova causa di sospensione né aggravato la disciplina esistente: l'effetto sospensivo, invero, discenderebbe in via ordinaria dal combinato disposto dell'art. 159 Cp e delle disposizioni emergenziali che hanno sospeso i procedimenti penali, non diversamente da quanto accaduto in altre occasioni, anche nel recente passato[76].
D'altro canto, la stessa configurazione della disciplina codicistica della sospensione - che, a differenza dell'interruzione non è limitata dalla previsione di un termine massimo - dimostra che la «puntuale individuazione del termine di prescrizione, [...] è sempre correlata all'intervento o meno, nello svolgimento del singolo processo, di una o più cause di sospensione e alla loro durata»[77], tra cui spicca la sospensione del processo *ex lege.* Ed anche l'argomento teleologico, legato alla *ratio* di autodeterminazione del singolo riconosciuta a livello nazionale e sovranazionale, avvalla la tesi secondo cui l'intervento normativo in esame non sarebbe suscettibile di incidere sulla stessa, e dunque non giustificherebbe l'accoglimento delle censure di incostituzionalità; nessun imputato è in grado di conoscere, a priori, quanto incideranno sulla durata della prescrizione le cause di sospensione codificate, in assenza di un limite massimo - diverso da quello relativo all'interruzione - che ponga un preciso confine temporale alla potestà punitiva dello Stato in relazione alle cause di sospensione.
Gli argomenti spesi dalla Corte di legittimità, da ultimo, sono stati fatti propri anche dalla Consulta che, invocata sul tema, ha rigettato le questioni di costituzionalità sollevate da diversi Tribunali[78], evidenziando, in particolare, la «funzione di cerniera» svolta dall'art. 159 Cp, disposizione che prevede, accanto a specifiche ipotesi tassative, anche la clausola generale legata ai casi di sospensione del processo *ex lege*.
Le conclusioni raggiunte in seno alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nondimeno, non hanno soddisfatto parte consistente della dottrina[79], che ha evidenziato il pericolo che la lettura offerta mediante la tesi del rinvio mobile finisca per configurare un «surrettizio aggiramento del principio di irretroattività *in peius*»[80]. Si ravvisa, invero, una certa distonia nelle pronunce che

[75] Così Cass. 7.9.2020, n. 25222, 10.
[76] Basti pensare al D.l. 28.4.2009, n. 39 (Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile), convertito, con modificazioni, in legge 24.6.2009, n. 77, il cui art. 5 prevedeva una sospensione dei processi penali, nonché la sospensione, per la stessa durata, del corso della prescrizione, applicato dalla giurisprudenza con riferimento a condotte realizzate prima della sua approvazione. Così, tra le altre Cass. 7.2.2013 (ud. 13.12.2012), n. 5982.
[77] Cass. 7.9.2020, n. 25222, 13.
[78] Di una questione diversa, ma che presuppone l'applicazione retroattiva della disciplina del d.l. 18/2020 e dunque conferma l'accoglimento della tesi della Consulta, sono state investite anche le Sezioni Unite: si veda Cass. S.U. 10.2.2021 (ud. 26.11.2020), n. 5292, con nota di G.L. Gatta, *Le Sezioni Unite, dopo la Consulta, sulla sospensione emergenziale della prescrizione del reato: circoscritto l'ambito di applicabilità della disciplina*, in *www.sistemapenale.it,* 11.2.2021.
[79] A. Gamberini - G. Insolera, *Che la pandemia non diventi l'occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle sue ragioni costituzionali,* in *www.sistemapenale.it,* 24 maggio 2020; R. Bartoli, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid,* in *www.sistemapenale.it,* 8.2.2021, 7 ss.
[80] N. Madia, *op. cit.* 3.

hanno ritenuto compatibile il principio del *tempus regit actum*, pur a fronte di un istituto la cui natura sostanziale non viene revocata in dubbio: si sottolinea, in modo specifico, la differenza di impostazione rispetto al caso Taricco in cui, pur versandosi in materia di interruzione del corso della prescrizione, la valenza processuale degli artt. 160 e ss. Cp non ha inficiato il ragionamento della Corte e ha portato ad affermare il divieto di applicazione retroattiva della regola[81].
Seguendo l'impostazione della Corte Costituzionale e della Cassazione in relazione al caso di cui si tratta, inoltre, si paventa il rischio che l'art. 159 Cp apra alla possibilità di configurare, *ex post*, nuove e imprevedibili ipotesi di sospensione processuale, idonee a incidere pesantemente sul termine sostanziale: la disposizione verrebbe ad assumere veste di grimaldello della legalità forte, infrangendo uno dei corollari principali del principio *ex* art. 25 co. 2 Cost., e consentendo strumentalizzazioni *contra reum.* Tale preoccupazione, nondimeno, non sembra tenere adeguatamente conto del ruolo rivestito, nell'ordinamento, dal sindacato di ragionevolezza e proporzionalità *ex* art. 3 Cost., valorizzato specificamente dalla Corte Costituzionale nella propria decisione sul tema[82]: la Consulta, invero, può sempre intervenire a vagliare la compatibilità costituzionale di ogni nuova causa legale di sospensione del processo introdotta in via legislativa, onde verificare se la stessa sia imposta da circostanze preminenti, in un giudizio di contemperamento che tenga conto di tutti gli interessi confliggenti. E non sembra potersi seriamente dubitare della correttezza del giudizio operato dal giudice delle leggi nel caso di specie, posto che le esigenze di tutela della salute pubblica - e degli stessi imputati oltre che degli altri attori processuali - rendevano ragionevole il rinvio delle udienze e della prescrizione, peraltro limitato a un periodo di tempo contenuto e, per questo, proporzionato alla gravità della situazione e all'esigenza di farvi fronte senza eccessivo sacrificio di alcuno degli interessi individuali o generali in gioco.
D'altro canto, il nodo veramente problematico attiene, in questi casi, alla circostanza che la prescrizione, pur costituendo un istituto sostanziale, si confronta necessariamente con considerazioni di stampo marcatamente processualistico, nella misura - e a partire dal momento - in cui essa viene "calata" nel procedimento e nel processo penale; interruzione e sospensione, in modo particolare, sono istituti in cui è ravvisabile «l'interesse dello Stato a punire attualizzato attraverso l'inizio del procedimento»[83]. In questo frangente, le maggiori perplessità sorgono proprio in considerazione dell'inestricabile intreccio di profili sostanziali e processuali della disciplina, destinati a tradursi in un'ibridazione di *rationes* e statuti normativi che evidenzia aspetti di problematicità; il riconoscimento della natura sostanziale, cioè, deve fare i conti con «una pluralità di profili processuali che ne contaminano la natura»[84].
È in questa ottica che si pongono i problemi maggiori: se in passato questi sono stati risolti, nella saga Taricco, a favore dell'art. 25 co. 2 Cost., la soluzione proposta dalla Corte Costituzionale con la pronuncia 278/2020 muove in una direzione differente e, pur poggiando su argomenti stabili, evidenzia tutte le criticità di un istituto che, nonostante i plurimi tentativi di riforma del legislatore, appare ancora problematico in relazione a diversi aspetti della sua disciplina.

[81] *ibid*, 2.
[82] C. cost., 23.12.2020, n. 278.
[83] R. Bartoli, *Irretroattività e prescrizione*, cit., 5.
[84] A. De Caro, *Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione*, in *www.sistemapenale.it*, 22.7.2020. Si veda anche R. Bartoli, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, in *www.sistemapenale.it*, 9.12.2019, 4.

7. È anche alla luce delle persistenti criticità che tutt'ora emergono dalla disciplina degli artt. 157 ss. Cp che, da ultimo, la Commissione Lattanzi[85] è stata incaricata della predisposizione di proposte concrete su molteplici temi legati al processo penale in generale, e all'istituto della prescrizione in particolare: per la loro l'attualità, le riflessioni sviluppate dalla Commissione meritano di essere approfondite, specie nella misura in cui si ricollegano ad alcuni dei profili indagati nel presente lavoro, arricchendone l'analisi.
Coerentemente con lo spirito che ne anima i lavori, in particolare, la Commissione guarda alla prescrizione in un'ottica che non è slegata dal processo, ma anzi da questo discende e ne è strettamente influenzata: è proprio nella consapevolezza che processo e prescrizione costituiscono due aspetti separati, ma reciprocamente condizionati, che la Commissione è pervenuta, all'esito dei suoi lavori, alla formulazione di due proposte alternative[86]. Pur muovendo da presupposti identici, le due ipotesi elaborate manifestano approcci che divergono in modo significativo: mentre l'una si colloca sulla medesima linea sposata dalle novelle del 2017 e 2019, intervenendo soltanto sugli aspetti più incongrui delle stesse, l'altra, più radicale, intende risolvere lo spinoso rapporto tra processo e prescrizione attraverso una duplicazione dei piani e una netta separazione di ciò che si colloca prima e fuori dal processo, e ciò che avviene una volta avviata la macchina processuale.
Quanto alla prima, essa ambisce soprattutto a rimediare alla previsione, introdotta con L. 3/2019, di una sospensione eterna, destinata a decorrere *sine die* dalla sentenza di primo grado, a prescindere dal fatto che vi sia stata condanna o assoluzione. Tale soluzione è stata, a ragione, fortemente osteggiata in dottrina[87]: l'attuale formulazione dell'art. 159 co. 2 Cp, in effetti, appare il frutto di una riforma del tutto sbilanciata a sfavore delle esigenze garantiste sottese alla prescrizione, ed insensibile alla necessità di garantire la liberazione dell'imputato dal giogo della reazione statale, dopo un tempo significativo di soggezione alla stessa. Appare apprezzabile, per questo motivo, lo sforzo della Commissione diretto a modularne la portata, non solo limitando l'effetto sospensivo ai soli casi di pronuncia di condanna, ma dotandolo anche di termini finali, scaduti i quali il periodo sospeso si somma al termine precedentemente maturato, e può concorrere a determinare l'estinzione del reato.
Tale meccanismo di "sospensione condizionata" è paradigmatico degli sforzi compiuti della Commissione nell'elaborazione di una soluzione realmente equilibrata: la disciplina, invero, viene configurata in modo da consentire il proficuo svolgimento dei processi giunti ad una fase che manifesta, nei fatti, l'interesse attuale dello Stato a perseguire i colpevoli del reato. Al contempo, attraverso la previsione di una sospensione limitata temporalmente - e destinata a pesare integralmente sul computo del termine complessivo allo scadere del tempo previsto - si evidenzia l'attenzione riposta, rispettivamente, sul piano della ragionevole durata del processo e su quello del diritto all'oblio dell'imputato.
Pur nella consapevolezza dell'importanza che rivestono le garanzie sottese allo svolgimento di un processo scandito da tempi determinati e dalla rassicurante certezza di un termine finale, d'altro

[85] Si veda la Relazione Finale della Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, 24.5.2021.
[86] Accanto ai profili qui esaminati, la Commissione propone anche di introdurre una disciplina specifica ed innovativa di rimedi compensativi per la violazione del termine di ragionevole durata del processo, da coordinare attentamente con quelli risarcitori di cui alla c.d. legge Pinto (L. 24.3.2001, n. 89).
[87] V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione,* in *RIDPP* 2019, 557 ss; R. Bartoli, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *DPP*, 2019, 900 ss. Si vedano anche le riflessioni di D. Petrini, *Ragionevolezza e cultura della prescrizione del reato*, in *DPP*, 2021, 3, 368 ss.

canto, la Commissione appare conscia anche del rischio che una disciplina non adeguatamente calibrata possa ecclissare irragionevolmente le aspettative individuali e sociali di pena. Riecheggiano, nella considerazione di questo sofferto bilanciamento, le riflessioni svolte in merito alla pronuncia Taricco e al tema delle malattie asbesto-correlate: in questi frangenti, invero, si è posto - e continua a porsi - il problema dell'insufficiente tutela riservata dall'ordinamento alle vittime e ai loro interessi, che rischiano di essere frustrati da prescrizioni eccessivamente brevi. Proprio l'intento di rimediare all'effetto pregiudizievole che termini inadeguati finiscono per produrre sulla salvaguardia dei beni giuridici, a ben vedere, sembra animare la proposta dalla Commissione in tema di interruzione *ex* art. 161 Cp: l'indicazione della Relazione Finale è infatti quella di modificare tale disposizione, in modo da innalzare da un quarto alla metà del termine originario la misura dell'aumento per l'interruzione. In questo modo, si rimedierebbe almeno in parte alla prospettiva, svilente per la tutela delle vittime e dei beni giuridici lesi, derivante dalla previsione di tempi insufficienti a garantire l'attivazione e l'incedere della macchina statale, fino alla chiusura del processo con sentenza definitiva nel merito.

Pur rimediando in modo ragionevole alle più evidenti incongruenze della disciplina vigente, la prima proposta della Commissione manifesta almeno un profilo di criticità rispetto alle riflessioni del presente lavoro. Essa, infatti, non sembra ovviare alla commistione di piani di cui si è parlato a più riprese, e a cui spesso sono attribuibili le difficoltà derivanti dal raccordare le varie anime di un istituto che, pur sostanziale, vive nel processo e ne è condizionato. Nello specifico, è fatta espressamente salva la possibilità, al ricorrere di una delle cause di sospensione previste dall'art. 159 co. 1 Cp, che la durata di ciascuna fase sia prolungata per il tempo relativo. In questo senso, la proposta non sembra pervenire a un risultato che escluda del tutto il rischio, per il futuro, di contrasti analoghi a quelli registrati a proposito della sospensione *ex lege* delle udienze e della prescrizione legate all'emergenza sanitaria: l'art. 159 co. 1 Cp e l'ipotesi generale di sospensione ivi prevista, specie nella lettura recentemente offerta da Cassazione e Consulta, continuerebbero dunque a manifestare profili di distonia con il sistema complessivo, che non scinde ancora adeguatamente il piano del processo da quello della sostanza.

Tesa a risolvere definitivamente il problema della difficile convivenza di anime contrastanti, appare invece la seconda delle proposte presentate. La Commissione, infatti, ipotizza una netta separazione del tempo dell'oblio, sostanziale, dal tempo delle singole fasi processuali: il primo sarebbe destinato a decorrere solo prima dell'esercizio dell'azione penale, con la conseguenza che il processo, una volta avviato, sarebbe del tutto impermeabile alle considerazioni legate al tempo dell'oblio e alla sua natura sostanziale. Evitata definitivamente la possibilità di incorrere nella prescrizione, al rispetto del ragionevole tempo del processo soccorrerebbe un diverso termine, di stampo processuale, calibrato sulle singole fasi in cui l'accertamento si snoda, dopo l'avvio formale dello stesso. Sarebbero quindi previsti intervalli via via decrescenti di tempo assegnato, a pena di improcedibilità, a ciascuna fase processuale, aumentati per i reati più gravi per un periodo comunque limitato nel suo complesso. Il neo-introdotto art. 334-*bis* Cpp consacrerebbe così una nuova causa di improcedibilità dell'azione, concettualmente e normativamente distinta dalla causa di estinzione del reato, e destinata ad operare in un frangente diverso rispetto a questa, con l'esercizio dell'azione penale a fare da spartiacque tra i due momenti.

Non si tratta di una soluzione inedita: al fine specifico di rimediare alla commistione di logiche processuali e sostanziali, già in precedenza era stato proposto, anche in seno ad altre commissioni di riforma[88], di configurare la disciplina della prescrizione in duplice chiave, tenendo distinto il

[88] In questo senso, la proposta della Commissione Pisapia. Si veda, in particolare, A. Peccioli, *La prescrizione*, cit., 158 ss. Si rinvia inoltre alla Relazione di accompagnamento alla bozza di legge delega predisposta dalla Commissione

tempo dell'oblio, di natura sostanziale, dal tempo dell'accertamento processuale[89], e fissando per ogni fase un limite massimo, nel segno della valorizzazione del principio di ragionevole durata del processo *ex* art. 111 co. 2 Cost.

La soluzione, come sottolineato in passato, avrebbe il pregio di relegare in una sede più consona le problematiche di stampo marcatamente processuale: il tempo sostanziale dell'oblio verrebbe regolato in modo indipendente dagli accidenti processuali e non sarebbe più preda di quell'ibridazione che induce talora a dubitare della costituzionalità di soluzioni che, pur motivate da ragioni processuali meritevoli di considerazione, sollevano perplessità nella misura in cui dialogano con la sostanza del tempo dell'oblio. Non è mancato, tuttavia, chi ha contestato la bontà di tale approccio:[90] parte della dottrina, invero, sostiene da anni che sarebbe assurdo configurare il sistema in modo che «una disfunzione del processo, che cagionasse la scadenza del termine, avrebbe come esito concreto l'impunità con la previsione di termini di prescrizione per singole fasi»[91].

Anche in seno alla Commissione, peraltro, i rilievi critici sul punto hanno indotto a prefigurare almeno tre varianti all'impostazione più radicale, appena descritta: da una parte, si prospetta anzitutto la possibilità di escludere l'applicazione di tale disciplina quantomeno per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo e quelli di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp, per cui la proposta prevede unicamente un aumento di 6 mesi del termine fissato per ciascuna fase processuale. Dall'altra, si ipotizza altresì di non separare affatto i due piani, consentendo al tempo dell'oblio di svolgere un ruolo anche durante lo svolgimento del processo: dall'esercizio dell'azione penale, cioè, si vorrebbe far derivare unicamente l'effetto di interruzione del termine della prescrizione, che ricomincerebbe a decorrere da capo, prolungato della metà - e non più di un quarto - del termine originario. A partire da tale momento, pertanto, tempo del processo e tempo della prescrizione correrebbero paralleli, e la scadenza dell'uno o dell'altro determinerebbe improcedibilità o estinzione, a prescindere dalla considerazione del tempo restante sul versante opposto. Infine, vi è chi vorrebbe configurare una separazione del momento processuale da quello sostanziale nelle sole fasi di impugnazione: soltanto dalla pronuncia di primo grado, cioè, la prescrizione cesserebbe di decorrere, lasciando operare, nei gradi successivi di giudizio, i termini processuali ipotizzati per ciascuna fase specifica.

Al di là della condivisibilità dei singoli correttivi, in questa sede ci si limita a rilevare che la proposta suddetta risulta apprezzabile soprattutto nella misura in cui si pone come possibile rimedio, anche per il futuro, alla commistione di piani - sostanziale e processuale - spesso fonte di dibattito e scontro tra gli interpreti. Nonostante il testo della proposta sia chiaro nel prevedere, anche in questo caso, che le varie fasi possano subire sospensioni *ex* art. 159 co. 1 Cp, questa seconda impostazione ha il pregio di svincolare la sospensione dalla natura sostanziale del tempo dell'oblio, attribuendo veste autenticamente processuale a tutti gli istituti destinati a operare a processo avviato. Così facendo, il sistema potrebbe acquisire una maggiore coerenza interna, risolvendo alcune delle discrasie emerse con riferimento alla disciplina vigente.

---

di riforma del codice di procedura penale presieduta dal Prof. Giuseppe Riccio, dove si rilevava come «il tempo della prescrizione del reato scorre in modo lineare e costante, mentre quello del processo in modo discontinuo, conoscendo pause e riprese».

[89] A. De Caro, *Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione,* in *www.sistemapenale.it,* 22.7.2020.

[90] R. Bartoli, *Prescrizione: soltanto un equilibrio,* cit., 10. Critico verso la soluzione di un duplice polo, sostanziale e processuale, anche C. Marinelli, *op. cit.*, 501 ss.

[91] D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione,* cit., 25.

8. È evidente che la prescrizione rappresenta, in molti casi, un nodo ancora irrisolto ed insoddisfacente per il raggiungimento di un corretto assetto degli interessi tutelati; da una parte, una disciplina inidonea ad assicurare i tempi dell'accertamento e del processo sembra destinata a condannare all'oblio vicende che, invece, evidenziano un bisogno e una meritevolezza di pena evidenti. Dall'altra, il superamento della logica preclusiva della prescrizione, intesa come limite al diritto di punire, rischia di evidenziare altrettante criticità rispetto ai valori costituzionali, letti anche alla luce della giurisprudenza sovranazionale.
Nella consapevolezza - avvertita anche a livello istituzionale e testimoniata dai recenti lavori della Commissione Lattanzi - della necessità di una riforma complessiva della sua disciplina, le riflessioni sviluppate nel presente contributo, pur senza indicare una strada obbligata, permettono di svolgere alcune considerazioni di fondo. Innanzitutto, appare evidente come il problema della prescrizione necessiti sempre una chiara definizione normativa. Per come inteso a livello nazionale, infatti, il principio di legalità impone necessariamente la predeterminazione positiva della disciplina di un istituto destinato a incidere così intensamente sulle conseguenze sanzionatorie del reato. E non è solo la natura sostanziale riconosciuta alla prescrizione a imporre tale conclusione: lo stesso art. 111 Cost., nel prevedere che il giusto processo è regolato dalla legge, demanda in ogni caso al legislatore la chiara definizione degli istituti che incidono sull'accertamento della responsabilità[92].
La definizione dei rapporti tra punizione e prescrizione, dunque, non potrebbe essere lasciata alla mera interpretazione giudiziale, prescindendo totalmente dell'esistenza di un dato normativo puntuale. Come emerso in occasione della saga Taricco, uno dei problemi insiti nel consegnare al giudice la decisione circa l'operatività o meno della prescrizione, in assenza di parametri normativi predeterminati, è che tale soluzione finisce per porsi in frontale contrasto con le più basilari esigenze di garanzia, determinatezza, prevedibilità, nonché con il principio di separazione dei poteri. Sotto questo punto di vista, appare quindi apprezzabile lo sforzo del legislatore del 2018, intervenuto specificamente in materia di confische: l'art. 578-*bis* Cpp, infatti, è stato introdotto in un momento in cui l'evoluzione giurisprudenziale dava segni di insofferenza verso un sistema ritenuto inadeguato, e il dato letterale aveva già subito le prime forzature. In direzione analoga sembra muoversi anche la risposta offerta da ultimo dalla Cassazione al quesito circa l'estensibilità del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite Lucci al di fuori delle ipotesi condensate nella lettera dell'art. 578-*bis* Cpp: tale estensione, infatti, è stata negata sulla scorta di considerazioni legate proprio al principio di legalità.
D'altro canto, la sola introduzione di una disciplina normativa espressa non sembra risolvere definitivamente il problema, tutte quelle volte in cui essa non presenti, nella sostanza, contenuti coerenti con i canoni costituzionali entro cui si iscrive il dibattito su tale istituto: come dimostrano le criticità che, nonostante la presa di posizione legislativa, hanno accompagnato e continuano ad accompagnare anche gli artt. 578-*bis* Cpp e 83 del d.l. n. 18/2020, ogni intervento normativo va comunque giudicato nel profondo delle coordinate entro cui si muove.
Quanto alla confisca, l'aspetto maggiormente problematico delle soluzioni giurisprudenziali e normative descritte nel presente lavoro sembra potersi ravvisare nella scarsa attenzione dimostrata, a livello nazionale, verso le differenze che intercorrono tra le varie *species* di un *genus* eterogeneo; in questo peculiare settore, in altre parole, le difficoltà più evidenti derivano a monte, dalla concezione di tale istituto in chiave ancora non sufficientemente attenta alle sue connotazioni sostanziali, anche alla luce delle acquisizioni più recenti ispirate dalla giurisprudenza

[92] S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *CP*, 2016, 371. Si veda anche S. Manacorda, *op. cit.*, 18.

sovranazionale. Nonostante l'intervento legislativo abbia consentito di superare le criticità relative al rispetto del principio di legalità[93], pertanto, continuano ad apparire significativi i dubbi della dottrina in relazione a misure che, per la loro incisività, sono al contempo utili strumenti di contrasto al crimine del profitto e istituti pericolosi, al confine con la pena in senso stretto[94].

Quanto invece alla vicenda della sospensione delle udienze disposta per far fronte all'emergenza sanitaria, il dibattito sorto all'indomani dell'approvazione del D.l. 18/2020 dimostra, una volta di più, la difficoltà del confronto di tale istituto con il processo penale, con le sue tempistiche, nonché con gli istituti che maggiormente concorrono a definire la sua anima processuale. In questo senso, appaiono particolarmente utili e significative le riflessioni della Commissione Lattanzi in relazione alla seconda delle proposte formulate: separando il tempo dell'oblio dal tempo del processo, infatti, si vorrebbe realizzare definitivamente la distinzione dei due piani, evitando le incertezze e le perplessità che, ad ogni modifica che incida su entrambe le dimensioni, si sollevano inevitabilmente tra gli interpreti.

Si tratta, come specificato, di una soltanto delle soluzioni prospettate dalla Commissione, in un quadro complessivo che tenta di restituire, al sistema della prescrizione, quella ragionevolezza perduta nel corso dei vari rimaneggiamenti della disciplina. Dinnanzi alla duplice prospettiva tracciata dalla Commissione, spetta in definitiva alla volontà politica l'implementazione di una disciplina realmente equilibrata e rispettosa delle antitetiche esigenze che si contendono il campo. Come evidenziato in apertura, invero, ci si trova dinnanzi a un istituto in cui è la discrezionalità legislativa ad assumere un ruolo centrale: la soluzione prescelta, pertanto, non potrà mai prescindere da una quota di merito insindacabile.

Qualsiasi risulti l'assetto preferito sul piano dell'opportunità politica, nondimeno, quel che emerge con grande evidenza dalle considerazioni svolte è la necessità di un intervento che sia mosso, nel suo complesso, dal rispetto delle coordinate costituzionali e dalla considerazione delle numerose ricadute di sistema derivanti dal concreto atteggiarsi di tale disciplina. Si tratta, in definitiva, di un'occasione preziosa di rinnovamento di un istituto cruciale: solo ove l'intervento legislativo sappia rispondere positivamente alle numerose sfide che la prescrizione pone, nel suo dialogo con altri istituti e con le composite finalità dell'ordinamento, potrà dirsi soddisfatta quell'esigenza di bilanciamento ed equilibrio che, propria dell'intero sistema normativo, appare particolarmente avvertita in questo specifico frangente, e dovrebbe per questo costituire la base concettuale di qualsiasi ulteriore intervento normativo.

[93] Si veda A. Pulriventi, *op. cit.*, 6.
[94] A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni*, cit.

IL SINDACATO PENALE SULLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA ALLA PROVA DELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE DELL'AGIRE PUBBLICO

di Federica Barletta e Alberto Cappellini
Dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Firenze; *Dottore di ricerca in diritto penale presso l'Università di Firenze*

Il tema del potere di sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa discrezionale è un tema classico nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Più spesso, esso è discusso sotto l'angolo visuale delle singole fattispecie penali in cui viene in gioco – anzitutto, l'abuso d'ufficio – benché in realtà non sia privo di risvolti più generali relativi alla dimensione istituzionale dell'equilibrio fra poteri dello Stato. Dopo aver ripercorso l'evoluzione della giurisprudenza nelle ipotesi di reato più salienti, che ha condotto verso un'opzione per il controllo totale del potere amministrativo da parte del giudice penale, con conseguenti reazioni critiche da parte della dottrina, il contributo si sofferma sul differente percorso evolutivo del diritto amministrativo, che dalla tradizionale autoritatività e insindacabilità dell'attività provvedimentale è ormai transitato verso la limitazione dei poteri amministrativi, il cui esercizio è controllabile dal giudice. Questa traiettoria, più di recente, si è alimentata moltissimo del proliferare della *soft law*, il cui effetto è quello di regolare, pur in modo flessibile, l'attività amministrativa. In conclusione, si osserva come l'ottica del diritto penale e di quello amministrativo non siano in fondo così lontane, mirando entrambe a ricercare canoni di prevedibilità della regola di condotta per il pubblico funzionario e dunque calcolabilità delle conseguenze, in termini sia di illegittimità dell'atto che di sanzioni penali relative a tale distorto esercizio della discrezionalità.
The criminal judge's power of review over discretionary administrative activity is a classic theme in the doctrinal and case law related debate. The problem is usually discussed from the point of view of the single offences in which it comes into play - first, the abuse of office - although it involves more general implications related to the institutional dimension of the checks and balances between judiciary and administration. First, the paper retraces the evolution of case law in most salient offenses, that led towards a scenery of total control of administrative power by the criminal judge, with consequent critical reactions from the doctrine. After that, it focuses on the different evolutionary path of administrative law, going from the traditional authoritativeness and unreviewability of administrative action to the actual limitation of administrative powers, the exercise of which can be controlled by the judge. This trajectory, more recently, has been heavily fueled by the proliferation of soft law, regulating in a "flexible" way administrative activity. In conclusion, the perspectives of criminal law and administrative law are not so distant, both aiming at predictability regarding the rule of conduct for public officials and calculability of the consequences of their action, in terms of illegitimacy of the administrative provision and the imposition of criminal sanctions relating to such public activity.

SOMMARIO: 1. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa come crocevia tra amministrazione, cittadino e giudice. L'ottica del diritto penale e del diritto amministrativo a confronto. – 2. L'approdo del problema generale sul piano delle singole fattispecie penali. Il *discrimen* tra corruzione propria e impropria; l'abuso d'ufficio tra tensioni politico-criminali e tipo in perpetua riforma. – 3. Discrezionalità amministrativa ed eccesso di potere nell'ottica di sospetto del diritto penale. Figure sintomatiche e progressiva giuridificazione nel campo del diritto amministrativo. – 4. La progressione della legittimità, a scapito del merito, nell'evoluzione della discrezionalità amministrativa. La moltiplicazione delle regole di comportamento destinate al pubblico funzionario nel quadro della regolazione "flessibile" tipica delle amministrazioni moderne. – 5. Riflessioni conclusive. La prevedibilità-calcolabilità come orizzonte di convergenza della legalità penale e di quella amministrativa.

1. Il sindacato del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione è un tema di risalente consuetudine nel dibattito dottrinale, sia penalistico che amministrativistico. Nell'aspetto che qui interessa, esso attiene all'esame compiuto dal giudice penale sulla legittimità dell'azione amministrativa – in particolar modo quella discrezionale – quale elemento normativo di una fattispecie che incrimina fatti commessi dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni[1].

Il nodo politico-costituzionale sotteso alla questione, come noto, è quello della separazione dei poteri esecutivo e giudiziario. Sotto tale angolazione esso vede fronteggiarsi da un lato l'esigenza di un controllo giudiziale dell'azione amministrativa e, dall'altro, il rischio che tale controllo tracimi in una ingerenza dell'ambito di attività riservato alla pubblica amministrazione.

Sul piano dei valori coinvolti nella questione, questo conflitto tra interessi si mostra in tutta la propria cangiante complessità: intersecando punti di vista apparentemente lontani, quali quelli propri del diritto penale e del diritto amministrativo. In termini generalissimi, esso vede militare, sul versante del *favor* per il bisogno di controllo dell'agire pubblico, anzitutto un interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa, nonché all'efficienza della stessa, connesso alla non dispersione di risorse pubbliche, assieme a quello dei singoli privati lesi dall'atto abusivo. Sul versante opposto, invece, spingono per lasciare uno spazio più ampio possibile alla libertà del decisore pubblico sia l'esigenza "penalistica" di garanzia per il singolo amministratore accusato, sia – quantomeno rispetto alla fenomenologia dell'abuso d'ufficio – l'interesse "amministrativistico" a impedire la paralisi dell'azione pubblica indotta dalla cosiddetta "paura della firma", che induce comportamenti di "burocrazia difensiva".

Il presente lavoro cerca di fornire un contributo all'approfondimento di un tema sì "classico", ma di persistente attualità e indubbia divisività nel dibattito dottrinale e – più in generale – di politica del diritto, anche a carattere non strettamente scientifico. Il penalista, in special modo quello di estrazione accademica o forense – che per consuetudine culturale è in primo luogo preoccupato circa i possibili abusi del potere punitivo del giudice – tende inevitabilmente a vedere in modo critico certe tendenze giurisprudenziali attuali, espansive della penalità nell'ambito dei delitti del pubblico ufficiale contro la p.a. Queste ultime, infatti, si fanno interpreti di un clima della pubblica opinione ispirato a istanze di legalità dell'azione pubblica, dunque di prevenzione generale: le

[1] Tenendo presente come una parte importante del dibattito in materia si sia svolto nella letteratura incentrata sul delitto di abuso d'ufficio, alla quale faremo riferimento più avanti, si possono ricordare fin d'ora, per tutti: R. Venditti, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *RIDPP*, 1965, 28 ss.; T. Alibrandi, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica*, in *RTrimDPubbl*, 1970, 784 ss.; G. Contento, *Giudice penale e pubblica amministrazione: il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Roma – Bari 1979; G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari 1996; C. Franchini, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova 1998; M. Petrone, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano 2000; M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano 2002; F. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *CP*, 2012, 1614 ss.; C. Silva, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova 2014, 69 ss.; S. Massi, *Elusione del fatto tipico e speciale antidoverosità della condotta. Un'indagine sui confini della fattispecie penale*, Torino 2019, 13 ss. Il tema oggetto del presente lavoro è attiguo a quello della disapplicazione, ovvero il potere del giudice penale di non tener conto di un atto amministrativo, stimato illegittimo, nel decidere dell'illiceità penale di un fatto umano ad esso terzo: sulla distinzione cfr. M. Gambardella, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *RIDPP*, 2013, 744; sulla disapplicazione, per tutti, cfr. altresì R. Villata, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano 1980.

quali talvolta assumono i tratti di un punitivismo moralizzatore di estrazione populistica, che eleva la repressione penale da *extrema ratio* a indebito e pervasivo surrogato di un'etica pubblica, peraltro indubitabilmente carente nell'attuale frangente storico-sociale, che dovrebbe trovare altrove i propri fondamenti[2].

Eppure, a fianco di questo racconto penalistico incentrato sullo scontro tra la ragioni della repressione e quelle della garanzia, c'è un'altra storia parallela, che merita anch'essa di essere considerata: è la storia dell'evoluzione della discrezionalità dell'agire pubblico, narrata perlopiù dalla riflessione amministrativistica. Essa disegna una traiettoria che passa dal paradigma della tradizione liberale – lo splendore dell'autoritatività e del potere dell'amministrazione, la tendenziale insindacabilità della scelta discrezionale espressa nel provvedimento amministrativo – verso scenari di maggiore giustiziabilità, controllo dei pubblici apparati, tutela dei singoli cittadini innanzi all'agire della p.a. È un tendenza, questa, che come si vedrà si manifesta anzitutto sul piano dell'estensione della componente di legittimità della discrezionalità, a scapito del merito; ma anche, in modo connesso, su quello dell'espansione del novero di regole a carattere "flessibile", *lato sensu* "*soft*", che, prendendo le mosse dalla concretizzazione dei principi generali relativi all'azione amministrativa, cercano di stringere sempre di più l'esercizio della discrezionalità entro limiti giuridificati, dunque giustiziabili. In questa diversa ottica – in cui il "potere" da cui il cittadino necessita protezione non è quello giudiziario ma quello del decisore pubblico – l'espansione del controllo del giudice, non solo amministrativo ma anche penale, sembra il corollario inevitabile del processo evolutivo in atto circa il modo di essere dell'amministrazione e del suo rapportarsi con i privati[3].

Dopo essersi brevemente soffermati sull'articolazione penalistica del problema generale a livello di singole fattispecie, l'indagine verterà dunque sul raffronto con le tendenze evolutive del diritto amministrativo. In tal modo, si potrà iniziare a verificare se e in che misura esse possano gettare una luce in parte nuova in un dibattito che solitamente è più orientato all'esclusività dell'angolo

---

[2] Il processo di elevazione della repressione penale a sostituto dell'etica pubblica, secondo l'idea distorta che solo un'incriminazione sia capace di veicolare un messaggio promozionale di valori nel tessuto sociale, trova proprio nei delitti dei funzionari contro la p.a. uno dei campi d'elezione. La letteratura sul punto, alimentata dalle riforme degli ultimi anni e connessa al tema del c.d. populismo penale, è ampia: per tutti, M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo di autore"*, Modena 2014, nonché in parte, più di recente, Id., *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra* lex *e* ius, Modena 2019, 7 ss.; E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma 2019, spec. 91 ss.; D. Pulitanò, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.2.19, 235 ss.; E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020, spec. 213 ss.; V. Mongillo, *Il contrasto alla corruzione. Tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in *RIDPP*, 2020, 967 ss.; in particolare, sulla tendenza convergente tra politiche per il contrasto alla criminalità organizzata e alla corruzione, cfr. per tutti T. Guerini, *Antimafia e anticorruzione nell'epoca del furore punitivo*, in *www.archiviopenale.it*, 3-2019, spec. 17 ss.; più in generale, cfr. G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crim*, 2013, 95 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Crim*, 2013, 123 ss.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Crim*, 2014, 197 ss.; L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *QuestGRTrim*, 1-2019, 79 ss.; F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna 2019; S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*[2], Milano 2020.

[3] Nella letteratura penalistica in materia di abuso di ufficio, già R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa*, Padova 2012, 84, richiamava l'attenzione sulla necessità di tenere in maggior conto il versante "amministrativo" della questione: «la mancata valorizzazione dell'evoluzione della materia amministrativa conduce a ricostruzioni che, per quanto raffinate, suggestive e animate da condivisibili esigenze di garanzia e razionalità del sistema, non per questo appaiono meno artificiose e ripiegate sulla limitazione del potere del giudice (e non sul suo "indirizzo")».

visuale penalistico, ma che in realtà concerne una materia per sua natura inevitabilmente intrisa di pluridisciplinarietà, a cavallo tra il mondo della repressione penale e quello della regolazione dell'attività amministrativa discrezionale.

2. Una prima importante ipotesi in cui si articola il problema in discussione è quella incarnata dal concetto di «atto contrario ai doveri d'ufficio» previsto nel delitto di corruzione propria di cui all'art. 319 Cp[4]. Più in particolare, fino alle modifiche introdotte dalla c.d. legge Severino alla parallela ipotesi di corruzione impropria *ex* art. 318 Cp, tale elemento normativo tracciava esattamente il *discrimen* tra i delitti in questione, giacché la fattispecie meno grave veniva integrata dal corretto compimento di un atto d'ufficio, pur assistito da un sottostante patto corruttivo con un privato. L'esigenza fatta propria dalla l. n. 190/2012 di incriminare anche, più in generale, la corruzione «per l'esercizio della funzione», cioè pure a monte o a prescindere dall'emanazione di singoli e specifici atti amministrativi, nel rompere la precedente simmetria sistematica non ha tuttavia intaccato la centralità del problema relativo all'estensione dell'ambito del sindacato penale sulla discrezionalità pubblica, quantomeno rispetto alla ricorrenza degli estremi della corruzione propria *ex* art. 319 Cp[5].
Rispetto a ciò, resta prevalente in giurisprudenza la tendenza a ritenere la condotta corruttiva del pubblico agente di per sé sola capace di inquinare l'imparzialità della scelta operata, a prescindere da qualsiasi tipo di verifica di effettiva legittimità della stessa[6]. Tale tendenza è stata criticata sia in dottrina[7] che – almeno in termini di principio – dalla più accorta giurisprudenza di legittimità[8]: giacché su tale china l'elemento corruttivo finirebbe per fagocitare quel disvalore "aggiuntivo" consistente nell'illegittimità dell'atto che sta alla base della maggior gravità della corruzione propria; al contempo vanificando la previsione legislativa dell'ipotesi meno grave *ex* art. 318 Cp, destinata ad essere schiacciata sul piano applicativo dall'indebita espansione della corruzione propria.
Sennonché, sul piano politico-criminale, l'ispirazione indubitabilmente generalpreventiva di simili tendenze giudiziali si colloca in un ambito di non equivocità, e dunque minore criticità applicativa,

[4] La letteratura sul tema è ampia. In termini essenziali, per tutti: G. Vassalli, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *GP*, 1979, II, c. 305 ss.; V. Manes, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *RIDPP*, 2000, 926 ss.; S. Massi, *«Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur». "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria*, Torino 2004; C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *DPubbl*, 2017, 683 ss.

[5] Sulla partizione della corruzione propria e impropria dopo la riforma del 2012 cfr., per tutti, S. Del Corso, *Il delitto di corruzione "propria"*, in *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. D'Avirro, Milano 2013, 207 ss.; F. Cingari, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B. G. Mattarella, M. Pelissero, Torino 2013, 405 ss.; S. Massi, *La determinabilità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio nella fattispecie di corruzione propria*, in *RTrimDPenEc*, 2016, 745 ss.

[6] «L'accettazione di un'indebita retribuzione, pur se riferita ad un atto legittimo, configura comunque una violazione del principio di imparzialità»: Cass. 11.4.2014 n. 22707 Lo Cricchio. Similmente, tra le tante, Cass. 20.10.2016 n. 3606/2017 Bonanno; Cass. 15.9.2017 n. 46492 Argenziano; Cass. 5.4.2018 n. 29267 Baccari.

[7] Per tutti, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*[4], Milano 2019, 209 ss.; F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Torino 2012, 112 ss.; C. Cudia, *L'atto discrezionale nel reato di corruzione propria tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *DPP*, 2019, 837 ss.

[8] Così Cass. 22.10.2019 n. 18125/2020 Buzzi, relativa al noto caso "Mafia Capitale", 128 ss., che rigetta formalmente l'automatismo tra tangente e violazione dell'imparzialità, affermando come sia necessario valutare se siano state violate le regole sull'esercizio del potere discrezionale: benché riferendosi espressamente, quali esempi di corruzione impropria, solo ai casi in cui la proposta corruttiva del privato mirasse ad escludere «pregiudizi in suo danno» o «indebite interferenze altrui» (132).

data dallo scenario complessivamente *contra ius* in cui comunque si colloca l'azione del pubblico funzionario, marchiato dalla presenza dell'episodio corruttivo. Più in particolare, se il preesistente ampio divario sanzionatorio tra le due fattispecie di cui agli artt. 318 e 319 Cp ancora poteva alimentare forti preoccupazioni circa gli effetti fortemente peggiorativi quanto a pene comminate e risvolti processuali determinati dal *trend* espansivo della corruzione propria nell'interpretazione giurisprudenziale, il livellamento "verso l'alto" della forbice edittale prevista per il delitto di corruzione impropria recentemente operato dalla riforma c.d. Spazzacorrotti del 2019 ha di fatto finito per smussare le asperità applicative connesse al precedente "salto" sanzionatorio[9].
L'ipotesi in cui, invece, l'impatto della soluzione fornita circa l'ampiezza del sindacato che il giudice penale può operare sull'atto discrezionale è da sempre stato massimo è quella del delitto di abuso d'ufficio: fattispecie sulla quale si addensano più che altrove le tensioni politico-criminali sottostanti al tema del sindacato penale sulla discrezionalità, e conseguentemente si avvertono con più vigore le difficoltà applicative conseguenti[10].
I motivi sono evidenti. Il reato di cui all'art. 323 Cp è infatti norma di chiusura del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.: confina con l'irrilevanza penale, che in un contesto ordinamentale quale il nostro – dove la penalizzazione purtroppo è spesso non solo sufficiente ma anche, per così dire, "necessaria" a rendere antigiuridico un fatto, in spregio al principio di *extrema ratio* – tende a essere sostanzialmente intesa come lecita *tout court*. A differenza della corruzione propria – dove un altro elemento, lo scenario corruttivo, già tinge di illiceità la condotta, mentre la qualifica abusiva dell'atto rimane funzionale a integrare l'ipotesi più grave *ex* art. 319 c.p. – nel delitto di abuso d'ufficio l'ingiustizia della condotta è dunque il problema decisivo su cui corre la capitale differenza tra un agire pubblico legittimo e l'integrazione di un illecito penale.
A ciò va aggiunto che la questione del sindacato è sovente complessa, dato che il comportamento discrezionale è spesso equivoco nella sua qualificazione[11]. Così, il confine ultimo del sistema dei delitti contro la p.a. del funzionario pubblico si pone come oscuro, confuso, indeterminato.

[9] Sui livelli sanzionatori risultanti dalle modifiche introdotte dalla l. n. 3/2019, per tutti, T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *www.archiviopenale.it*, 3-2018, ss. Più in generale, sull'*escalation* sanzionatoria delle riforme in materia degli ultimi anni, V. Scalia, *La corruzione:* a never ending story, Torino 2020, 627 ss., nonché il collettaneo a cura di G. Fidelbo, *Il contrasto dei fenomeni corruttivi dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino 2020.

[10] Sul rapporto tra abuso d'ufficio e accertamento della legittimità dell'atto discrezionale la letteratura è molto ampia. Oltre ai testi generali sul tema del sindacato penale già ricordati, senza pretesa di esaustività, si ricordano sul testo precedente alla riforma del 2020: T. Padovani, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP*, 1989, 85 ss.; I. Caraccioli, *Abuso d'ufficio e controllo del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *NuovaRass*, 1994, 2349 ss.; G. Fiandaca, *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio?*, in *QuestG*, 1996, 315 ss.; S. Seminara, sub *artt. 323, 324*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, coordinato da T. Padovani, Torino 1996, 248 ss.; M. Gambardella, *Considerazione sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *CP*, 1998, 2335 ss.; C. F. Grosso, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *FI*, 1999, V, c. 331 ss.; G. De Francesco, *La fattispecie di abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *CP*, 1999, 1634 ss.; A. Cioffi, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio: profili di diritto amministrativo*, Milano 2001; A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino 2002; A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 29 ss.; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTrimDPenEc*, 2009, 879 ss.; A. Merli, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.11.2012; Id., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Napoli 2012; G. Di Vetta, *L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Crim*, 2016, 399 ss.; S. Massi, *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *www.archiviopenale.it*, 1-2019; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino 2019, 27 ss.

[11] Equivoco cioè nel giudizio circa la rispondenza in diritto tra il potere attribuito dalla legge e il suo corretto utilizzo, mentre un elemento quale il patto corruttivo, al più, potrà essere equivoco in fatto.

L'amministratore si muove sempre su un filo sottile, nel rischio continuo che un proprio comportamento venga letto *ex post* come lesivo di una serie di regole di condotta, di limiti al suo agire, non previamente scolpiti "a lettere di fuoco" bensì ricavati da un'operazione ermeneutica che scorga, con la logica del senno di poi, divieti specifici nel gran corpo dei generali principi di imparzialità e correttezza dell'azione pubblica. Non stupisce, dunque, come si accalchino sull'abuso d'ufficio, da un lato, le sollecitazioni di marca generalpreventiva, moralizzatrici della politica e, di riflesso, dell'amministrazione, che a tale fattispecie fanno tipicamente appello come ultima spiaggia, quando manchi la prova di un fatto corruttivo a sorreggere il sospetto accusatorio; mentre, dall'altro, resistano le istanze della categoria dei funzionari, sospesa tra l'inevitabilità delle scelte discrezionali e la tentazione della paralisi, del "non fare", come difesa dal rischio penale onnipresente.

Questo quadro generale sul piano politico-criminale va correlato al problema dogmatico del tipo *ex* art. 323 Cp: la cui perenne riforma – è stato riscritto, com'è noto, nel 1990, nel 1997 e da ultimo nel luglio 2020 – mirerebbe a sanare le storture applicative impresse dalla giurisprudenza come conseguenza delle pressioni anzidette; ogni volta mancando tuttavia il risultato prefisso. Tali vicende spingono dunque naturalmente a chiedersi che rapporti intercorrano tra la questione generale della portata del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, il problema politico-criminale descritto che si addensa intorno alla figura limite dell'abuso d'ufficio e il tema di come è opportuno che sia formulato il tipo di cui all'art. 323 Cp.

Soffermandosi dunque sul fatto tipico di abuso d'ufficio, nella sua evoluzione normativa, si può anzitutto affermare come, fra tutti gli elementi costitutivi, esso sia sempre stato incentrato sull'elemento caratterizzante "forte" dell'ingiustizia del comportamento amministrativo, alternativamente alla violazione dell'obbligo di astensione, in ogni caso parametri espressione dell'uso distorto del potere pubblico. Non che, naturalmente, il tipo del delitto in questione si esaurisca solo in tale elemento: anzi, le progressive formulazioni dell'art. 323 Cp sono state sempre più infarcite di elementi costitutivi, e ciò proprio allo scopo di tentare di delimitare con forza crescente l'area di punibilità, in perenne tensione espansiva. Ciò non toglie, tuttavia, che la "cifra" qualificante il delitto, nelle sue evoluzioni, sia sempre rimasta l'abusività dell'atto: e non può essere altrimenti, pena lo snaturamento del concetto stesso di "abuso d'ufficio". Gli altri elementi costitutivi del fatto ne delimitano sì i confini, ritagliando e cesellando l'area del penalmente rilevante, ma è l'ingiustizia della condotta a costituire, fondare, il disvalore del tipo criminoso *de quo*. Sul piano applicativo, peraltro, la giurisprudenza ha sostanzialmente marginalizzato gli altri elementi costitutivi via via introdotti – il dolo intenzionale, l'evento alternativo di danno o vantaggio per sé o per altri, la "seconda" ingiustizia relativa al risultato – eludendo la loro funzione di frammentarizzazione dell'illecito e perseverando nell'incentrare la sussistenza del fatto perlopiù ancora sul carattere abusivo dell'azione amministrativa[12].

[12] Su tali percorsi giurisprudenziali, con particolare riferimento allo svilimento della "doppia ingiustizia", per tutti T. Padovani, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, in *IP*, 2017, 1003 ss., nonché, più in generale, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*[4], cit., 367 ss.; sulle difficoltà applicative in relazione all'elemento soggettivo cfr. ampiamente A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli 2011, 320 ss., nonché C. Benussi, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Milano 2016, 459 ss., A. Di Martino, *Abuso d'ufficio*, in A. Bondi, A. Di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*[2], Torino 2008, 267 s., M. Catenacci, *Abuso d'ufficio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, V, *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, Torino 2016, 141 s. Un altro aspetto trascurato nelle sue potenzialità di selezione dell'illecito, a scapito delle indicazioni presenti in dottrina, è quello del giudizio di evitabilità dell'evento lesivo in presenza di una condotta alternativa lecita, ovverosia del fatto che il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti

Il fallimento della traslazione dell'accento, del "peso" del tipo su elementi altri da quello dell'ingiustizia della condotta si è accompagnato, allo stesso tempo, a un tira e molla tra legislatore e giurisprudenza circa le modalità della sua valutazione. La riforma del 1997 aveva consegnato un testo che, qualificando tale elemento normativo con l'espressione «in violazione di legge o di regolamento», mirava a tagliar fuori di netto qualsivoglia sindacato del giudice penale in ipotesi di attività discrezionale: fuori dalla violazione di legge – vizio che assiste le componenti vincolate dell'attività – si sarebbe dovuti cadere al di fuori del tipo, vanificando per il delitto *ex* art. 323 Cp qualsivoglia potere di sindacato da parte del giudicante.
L'opzione, sulla carta, era rigorosa: eppure la giurisprudenza ha frustrato l'intento della riforma, approdando, a mezzo di un'ermeneutica quantomeno estensiva, se non addirittura analogica, a scenari di controllo sempre più ampio sullo svolgimento della funzione amministrativa discrezionale da parte del giudice penale. Se alcune sentenze avevano tentato comunque di porre alcuni paletti oltre i quali il giudicante non si sarebbe potuto spingere[13], la corrente maggioritaria si è presto indirizzata verso la generalizzazione totale del controllo del giudice. Il mezzo con cui si era raggiunto un simile risultato è il riferimento diretto ai principi di cui all'art. 97 Cost. come immediatamente precettivi e integranti il presupposto della «violazione di legge» *ex* art. 323 Cp: in tal modo, ogni comportamento del pubblico funzionario, anche a prescindere dal mancato rispetto di specifiche regole di condotta, poteva essere stimato riconducibile all'art. 323 Cp, in quanto comunque complessivamente imparziale, scorretto, disfunzionale[14].
Più di recente, lo abbiamo accennato, il legislatore è intervenuto nuovamente con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, con il quale è stato riformato il testo dell'art. 323 Cp proprio con riferimento all'elemento normativo in questione: specificando, in particolare, che la violazione rilevante deve riguardare «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». La *ratio* della riforma, manifestamente dichiarata, è quella di ribadire la posizione già sottostante all'intervento del 1997, volta a escludere in blocco la discrezionalità dal potere di sindacato del giudice penale nell'abuso d'ufficio, superando le ritrosie della giurisprudenza mediante un testo ancor più specifico e privo – almeno nelle intenzioni del legislatore – di equivocità[15].

---

debbano costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intendeva prevenire: il tema, sviluppato ampiamente a livello monografico da A. Tesauro, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., 34 ss., è poi da ultimo confluito nel testo della proposta di riforma del delitto di abuso d'ufficio c.d. "Castaldo-Naddeo" (invero sviluppata nello scenario precedente al d.l. n. 76/2020), rispetto a cui v. il volume collettaneo a cura di A. Castaldo, *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino 2018.

[13] Emblematica è la prima sentenza sul tema dopo la riforma del 1997: Cass. 4.12.1997 Tosches, annotata da V. Manes, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *FI*, 1998, II, c. 390 ss. Dopo di essa, altre pronunce riconducibili allo stesso filone che esclude la generalizzabilità del sindacato ne hanno comunque interpretato i limiti in senso meno rigoroso. Per tutte: Cass. 24.9.2001 n. 45261; Cass. 26.1.2002 n. 1229; Cass 20.2.2003 n. 34049; Cass. 19.2.2009 n. 13097. Su tali percorsi giurisprudenziali, per tutti, cfr. A. Manna, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, cit., 44 ss.

[14] A partire quantomeno da Cass. 12.2.2008 n. 25162 Sassara, in *CP*, 2009, 1025 ss., con nota di M. De Bellis, *Il principio di imparzialità della condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini dell'abuso d'ufficio*; più di recente, Cass. 17.2.2011 n. 27453; Cass. 26.6.2013 n. 34086; Cass. 27.10.2015 n. 46096.

[15] Senza pretese di esaustività, sulla riforma del 2020: M. Gambardella, Simul stabunt vel simul cadent. *Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 7-2020, 133 ss.; G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*, 17.7.2020; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *GiurPenTrim*, 3-2020, 42 ss.; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, in

È ancora presto per dire quali saranno gli effetti nel diritto vivente della riforma. Le prime pronunce, almeno in termini di principio, sembrano essersi allineate alla soluzione radicale imposta dal legislatore[16]: sebbene si sia osservato come un tale atteggiamento abbia una portata sostanzialmente di facciata, celando in realtà una continuità con l'opinione maggioritaria preesistente della giurisprudenza[17]. E comunque, molte voci in dottrina si sono mostrate scettiche sulla reale capacità del nuovo testo di imbrigliare l'attività interpretativa delle corti, immaginando plurimi espedienti ermeneutici e applicativi attraverso cui sarebbe possibile tornare a una lettura della norma simile a quanto accadeva in passato[18]: dalla rivalutazione della condotta alternativa relativa alla violazione dell'obbligo dell'astensione[19], alla riemersione dell'art. 97 Cost. come parametro di riferimento, come «legge», se non facendo leva sull'articolazione dei principi ivi espressi posta dall'art. 1 della l. n. 241/1990[20].
Lo scetticismo diffuso circa la possibilità, nonostante tutto, di arrivare a un esito "neutralizzatore" della riforma da parte della giurisprudenza si alimenta non soltanto dell'esperienza fallimentare in tal senso della riforma del 1997, ma tradisce altresì in molti l'opinione nel merito per la quale la scelta legislativa sarebbe troppo radicale negli intenti: sono le zone grigie dell'ordinamento – si osserva – quelle in cui allignano i veri abusi; al di fuori della discrezionalità, nell'attività integralmente vincolata, la fenomenologia del delitto in questione è molto ridotta[21]. Se nell'attività

---

www.discrimen.it, 14.9.2020; A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio:* riscrittura *della tipicità e* giudizio *di colpevolezza*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23.10.2020; A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo ma non insolubile*, in *www.sistemapenale.it*, 20.11.2020; A. Manna, G. Salcuni, *Dalla "burocrazia difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.12.2020; M. Naddeo, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *www.archiviopenale.it*, 1-2021; G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio: la metamorfosi del gattopardo*, in *www.penaledp.it*, 25.1.2021; S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *www.penaledp.it*, 25.2.2021; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *www.sistemapenale.it*, 1.3.2021; il collettaneo a cura di B. Romano, *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa 2021.

[16] Così Cass. 9.12.2020 n. 442/2021, annotata da B. Romano, *Il "nuovo" abuso d'ufficio e l'abolitio criminis parziale*, in *www.penaledp.it*, 19.1.2021, nonché da A. Alberico, *Le vecchie insidie del nuovo abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 4-2021, e da M.G. Rutigliano, *La Cassazione alle prese con il "nuovo" abuso d'ufficio e con la questione dell'*abolitio criminis *parziale*, in *www.archiviopenale.it*, 2-2021.

[17] Cfr. A. Manna, *I continui* giri di valzer *tra legislatore e giurisprudenza in tema di abuso d'ufficio: un addio alla tassatività?*, in *www.archiviopenale.it*, 1-2021, 7; A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit., 7 ss. Più di recente, già Cass. 28.1.2021 n. 8057 (con commento di C. Pagella, *La Cassazione sui "margini di discrezionalità" del riformato abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 16.4.2021, e nota critica di G. Serra, *La Cassazione e il "nuovo" abuso d'ufficio, ovvero del "senso imperfetto" della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e dei c.d. "autolimiti"*, in *www.penaledp.it*, 6.4.2021) specifica la punibilità *ex* art. 323 Cp delle condotte astrattamente discrezionali ma vincolate in concreto per precedenti scelte compiute dal funzionario. Sui primi percorsi giurisprudenziali successivi alla riforma, per tutti, cfr. G.L. Gatta, *Riforma dell'abuso d'ufficio: note metodologiche per l'accertamento della parziale abolitio criminis*, in *www.sistemapenale.it*, 2.12.2020.

[18] Ancora A. Merlo, *Lo scudo di cristallo*, cit., 16, iconicamente afferma che la pretesa «cinta immunitaria» eretta dal legislatore a protezione del pubblico funzionario rischia di rivelarsi un fragile «scudo di cristallo».

[19] G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., § 4.3; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e* restyling *dell'abuso d'ufficio*, cit., 12 ss.

[20] M. Gambardella, Simul stabunt vel simul cadent, cit., 162.

[21] Per M. Gambardella, Simul stabunt vel simul cadent, cit., 163, «abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme», dato che il secondo è l'«essenza» del primo; similmente, li ritiene «ontologicamente connessi» S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, cit., § 6. Per T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 46, l'idea del legislatore «di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza». *Contra* A. Manna, G. Salcuni, *Dalla "burocrazia*

discrezionale non si può mai incorrere in abusi d'ufficio, ormai tale figura è destinata a scomparire. Tanto valeva direttamente, con un atto di maggiore coraggio, depenalizzarlo *in toto*[22]. Per quanto, forse, anche un simile approccio, che spinge la frammentarietà al punto da espellere l'abuso per violazione di legge dall'orbita della penalità, potrebbe determinare un effetto giurisprudenziale opposto, di espansione ermeneutica di altre (anche più gravi) fattispecie, in modo da far rifluire da altrove quella penalità così venuta meno[23].
In ogni caso, al di là dell'opportunità o meno di interventi restrittivi sul tipo del delitto di abuso d'ufficio, volti a neutralizzare in parte o del tutto il potere di sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa con specifico riguardo a tale fattispecie, appare chiaro come la questione generale del controllo giudiziale sul potere pubblico – e il suo correlato sfondo di politica del diritto circa la partizione dei poteri dello Stato – non può essere schiacciata, come sovente accade, sul solo nodo problematico dell'art. 323 Cp: il quale – s'è visto – è caratterizzato da peculiarità tipologico-sistematiche e politico-criminali sue proprie e ulteriori. Quello del sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa è invece un problema più ampio: e alla sua contestualizzazione nell'ambito del percorso evolutivo del diritto pubblico in generale, e del diritto amministrativo in particolare, è opportuno porre attenzione per poterne apprezzare i precipitati rispetto ai singoli luoghi penalistici in cui esso viene in rilievo.

3. Quando la fattispecie incriminatrice è costruita sul rimando a categorie proprie del diritto amministrativo è assai probabile che il giudice penale sia chiamato a esprimersi sulla discrezionalità amministrativa[24]: d'altro canto, quest'ultima «è una necessità per l'attività amministrativa di cui forma l'intima sostanza»[25].
Se si ritenesse la discrezionalità immune dal controllo penalistico sull'agire pubblico questo avrebbe un campo ben ristretto, limitato solo a quella porzione di attività amministrativa di mero accertamento della rispondenza della realtà empirica alla fattispecie astratta stabilita a monte dalla

difensiva" alla "difesa della burocrazia"? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio, cit., 11 ss., per i quali il divieto di analogia *in malam partem* impone di ritenere escluso l'eccesso di potere dal sindacato penale dopo la riforma.
[22] S. Perongini, *L'abuso d'ufficio*, Torino 2020, 13.
[23] A. Nisco, *La riforma dell'abuso d'ufficio*, cit. 9; G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., § 4. Lo spingere troppo la leva del tipo, della frammentarietà, a contesto politico-criminale invariato, potrebbe invero non avere gli effetti desiderati: nell'ambito dei delitti contro la p.a., infatti, il disvalore penale ormai non discende, come dovrebbe, da una scelta politica del Parlamento, ma «deriva *tutto* dalla *precomprensione etico-amministrativa*» stratificatasi rispetto a certe classi di fatti (M. Donini, *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *www.archiviopenale.it*, 2-2020, 3, ma v. anche 18-20). Ciò non significa, all'opposto, che un qualunque intervento sul tipo in modo da restringere (ma non sopprimere del tutto) l'estensione del sindacato penale con riferimento allo specifico delitto di cui all'art. 323 c.p. sia da rigettare: benché, probabilmente, sia preferibile accentuare la frammentarietà dell'illecito "lavorando" sugli altri elementi di fattispecie, finora – come detto – trascurati dalla prassi applicativa.
[24] Sulla discrezionalità amministrativa si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939; C. Mortati, *Discrezionalità*, in *NssDI*, V, 1960, 1098; A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *ED*, XIII, 1964, 65; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *DProcAmm*, 1984, 463 ss.; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986; F. Bassi, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di S. Amorosino, Milano 1995, 49 ss.; C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *DPubbl*, 1998, 127 ss.
[25] M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 166.

legge, cioè del tutto e incontestabilmente vincolata[26]. In questo senso, anche l'approccio della giurisprudenza penale volto a ricondurre nella maniera più ampia la discrezionalità entro le maglie del sindacato del giudice – lo abbiamo già osservato in relazione alla corruzione propria, ma anche in merito alle ipotesi applicative dell'abuso d'ufficio – seppur criticabile nelle sue forme più estreme, nei suoi termini essenziali pare comunque rispondere a un'esigenza di realismo: evitare uno scenario in cui, altrimenti, la gran parte dell'azione pubblica sarebbe immune da controlli da parte del giudice, sarebbe un potere "assoluto".

Ciò detto, affermare che la discrezionalità sia parte integrante di quelle fattispecie nelle quali l'illegittimità dell'atto amministrativo è elemento del fatto tipico solleva una serie di problematiche circa il rischio di indebita invasione del giudice nell'ambito riservato alla decisione della pubblica amministrazione. Del resto, anche quando il sindacato sulla discrezionalità è affidato alla magistratura amministrativa, si propone il medesimo problema: stabilire fino a dove possa spingersi il giudice senza andare a intaccare il principio di separazione dei poteri. Tuttavia, posto che costituzionalmente (art. 113 Cost.) non esiste un ambito di attività amministrativa intangibile rispetto al vaglio di legittimità affidato al potere giurisdizionale[27], ogni giudice può conoscere anche della discrezionalità con il medesimo limite, dato dalla impossibilità di sconfinare nel merito della scelta amministrativa, sostituendosi a essa[28].

Una volta ricompresa la discrezionalità nel controllo del giudice – anche penale – immediato è il collegamento con il suo vizio tipico, l'eccesso di potere[29]. La prima premessa da porre, nell'approcciarsi all'eccesso di potere in relazione al problema di cui si discute, è che si tratta di uno dei tre vizi di legittimità in cui può incorrere l'attività discrezionale. Potrebbe sembrare un'affermazione scontata ma, nella sua semplicità, aggiunge qualcosa alla riflessione se si considera che è proprio la legittimità – in tutte le sue forme – dell'atto o del comportamento tenuto dal pubblico ufficiale a costituire il discrimine per la configurazione del reato.

Infatti, non pare che, a una lettura di sistema, vi sia alcun indice dal quale dedurre una limitazione del sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi soltanto agli altri due vizi

---

[26] Occorre tener presente che la nozione di vincolatezza è anch'essa relativa, come nota E. Cardi, *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, Rimini 1983, 29, che si pone criticamente verso tale concetto, ritenendo che, comunque, l'indeterminatezza dei fatti, pur richiamati dalle norme, escluda la possibilità che alcuni procedimenti abbiano davvero una valenza meramente acquisitiva di dati di fatto obiettivamente verificabili.

[27] D'altro canto, come suggerisce la lettura illuminante di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano 2005, 129-131 e 136, le norme costituzionali sulla tutela giurisdizionale sono uniche ed esprimono principi che connotano in modo unitario la funzione giurisdizionale. Dunque, non vi è alcuna ragione per escludere a priori un controllo del giudice ordinario, anche penale, laddove l'illegittimità di un atto, espressivo di potere discrezionale, integri la fattispecie incriminatrice. L'art. 113 Cost. è «norma espressiva del principio di generalità ed effettività della tutela nei confronti (anche) della pubblica amministrazione» che non trova alcuna limitazione nella natura discrezionale dell'attività, la quale non vale ad affermarne l'intangibilità da parte del giudice. Secondo F. Delfino, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli 1963, 232, la natura di illegittimità amministrativa dell'atto è «immutabile quale che sia l'autorità chiamata al relativo sindacato».

[28] A esclusione di quelle ipotesi nelle quali il sindacato sul merito spetta al giudice amministrativo perché così espressamente stabilito, come nel caso del giudizio di ottemperanza.

[29] Sull'eccesso di potere si ricordano, per tutti: P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *ED*, XIV, 1965, 124 ss.; G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere*, in *NssDI*, app. III, 1982, 221 ss.; F. Modugno, M. Manetti, *Eccesso di potere amministrativo*, in *EG*, XII, 1989, 1 ss.; F.G. Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, Padova 1990, 171 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008; F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Milano 2017; da ultimo, i vari contributi contenuti nel volume a cura di S. Torricelli, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Torino 2018.

di legittimità, ossia violazione di legge e incompetenza. Per quanto centrale nella riflessione sul tema, la conformazione del tipo *ex* art. 323 Cp, invero, se può in ipotesi limitare l'operatività del sindacato del giudice rispetto a tale specifico delitto, non può tuttavia intaccare lo statuto generale della problematica[30].

Oltre a ciò, l'esclusione dell'ambito dell'attività discrezionale dal vaglio del giudice ordinario era connessa alla teorica – ormai desueta – della degradazione o affievolimento dei diritti[31], che davanti al potere amministrativo espresso nell'atto discrezionale si sarebbero "trasformati" in interessi legittimi, non conoscibili in alcun modo da parte di quel giudice, con la conseguente preclusione del sindacato per eccesso di potere. Al contrario, assodato che anche il giudice ordinario può confrontarsi con la discrezionalità, non ha senso escludere che possa avvalersi del suo vizio tipico. D'altro canto, come già ricordato, la Costituzione fonda un obbligo del giudice di fornire tutela davanti a ogni atto della pubblica amministrazione, pena il configurarsi di un "eccesso di potere giurisdizionale"[32].

Detto ciò, occorre interrogarsi sulle ragioni che hanno condotto a marginalizzare l'eccesso di potere nel sindacato del giudice, nell'ottica del diritto penale. Se ne possono individuare essenzialmente due.

La prima si connette alla comprensibile diffidenza verso l'uso – si potrebbe dire "caratteristico" del diritto amministrativo – di formule di non immediata afferrabilità e dai confini poco netti –

[30] Peraltro, si osserva come la precedente formulazione testuale dell'art. 323 Cp – «violazione di legge» – non potesse dirsi necessariamente indicativa di *uno* dei vizi di legittimità di cui all'art. 29 Cpa e 21-*octies*, l. n. 241/1990, e non degli altri, incompetenza ed eccesso di potere. Pareva piuttosto un sintagma "generico" usato allo scopo di espungere la discrezionalità dal sindacato del giudice penale (così, per tutti, anche M. Parodi Giusino, *Il nuovo delitto di abuso di ufficio e la controversa rilevanza penale dell'eccesso di potere in atti amministrativi*, in *Pubblica amministrazione, diritto penale, criminalità organizzata*, a cura di C. Parano, Milano 2008, 31). Questa ipotesi pare, ad avviso di chi scrive, valorizzata dalla recente riforma legislativa del testo della norma. Invero, la formula attuale, «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», non invoca affatto il vizio ma, apertamente, appare relativa al problema dell'inclusione o meno della discrezionalità. Peraltro, è interessante rilevare che un'espressione analoga si ritrova nel codice del processo amministrativo, all'art. 31, co. 3, in relazione all'azione avverso il silenzio della p.a., per definire quell'ipotesi in cui il giudice può spingersi fino a condannare l'amministrazione non solo a emettere un provvedimento espresso, ma anche a indicare il contenuto specifico di quel provvedimento (l'analogia è rilevata, tra gli altri, anche da M. Gambardella, Simul stabunt vel simul cadent, cit., 143). Si tratta di un caso di vincolatezza in concreto, in quanto all'esito dell'istruttoria la scelta del soggetto pubblico è ormai forzata, non residua alcun margine di opportunità. Dunque, traslando il significato che l'espressione assume nel processo amministrativo alla fattispecie penale, l'uso di quello specifico sintagma parrebbe non escludere la discrezionalità dal sindacato del giudice (come intendeva al contrario fare il legislatore). Ciò che resta escluso dal sindacato del giudice sarebbe invece solo il merito, la componente politica della scelta discrezionale: quell'ambito che comunque sarebbe intangibile. L'altra "porzione" della discrezionalità, la legittimità, è invero sempre sindacabile, perché attiene alla violazione di precetti.

[31] La teoria è da attribuire al pensiero di Oreste Ranelletti (*A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano 1892; *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano 1937). Questa posizione è stata più volte esaminata e commentata: E. Cannada Bartoli, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelletti*, in *RTrimDPubbl*, 1959, 269 ss.; di recente, per una ricostruzione completa, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017, 30 ss.

[32] Cfr. A. Klitsche De La Grange, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova 1961, 180 ss., che in particolare osserva: «La Cassazione eccedendo nello scrupolo di rispettare la sfera dell'amministrazione, ha sconfinato in quella del legislatore; anzi in quella del costituente, perché tale giurisprudenza è manifestamente contraria all'art. 113 della Costituzione che garantisce e affida al giudice ordinario la tutela dei diritti contro tutti gli atti dell'amministrazione inclusi quelli che, nella fattispecie legale, comportano l'esercizio di potere discrezionali» (186).

come lo stesso eccesso di potere[33], ma anche la nozione basilare di interesse legittimo – la cui comprensione piena richiede una valutazione in ottica evolutiva: anche se il nome dell'istituto è rimasto invariato, la sostanza è mutata con il mutare dei tempi e della natura dei rapporti, progressivamente svincolandosi dal cardine dell'interesse pubblico. Peraltro, si tratta di un «vizio tradizionalmente collegato all'assenza di regole giuridiche scritte»[34] e questo è certamente quanto di più distante si possa immaginare dal "gusto penalistico" per la certezza del precetto[35].
Dopodiché, c'è la ragione di fondo, quella per cui sembra meglio non far "maneggiare" al giudice ordinario la discrezionalità: la paura che il suo sindacato sconfini nel merito dell'amministrazione, andando a violare il principio della separazione dei poteri. Tale precauzione assume in questo ambito una declinazione particolare, mostrandosi sotto forma di riluttanza a far osservare da un "esterno" rispetto al mondo che ruota intorno all'amministrazione un aspetto tanto delicato: risente, cioè, della poco condivisibile idea – portato autoritario del pensiero liberale – del privilegio dell'amministrazione che, in quanto soggetto pubblico, pretenderebbe che i suoi atti venissero decisi solo da un giudice speciale[36]. Tale posizione tradizionale è tuttavia ormai contraddetta dal dettato costituzionale, nel quale manca, in realtà, secondo molti, addirittura un fondamento reale e ragionevole che giustifichi il dualismo di giurisdizione, oltre che la specialità del giudice amministrativo[37].
Dunque, a meno di non voler perseverare in un pensiero superato, retaggio storico di un quadro istituzionale ormai desueto[38], questa motivazione per escludere il risvolto patologico della discrezionalità che è l'eccesso di potere dal sindacato del giudice penale non regge.

---

[33] Basti pensare, per esempio, che A. Proto Pisani, *L'importanza dell'articolo 113, 3° comma Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della Pubblica amministrazione*, in *QuestGRTrim*, 3-2015, 150, commenta come l'eccesso di potere sia «quanto di meno comprensibile anche agli addetti ai lavori ove ci si allontani dalle figure sintomatiche».

[34] C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 28. L'intrinseca problematicità dell'eccesso di potere sta proprio nel fatto che si pone a cavallo tra esigenze di controllo (quale limite del potere) e ragioni del potere (dato che segna anche il confine estremo del sindacato di legittimità, così da evitare che giudice invada la sfera riservata dell'amministrazione). Proprio questa collocazione, ha fatto sì che, tradizionalmente, il sindacato attuato per il suo tramite assumesse come cardine l'interesse pubblico. Questa ricostruzione, tuttavia, rifletteva un preciso modo di intendere l'amministrazione, come soggetto speciale, preminente, perché portatrice di tale interesse. Oggi, una simile lettura non è più attuale e risulta incoerente con il riconoscimento dell'esistenza di una logica del rapporto amministrativo come relazione giuridica articolata su diritti e obblighi (ivi, spec. 8).

[35] Per tutti, cfr. le argomentazioni scettiche di A. Merlo, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., 68 ss.

[36] Sennonché, è stato più volte chiarito che il giudice amministrativo non è il giudice dell'amministrazione, dell'interesse pubblico, della legalità amministrativa, ma è, e deve essere dato il dettato costituzionale, un giudice terzo e imparziale, come ogni giudice. La presunta specialità del diritto amministrativo semmai potrebbe condurre a istituire sezioni specializzate, quanto a competenza, non speciali per stato giuridico. Cfr. L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *DPubbl*, 2014, 561 ss.

[37] A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 33 ss. Sull'inattualità del dualismo di giurisdizione, oltre ai già citati: M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *FI*, 1983, V, c. 249 ss.; C. Marzuoli, A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *DPubbl*, 1997, 895 ss.; V. Cerulli Irelli, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *AstridRass*, 20-2009; E. Balboni, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *QuadCost*, 2011, 648 ss.; il volume a cura di E. Fabiani, A. Tartaglia Polcini, *Sull'unità della giurisdizione*, Napoli 2011.

[38] G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *RDProc*, 1996, 921 ss., afferma come la distinzione delle giurisdizioni abbia ormai «solo una giustificazione storica […] che è semplicemente ancorata al modo di concepire l'amministrazione, i rapporti tra amministrazione e cittadini e i rapporti fra amministrazione e giurisdizione propri dell'epoca in cui il sistema si è formato e che è ora del tutto obsoleta in quanto superata dal successivo evolversi del quadro istituzionale».

Tornando alla prima questione, ossia l'inafferrabilità dell'eccesso di potere, va detto che, nel penale, la giurisprudenza ha sviluppato un ragionamento autonomo, svincolato dal pensiero della dottrina e della giurisprudenza amministrativistica, e a esso parallelo. Rispetto al delitto di abuso d'ufficio, per risolvere il problema della difficoltà di "gestire" un concetto tanto sfuggente quale l'eccesso di potere lo ha convertito in "violazione di legge", con un ragionamento – lo abbiamo già ricordato – semplice nella sua linearità, che collega ogni regola per l'esercizio dell'attività amministrativa a una legge, risalendo nella catena fino ad arrivare all'art. 97 Cost. Tale norma è stata perciò utilizzata (o, comunque, è aperta all'utilizzo) alla stregua di un *passepartout* per inserire nell'abuso d'ufficio qualunque cosa, anche regole di condotta non scritte o comunque ricostruite a posteriori dal giudice. Un simile percorso, poi, si rileva nella giurisprudenza in tema di corruzione propria, in cui la contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto è ricondotta alla violazione dell'imparzialità conseguente al patto corruttivo. Abbiamo detto delle tensioni conseguenti sul piano della garanzia, a oggi irrisolte.

Tuttavia, accanto a questa strategia di approccio all'eccesso di potere propria del penale, c'è la strada percorsa in più di un secolo di evoluzione dottrinale e giurisprudenziale amministrativistica che ha prodotto quello che è oggi l'eccesso di potere[39]: un contenitore delle regole del potere amministrativo riservato e, al contempo, una tecnica di controllo sul rispetto di quelle stesse regole[40]. Uno strumento ben oliato, in realtà, che il percorso evolutivo del diritto vivente ha utilizzato per definire le linee a cui l'amministrazione deve attenersi nell'esercizio del proprio potere: la «deontologia della discrezionalità»[41]. Invero, l'eccesso di potere mostra il calco, l'impronta in negativo di quelle che, in positivo, sono le direttive dell'attività amministrativa discrezionale[42].

Quella stessa giurisprudenza, davanti alla difficoltà di approcciarsi a un concetto così vago, lo ha nel tempo elaborato, fino alla codificazione del vizio in figure sintomatiche, autonome rispetto allo sviamento di potere[43]: un'invenzione «geniale», a suo modo, perché ha reso il vizio immediatamente percepibile dai suoi sintomi al giudice, permettendo però a quest'ultimo di arrestarsi alla fenomenologia, senza «spingersi fino ad accertare il male»[44], l'uso distorto del potere. Operazione che consente perciò di non toccare il merito della scelta pubblica ed evitare indebite ingerenze del giudice nei poteri dell'esecutivo.

Smembrando l'eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche, dotate di una connotazione sostanziale, si ottengono, perciò, due effetti: da un lato, aumentano le regole stesse della discrezionalità, con l'inclusione, tra quei dettami idonei a orientare in positivo l'agire pubblico, anche di precetti connessi ai principi e clausole generali sottesi alle stesse figure sintomatiche[45];

---

[39] Strada articolata, complessa e tortuosa, tanto che è stata definita addirittura come una «struggente telenovela» (B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, III, Padova 1993, 315).

[40] C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, a cura di S. Torricelli, Torino 2018, 63.

[41] C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 3.

[42] G. Sacchi Morsiani, *Eccesso di potere*, cit., 221.

[43] L'indipendenza tra le figure sintomatiche e lo sviamento di potere non è tuttavia unanimemente riconosciuta: così P. Gasparri, *Eccesso di potere*, cit., 124 e E. Casetta, *Attività e atto amministrativo*, in *RTrimDPubbl*, 1957, 293 ss.

[44] C. Marzuoli, *Eccesso di potere*, in *www.treccani.it*, 2016, § 4.

[45] Sul tema, ampiamente, C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 327 ss.; G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli 2012, 253 ss. Sennonché, non può tacersi che affinché questa struttura stia in piedi occorre guardare all'eccesso di potere non nella sua veste classica di "vizio della funzione", perché altrimenti si attrae nel giudizio il valore calamitante del fine pubblico, che finisce per modellare i principi generali in ottica esclusivamente pubblicistica: cfr. F. Ledda, *Variazioni sul tema*

dall'altro, l'eccesso di potere "transita" così verso la violazione di legge, nella misura in cui riceve una "codificazione" in singole regole di condotta. Pertanto – e qui si torna al punto di partenza – la legittimità anche dell'attività discrezionale diviene così valutabile in positivo come conformità a canoni di comportamento, da attuarsi tramite l'eccesso di potere che è violazione di un precetto giuridico, di una regola, e come tale pienamente sindacabile dal giudice (*ogni* giudice).
Dunque, se nell'ambito del sindacato del giudice penale il problema è la determinatezza e la mancanza di tassatività della fattispecie incriminatrice, laddove essa inglobi categorie amministrativistiche, la netta separazione tra i due ambiti – penale e amministrativo – che ha condotto a un'evoluzione del concetto secondo direttive difformi, seppur parallele, si rivela controproducente. Invero, lo stesso *deficit* di determinatezza del precetto che si avverte nel diritto penale si può dire che era già stato avvertito, pur con modi e cadenze diverse, nel diritto amministrativo. Pertanto, forse, una maggiore ibridazione tra settori disciplinari permetterebbe di evitare gli eccessi di un'applicazione generalizzata dell'art. 97 Cost.: in quanto la strada dell'eccesso di potere, anziché condurre all'arbitrio giudiziale, racchiude le regole di esercizio della discrezionalità se costruito come violazione di *regole di comportamento predeterminate* e non di generici principi.

4. Si è detto che l'eccesso di potere sindaca quella componente dell'attività amministrativa discrezionale che è legittimità, assoggettata alla portata conformativa di precetti giuridici.
Quest'area è in costante aumento. A dire il vero, l'esigenza di prevedibilità dell'azione del soggetto pubblico, a presidio della posizione dei privati che si interfacciano con l'amministrazione, che a sua volta implica la necessità della controllabilità dell'azione di quest'ultima, anche in sede giurisdizionale, è un problema con cui il diritto amministrativo ha dovuto fare i conti a partire dall'abbandono di posizioni assolutistiche e autoritarie ormai storiche. Ciò si è tradotto nella progressiva circoscrizione dell'ambito libero della scelta pubblica, orientata non solo dalla predeterminazione normativa dello scopo ma anche da ogni disposizione il cui valore prescrittivo indirizzi l'esercizio del potere: percorso che ha preso avvio con la valorizzazione dell'*iter* logico di formazione della volontà amministrativa e la sua procedimentalizzazione[46]. Da lì, poi, la libertà dell'amministrazione è stata sempre più limitata, dato che su di essa hanno proiettato la loro efficacia precettiva anche i principi generali, in particolare quello di legalità, di imparzialità e di buon andamento[47].

dell'eccesso di potere, in *DPubbl*, 2000, 446 ss. Interessante, inoltre, notare come questo percorso avesse condotto a rendere sindacabili anche clausole proprie tradizionalmente del diritto privato, come la buona fede e la correttezza, che oggi sono state codificate espressamente come principi a cui deve essere improntato il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Ciò è avvenuto invero di recente con la modifica apportata all'art. 1, l. n. 241/1990, al quale il d.l. n. 76/2020 ha aggiunto un co. 2-*bis* che cristallizza appunto l'obbligo per la p.a. di rispettare i principi di buona fede e collaborazione.

[46] In questo percorso un punto di cesura è stato rappresentato dalla teoria della funzione di Feliciano Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *RassDPubbl*, 1950, 1 ss.; Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *RTrimDPubbl*, 1952, 118 ss. Sul concetto di funzione cfr. altresì F. Modugno, *Funzione*, in *ED*, XVIII, 1969, 301 ss.; G. Miele, *Funzione pubblica*, in *NssDI*, VII, 1968, 686 ss. Spostata l'attenzione sulla fase precedente il provvedimento è diventato centrale lo studio del procedimento. Su questo aspetto la letteratura è sterminata: ricorderemo soltanto, per tutti, il volume a cura di G. Pastori, *La procedura amministrativa*, Venezia 1964; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova 1975, 779 ss. Già in epoca precedente alla "procedimentalizzazione", peraltro, G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1953, 29, osservava come l'attività discrezionale sia «un'attività giuridica e deve trovare nel diritto uno o più punti di riferimento».

[47] F. Ledda, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni 80'*, Milano 1987, 97.

Ad oggi, l'evoluzione del diritto pubblico è innegabilmente rivolta nel senso di una regolazione capillare delle attività che abbandona il modello classico, illuminista, della "legge", per dirigersi verso forme di regolazione a carattere flessibile, che dai principi sono scivolate a cascata fino a quella macrocategoria, forse anche troppo unificante, che è la *soft law*[48]. In un modello tanto "complesso", "reticolare", quale è quello attuale, la discrezionalità viene, cioè, esercitata in un quadro amplissimo di regole di comportamento, di vincoli – più o meno cogenti, auto o eteroimposti da altre amministrazioni – che vanno ben oltre il dettame originario della legge in senso tecnico. Questi vincoli, pur non concretizzati a livello di normazione primaria, e al di là della loro qualificazione, indirizzano l'attività amministrativa, e rendono il suo l'esito maggiormente prevedibile, aumentando, di conseguenza, l'area del giustiziabile[49].
La *soft law* assume molteplici vesti: dai bando-tipo alle linee guida, dai chiarimenti interpretativi alle comunicazioni, dagli indirizzi alle risposte ai quesiti. Tutte queste "indicazioni" pongono dei precetti – più o meno vincolanti – che, pur privi di una coercibilità in senso tradizionale, hanno effetti *cripto-hard,* in grado di orientare puntualmente l'attività del soggetto pubblico[50].
In ambito penale, il problema si è mostrato principalmente in relazione alla possibilità che la violazione delle linee guida Anac potesse o meno integrare l'elemento normativo dell'art. 323 Cp, in particolare prima che il d.l. n. 32/2019, c.d. "Sbloccacantieri", imponesse un parziale ritorno alla formula del regolamento unico[51]. Nell'approcciarsi alla questione era venuto subito in rilievo il problema della definizione della natura di tali atti[52] e, pur tenendo conto della diversa efficacia

[48] Sulla nozione di *soft law* la letteratura è vastissima. Tra i molti, cfr. i vari contributi nel volume a cura di A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009; G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della* soft law, in *www.rivistadellaregolazionedeimercati.it*, 2-2016, 1 ss.; E. Mostacci, *La* soft law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano 2008. Nella letteratura penalistica, sul rapporto tra la regolazione flessibile e la norma penale, D. Notaro, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Torino 2010, 20 ss.

[49] R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*[2], Torino 2017, 182 ss. tratteggiano questo fenomeno, della progressiva "riduzione" della discrezionalità sia a causa dell'esistenza di regole sempre più tecniche, sia per via della c.d. «prefigurazione dell'azione», per cui le scelte pubbliche «vengono consumate essenzialmente nella fase preliminare», in cui l'amministrazione stabilisce quelle regole alla cui osservanza poi essa stessa è tenuta. Sotto quest'ultimo profilo, viene in gioco la figura dell'*autolimite*, con cui comunemente si definisce la predeterminazione dell'azione discrezionale mediante l'apposizione di limiti a monte, a opera della stessa amministrazione che poi vi si assoggetta, oppure per mano di un'amministrazione diversa, svolgente una funzione di indirizzo e direzione. Sul tema, cfr. P.M. Vipiana, *L'autolimite della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano 1990; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997.

[50] Questo effetto «di progressiva giuridicizzazione della discrezionalità» risponde a una «esigenza di effettività della tutela giurisdizionale offerta ai singoli, che in generale spinge verso un controllo il più ampio possibile da parte del giudice amministrativo, stante la riconosciuta insufficienza del parametro normativo a reprimere l'illegittimità delle deviazioni della funzione amministrativa» (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*[2], cit., 189).

[51] I. Cavallini, M. Orsetti, *I reali effetti del c.d. "Sblocca cantieri" sulle Linee Guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law*, in *Aziendaitalia*, 2020, 496 ss.; M. Fazio, *Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico*, in *DEcon*, 1-2020, 725 ss.

[52] Sul punto, per tutti: G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *DAmm*, 2016, 273 ss.; C. Deodato, *Linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, 4-2016; M. Lipari, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *www.rivistadellaregolazionedeimercati.it*, 1-2018, 72 ss.; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *DProcAmm*, 2017, 381 ss.; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *RTrimDPubbl*, 2017, 743 ss. In particolare, tale questione veniva in rilievo in costanza del vecchio testo della norma rispetto alla possibilità di integrare la violazione di regolamento allora richiamata dall'art. 323 Cp.

vincolante e dunque della frammentarietà interna alla stessa categoria, in via generale la dottrina aveva preferito escludere le linee guida dall'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio[53].
Tuttavia – com'è stato osservato – le linee guida «possono costituire un utile strumento per il giudice in ordine al comportamento "indebito" del pubblico funzionario»[54]. In particolare, laddove la *soft law* si sostanzi in un autolimite che il soggetto pubblico pone in generale per i futuri atti che adotterà, la discrezionalità di cui questi originariamente disponeva viene circoscritta. Simili prescrizioni vanno, cioè, a «rafforzare l'*enforcement* dell'attività puntuale», non solo consentendo una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale ma anche agevolando «il controllo giurisdizionale, dotando il giudice di uno strumento utile per verificare il rispetto dei principi d'imparzialità e proporzionalità nel caso concreto»[55].
In quest'ottica, nel problema dell'efficacia prescrittiva della *soft law* e del sindacato su di essa si percepiscono forti echi del ben più tradizionale problema della sindacabilità delle circolari[56]. Attraverso tale strumento, nonostante il suo carattere non normativo, l'amministrazione individua le forme, le condizioni e i limiti della sua futura condotta. Perciò, se l'amministrazione agisce in violazione delle stesse, senza motivare adeguatamente, la sua attività risulta illegittima, viziata, non conforme all'interesse pubblico[57]. D'altro canto, la violazione di circolari – e in genere dell'autolimite – è una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere: l'abbandono della «linea organica […] impone di presumere l'eccesso di potere, perché non c'è ragione per cui il caso singolo debba essere trattato diversamente da quanto si è deciso di fare in via generale»[58]. Ora, una circolare, un autolimite, indicando la linea di condotta migliore da tenere in futuro, crea un'aspettativa sul rispetto della stessa, vincola in qualche misura il decisore pubblico e costituisce un parametro di riferimento per il giudice che è ben più concreto e preciso di un generico riferimento all'art. 97 Cost.
Invero, è innegabile che questa fitta rete di prescrizioni, definite normative funzionali[59], "consuma" la discrezionalità, elidendo l'originario margine di scelta del soggetto pubblico[60], con l'effetto di vincolare l'amministrazione, e tutto l'apparato organizzativo da essa dipendente. Tali indicazioni, cioè, orientano e dirigono l'operato dell'amministratore entro linee che ne

[53] In tal senso, prima della riforma, V. Valentini, *Abuso d'ufficio e* fast law *ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *www.archiviopenale.it*, 3-2018, 1 ss.; F. Rotondo, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *wwwpenaledp.it*, 13.5.2020; distinguevano tra linee guida vincolanti, assimilabili ai regolamenti, e non vincolanti G. Salcuni, *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli 2019, spec. 149 ss., V. Neri, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza della loro violazione*, in *UrbApp*, 2018, 149 ss. e C. Cupelli, *L'abuso d'ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura di B. Romano, A. Marandola, Milano 2020, 286; riteneva invece comunque rilevanti anche quelle non vincolanti ai fini della configurabilità del reato V. Manuali, *Linee guida ANAC e abusi d'ufficio,* in *www.giustamm.it*, 3-2018.
[54] E.M. Ambrosetti, *Abuso ed omissione d'ufficio: violazione delle linee guida A.N.A.C.*, in *Atti del Convegno di Studio "Nuovi profili di responsabilità della pubblica amministrazione e danno", Castelfranco Veneto, 23.11.2018*, 65.
[55] M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *www.rivistadellaregolazionedeimercati.it*, 2-2016, 63.
[56] M.S. Giannini, *Circolare*, in *ED*, VII, 1960, 3 ss.; F. Bassi, *Circolari amministrative*, in *DigDPubbl*, III, 1989, 55 ss.
[57] F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *GI*, 1912, III, c. 114.
[58] F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova 1997, 248. Per alcuni autori, tuttavia, la violazione di circolari può essere ricondotta alla violazione di legge, per difetto assoluto di motivazione: C. Camilli, *Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere*, in *RassTrimDPubbl*, 1965, 1038 ss. Sul punto, ampiamente, C. Cudia, *Funzione amministrativa*, cit., 266 ss., che lo rapporta alla violazione di clausole generali di diritto comune.
[59] A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *DAmm*, 1999, 129.
[60] P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001, 266 ss.

garantiscono la "legittimità", dettando canoni oggettivi da seguire e parametri di riferimento per il controllo giurisdizionale.
Tuttavia, se il novero delle regole è certamente in costante aumento e la loro pervasività in certa ascesa, resta fermo che parte dell'attività pubblica non può formare oggetto integralmente di regole giuridiche, più o meno puntuali: esistono delle aree d'ombra nelle quali si manifesta quell'«arte dell'amministrare»[61], che è ineliminabile. Questo, tuttavia, non sposta l'asse del problema né le soluzioni proposte, dato che quell'area – il merito – come già detto e con le dovute cautele, così da evitare una lettura formalistica del principio di separazione dei poteri, è e rimane insindacabile.

5. L'evoluzione del diritto amministrativo – del diritto pubblico – abbiamo visto conduce a uno scenario di maggiore giustiziabilità, controllo del potere pubblico, determinatezza delle regole di comportamento che lo imbrigliano, e quindi obblighi per l'amministrazione. In tale scenario, escludere del tutto la discrezionalità dal potere di sindacato del giudice sarebbe in controtendenza palese rispetto a questa evoluzione; significherebbe riaffermare l'assolutezza del potere, stabilendo che quando c'è potere non c'è controllo.
Nel campo penale, la situazione è di estrema complessità, viste le tensioni politico-criminali presenti. Riassumendo, da un lato la giurisprudenza prevalente si fa interprete di una posizione estrema, nel senso di ritenere non soltanto il proprio sindacato sull'azione pubblica privo di limiti di sorta quanto a estensione, ma in parte quasi "autovincolato" nell'esito del giudizio, scorgendo *sempre* un'abusività: così nella corruzione, dove la mera dazione o promessa di denaro fa ritenere venuta meno l'imparzialità nella scelta discrezionale, e dunque mancato il rispetto dei doveri d'ufficio; similmente nell'abuso d'ufficio, dove la presenza di un danno o di un indebito vantaggio è il punto di partenza per dedurre l'ingiustizia dell'azione amministrativa che lo ha provocato, genericamente intesa come violazione dei principi di buon andamento o imparzialità. Dall'altro lato, benché con riferimento al solo delitto di abuso d'ufficio, il legislatore sposa – per ragioni connesse, come visto, al contesto specifico di tale delitto – una posizione opposta, ma non meno radicale, per cui nell'attività discrezionale non vi potrebbe essere *mai* alcun controllo da parte del giudice penale.
Esigenze generali di garanzia, ma anche di rispetto della separazione dei poteri – per cui ci deve essere un'area (per quanto recessiva) di merito riservata all'amministrazione, e non sindacabile dal giudice né amministrativo né penale – se pure non orientano il problema generale dell'estensione del sindacato penale sulla discrezionalità verso i lidi estremi della mancanza totale di controlli, fatti propri dalla recente riforma dell'abuso d'ufficio, tuttavia impongono di ritenere eccessivi i massimalismi giurisprudenziali appena ricordati: seguendo i quali parrebbe invece quasi potersi inverare il paradosso per cui il giudice penale abbia un potere di sindacato più ampio di quello del giudice amministrativo[62].

[61] A. Amorth, *Il merito amministrativo*, Milano 1939, 34. Sul merito amministrativo, in generale, vedi anche G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *EG*, XXVI, 1976, 130 ss.; A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *DigDPubbl*, IX, 1994, 402 ss.; B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova 2013.
[62] La maggioranza della dottrina concorda circa l'esclusione del merito dall'area di controllo del giudice penale: per tutti, F. Franchini, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *RTrimDPubbl*, 1957, 337 ss.; T. Alibrandi, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli 1969, 60; G. Vassalli, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *ForoAmm*, 1983, 2055; R. Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano 1984, 44; P. Tanda, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino 1999, 215; S. Vinciguerra, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2008, 13; *contra* R. Venditti, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., 36 ss. Alcuni autori, con argomentazioni condivisibili, puntualizzano invece come in realtà al giudice penale sia consentito conoscere il merito,

Appurato ciò, il problema si riconduce a quello della difficile partizione tra legittimità e merito nell'attività discrezionale. Finora il diritto penale, per timore di vedere pretermesse le proprie esigenze di legalità-garanzia, ha perseguito la strada dell'autarchia concettuale: con i risultati paradossali che si sono ricordati, ovvero la mortificazione, nel diritto vivente, della determinatezza del precetto, e della sua prevedibilità *ex ante*. Al contempo, il diritto amministrativo, pur con cadenze inevitabilmente diverse, ha affinato le proprie categorie, "lavorando" sulla figura dell'eccesso di potere, come altra faccia della discrezionalità, mosso da esigenze simili: prevedibilità, calcolabilità delle conseguenze.

Ma allora, la contraddizione tra le linee di sviluppo di questi due mondi – del penale e dell'amministrativo – è forse solo apparente, o comunque non così radicale come potrebbe a prima vista sembrare. In fondo, la preoccupazione fondante che muove entrambi, e che pare bisognosa di cura e rivalutazione in questo frangente storico-sociale, è quella appunto della prevedibilità-calcolabilità[63].

Da tempo sappiamo come la legalità penale si sta spostando sempre di più dalla sua veste tradizionale, che pone l'accento sulla riserva di legge, sulla *legge* in senso tecnico, alla dimensione garantista che è la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, la prevedibilità della decisione del giudice penale[64]. Anche nel settore specifico e massimamente problematico dell'abuso d'ufficio, è la prevedibilità in fondo la vera preoccupazione che induce le disfunzionalità della burocrazia difensiva: la "paura della firma" è la paura dell'arbitrio del giudice

ma solo «per verificare se in realtà non si tratti di un apparente merito amministrativo, che cela, nasconde, un "merito" privato di natura criminosa»: M. Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, cit., 108; simile anche la posizione di T. Padovani, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 88, nonché C. Franchini, *Il controllo del giudice penale*, cit., 93. In effetti, anche il giudice amministrativo «può indagare *sul* merito, allo scopo di rilevare una eventuale illegittimità nel suo esercizio […] ma mai entrare *nel* merito» (G. Clemente di San Luca, *Il confine tra illegittimità amministrativa ed illecito penale nell'esercizio delle attività discrezionali della P.A.*, in *www.giustamm.it*, 12-2013, 11).

[63] È la *calcolabilità*, nella prospettiva weberiana, il tratto fondamentale del «diritto razionale» caratteristico della modernità capitalistica (M. Weber, *Storia economica*, Roma 2007, 249 ss.). La prevedibilità-calcolabilità è dunque un panorama unificante per ogni ramo del diritto. Sul tema, cfr. i vari contributi nel volume a cura di A. Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017.

[64] La metamorfosi della legalità penale – progressivamente distaccata dalla sua *ratio* politica espressa nella riserva di legge, comunque radicata con forza nella cultura penalistica italiana, e sempre più orientata, anche su impulsi europei e comparatistici, sul versante della prevedibilità-garanzia – è ormai oggetto di numerosi studi. Senza pretesa di completezza, per tutti: i vari contributi del volume a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli 2016, e in particolare F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, 213 ss.; F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *QuadFiorentini*, 2007, 1281 ss.; C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli 2012; V. Manes, "Common law-isation *del diritto penale"? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *CP*, 2017, 955 ss.; M. Donini, *Fattispecie o* case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *QuestGRTrim*, 4-2018, 79 ss.; in un quadro più ampio, cfr. altresì già Id., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Torino 2004, 145 ss.

(o, più spesso, e in modo più immediato, delle attività del pubblico ministero nella fase delle indagini[65]) che *ex post* contesti l'abusività dell'azione amministrativa portata avanti[66].
In questo senso, il percorso ideale verso la legalità dell'agire pubblico che si è prima descritto sembrerebbe a nostro avviso collimare con la vicenda della legalità penale. La prevedibilità, come corollario della giuridificazione del potere, sembrerebbe porsi così come uno scenario di convergenza tra la legalità penale e la legalità amministrativa[67].
In tale prospettiva, l'evoluzione nel senso della proliferazione della *soft law* – che in un certo senso potrebbe apparire un *vulnus* alla legalità penale, nel suo rinviare per la definizione del precetto a fonti più scivolose rispetto al granitico comando della legge in senso tecnico – potrebbe essere al contrario considerata con giudizio più benevolo, se non addirittura, essa stessa, come una tendenza garantista. Non bisogna dimenticare, infatti, come il quadro effettivo attuale, di partenza, non sia quello ideale di una penalità circoscritta, in cui iniziare a far ricorso a fonti flessibili per integrare le regole di condotta del pubblico funzionario rischia di innescare (o comunque favorire) fenomeni espansivi del penalmente rilevante. Piuttosto, più realisticamente, è quello di una giurisprudenza penale che *già* giunge a estendere il proprio potere di sindacato su ogni aspetto della decisione pubblica. Da tale punto di vista, il piano della prevedibilità-garanzia sembrerebbe trovare sollievo dal moltiplicarsi di regole di comportamento, anche di matrice flessibile, in quanto esso circoscrive sempre di più il ricorso alla ben più instabile traduzione in rimproveri penali della violazione dei principi generali di correttezza amministrativa.
Un efficace parallelo è quello con la colpa penale, che in certi settori ha accolto la proliferazione di regole di cautela anche *soft*, quali le *guidelines* in ambito medico, con il favore che si riserva alle innovazioni *in bonam partem*. Anche nel campo del reato colposo, infatti, lo scenario di partenza è quello dell'aleatorietà della colpa generica, e del connesso strumentario teorico sempre aperto al rischio di un inveramento della cautela che si assume violata rimesso all'espansiva logica del "senno di poi". Le linee guida, pur con tutta la loro innegabile problematicità, da tempo ormai sono considerate avere la potenzialità di ritagliare delle zone di esenzione dal rischio penale per il medico, rispetto alla pervasività della colpa generica. Così, similmente, il ricorso a strumenti regolativi *soft* potrebbe permettere di individuare delle aree di non abusività del comportamento pubblico qualora questo si conformi a specifiche direttive conoscibili *ex ante* dal funzionario[68].

---

[65] Cfr. sul punto G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., § 4.3, che ricorda l'enorme sproporzione, negli anni recenti, tra numero di contestazioni e condanne per abuso d'ufficio: osservando peraltro come siano «dati che si prestano peraltro a più letture. Se si guarda alle contestazioni […], si ha l'impressione che le procure possano abusare dell'abuso d'ufficio, utilizzandolo come un apriscatole per avviare procedimenti e indagini volti a controllare l'operato dei pubblici amministratori, in vista della contestazione di reati più gravi (ad es., la corruzione). Se si guarda poi allo scarso numero delle condanne si può avere l'impressione dell'infondatezza delle contestazioni, senza però considerare l'incidenza della prescrizione del reato, di certo elevata. Quello stesso dato, unitamente a quello che segnala come pochi dei procedimenti avviati arrivino al dibattimento, ci dice però anche che la sfiducia nella capacità della giurisprudenza di selezionare gli abusi penalmente rilevanti, compresi gli eccessi di potere, è eccessiva e nel complesso infondata».
[66] Anche T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, cit., 49, individua sostanzialmente nella prevedibilità la «prima, e più efficace» difesa dei pubblici funzionari: le «norme che essi applicano» devono essere «nitide e precise».
[67] Un'idea simile, seppur declinata in modo in parte diverso e comunque con riferimento alla sola fattispecie di corruzione propria, è proposta già da C. Cudia, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio*, cit., 716 ss.
[68] Proprio il parallelo con il tema della colpa, e in particolare della colpa medica, permette a nostro avviso di cogliere appieno il potere "frammentarizzante" delle regole *soft* rispetto a uno scenario di onnicomprensività della tutela, politicamente difficile, se non impossibile, da eliminare davvero con un atto d'imperio legislativo. Come nella vicenda dell'abuso d'ufficio, anche in quella della colpa medica – si può osservare – plurimi interventi normativi non sono riusciti a neutralizzare la costante riemersione della punibilità della colpa generica e non grave (la letteratura è

Peraltro, si capisce come un sistema di fonti flessibili, ampio e multiforme, sia ben diverso dal modello illuminista, fatto di leggi poche e chiare, cui aspirerebbe la prevedibilità-garanzia del precetto penale. Tuttavia, è innegabile come la complessità, sotto ogni profilo – di fonti regolative, anzitutto – sia la cifra della modernità, anche di quella dell'amministrazione pubblica[69]. Già di per sé la questione dell'estensione del sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa si lega a concetti – l'eccesso di potere, la discrezionalità – in partenza difficili da cogliere e ripartire con nettezza. L'inevitabile avanzata della contemporaneità verso un'amministrazione complessa non fa che aggravare il problema. Sono tuttavia scenari, a nostro avviso, ineludibili. È dunque inevitabile l'appello ad abbandonare l'illusione di soluzioni semplici e cristalline, per immergersi nelle difficili operazioni di soppesare, valutare caso per caso, attenti allo scivolamento negli automatismi repressivi e avendo sempre per stella polare i principi di garanzia che governano la penalità.

sterminata: ci limitiamo a ricordare, monograficamente, l'ampia ricostruzione di M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 213 ss.). Suggerisce da ultimo il ricorso alle linee guida in materia di abuso d'ufficio, pur non senza perplessità, G. Collazzo, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, cit., § 4.

[69] Sui profili di mutamento dell'amministrazione nelle società complesse cfr. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma – Bari 2014, XVI ss.

FALSITAS NON PUNITUR. DICHIARAZIONI MENDACI IN AUTOCERTIFICAZIONE COVID-19 E RESPONSABILITÀ PENALE

di Emmanuele Penco
Ricercatore in Diritto penale presso l'Università di Genova

Nel periodo di emergenza pandemica è emersa la questione della possibile rilevanza penale delle false dichiarazioni rese nelle autodichiarazioni giustificative richieste al fine di verificare il rispetto delle misure limitative degli spostamenti. Alcune pronunce di merito intervenute sul tema, pur seguendo percorsi argomentativi anche molto diversi fra loro, sono giunte a conclusioni analoghe circa l'impossibilità che in tali situazioni il dichiarante sia punito ai sensi dell'art. 483 Cp, fattispecie ritenuta applicabile dalla giurisprudenza maggioritaria in caso di mendacio in autodichiarazioni. Partendo da tali sentenze, il contributo si propone di indagare l'effettiva configurabilità delle fattispecie codicistiche di falso nel caso delle autocertificazioni Covid-19, evidenziando gli spunti che la questione offre con riferimento al più generale tema del falso in dichiarazioni sostitutive *ex* artt. 46 e 47 d.P.R. 28.11.2000 n. 445.
During the pandemic emergency, the question about the possible criminal relevance of the false statements made in the self-declarations required in order to justify the violation of limitation measures arose. Some judgements, while following very different argumentative paths, reached similar conclusions about the impossibility that in such situations the declarant is punished by art. 483 Cp. Starting from these sentences, the paper aims to investigate the applicability of false crimes to Covid-19 self-declarations, highlighting the hints given by such question with reference to the topic of false statements in declarations ruled by art. 46 and art. 47 d.P.R. 28.11.2000 n. 445.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il sistema delle "autocertificazioni Covid-19" e la questione delle false dichiarazioni - 3. Il contesto ermeneutico di riferimento: dichiarazioni sostitutive e artt. 483 e 495 Cp - 4. *Falsitas non punitur*: soluzioni assolutorie nella giurisprudenza di merito - 5. False dichiarazioni di scienza, false dichiarazioni di volontà e *nemo tenetur se detegere*. - 6. Falso in "*autocertificazione*"? - 7. Dichiarazioni mendaci e falsità personali. - 8. Conclusioni.

1. La gestione normativa dell'emergenza sanitaria da diffusione del virus *SARS-CoV-2* ha determinato una diffusa implementazione della risposta penale, non soltanto veicolata dalle fattispecie appositamente introdotte per sanzionare la violazione delle misure di contenimento[1], ma dovuta anche e soprattutto agli effetti indiretti che tale modello di diritto punitivo ha prodotto in altri settori dell'ordinamento[2]. Questo peculiare fenomeno espansivo ha interessato anche i reati

[1] Rispetto al generale obiettivo di sanzionare il mancato rispetto delle misure di contenimento del contagio il diritto penale ha invero quasi da subito ceduto il passo al diritto punitivo amministrativo, restando coinvolto nella sola ipotesi di violazione della quarantena obbligatoria da parte dei soggettivi positivi al virus; per una sintesi dei passaggi normativi che hanno segnato questo (opportuno) arretramento dello strumentario penalistico v. per tutti G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.sistemapenale.it*, 26.3.2020; M. Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *RIDPP* 2020, 507 ss.; D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *AP* 2020, 1, 1 ss.; C. Ruga Riva, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 6.4.2020.

[2] Per un quadro generale del fenomeno v. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *www.sistemapenale.it*, 24.4.2020; M. Grimaldi, *Covid-19: la tutela penale del*

di falso, rispetto ai quali può essere apprezzato in una duplice prospettiva: da un lato, rileva l'intervento diretto del legislatore volto a rafforzare (o ribadire) la tutela della fede pubblica in relazione a profili specifici, quali le domande di erogazione di benefici economici ovvero le c.d. "certificazioni verdi Covid-19"[3]; dall'altro, emerge il ruolo attribuito allo strumento dell'autocertificazione del privato nel contesto dei controlli sull'osservanza delle misure limitative degli spostamenti, rispetto al quale si è posta la questione della rilevanza penale delle dichiarazioni mendaci ivi contenute[4].

È proprio con riferimento a questo secondo profilo che sono emerse alcune rilevanti questioni interpretative, in particolare alla luce di alcune sentenze di merito che – pur seguendo percorsi argomentativi diversi – sono giunte ad analoghi esiti assolutori in relazione alle dichiarazioni false contenute nei (vari e differenti) modelli di autocertificazione giustificativa degli spostamenti che si sono susseguiti nelle successive fasi dell'emergenza pandemica[5]. Alla luce del rilevante impatto mediatico che hanno avuto queste pronunce, destinate in questo senso ad incidere sull'osservanza da parte dei consociati delle stesse misure di contrasto all'epidemia[6], si rivela quanto mai opportuna una riflessione sugli spazi applicativi delle fattispecie codicistiche di falso in relazione alle "autodichiarazioni Covid-19". Più in generale, la questione – come avremo modo di vedere – offre interessanti spunti per tornare sul tema del mendacio nelle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. 28.12.2000 n. 445, rispetto al quale ormai da tempo si registra una distanza fra le soluzioni offerte dalla giurisprudenza e le opinioni espresse dalla prevalente dottrina penalistica[7].

---

contagio, in *GPenWeb* 2020, 4; M. Pelissero, *op. cit.*, 513 ss.; V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *AP* 2020, 1, 1 ss.

[3] Sul primo tema rileva in particolare l'intervento del d.l. 19.5.2020 n. 34 conv. con mod. l. 17.7.2020 n. 77, in relazione al quale v. G.L. Gatta, *COVID-19: novità penalistiche nel "decreto rilancio" (d.l. n. 34/2020). Sospensione dei termini per la querela, sanatoria per l'emersione del lavoro irregolare, nuova disciplina in materia di delitti di falso e di indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *www.sistemapenale.it*, 22.5.2020; F.A. Siena, *Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive*, in. *DPenCont* 2020, 3, 237 ss. Con riferimento invece alle c.d. "certificazioni verdi" comprovanti l'avvenuta vaccinazione anti Covid-19, ovvero la guarigione dal virus o l'effettuazione di un test con risultato negativo, viene in gioco l'art. 13 d.l. 22.4.2021 n. 52, che richiama l'applicabilità a tali certificazioni delle fattispecie di cui agli artt. 476, 477, 479, 480, 481, 482, 489 Cp; sul punto v. S. Prandi, *Decreto 'Riaperture' (d.l. 22 aprile 2021, n. 52): le misure per la ripresa delle attività economiche e sociali, il c.d. certificato verde e le sanzioni per le condotte di falso*, in *www.sistemapenale.it*, 5.5.2021.

[4] Sull'argomento v. M. Grimaldi, *op cit.*, 23 ss.; F. Lombardi, *Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'autodichiarazione*, in *GPenWeb* 2020, 3; M.C. Lombardo, *Falso in autodichiarazione Covid e diritto penale*, in *QuestG*, 15.4.2021; M. Pelissero, *op. cit.*, 513 ss.

[5] Rilevano in questo senso le pronunce G.i.p. Milano 16.11.2020, in *www.sistemapenale.it*, 12.1.2021, con commento di E. Penco, *Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso: inapplicabile l'art. 483 c.p. se la dichiarazione mendace consiste nella mera manifestazione delle proprie intenzioni*; G.i.p. Reggio Emilia 27.1.2021, in *www.sistemapenale.it*, 24.3.2021, con commento di E. Penco, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione Covid-19: il G.i.p. di Reggio Emilia rileva la "indiscutibile illegittimità" dei DPCM in quanto fonti di misure limitative della libertà personale*; G.u.p. Milano 12.3.2021, in *www.sistemapenale.it*., 6.4.2021, con commento di E. Penco, *Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. nell'ipotesi di false attestazioni in autodichiarazione Covid-19*.

[6] Così M.C. Lombardo, *op. cit.*

[7] Per una sintesi del dibattito in materia di falso in dichiarazioni sostitutive *ex* artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000 v. R. Alagna, *Falsità ideologica del privato in atti pubblici*, in *Delitti contro la fede pubblica*, a cura di E.M. Ambrosetti, Napoli 2014, 429 ss.; R. Bartoli, *Le falsità documentali*, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di M. Pelissero e R. Bartoli, Torino 2011, 174 ss.; D. Guidi, *La falsità ideologica commessa dal privato*, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di F. Ramacci, Milano 2013, 448 ss.; V. Mormando, *Falsità del privato in atto pubblico (art. 483 c.p.)*, in *Le falsità in atti. La tutela penale della documentalità nel sistema dei reati contro la fede pubblica*, a cura di V. Mormando e F. Bottalico, Bari 2017, 509 ss.; V. Plantamura, *Le falsità materiali ed ideologiche commesse dal privato.*

2. Una costante della risposta normativa all'emergenza pandemica, considerata nei diversi momenti entro i quali la stessa si è sviluppata, è stata la predisposizione di misure di contenimento del contagio fondate sulla limitazione della libertà di circolazione[8]. In quest'ottica, gli spostamenti al di fuori della propria abitazione (o al di fuori del proprio Comune o Regione) sono stati a più riprese vietati laddove non giustificati da ragioni riconducibili a «comprovate esigenze lavorative», «situazioni di necessità» ovvero a «motivi di salute».
Al di là delle pur rilevantissime questioni che un siffatto sistema di gestione del contagio ha sollevato con riferimento tanto al piano delle fonti quanto a quello del contenuto delle misure in questione[9], in una prospettiva eminentemente pratica il problema che si è posto all'attenzione del Governo sin dalla primissima fase dell'emergenza è stato quello delle modalità attraverso le quali le autorità predisposte ai controlli potessero verificare l'effettiva sussistenza delle predette ragioni giustificative degli spostamenti; il punto non veniva invero affrontato nei primi decreti governativi, ove era soltanto riportata la prescrizione di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche» negli ambiti territoriali di volta in volta rilevanti, salvo che per i motivi in precedenza richiamati[10]. A fornire le opportune indicazioni è intervenuto tempestivamente il Ministero dell'Interno con una direttiva nella quale si evidenziava come «l'onere di dimostrare la sussistenza delle situazioni che consentono la possibilità di spostamento incombe sull'interessato»; in quest'ottica il documento ministeriale specificava che «nella logica di responsabilizzazione dei singoli (…) si ritiene che tale

Le falsità in registri e notificazioni e quelle in scrittura privata, in *I delitti contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, Milano 2010, 386 ss. Di recente il tema è stato ripreso, anche con riferimento alla situazione di emergenza pandemica, da S. Prandi, *I limiti dell'incriminazione penale del falso in autodichiarazione: una pronuncia nel segno della valorizzazione della prospettiva funzionale*, in *SP* 2021, 89 ss. e F. Siena, *op. cit.*, 239 ss.

[8] Per l'individuazione della libertà di cui all'art. 16 Cost. quale prerogativa costituzionale incisa dalle misure limitative degli spostamenti rivolte alla generalità dei consociati v. in particolare A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *FQuadCost* 2020, 424 ss.; G. Di Cosimo, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, in *OssFonti* 2020, 565 ss.; G. Salvadori, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del Covid-19*, in *www.gruppodipisa.it*, 14.4.2020.

[9] Per quanto concerne il piano delle fonti, la questione centrale che si è posta è quella concernente l'individuazione degli strumenti regolatori legittimati ad introdurre, in un contesto emergenziale, limiti alle libertà costituzionalmente garantite per esigenze di tutela della salute e della sicurezza pubblica; sul punto, fra gli altri, v. M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *RivAIC* 2020, 174 ss.; U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *OssFonti* 2020, 299 ss.; G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *www.sistemapenale.it*., 16.3.2020; J. Habermas – K. Günther, *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"*, in *www.giustiziainsieme.it*, 30.5.2020; G.M. Locati – F. Filice, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *QuestG*, 27.3.2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *RivAIC* 2020, 109 ss.; D. Pulitanò, *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18.5.2020; Id*., Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*., 28.4.2020. Con riferimento alla dimensione contenutistica delle misure limitative degli spostamenti, è stata da più parti evidenziata la scarsa qualità del linguaggio normativo, che ha determinato non poche difficoltà interpretative e applicative; sul tema v. G. Di Cosimo, *op. cit.*, 567 ss.; M. Pelissero, *op. cit*., 508. Più in generale, sul tema v. A. Provera, *Peste e gride. La vaghezza dei precetti utilizzati per la regolamentazione dell'emergenza*, in *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, a cura di G. Forti, Milano 2020, 125 ss.

[10] Come noto, è stato il d.P.C.M. 8.3.2020 a introdurre fra le «misure urgenti di contenimento del contagio», sulla scorta di quanto previsto dall'art. 3 co. 1 d.l. 23.2.2020 n. 6, quella relativa al divieto di spostamento al di fuori delle richiamate esigenze di lavoro, salute e necessità; tale misura, inizialmente limitata ad alcune aree locali, venne estesa a tutto il territorio nazionale dal successivo d.P.C.M. 9.3.2020. In argomento, per tutti, G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit.

onere potrà essere assolto producendo un'autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che potrà essere resa anche seduta stante attraverso la compilazione dei moduli appositamente predisposti in dotazione agli operatori delle Forze di polizia e della Forza pubblica», e la cui veridicità «potrà essere verificata *ex post*»[11]. Si è venuto così a delineare un sistema di controllo che, stante «l'ampia estensione geografica delle aree interessate, nonché l'elevato numero dei potenziali destinatari dell'applicazione delle misure in questione», faceva espressamente leva sul «senso di responsabilità dei singoli cittadini», proponendo il ricorso al peculiare strumento dell'autocertificazione[12].

Le modalità di vigilanza sul rispetto delle prescrizioni anti-contagio sono rimaste le medesime anche quando, in seguito al mutamento di paradigma attuato con il d.l. 25.3.2020 n. 19 conv. l. 22.5.2020 n. 35, la violazione delle misure limitative degli spostamenti ha perso rilevanza penale, diventando un illecito sanzionato solo sul piano amministrativo[13]. È, anzi, proprio in relazione a tale cambiamento di modello sanzionatorio che il sistema dell'autocertificazione giustificativa ha assunto una rinnovata centralità, stante la percepita esigenza di recuperare l'efficacia deterrente persa con l'avvenuta depenalizzazione mediante la contestazione delle fattispecie di falso nel caso in cui le dichiarazioni contenute nell'autodichiarazione si fossero rilevate mendaci[14]. L'idea era insomma quella di incentivare comportamenti conformi alle prescrizioni anti-contagio non solo e non tanto attraverso la minaccia della sanzione amministrativa pecuniaria, ma anche e soprattutto prospettando (e mantenendo) il rischio di una più grave responsabilità penale nel caso in cui, in occasione di un controllo, il privato avesse reso dichiarazioni false circa le ragioni dello spostamento.

Questa impostazione trovava una conferma nei modelli di autocertificazione predisposti dal Ministero dell'Interno e scaricabili dal sito istituzionale, alla luce dei puntuali riferimenti normativi ivi contenuti. Da un lato, infatti, l'intestazione del documento qualificava lo stesso come una «autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 D.P.R. n. 445/2000»; dall'altro, il dichiarante si diceva «consapevole delle conseguenze penali previste in caso di dichiarazioni mendaci a pubblico ufficiale (art. 495 c.p.)»[15]. In questo senso, il richiamo alle norme del testo unico sulla documentazione amministrativa evocava indirettamente la possibilità che le dichiarazioni non veritiere integrassero il delitto di falso del privato in atto pubblico di cui all'art. 483 Cp, in conformità all'orientamento giurisprudenziale – sul quale torneremo – favorevole a riconoscere la configurabilità della predetta fattispecie nel caso di mendacio in dichiarazioni sostitutive di certificazioni o atto di notorietà. Direttamente contemplata era, invece, la possibilità che in relazione all'autocertificazione giustificativa potesse trovare applicazione la fattispecie di falsità personale di cui all'art. 495 Cp, configurabile invero con esclusivo riferimento a quelle

[11] Direttiva del Ministero dell'Interno n. 14606 dell'8.3.2020 rivolta ai Prefetti, in *https://www.interno.gov.it/sites/default/files/direttiva_ministro_interno_08032020.pdf*, alla pagina 5.

[12] Così la citata Direttiva, alla pagina 4.

[13] Sul cambiamento di paradigma sanzionatorio attuato con il d.l. 19/2020 v. per tutti G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19*, cit.; M. Pelissero, *op. cit.*, 507 ss.; C. Ruga Riva, *op. cit.*, 2 ss.

[14] In questo senso, secondo M. Pelissero, *op. cit.*, 513, «i delitti di falso rappresentano il tentativo maldestro di far recuperare al diritto penale l'efficacia deterrente persa (anzi mai conquistata) sul terreno della violazione delle misure limitative della libertà di circolazione».

[15] Nei diversi modelli di autodichiarazione Covid-19 che si sono susseguiti è costante il richiamo alla fattispecie di cui all'art. 495 Cp (v. già il modello aggiornato al 9.3.2020, in *http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_4186_0_file.pdf*). L'espressa qualificazione del documento come autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000, invece, compare a partire dal modello aggiornato al 26.3.2020.

dichiarazioni relative a identità, stato o altre qualità della persona espressamente indicate dalla stessa norma incriminatrice.
Erano dunque gli stessi modelli di autodichiarazione predisposti dall'autorità ministeriale a essere strutturati in modo tale da richiamare la possibile rilevanza penale delle false dichiarazioni ivi contenute; rispetto a tale impostazione, tuttavia, una parte della dottrina penalistica si è da subito dimostrata critica e ha evidenziato come i richiami normativi riportati nel modulo dovessero comunque essere verificati alla luce della «sistematica casistica e frammentata» delle fattispecie codicistiche di falso, non potendo essere agli stessi attribuito *tout court* un «valore legale» [16].

3. La condivisibile esigenza di porre a confronto il contenuto dei modelli di autocertificazione con i limiti applicativi delle fattispecie codicistiche di falso dagli stessi direttamente o indirettamente richiamate impone di soffermarsi preliminarmente sul contesto ermeneutico di riferimento, così da poter meglio comprendere in che modo le relative questioni interpretative si sono manifestate in relazione allo specifico caso del falso in autodichiarazione Covid-19.
A venire in rilievo è, in primo luogo, il tema della configurabilità della fattispecie di falso ideologico del privato in atto pubblico nell'ipotesi di mendacio relativo ad una dichiarazione sostitutiva *ex* artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000. Come già anticipato, l'orientamento largamente maggioritario in giurisprudenza si è espresso sulla questione in senso favorevole[17], valorizzando il contenuto della norma sanzionatoria di cui all'art. 76 d.P.R. 445/2000, la quale – al primo comma – prevede che «chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia». Il rinvio alla fonte codicistica, secondo questa prospettiva, comporta l'applicabilità in relazione alle false dichiarazioni sostitutive del reato di cui all'art. 483 Cp, nella misura in cui in tale ipotesi concreta sarebbero riscontrabili tutti gli elementi strutturali della fattispecie richiamata: in sintesi, dichiarazione al pubblico ufficiale, presenza di un atto pubblico e destinazione di tale atto alla prova dei fatti dichiarati, con conseguente obbligo di verità in capo al dichiarante[18].
Centrale in questo senso si rivela il ruolo attribuito alle norme del d.P.R. n. 445/2000 in tema di autocertificazioni, e cioè gli artt. 46, 47 e – soprattutto – il già citato art. 76, il cui terzo comma dispone che «le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 (…) sono considerate *come fatte a pubblico ufficiale*». In questa prospettiva è stato affermato che «la oggettiva idoneità probatoria» delle dichiarazioni sostitutive, dalla quale deriva il dovere di verità del privato, «è insita nella loro stessa natura», alla luce della disciplina contenuta agli artt. 46 e 47 del testo unico

[16] In questo senso M. Pelissero, *op. cit.*, 513, che puntualizza: «La flessione del principio di legalità per effetto del ruolo preminente assunto dalle fonti subordinate nella disciplina dell'emergenza sanitaria (DPCM e ordinanze ministeriali, regionali e sindacali) non può giustificare una flessione tale da dare valore legale all'incipit del modulo di autocertificazione. *Folium non facit legem*» (521).
[17] In questo senso, recentemente, Cass. 14.10. 2020 n. 31833, in *DeJure*; Cass. 24.4.2019 n. 32859, *ivi*; Cass. 4.10.2018 n. 6347, *ivi*; Cass. 7.2.2017 n. 25927, *ivi*. Sulla questione, autorevolmente, Cass. S.U. 28.6.2007 n. 35488, in *DPP*, 2008, 999 ss., con nota di C. De Pellegrini, *Quando la falsità del privato comporta la falsità dell'atto pubblico a contenuto dispositivo?*, 1002 ss. Per una più ampia ricognizione dell'orientamento in parola v. R. Bartoli, *Le falsità documentali*, cit., 175 ss.; D. Guidi, *op. cit.*, 464 ss.; V. Mormando, *op. cit.*, 510 ss.
[18] In relazione a tale ultimo elemento, rileva la necessità, ai fini dell'applicabilità del delitto di falsità ideologica del privato in atto pubblico, di identificare una specifica norma giuridica che attribuisca all'atto la funzione di provare i fatti attestati al pubblico ufficiale, collegando l'efficacia probatoria dell'atto al dovere di verità del dichiarante; in questi termini, Cass. S.U. 15.12.1999 n. 28, in *FI* 2000, II, 463 ss., con nota di G. Giammona, *Una parola chiara (e, si spera, definitiva) sul reato di falsità ideologica del privato in atto pubblico (art. 483 c.p.)*; più di recente, Cass. 15.1.2018 n. 5365, in *DeJure*; Cass. 2.4.2014 n. 18279, *ivi*; Cass. 16.9.2010 n. 42871, *ivi*.

sulla documentazione amministrativa[19]; la lettera del terzo comma dell'art. 76, inoltre, consentirebbe di ritenere soddisfatto il requisito della destinazione al pubblico ufficiale di quanto dichiarato. Per quanto concerne infine il profilo della sussistenza di un atto pubblico, l'orientamento giurisprudenziale in parola, sulla scorta in particolare dell'equiparazione di cui all'art. 76, terzo comma, è giunto a considerare la stessa autocertificazione alla stregua di un atto pubblico, in conformità a quanto richiesto dall'art. 483 Cp: «le dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR 445/2000», è stato affermato ancora di recente, «devono essere incluse tra gli atti pubblici, con ogni conseguenza derivante dalla falsità delle medesime»[20].
In dottrina è stato opportunamente evidenziato come, a ben vedere, l'orientamento in parola si fosse formato nella vigenza della precedente l. 4.1.1968 n. 15, la quale prevedeva che la dichiarazione sostituiva, per essere considerata come resa al pubblico ufficiale – e dunque per essere suscettibile di falsità penalmente rilevante – dovesse essere autenticata dallo stesso soggetto pubblico, con un intervento diretto di quest'ultimo[21]. Con riferimento alla previgente normativa vi era dunque un elemento – l'attività di autenticazione del pubblico ufficiale – che, in qualche modo, avrebbe potuto giustificare l'anzidetta equiparazione fra autocertificazione e atto pubblico[22]; nel sistema del d.P.R. 445/2000, tuttavia, tale contributo del soggetto pubblico non risulta più contemplato, non essendo richiesta alcuna «relazione interattiva» fra soggetto privato e soggetto pubblico[23]. Nonostante tale differenza strutturale la giurisprudenza ha comunque continuato a ritenere configurabile l'ipotesi di cui all'art. 483 Cp nel caso di falso in autocertificazione, ravvisando nell'art. 76 co. 3 del testo unico una clausola idonea ad estendere la tipicità della fattispecie[24].
Una parte della dottrina penalistica ha ampiamente contestato l'orientamento interpretativo appena descritto, evidenziando in particolare come rispetto alla dichiarazione sostitutiva non potrebbe in alcun modo ritenersi integrato il requisito di fattispecie della sussistenza di un atto pubblico[25]. In questo senso si è affermato come il richiamo al terzo comma dell'art. 76 d.P.R. 445/2000 non varrebbe a giustificare l'equiparazione fra autodichiarazione del privato e atto pubblico proposta dalla giurisprudenza, dietro la quale si celerebbe piuttosto un'inammissibile applicazione analogica dell'ipotesi di cui all'art. 483 Cp[26]. Tali posizioni critiche – condivise anche da alcune isolate sentenze di merito[27] – non hanno trovato riscontro nella prassi, tanto che ancora di recente

[19] Così, espressamente, Cass. 9.7.2007 n. 38748, in *CP* 2009, 4729 ss.; nello stesso senso Cass. 10.5.2006 n. 20570, in *DeJure*.
[20] Così, fra le altre, Cass. 7.5.2018 n. 29469, in *DeJure*; Cass. 7.2.2017 n. 25927, *ivi*.
[21] D. Guidi, *op. cit.*, 465-466; D. Potetti, *Le dichiarazioni sostitutive del privato (D.P.R. n. 445 del 2000) e l'art. 483 c.p.*, in *CP* 2010, 2234.
[22] Così D. Guidi, *op. cit.*, 465. *Contra*, con riferimento alla possibilità che l'intervento di autenticazione del pubblico ufficiale giustifichi l'equiparazione fra dichiarazione sostituiva e atto pubblico, v. le considerazioni di R. Bartoli, *Le falsità documentali*, cit., 176.
[23] D. Guidi, *op. cit.*, 464.
[24] In questi termini, attribuisce alla norma in parola un «ruolo estensivo della tipicità» R. Bartoli, *Le falsità documentali*, cit., 177, richiamando le pronunce Cass. S.U. 28.6. 2007 cit. e Cass. 10.5.2006 n. 20570, in *DeJure*.
[25] Così, fra gli altri, I. Giacona, *False dichiarazioni sostitutive tra esigenze punitive e lacune del sistema penale*, in *FI* 2011, II, 55 ss.; D. Guidi, *op. cit.*, 466 ss.; V. Mormando, *op. cit.*, 512 ss.; V. Plantamura, *op. cit.*, 386 ss.; D. Potetti, *op. cit.*, 2231 ss. In senso critico rispetto all'applicabilità dell'art. 483 c.p. in relazione alle autocertificazioni v. anche R. Borgogno, *Condono edilizio, falsità in autocertificazione e sanzioni penali*, in *DPP* 2004, 317 ss.; O. Eronia, *Falsità "incauta" nelle autocertificazioni? Oggettività giuridica ed elemento soggettivo nei delitti di falso*, in *CP* 2010, 2256 ss.; E. Mezzetti, *La condotta nelle fattispecie pertinenti al falso documentale*, in *Le falsità documentali*, a cura di F. Ramacci, Padova 2001, 306.
[26] I. Giacona, *op. cit.*, 57-58.
[27] G.i.p. Termini Imerese 27.6.2007, in *CP* 2008, 741 ss.; T. Camerino 8.10.2004, in *RP* 2005, 326 ss.

è stata confermata la configurabilità del falso ideologico del privato in atto pubblico nell'ipotesi in cui il mendacio attinga dichiarazioni sostitutive, sulla base della considerazione per la quale la «natura pubblica» delle stesse e la loro «destinazione a provare la verità dei fatti in esse affermati» si «fonda sulla *ratio* e sul tenore letterale della legge, che intende attribuire alle suddette autodichiarazioni la qualità di atti pubblici e secondo la quale "le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47, sono considerate come fatte a pubblico ufficiale" in linea con l'art. 2699 c.c.»[28].

Con riferimento invece alla fattispecie direttamente richiamata nei modelli di autocertificazione Covid-19, e cioè quella della falsità personale di cui all'art. 495 Cp, i profili interpretativi di maggiore interesse ai nostri fini sono quelli, da un lato, dell'oggetto delle dichiarazioni richiamate dalla norma in parola e, dall'altro, dell'eventuale attinenza delle stesse con la formazione di un atto pubblico.

Per quanto concerne il primo aspetto, la lettera dell'art. 495 Cp attribuisce rilevanza alle false dichiarazioni o attestazioni al pubblico ufficiale inerenti «l'identità, lo stato o altre qualità della propria o altrui persona». Se i concetti di «identità» e «stato» rimandano direttamente alle dichiarazioni sulle generalità della persona e sulla posizione assunta in un determinato contesto sociale[29], l'espressione «altre qualità della persona» presenta un contenuto di significato meno immediato, ed è stata declinata in giurisprudenza tanto in una accezione più estesa, riferita alle caratteristiche personali dalle quali una norma faccia derivare effetti giuridici[30], quanto in una dimensione più ristretta, comprensiva delle sole qualità della persona connesse a richieste della pubblica autorità giustificate da esigenze di identificazione[31].

Di particolare rilievo è poi il tema del rapporto tra le dichiarazioni richiamate all'art. 495 Cp e la formazione di un atto pubblico, rispetto al quale è intervenuta la riforma della fattispecie operata con il d.l. 23.5.2008 n. 92 conv. l. 24.7.2008 n. 125[32]. Prima del 2008, infatti, la norma richiedeva espressamente che le false dichiarazioni o attestazioni circa identità, stato o altre qualità personali fossero fatte al pubblico ufficiale «in un atto pubblico», requisito obliterato all'esito della citata novella normativa. Si è trattato di una interpolazione di non poco momento, ispirata dall'intento di rafforzare la risposta sanzionatoria nel caso di false dichiarazioni in sede di identificazione[33] e destinata a incidere notevolmente sui rapporti fra l'art. 495 Cp e la contigua fattispecie di cui all'art. 496 Cp, la quale – prima della riforma – si differenziava dall'ipotesi di falsità personale di cui all'articolo precedente proprio per la non attinenza delle false dichiarazioni alla formazione di

[28] Così Cass. 24.4.2019 cit.

[29] M. Lei, *Art. 495. Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o altrui*, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di F. Ramacci, cit., 679.

[30] Così, di recente, Cass. 26.9.2019 n. 44111, in *DeJure*; Cass. 24.4.2015 n. 29840, *ivi*; sul punto v. ancora M. Lei, *op. cit*., 680.

[31] Da ultimo, in questo senso, Cass. 19.1.2016 n. 9195, in *DeJure*; Cass. 18.12.2012 n. 30192, *ivi*. Valorizza il profilo delle esigenze di identificazione F. Lombardi, *op. cit*., 3; *contra* R. Bartoli, *Le falsità personali*, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di M. Pelissero e R. Bartoli, cit., 394, il quale evidenzia come le qualità personali rilevanti dovrebbero piuttosto essere delimitate sulla base dello scopo dell'atto nel quale le dichiarazioni del privato sono destinate a confluire.

[32] Per gli interventi in materia di falsità personali del c.d. "decreto sicurezza" del 2008 v. per tutti I. Giacona, *Le nuove norme in materia di falsità personali*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova 2008, 347 ss.; A. Valsecchi, *Falsità sull'identità e altre qualità personali*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino 2008, 55 ss.

[33] Per le ragioni retrostanti l'intervento di riforma v. ampiamente I. Giacona, *False dichiarazioni alla pubblica autorità sulle proprie o altrui identità o qualità personali*, in *I delitti contro la fede pubblica*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, cit., 581 ss.

un atto pubblico, oltre che per la presenza di una previa interrogazione e la punibilità della dichiarazioni rese all'incaricato di pubblico servizio[34].
Anche in questo caso, tuttavia, la giurisprudenza si è assestata su di un'interpretazione conservatrice, che ha di fatto stemperato la portata della riforma: l'orientamento prevalente, infatti, ritiene ancora necessario, ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 495 Cp, che la dichiarazione falsa sia destinata ad essere riprodotta in un atto fidefacente idoneo a documentarla[35].
Per quanto concerne più specificamente il tema delle autocertificazioni sostitutive, alla luce delle soluzioni ermeneutiche che abbiamo sino a qui descritto, la giurisprudenza ritiene applicabile anche in relazione a queste ultime l'ipotesi di cui all'art. 495 Cp, nel caso in cui il mendacio attinga le dichiarazioni inerenti a identità, stato o altre qualità personali; laddove invece il falso abbia ad oggetto i fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, rileverebbe il delitto di cui all'art. 483 Cp[36]. La configurabilità della citata fattispecie di falsità personali in relazione alle dichiarazioni sostitutive risulta peraltro condivisa anche da quella dottrina contraria invece all'applicabilità, in relazione alle medesime ipotesi, dell'art. 483 Cp; in questo senso è stato evidenziato come il terzo comma dell'art. 76 d.P.R. 445/2000, se da un lato non potrebbe in alcun modo consentire di equiparare l'autocertificazione all'atto pubblico, dall'altro – considerando le dichiarazioni sostitutive come fatte a pubblico ufficiale – varrebbe comunque a fondare l'applicabilità in relazione a tali ipotesi dell'art. 495 Cp[37].

4. Tornando alla specifica questione delle autocertificazioni Covid-19, abbiamo già anticipato come l'applicabilità a tali ipotesi delle fattispecie codicistiche di falso di cui agli artt. 483 e 495 Cp sia stata messa in discussione in alcune pronunce di merito, i cui esiti e – soprattutto – le cui argomentazioni sono state ampiamente riprese dagli organi di stampa. Si tratta in particolare di tre sentenze, relative a vicende concrete fra loro ampiamente sovrapponibili nelle quali gli imputati, tutti fermati nel marzo del 2020 nell'ambito dei controlli sul rispetto delle misure anti-contagio, rilasciavano in sede di autocertificazione dichiarazioni giustificative che poi, all'esito di una successiva verifica, si rivelavano non veritiere. In relazione a tutte e tre le vicende le Procure competenti procedevano a contestare il reato di cui all'art. 76 d.P.R. 445/2000 con riferimento all'art. 483 Cp, evidentemente valorizzando, da un lato, l'intestazione del modello di autocertificazione (che, come si è detto, fa espresso riferimento agli artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000) e, dall'altro, l'orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicabilità del falso del privato in atto pubblico in caso di mendacio in dichiarazioni sostitutive[38].
Nonostante il comune esito assolutorio, le sentenze in questione si presentano come affatto differenti quanto alle motivazioni spese a sostegno della decisione. Proprio in questo senso è

[34] Sugli aspetti differenziali fra le fattispecie di cui agli artt. 495 e 496 Cp prima dell'intervento della l. 125/2008 v. per tutti R. Bartoli, *Le falsità personali*, cit., 385 ss.; I. Giacona, *False dichiarazioni alla pubblica autorità*, cit., 586.
[35] In questo senso, di recente, Cass., 16.2.2018 n. 26575, in *DeJure*; Cass. 13.2.2018 n. 25649, *ivi*. Per un quadro della giurisprudenza successiva alla riforma del 2008 v. M. Lei, *op. cit.*, 686 ss.; R. Bartoli, *Le falsità personali*, cit., 390 ss.
[36] Cass. 5.2.2014 n. 30955, in *DeJure*; così, in dottrina, M. Lei, *op. cit.*, 688. Più in generale, sui rapporti fra artt. 483, 495 e 496 Cp, v. di recente Cass. 11.1.2019 n. 4054, in *DeJure*.
[37] I. Giacona, *False dichiarazioni sostitutive*, cit., 58; D. Guidi, *op. cit.*, 467.
[38] Impostazione accusatoria non condivisa, ad esempio, dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova, che con una comunicazione del 16.3.2020 rivolta Carabinieri, Guardia di Finanza e Polizia municipale, aveva evidenziato come «Le persone che, fermate per controllo da Organi di Polizia, offrano giustificazioni rivelatesi poi non veritiere circa il motivo della eventuale trasgressione, ferma la configurabilità dell'art. 650 c.p., non sembra possano essere denunciate *ex* art. 483 c.p., per l'impossibilità di qualificare come "attestazione" penalmente valutabile la dichiarazione stessa che, nel caso in esame, non può ritenersi finalizzata a provare la verità dei fatti esposti».

possibile presentarle in un ordine che guardi alla misura in cui, nel percorso argomentativo, risultano coinvolte le questioni interpretative in materia di delitti di falso alle quali abbiamo fatto cenno nel paragrafo precedente.
Possiamo in questo senso prendere le mosse dalla sentenza del 27.1.2021 del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Reggio Emilia, dott. De Luca, la quale – a ben vedere – non si sofferma sui nodi ermeneutici relativi alla configurabilità delle fattispecie di falso in relazione alle autodichiarazioni Covid-19, concentrandosi piuttosto sul fondamento legale e costituzionale dello strumento che ha introdotto le limitazioni alla libertà di spostamento nell'ottica di contenimento del contagio, *id est* il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d.P.C.M.)[39].
Sul punto il G.i.p., nel rigettare la richiesta di emissione di decreto penale di condanna avanzata dalla Procura, rilevava subito e «in via assorbente» la «indiscutibile illegittimità» dei d.P.C.M. dell'8.3.2020 e del 9.3.2020, così come di «tutti quelli successivamente emanati dal Capo del Governo», nella parte in cui gli stessi prevedono un generale divieto di spostamento delle persone fisiche salvo che per le già ricordate esigenze di lavoro, salute o necessità. Il Giudice riteneva infatti che con tale misura il Governo avesse introdotto «un divieto generale e assoluto di spostamento al di fuori della propria abitazione», che si tradurrebbe in un «vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare» e che, come tale, costituirebbe una «misura restrittiva della libertà personale», al pari di una sanzione penale. In quest'ottica la previsione delle misure limitative degli spostamenti, andando ad incidere sulla libertà di cui all'art. 13 Cost., dovrebbe essere assistita dalle garanzie previste in questa stessa norma costituzionale, risultando sottoposta alla doppia riserva di legge e di giurisdizione. La sentenza in parola evidenziava tuttavia come, da un lato, il d.P.C.M. sia una «fonte meramente regolamentare di rango secondario e non già un atto normativo avente forza di legge» e, dall'altro, manchi comunque nel caso di specie un «provvedimento individuale (…) in osservanza del dettato di cui al richiamato art. 13 Cost.».
Rilevata nei termini appena riportati la pretesa illegittimità dei d.P.C.M. per violazione dell'art. 13 Cost., il G.i.p. riteneva di dover procedere alla loro disapplicazione ai sensi dell'art. 5 l. 20.3.1865 n. 2248 All. E, stante la relativa natura di atti meramente amministrativi. Da qui le conclusioni in punto di inconfigurabilità della fattispecie di falso: poiché, secondo il Giudice, sarebbe stato il d.P.C.M. dell'8.3.2020 ad aver «costretto» gli imputati «a sottoscrivere una autocertificazione incompatibile con lo stato di diritto del nostro Paese e dunque illegittima», la disapplicazione di tale provvedimento normativo comporta che «la condotta di falso, materialmente comprovata come in atti, non sia tuttavia punibile», in quanto sarebbe da escludere «l'antigiuridicità in concreto della condotta», venendosi piuttosto ad integrare un'ipotesi di «falso inutile» o «innocuo».
Completamente diverso il percorso argomentativo seguito dalla sentenza del 16.11.2020 del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano, dott. Crepaldi, che giungeva alla decisione assolutoria sviluppando un profilo strettamente legato all'ermeneutica dei falsi, e cioè la differenza fra dichiarazioni attinenti a «fatti» e quelle relative a «mere manifestazioni di volontà»[40]. Il Giudice evidenziava in questo senso come l'espresso richiamo alla nozione di «fatto» operato tanto dall'art. 483 Cp quanto dagli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000 renderebbe inapplicabile la fattispecie di falso del privato in atto pubblico rispetto all'attestazione di semplici intenzioni o

[39] Con riferimento a tale pronuncia v. M.C. Lombardo, *op. cit.*; S. Crimi, *Lockdown: non costituisce reato aver dichiarato il falso nell'autocertificazione prevista dai DPCM*, in *QuotGiur*, 18.3.2021; E. Penco, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione Covid-19*, cit.
[40] Sulla pronuncia v. ancora M.C. Lombardo, *op. cit.*; nonché E. Penco, *Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso: inapplicabile l'art. 483 c.p.*, cit.

propositi, e non già di fatti «di cui può essere provata la verità *hic et nunc*»[41]. In altri termini, ad avviso del G.i.p., anche con riferimento alle autocertificazioni Covid-19, il delitto di cui all'art. 483 Cp potrebbe configurarsi soltanto laddove le dichiarazioni mendaci siano riferite ad un accadimento già avvenuto («si pensi alla dichiarazione di essersi recato in ospedale ovvero al supermercato»): circostanza che tuttavia è da escludere per il caso concreto, posto che l'imputato aveva dichiarato (falsamente) in sede di controllo la sua intenzione di recarsi a casa di un collega. Quale ulteriore argomento a sostegno della soluzione assolutoria la pronuncia *de qua* evidenziava come, anche qualora la dichiarazione falsa avesse avuto ad oggetto fatti già accaduti, comunque la stessa non sarebbe stata punibile ai sensi dell'art. 483 Cp, posto che l'annotazione di P.G. nella quale essa è confluita potrebbe assumere «rilievo probatorio solo in relazione al fatto che tali dichiarazioni sono state rilasciate e non certo alla verità intrinseca delle stesse»[42].

In ultimo, la sentenza escludeva che la condotta dell'imputato potesse integrare gli estremi della fattispecie di falsa dichiarazione a pubblico ufficiale di cui all'art. 495 Cp, dal momento che le dichiarazioni mendaci rese non rientrano fra quelle relative a identità, stato o qualità della persona.

L'ultima pronuncia che viene in rilievo è quella del 12.3.2021, Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Milano, dott.ssa Del Corvo[43]. Anche in questo caso la parte motiva della sentenza si confrontava direttamente con il tema della configurabilità delle fattispecie codicistiche di falso in relazione alle autodichiarazioni Covid-19, giungendo a verificare l'effettiva sussistenza nel caso concreto di tutti gli elementi strutturali della fattispecie di cui all'art. 483 Cp.

In questo senso, con particolare riferimento ai profili della presenza di un atto pubblico e della rilevanza probatoria dello stesso rispetto ai fatti dichiarati dal privato, il G.u.p. ricordava come, secondo la giurisprudenza di legittimità, la destinazione «alla prova» dell'atto pubblico «nel quale la dichiarazione del privato è trasfusa» sussiste nella misura in cui «una norma giuridica obblighi il privato a dichiarare il vero ricollegando specifici effetti all'atto-documento nel quale la sua dichiarazione è stata inserita dal pubblico ufficiale»[44]. Nel caso di specie, tuttavia, tali elementi di fattispecie non sarebbero riconoscibili: da un lato, «appare difficile stabilire quale sia l'atto pubblico nel quale la dichiarazione infedele sia destinata a confluire con tutte le necessarie e previste conseguenze per legge»; dall'altro, se anche tale atto potesse essere individuato nel successivo verbale di contestazione di una sanzione amministrativa o penale, non vi sarebbe comunque alcuna norma che «ricolleghi specifici effetti ad uno specifico atto-documento nel quale la dichiarazione falsa del privato sia in ipotesi inserita dal pubblico ufficiale», non potendo dunque essere riconosciuto in capo al privato «alcun obbligo giuridico di 'dire la verità' sui fatti oggetto dell'autodichiarazione sottoscritta».

Anche laddove fosse effettivamente sussistente, un obbligo siffatto – concludeva il Giudice – si rivelerebbe comunque contrario al principio del *nemo tenetur se detegere* e al diritto di difesa del

[41] In questo senso la pronuncia richiama sentenze di legittimità piuttosto risalenti: Cass., 12.10.1982 n. 10; Cass. 3.12.1982 n. 2829; Cass. 15.6.1982 n. 92903; Cass. 2.12.1982 n. 891, tutte riferite alla (falsa) dichiarazione della destinazione al diporto di un'imbarcazione ai fini dell'iscrizione nel registro navale. Più di recente, con riferimento ai certificati rilasciati in materia edilizia, v. Cass. 22.11.2017 n. 18892, in *DeJure*; Cass. 20.5.2010 n. 27699, *ivi*; Cass. 3.5.2005 n. 24562, *ivi*. In dottrina, per l'irrilevanza ai sensi dell'art. 483 Cp delle dichiarazioni consistenti in manifestazioni di volontà, v. fra gli altri D. Guidi, *op. cit.*, 448; di recente, nel contesto delle autocertificazioni Covid-19, M. Pelissero, *op. cit.*, 515.

[42] Mancherebbe dunque il requisito di fattispecie della idoneità probatoria dell'atto pubblico rispetto ai fatti dichiarati dal privato: v. *supra*, nota n. 18.

[43] Per un commento a prima lettura della sentenza, E. Penco, *Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo*, cit.

[44] Viene in rilevo in questo senso il requisito dell'idoneità probatoria dell'atto, strettamente collegato alla sussistenza di un obbligo di verità in capo al privato dichiarante; sul tema v. *supra*, nota n. 19.

singolo tutelato all'art. 24 Cost., nella misura in cui porrebbe il soggetto tenuto a compilare l'autocertificazione giustificativa degli spostamenti di fronte ad un'ineludibile alternativa: riferire il falso, integrando così il delitto di cui all'art. 483 Cp, ovvero dire il vero, rischiando però di essere sanzionato (all'epoca dei fatti, penalmente) per la violazione delle misure di contenimento del contagio.

5. Gli argomenti spesi dalle sentenze di merito sopra sintetizzate – in particolare dalle due pronunce del Tribunale di Milano, che più direttamente affrontano il tema della applicabilità delle ipotesi di falso[45] – offrono molteplici spunti di riflessione, caratterizzandosi per alcuni tratti di novità rispetto al consolidato orientamento ermeneutico relativo al falso nelle dichiarazioni sostitutive di cui al d.P.R. n. 445/2000. Particolarmente significativo risulta, a mio avviso, l'approfondimento relativo al requisito della rilevanza probatoria dell'atto pubblico e all'identificazione di quest'ultimo nei casi *de quibus*; profilo soltanto richiamato *ad abundantiam* nella pronuncia del G.i.p. di Milano del 16.11.2020, e che costituisce invece il fulcro della successiva decisione del G.u.p. del medesimo Ufficio.
Prima di trattare questo aspetto, tuttavia, mi pare interessante svolgere alcune brevi considerazioni in ordine agli altri due argomenti che sono stati spesi nelle pronunce di merito in questione, relativi – da un lato – alla possibilità di configurare il delitto di cui all'art. 483 Cp nel solo caso di *dichiarazioni su fatti* e non su mere *manifestazioni di intenti* e – dall'altro – alla contrarietà di un eventuale obbligo di veridicità in capo al privato rispetto al principio del *nemo tenetur se detegere*.
Per quanto concerne il primo profilo, dottrina e giurisprudenza si mostrano effettivamente concordi nell'attribuire rilievo *ex* art. 483 Cp alle sole false dichiarazioni di scienza, e non invece alle false dichiarazioni di volontà[46]. Ferma questa distinzione, si tratta comunque di capire, con riferimento alle autocertificazioni giustificative degli spostamenti in tempo di pandemia, se le dichiarazioni ivi rese dal privato rientrino nell'una ovvero nell'altra categoria, con conseguente possibile rilevanza penale (o meno) dell'eventuale mendacio. A tal proposito a me sembra che la soluzione avanzata dal G.i.p. di Milano non sia del tutto condivisibile, nella misura in cui attribuisce rilievo dirimente ad un fattore esogeno rispetto alla dichiarazione, e cioè al *momento* nel quale il soggetto è chiamato a giustificare il proprio spostamento. In quest'ottica, infatti, la sentenza chiarisce come «l'affermazione nel modulo di autocertificazione da parte del privato di una situazione passata» (quindi, "*mi sono recato al supermercato per fare la spesa*") «potrà integrare gli estremi del delitto *de qua*», mentre «la semplice attestazione della propria intenzione di recarsi in un determinato luogo o di svolgere una certa attività» (dunque, "*sto andando al supermercato per fare la spesa*") «non può essere ricompresa nell'ambito applicativo della norma incriminatrice». È chiaro tuttavia come una siffatta distinzione si fondi sull'*occasione* nella quale la dichiarazione sostitutiva/giustificativa viene resa, piuttosto che sulla *struttura* della stessa. A livello "strutturale", infatti, il modello di autocertificazione richiede al privato di dichiarare che «lo spostamento è determinato da» uno dei motivi contemplati, indicando peraltro *ab initio* località di partenza e di destinazione; in questo senso, mi sembra evidente che l'oggetto della dichiarazione può essere

[45] La pronuncia del G.i.p. di Reggio Emilia, come già evidenziato, non affronta direttamente il tema della configurabilità delle fattispecie codicistiche di falso rispetto all'autodichiarazione Covid-19, concentrandosi piuttosto sulla problematica questione della base legale e costituzionale delle misure limitative degli spostamenti introdotte con lo strumento dei d.P.C.M. In questa prospettiva, E. Penco, *Ancora un proscioglimento per falso in autodichiarazione Covid-19*, cit.
[46] V. *supra* nota n. 41; in questo senso già A. Nappi, voce *Falsità in atti*, in *EG*, XV, 1989, 5.

comunque e sempre individuato in un *fatto*, e cioè nella sussistenza obiettiva di una delle ragioni che, ai sensi della normativa vigente, consentono lo spostamento.
L'ulteriore questione del rapporto tra l'eventuale obbligo di verità circa quanto dichiarato nella autocertificazione Covid-19 dal privato e il canone del *nemo tenetur se detegere*, evocata nella pronuncia del G.u.p. di Milano, si rivela invece di particolare interesse nella misura in cui la dottrina ha espresso posizioni contrastanti con riferimento alla rilevanza di tale principio in funzione di possibile limite alla incriminazione delle false attestazioni contenute nelle dichiarazioni in parola. In questo senso, alle considerazioni volte ad evidenziare come un eventuale dovere di verità in relazione alle ragioni dello spostamento finirebbe per risolversi in un inaccettabile obbligo di autodenuncia in capo al privato rispetto alla violazione delle prescrizioni anti-contagio[47], sono stati contrapposti gli argomenti, da un lato, della rilevanza soltanto processuale attribuita dalla giurisprudenza al canone del *seipsum prodere* e, dall'altro, dei limiti che all'operatività del principio vengono riconosciuti con specifico riferimento ai reati di falso[48].
Con riferimento a tale ultimo profilo, occorre in effetti ricordare come la rilevanza del *nemo tenetur* rispetto alle false dichiarazioni in atto pubblico sia stata sostanzialmente esclusa dalla prassi giurisprudenziale, che ha evidenziato come in questi casi l'interesse alla veridicità dell'atto non possa essere compromesso in ragione dell'aspettativa del singolo di sottrarsi ad una propria responsabilità penale[49]; in questa prospettiva, l'equiparazione fra dichiarazione sostitutiva e atto pubblico operata dalla giurisprudenza sembrerebbe effettivamente limitare la possibile rilevanza del *se detegere* per l'ipotesi di falso in autocertificazione. A ben vedere, tuttavia, lo specifico caso delle autodichiarazioni Covid-19 presenta tratti tutt'affatto peculiari, che mettono in serio dubbio la rilevanza – a questi specifici fini – degli approdi giurisprudenziali appena evocati: la dichiarazione del privato, infatti, risulta strutturalmente (ed esclusivamente) finalizzata a consentire le attività di controllo delle forze dell'ordine, senza che sia ragionevolmente invocabile un generale interesse alla «veridicità *erga omnes* di quanto attestato»[50]. Richiamando dunque le riflessioni di quella dottrina che più attentamente ha indagato la valenza sostanziale del principio del *nemo tenetur*, a me pare che le certificazioni giustificative degli spostamenti in tempo di pandemia si avvicinino a quelle situazioni nelle quali la libertà dalle autoincriminazioni è in grado di assumere un valore scriminante, in quanto in capo al dichiarante non sorge «un dovere di collaborazione con l'autorità in vista della tutela di interessi esterni al rapporto punitivo», cosicché «l'unico interesse "leso" dalla risposta mendace consist[e] proprio nella frustrazione della pretesa punitiva dello stato»[51].

[47] Sul punto v. fra gli altri G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale*, cit.; M. Pelissero, *op. cit.*, 515 ss.; D. Piva, *op. cit*., 13; V. Valentini, *op. cit*., 7.
[48] Così F. Lombardi, *op. cit*., 9 ss.
[49] In questo senso Cass. 15.10.2004 n. 22672, in *DeJure*; Cass. 31.10.2007 n. 3557, *ivi*; Cass. 15.1.2010 n. 8252, *ivi*; Cass. 5.2.2014 n. 15654, *ivi*. In dottrina, con riferimento ai limiti dell'operatività del *seipsum prodere* rispetto agli atti pubblici formati da pubblici ufficiali, v. in particolare D. Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, 382 ss.
[50] Come invece avviene nel caso dell'atto pubblico formato dal pubblico ufficiale; così, espressamente, Cass. 15.10.2004, cit. Sul punto, con riferimento alle autodichiarazioni Covid-19, D. Piva, *op. cit*., 13.
[51] Il riferimento è alle considerazioni di D. Tassinari, *op.* cit., 398-399. L'Autore distingue, nell'ambito della medesima categoria dei reati di falso, situazioni in cui «l'apertura di virtuali spazi di liceità fondati sul *se detegere* comporterebbe un cedimento del sistema penale» (384) e ipotesi dove invece «l'operatività scriminante della libertà dalle autoincriminazioni appare nitida» (398). Alla prima categoria, come detto, sarebbero riconducibili le condotte di falsificazione tenute dai pubblici ufficiali nella redazione di atti pubblici; alla seconda invece vengono ascritte, ad esempio, alcune ipotesi di falsità personale realizzate al fine di nascondere precedenti condotte illecite.

6. È appunto in considerazione della peculiare finalità delle autodichiarazioni Covid-19 appena evidenziata che si può cogliere la rilevanza delle argomentazioni spese nelle sentenze in parola con riferimento ai requisiti della idoneità probatoria dell'atto pubblico e della stessa sussistenza di quest'ultimo. L'anomala funzione "di polizia" attribuita alle autocertificazioni giustificative degli spostamenti, molto distante dall'ordinaria casistica relativa alle ipotesi di falso in dichiarazioni sostitutive, ha portato i Giudici milanesi ad attenzionare l'attività "pubblicistica" successiva alla dichiarazione stessa, rispetto alla quale è stata tuttavia rilevata l'insussistenza dei relativi requisiti di tipicità di cui all'art. 483 Cp. In questo senso entrambe le pronunce in parola hanno evidenziato come l'eventuale contestazione formale dell'illecito (penale o amministrativo) di violazione delle misure anti-contagio, unico «atto» identificabile a valle delle autodichiarazioni del privato, non possa risultare in alcun modo destinato a provare la verità dei fatti dichiarati dall'interessato[52]; la sentenza del marzo 2021, seguendo questa prospettiva, giunge sino a revocare in dubbio l'effettiva presenza di un «atto pubblico» nel quale le dichiarazioni del privato vengano trasfuse[53].
Tale valorizzazione di una dimensione *binaria* (autodichiarazione – atto pubblico «nel quale la dichiarazione infedele sia destinata a confluire»[54]) deve tuttavia confrontarsi con la consolidata giurisprudenza di legittimità la quale – come abbiamo visto – considera invece la prospettiva *unitaria* della dichiarazione sostitutiva di cui al d.P.R. n. 445/2000 sufficiente ad integrare gli elementi della sussistenza di un atto pubblico e della rilevanza probatoria dello stesso. In altre parole, se davvero si dovessero intendere le dichiarazioni sostitutive come «incluse tra gli atti pubblici» e dotate di idoneità probatoria sulla base della «loro stessa natura»[55], allora anche le autodichiarazioni Covid-19, qualificate in intestazione ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, potrebbero – di per sé sole – fondare l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 483 Cp rispetto alle false dichiarazioni ivi contenute, senza che sia necessario individuare un ulteriore e specifico atto formato da un pubblico ufficiale nel quale queste ultime vadano a confluire e al quale una norma ricolleghi specifici effetti giuridici[56].
Ad ogni modo, ferme le critiche che sono state mosse al richiamato orientamento interpretativo, a me pare che l'operatività dell'art. 483 Cp rispetto alle ipotesi *de quibus* possa comunque essere efficacemente esclusa indagando il profilo della effettiva riconducibilità delle autocertificazioni giustificative degli spostamenti alla categoria delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni o di atto di notorietà di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000. Da questo punto di vista, al di là del *formale* richiamo alle norme del testo unico sulla documentazione amministrativa riportato nel modello ministeriale, è il profilo *funzionale* della dichiarazione resa dal privato a marcarne la distanza rispetto al paradigma della dichiarazione sostitutiva al quale si riferisce la fattispecie di cui agli artt. 76 D.P.R. n. 445/2000 e 483 Cp.
Occorre in tal senso rilevare come le dichiarazioni sostitutive siano pensate per operare nel contesto di un rapporto fra privato e pubblica amministrazione, principalmente caratterizzato dalla presentazione di un'istanza volta ad ottenere un provvedimento ampliativo, e rispetto al quale le dichiarazioni stesse esplicano una funzione di semplificazione, giustificando l'intervento dell'amministrazione senza che questa debba svolgere ulteriore attività istruttoria sul punto[57]. Se

[52] In questi termini, espressamente, G.i.p. Milano 16.11.2020 cit., 3.
[53] Sul punto, G.u.p. Milano 12.3.2021 cit., 3.
[54] G.u.p. Milano 12.3.2021 cit., 3.
[55] Come affermato, rispettivamente, da Cass. 7.5.2018 cit. e Cass. 9.7.2007 cit.: v. *supra*, note nn. 19 e 20.
[56] Così, invece, G.u.p. Milano 12.3.2021 cit., 3.
[57] In questi termini S. Prandi, *I limiti dell'incriminazione penale del falso in autodichiarazione: una pronuncia nel segno della valorizzazione della prospettiva funzionale*, in *SP* 2021, 4, 100. Nello stesso senso G. Gardini, *Autocertificazione*, in *DigDPubbl (Agg.)*, Torino 2005, 115, riferendosi alle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt.

queste caratteristiche strutturali non sussistono, alla dichiarazione non può evidentemente essere attribuita l'efficacia fidefacente propria di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000, e a nulla vale l'eventuale qualificazione in questi termini formalmente apposta all'atto da parte di chi ha predisposto il modello ovvero dello stesso privato interessato[58].
Ebbene, è del tutto evidente come nel caso delle autocertificazioni giustificative degli spostamenti sia totalmente assente la dimensione di un rapporto con l'amministrazione volto all'ottenimento di un determinato atto/provvedimento: l'attestazione del privato risulta piuttosto funzionale ad assolvere «l'onere di dimostrare la sussistenza delle situazioni che consentono la possibilità di spostamento»[59] che grava sull'interessato, e l'unica attività "pubblica" che può eventualmente seguire al momento dichiarativo è quella sanzionatoria, nel caso in cui i successivi controlli rilevino la falsità delle giustificazioni addotte e la conseguente violazione delle norme anti-contagio. In questa prospettiva, a mio avviso, si deve sostenere – seguendo quando già evidenziato da autorevole dottrina – che le autocertificazioni Covid-19 non possono rientrare nell'ambito di applicazione della norma sanzionatoria di cui all'art. 76 D.P.R. n. 445/2000, la quale fa espressamente riferimento alle dichiarazioni mendaci rilasciate «nei casi previsti dal presente testo unico»[60].
In definitiva, il modulo "autodichiarativo" compilato dal privato, in quanto privo di quelle caratteristiche *funzionali* che consentirebbero di qualificarlo ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000, non può che rimanere una mera scrittura privata, idonea a fornire un supporto materiale e cartaceo a quanto dichiarato al pubblico ufficiale preposto al controllo circa le ragioni dello spostamento[61] e rispetto alla quale non può trovare applicazione la fattispecie di cui all'art. 483 Cp.

7. L'impossibilità di ritenere integrata la fattispecie di falsità ideologica del privato in atto pubblico nel caso delle autodichiarazioni Covid-19 lascia comunque aperta la questione della possibile configurabilità, in relazione al mendacio che attinga queste ultime, della fattispecie di cui all'art. 495 Cp, peraltro espressamente richiamata nel modello ministeriale. Il punto – come abbiamo anticipato – è stato trattato dalla sentenza del G.i.p. di Milano del 16.11.2020, la quale ha invero escluso l'applicabilità al caso *de quo* della richiamata ipotesi di falsità personale, in quanto l'attestazione falsa compiuta dall'imputato risultava «estranea al novero delle dichiarazioni espressamente indicate dalla norma».

---

46 e 47 d.P.R. 445/2000, evidenzia come «in entrambe il soggetto privato redigente appare interessato al contenuto delle dichiarazioni sostitutive poste in essere, in quanto l'ottenimento di un beneficio è condizionato all'accettazione della certezza giuridica così formata». Di recente, sulla *ratio* delle autocertificazioni, anche con riferimento alle novità collegate all'emergenza pandemica, v. M.A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio (art. 18, l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano 2020, 181 ss.

[58] Il riferimento è al caso deciso da T. Lagonero, 2.3.2021, sul quale v. S. Prandi, *I limiti dell'incriminazione penale del falso in autodichiarazione*, cit., 89 ss. In quella vicenda era stato infatti chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 483 Cp un soggetto per le dichiarazioni false contenute in un'istanza di annullamento rivolta alla pubblica amministrazione, che egli stesso aveva autonomamente qualificato come rese ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000; il Giudice, tuttavia, nel negare la configurabilità della fattispecie contestata, riconosceva come «il privato [non] sia legittimato a dotare ogni propria dichiarazione scritta, rivolta all'autorità, della forma dell'auto-dichiarazione, così auto-assoggettandosi all'obbligo di verità di cui all'art. 76 DPR cit.».

[59] In questi termini – come si è visto – la Direttiva del Ministero dell'Interno dell'8.3.2020, cit., descrive la funzione dell'autodichiarazione.

[60] Così M. Pelissero, *op. cit*., 517.

[61] Così R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus"*, cit., 10; M. Grimaldi, *op. cit*., 25.

Ora, se da un lato è certamente vero che l'enunciazione delle ragioni a sostegno dello spostamento non rientra nel novero delle dichiarazioni inerenti all'identità, allo stato o alle altre qualità della persona [62], è altrettanto vero che il modello di autocertificazione contempla comunque una serie di dati, ulteriori e diversi da quelli strettamente "giustificativi", che a ben vedere possono essere ricondotti all'ambito applicativo delle fattispecie di falsità personale. Di certo rileva in questo senso l'indicazione delle generalità dell'interessato, mentre la dichiarazione di non sottoposizione a quarantena ovvero di non positività al Covid-19[63] potrebbe intendersi come relativa ad una «qualità della propria o altrui persona» laddove si consideri quest'ultima nella sua accezione più estesa, comprensiva di tutte quelle caratteristiche personali alle quali la legge ricollega effetti giuridici[64]. Nella misura in cui le dichiarazioni inerenti a questi specifici profili risultano destinate ad un soggetto qualificato in termini pubblicistici, il mendacio ad esse riferito può in effetti assumere i tratti della falsità personale penalmente rilevante.

Per quanto concerne l'individuazione della fattispecie concretamente applicabile, viene in rilievo la questione relativa all'assetto dei rapporti fra art. 495 Cp e art. 496 Cp a valle della riforma attuata con la l. n. 92/2008; in questo senso abbiamo avuto modo di vedere come la giurisprudenza continui a richiedere per la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 495 Cp che la dichiarazione falsa sia destinata ad essere riprodotta in un atto pubblico, requisito non presente nella struttura dell'art. 496 Cp. Ebbene, ponendosi in quest'ottica "conservatrice" (o, se si vuole, «correttiva»[65]), l'art. 495 Cp manterrebbe ancora una struttura analoga a quella dell'art. 483 Cp, assumendo rilievo in entrambi i casi la destinazione della dichiarazione del privato ad un atto pubblico e differendo le due norme con riferimento all'oggetto della falsa attestazione[66]. Se così è, occorre tuttavia sottolineare – come già abbiamo fatto per l'art. 483 Cp – che nella specifica ipotesi delle autodichiarazioni Covid-19 la sussistenza di un atto fidefacente nel quale le attestazioni private sono trasfuse è quantomeno dubbia, potendo rilevare in questo senso il solo atto di contestazione della violazione delle misure anti-contagio, che però è del tutto eventuale e niente affatto necessario[67]. In altre parole, le dichiarazioni del privato in questo contesto risultano connesse ad una attività pubblica di *mero controllo*, non caratterizzata da alcun profilo di *documentazione*.

---

[62] È stato invero affermato come le dichiarazioni relative alla sussistenza di «comprovate esigenze lavorative» sarebbero implicitamente riferite anche ad una qualità personale, rientrando dunque nell'ambito di applicazione dell'art. 495 Cp: così M. Grimaldi, *op. cit*., 27. In senso contrario tuttavia v. D. Piva, *op. cit*., 13, che ha sottolineato come le «esigenze lavorative» non possano esaurirsi nella condizione professionale che ne costituisce il presupposto.

[63] Dichiarazione invero prevista nel modello del marzo 2020, ma scomparsa in quelli più recenti (a partire da ottobre 2020).

[64] V. *supra*, nota n. 30. *Contra*, in dottrina, F. Lombardi, *op. cit*., 3.

[65] In questo senso R. Bartoli, *Le falsità personali*, cit., 389, evidenzia come la soluzione interpretativa adottata dalla giurisprudenza sia da accogliere con favore «proprio perché consente di evitare incongruenze sistematiche di non poco conto».

[66] R. Bartoli, *Le falsità personali*, cit., 385. In questi termini, ancora di recente, Cass. 11.1.2019 n. 4054, in *DeJure*.

[67] Così G.u.p. Milano 12.3.2021 cit., 3. Su questo punto occorre evidenziare come ancora di recente la giurisprudenza abbia riconosciuto l'applicabilità della fattispecie in parola rispetto a casi di declinazione di false generalità poi trasfuse in un verbale di accertamento: così, con riferimento alle false dichiarazioni sull'identità personale rese al dipendente dell'azienda comunale di trasporto addetto alle verifiche, Cass. 13.2.2018 n. 25649, in *DeJure*. Si tratta tuttavia di situazioni nelle quali la destinazione delle dichiarazioni false ad incidere sull'atto risulta diretta ed immediata, posto che le stesse vengono necessariamente riportate nel successivo verbale. Nell'ipotesi delle autodichiarazioni Covid-19 invece, come efficacemente evidenziato dal G.u.p. Milano, «il controllo successivo sulla veridicità di quanto dichiarato dai privati è solo eventuale e non necessario da parte della pubblica amministrazione: pertanto, quanto dichiarato dal singolo all'atto della sottoscrizione potrebbe di fatto restare privo di qualunque conseguenza giuridica».

La norma applicabile alle situazioni *de quibus*, dunque, dovrebbe essere individuata – nonostante l'indicazione contenuta nello stesso modello autocertificativo – nell'art. 496 Cp.
Volendo al contrario attribuire effettiva rilevanza innovativa alla riforma della fattispecie di cui all'art. 495 Cp attuata dal legislatore del 2008, e dunque prescindendo anche in relazione a quest'ultima ipotesi dal requisito dell'attività di documentazione del pubblico ufficiale, gli elementi distintivi tra le figure codicistiche di falsità personali dovrebbero essere individuati, da un lato, nel requisito della previa interrogazione contemplato dall'art. 496 Cp e, dall'altro, nella possibilità – prevista sempre da quest'ultima fattispecie – che le dichiarazioni siano rivolte anche ad un incaricato di pubblico servizio[68]. Posto dunque che l'autodichiarazione giustificativa è di fatto sempre resa a pubblico ufficiale[69] e dietro richiesta di quest'ultimo, anche in questa prospettiva sembrerebbe dover trovare applicazione l'ipotesi di cui all'art. 496 Cp[70].

8. Le limitazioni alla libertà di circolazione imposte dall'emergenza pandemica hanno rinnovato l'interesse in relazione al tema della problematica configurabilità dei delitti di falso rispetto alle autocertificazioni del privato; da questo punto di vista, le sentenze di merito prese in considerazione si lasciano apprezzare nel loro intento di contenere il giudizio di rilevanza penale delle dichiarazioni mendaci rese al fine di giustificare i propri spostamenti. A fronte infatti del complesso sistema di «diritto punitivo delle misure di contenimento»[71] messo in campo nel contrasto alla diffusione del contagio, le istanze di responsabilizzazione "secondaria" veicolate (anche) attraverso lo strumentario codicistico dei delitti di falso determinano una ridondanza sanzionatoria, specie nella misura in cui risultino funzionali a recuperare uno spazio di intervento per il diritto penale rispetto alla mera violazione delle prescrizioni limitative degli spostamenti[72].
Al di là della particolare contingenza pandemica, le pronunce sul falso in autodichiarazione Covid-19 offrono l'occasione per riflettere sulla capacità espansiva dimostrata dalla fattispecie di cui all'art. 483 Cp con riferimento ad uno dei più rilevanti filoni applicativi della norma, quello delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000[73]. Su questo tema l'assetto interpretativo sul quale si è consolidata la giurisprudenza si caratterizza infatti per una risposta sanzionatoria particolarmente severa: da un lato, come abbiamo visto, la fattispecie *de qua* è oggetto di una interpretazione estensiva (ai limiti dell'analogia) che, per il tramite dell'art. 76 d.P.R. n. 445/2000, porta ad individuare gli elementi del fatto tipico anche in relazione all'autodichiarazione del privato; dall'altro, nei casi in cui all'autocertificazione segua un provvedimento amministrativo che assume in premessa (anche implicitamente) quanto dichiarato dal privato, viene riconosciuto il concorso fra l'art. 483 Cp e il falso per induzione *ex* artt. 48 e 479 Cp[74].

---

[68] Così I. Giacona, *False dichiarazioni alla pubblica autorità*, cit., 587.
[69] M. Pelissero, *op. cit.*, 521.
[70] In questo senso R. Bartoli, *Le falsità personali*, cit., 388, riconosce come «l'art. 495 troverà applicazione in presenza di un pubblico ufficiale, ma là dove non c'è interrogazione, mentre l'art. 496 c.p. si applicherà quando la dichiarazione è stata rilasciata a un pubblico ufficiale, in presenza di un'interrogazione, oppure ad un incaricato di pubblico servizio, sempre in presenza di una interrogazione».
[71] M. Pelissero, *op. cit.*, 512.
[72] V. *supra*, nota n. 14.
[73] Secondo D. Guidi, *op. cit.*, 462, si tratterebbe dell'ambito in cui tale delitto trova applicazione più frequentemente nella prassi giurisprudenziale, insieme ai casi di false denunce di smarrimento.
[74] Questo – come noto – è l'orientamento interpretativo autorevolmente espresso da Cass. S.U. 28.6.2007 cit.; in senso conforme, più di recente, Cass. 17.4.2012 n.40402, in *DeJure*; Cass. 27.3.2014 n.14434, *ivi*. In dottrina, per una critica rispetto a tale soluzione interpretativa, v. per tutti R. Bartoli, *Le falsità documentali*, cit., 292 ss.; I. Giacona,

Ebbene, la specifica questione che abbiamo trattato offre a mio avviso spunti interessanti nell'ottica di una possibile ricostruzione ermeneutica razionale del falso in autocertificazioni. In primo luogo, la dimensione *funzionale* delle dichiarazioni sostitutive messa in risalto nella recente giurisprudenza di merito esprime la condivisibile esigenza di individuare preliminarmente quelle autodichiarazioni che davvero – al di là del *nomen iuris* loro attribuito – integrano le figure di cui agli artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445/2000; in seconda battuta, una valorizzazione del rapporto *binario* tra autocertificazione del privato e atto pubblico che la accoglie, quale quella proposta dalle sentenze che abbiamo analizzato, consente di attribuire penale rilevanza al mendacio nei soli casi in cui questa successiva e ulteriore attività di documentazione pubblica sia in effetti esistente, superando così l'espediente interpretativo volto a risolvere l'identificazione dei principali requisiti di fattispecie (atto pubblico, rilevanza probatoria, destinazione a pubblico ufficiale) entro i confini della stessa dichiarazione sostitutiva del privato[75].

*Proliferazione delle fattispecie di falso ed esigenze di "*ne bis in idem*" sostanziale,* in *FI* 2008, II, 84 ss.; D. Guidi, *op. cit*., 476 ss.; V. Mormando, *op. cit*., 514.

[75] Il porre l'accento sulla necessaria sussistenza, ai fini dell'integrazione di un falso penalmente rilevante, dell'attività pubblicistica "successiva" alla dichiarazione sostitutiva del privato rafforza peraltro gli argomenti di quella dottrina – critica rispetto alla possibilità di concorso fra artt. 483 e 479 Cp – la quale ritiene che l'art. 483 Cp debba considerarsi assorbito nella fattispecie di falso ideologico per induzione: così, ad esempio, I. Giacona, *Proliferazione delle fattispecie di falso*, cit., 84; R. Bartoli, *Le falsità documentali*, cit., 293, il quale evidenzia in questo senso come anche nel caso delle autodichiarazioni «non si può scindere tra la dichiarazione resa [dal privato] e la produzione-consegna della dichiarazione [al soggetto pubblico]».

OMOFOBIA E LEGISLAZIONE ANTIDISCRIMINATORIA. NOTE A MARGINE DEL D.D.L. ZAN

di Laura D'Amico
Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Messina

Prendendo le mosse dall'evoluzione del rapporto tra omosessualità e legge penale, il presente saggio introdurrà il tema degli hate crimes ed, in particolar modo, degli hate speech, per soffermarsi in modo sintetico sull'impianto antidiscriminatorio attualmente presente nel nostro codice penale agli articoli 604 bis e ter Cp. Si approfondiranno, in primo luogo, i problemi penalistici da sempre legati all'incriminazione della parola pericolosa. Si cercherà poi di inquadrare il tema dell'hate speech omofobico alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, onde vagliare criticamente alcune delle motivazioni addotte nel nostro ordinamento al fine di osteggiare l'introduzione di una normativa di contrasto all'omofobia. Ci si concentrerà infine sull'esame, articolo per articolo, del d.d.l. Zan nel tentativo ultimo di evidenziare come le perplessità sollevabili in tale settore non attengano realmente all'estensione del movente omofobico quanto, piuttosto, all'intera materia dei delitti contro l'eguaglianza.
Starting from the evolution of the relationship between homosexuality and criminal law, this essay will introduce the theme of hate crimes and, in particular, hate speech, in order to focus briefly on the anti-discrimination framework currently present in our penal code in Articles 604 bis and ter Pc. In the first place, the criminal problems that have always been linked to the incrimination of the dangerous word will be explored. We will then try to frame the issue of homophobic hate speech in the light of the case law of Strasbourg, so as to critically examine some of the reasons given in our legal system in order to oppose the introduction of a legislation intended to fight against homophobia. Finally, the focus will be on the examination, article by article, of the Zan draft law in the final attempt to highlight how the concerns raised in this field do not really relate to the extension of the homophobic motive as, rather, to the whole matter of crimes against equality.

SOMMARIO*:* 1. Introduzione - 2. Omofobia e legge penale: dalla repressione alla tutela. - 3. *Hate speech* omofobico: possibili risposte per possibili obiezioni. - 4. Le insidie dell'incriminazione della parola pericolosa – 5. Attualità del problema nel diritto vivente della Corte Edu: il caso *Lilliendahl c. Islanda*. - 6. Attualità del problema nel diritto vigente: obiezioni all'incriminazione dell'omofobia - 7. Tentando di far chiarezza: il d.d.l. Zan. - 8. Conclusioni.

1. Il 27 novembre del 2000 l'Unione Europea ha emanato la dir. 2000/78/CE, stabilendo con essa un quadro generale per garantire la parità di trattamento tra le persone sul luogo di lavoro, indipendentemente dalle credenze religiose o convinzioni personali, nonché da disabilità, età o orientamento sessuale.
Nel 2010 è stata adottata la Raccomandazione CM/Rec(2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure volte a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.
Nel 2011 è stata approvata la Risoluzione sull'"Orientamento sessuale e identità di genere nell'ambito del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite" con cui il Parlamento Europeo «ribadisce la propria preoccupazione per le numerose violazioni dei diritti umani e le diffuse

discriminazioni connesse all'orientamento sessuale e all'identità di genere perpetrate sia nell'Unione europea che nei paesi terzi»[1].
Nel 2012 l'Unione europea ha, poi, emanato la dir. 2012/29/UE istituendo "Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato" menzionando a più riprese la necessità di tenere in debita considerazione le caratteristiche personali della vittima, tra cui l'orientamento sessuale[2].
Nel 2014, ancora, è stata approvata la "Tabella di marcia contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere" con la quale il Parlamento europeo constata l'assenza, nell'Unione europea, di una politica globale per la tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBT, invitando la Commissione europea, gli Stati membri e le agenzie competenti a collaborare al fine di delinearne una[3].
Nel febbraio del 2018 l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) ha pubblicato la seconda edizione del "Manuale di diritto europeo della non discriminazione" dedicandosi, nel capitolo concernente i motivi di discriminazione oggetto di protezione, anche all'orientamento sessuale.
Queste sono solo alcune delle sollecitazioni provenienti dall'Unione europea in materia di contrasto all'omofobia.
Al momento, però, sembra che in Italia solo la Regione Campania abbia colto tali input, emanando nel 2020 una legge regionale contro la violenza e le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere[4].
Il tema della discriminazione omofobica appare ormai così tanto radicato nel nostro ordinamento da sembrare questione non prioritaria. La latente urgenza di questa materia rende, invece, di fondamentale importanza affrontarla con spirito critico per evitare che diventi (definitivamente) terreno di scontri culturali e ideologici, prima ancora che giuridici.
I potenziali momenti di frizione che l'omofobia, specie nella sua componente dialettica, può creare con riferimento alla libera manifestazione del pensiero (argomento a più riprese evocato per

[1] Risoluzione del Parlamento Europeo del 28.9.2011 sui diritti umani, l'orientamento sessuale e l'identità di genere nel quadro delle Nazioni Unite, Punto 1.
[2] Dir. 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25.10.2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la DQ 2001/220/GAI. Il considerando n. 56 stabilisce, in particolare, che «Le valutazioni individuali dovrebbero tenere conto delle caratteristiche personali della vittima, quali età, genere, identità o espressione di genere, appartenenza etnica, razza, religione, *orientamento sessuale*, stato di salute, disabilità, status in materia di soggiorno, difficoltà di comunicazione, relazione con la persona indagata o dipendenza da essa e precedente esperienza di reati. Dovrebbero altresì tenere conto del tipo o della natura e delle circostanze dei reati, ad esempio se si tratti di *reati basati sull'odio*, generati da danni o commessi con la *discriminazione quale movente*, violenza sessuale, violenza in una relazione stretta, se l'autore del reato godesse di una posizione di autorità, se la residenza della vittima sia in una zona ad elevata criminalità o controllata da gruppi criminali o se il paese d'origine della vittima non sia lo Stato membro in cui è stato commesso il reato», corsivo nostro.
[3] Tabella di marcia contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere del 4.2.2014, Punto 4.
[4] Legge regionale 7.8.2020, n. 37, Regione Campania. All'art. 1 la legge stabilisce che la Regione Campania «riconosce che ogni tipo di discriminazione e violenza contro le persone in ragione del loro orientamento sessuale o dell'identità di genere costituisce una violazione dei diritti umani, della dignità personale, della libertà di espressione e della sicurezza individuale, una lesione dell'integrità e della salute fisica e psichica e una limitazione del diritto alla piena cittadinanza e alla realizzazione di ciascun individuo in libertà e sicurezza». Un ulteriore tentativo in materia si è avuto con le dibattute le linee guida diffuse dalla Regione Lazio per le scuole, intitolate *Strategie di intervento e promozione del benessere dei bambini e degli adolescenti con varianza di genere*.

contestare l'entrata in vigore del d.d.l. Zan) costituiscono il riflesso di un ordinamento democratico in cui il conflitto tra beni giuridici appare costantemente alla ricerca di un (in)stabile equilibrio[5].
Appare quindi opportuno chiedersi, in un Paese come il nostro, collocato dall'ILGA Europe (l'International Lesbian & Gay Association) al trentacinquesimo posto, su quarantanove Stati presi in considerazione, per politiche a tutela dei diritti umani e di uguaglianza per le persone LGBT, fino a che punto il diritto penale possa continuare a definirsi "liberale"[6].

2. Prima di assumere le vesti di una caratteristica personale meritevole di tutela contro comportamenti discriminatori, l'omosessualità è stata a lungo oggetto di criminalizzazione nel mondo Occidentale.
A fronte dell'espressa previsione in diversi Paesi (attualmente membri e non dell'Unione Europea)[7] di norme repressive delle condotte omosessuali, l'Italia si è sempre posta in tal senso (apparentemente) come una voce fuori dal coro. Siffatti comportamenti hanno cessato di ricoprire rilevanza penale sin dall'entrata in vigore del codice Zanardelli ma ciò non ha ostacolato l'emarginazione di fatto delle persone omosessuali secondo un meccanismo di "tolleranza repressiva"[8]: si cercava cioè di evitare il dibattito su un tema sgradito ai più, barattando l'assenza della sanzione penale con una sostanziale rinuncia all'avanzamento di qualsivoglia pretesa.
Ad oggi l'approccio normativo appare sensibilmente mutato: non ci si muove più nel solco della repressione del comportamento omosessuale ma ci si occupa, piuttosto, della tutela del singolo contro i comportamenti omofobi.
Ai sensi della Risoluzione del Parlamento Europeo del 24.5.2012 sulla "Lotta all'omofobia in Europa", per omofobia deve intendersi «la paura e l'avversione irrazionali provate nei confronti

[5] «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. (…) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»: così C. cost., 9.5.2013 n. 85, in *DeJure*.
[6] L'espressione «diritto penale liberale» è stata definita da autorevole dottrina come «tendenzialmente ossimorica» in ragione del fatto che «più o meno latentemente e consapevolmente, questo ramo dell'ordinamento (per l'incidenza umana dei suoi mezzi coattivi) esprime una certa visione «comunitaria», in quanto fa propria una concezione della persona, per quanto mascherata sotto patine di neutralità valoriale e di self-restraint, appunto, liberale» palesando così una certa difficoltà nel sostenere fino in fondo l'idea di neutralità valoriale dello Stato e del suo ordinamento, G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano 2006, 331.
[7] Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'esperienza tedesca ed all'esperienza inglese. In Germania le condotte omosessuali sono state oggetto di incriminazione, ai sensi del paragrafo 175 StGB, sino al 1969, anno in cui una riforma legislativa limitò la rilevanza penale ai soli atti omosessuali compiuti tra un maggiorenne ed un minorenne, nonché all'abuso di posizione di superiorità sfruttata per ottenere rapporti sessuali con altro uomo, insieme al mercimonio del proprio corpo (siffatta norma venne abrogata definitivamente solo nel 1994). La Gran Bretagna merita, invece, di essere ricordata in tal sede per essere stata protagonista di un precedente giurisprudenziale di particolare importanza. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronunciò nel 1981 con riguardo al caso *Dudgeon c. Regno Unito* in ordine alla compatibilità delle norme inglesi incriminatrici di condotte omosessuali rispetto al disposto dell'art. 8 della Convenzione in materia di diritto alla vita privata. In tal sede la Corte colse l'occasione per affermare che la sussistenza di un ampio consenso in ordine alla criminalizzazione dei comportamenti omosessuali tra adulti non potesse considerarsi sufficiente al fine di giustificare la persistenza di una simile normativa, evidenziando altresì come la preoccupazione che la decriminalizzazione di siffatte condotte potesse comportare un'erosione degli standard morali esistenti non apparisse idonea a giustificare l'interferenza nella vita privata delle persone: C. eur., 22.10.1981, *Dudgeon c. Regno Unito*, § 61.
[8] S. Falcetta, *Omosessualità e diritto penale in Occidente: profili storici di decriminalizzazione e problematiche aperte*, in *Sociologia del Diritto* 2013, 20.

dell'omosessualità femminile e maschile e di lesbiche, gay, bisessuali e transgender (LGBT) sulla base di pregiudizi, ed è assimilabile al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo; che si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto diverse forme, tra cui incitamento all'odio e istigazione alla discriminazione, scherno e violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e uccisioni, discriminazioni a violazione del principio di uguaglianza e limitazione ingiustificata e irragionevole dei diritti, e spesso si cela dietro motivazioni fondate sull'ordine pubblico, sulla libertà religiosa e sul diritto all'obiezione di coscienza»[9].

A tal riguardo, si usa parlare del cosiddetto fenomeno di *gay-bashing*, espressione con la quale ci si riferisce a qualsivoglia aggressione, fisica o verbale, motivata dall'omosessualità (reale o presunta) della vittima[10].

Il riferimento, appena svolto, all'individuazione della vittima in ragione del proprio orientamento sessuale richiama intuitivamente il connotato tipico dei crimini d'odio (e, conseguentemente, della più nota *species* del *genus* degli *hate crimes*, ossia l'*hate speech*): la selezione della vittima non in base a "chi" è ma in base a ciò che rappresenta[11]. La peculiare caratteristica di siffatto genere di crimini rende la vittima intercambiabile, il che andrebbe (a nostro avviso) a connotare la particolare gravità dell'offesa sotto una duplice prospettiva.

Da un lato, il fatto che la vittima sia scelta sulla scorta di una propria immutabile caratteristica (essere omosessuale, come anche essere donna o disabile) - dunque di una propria "condizione" - le renderebbe sostanzialmente impossibile difendersi, non trattandosi di una sua libera scelta della quale potrebbe, in astratto, essere chiamata ad assumersi la responsabilità.

Dall'altro lato, questo genere di crimini appare idoneo ad innescare un processo di deumanizzazione della vittima[12]. Tale fenomeno porta a rinnegare il riconoscimento ad ogni individuo degli attributi che lo rendono unico e ad ingenerare nell'autore della condotta criminosa il convincimento che la vittima viva una condizione inferiore rispetto alla vera e propria umanità, così slatentizzando la violenza nei suoi riguardi.

Particolarmente gravi sono, altresì, gli effetti che questa tipologia di crimini paiono in grado di generare nella vittima. La rielaborazione del trauma da essi derivante, infatti, appare ostacolata da una endemica indifferenza nei riguardi di tali episodi all'interno del contesto socio-culturale di riferimento[13], nonché da processi di rivittimizzazione - ossia il rischio di subire nuove offese, in particolar modo, a seguito della denuncia - e di vittimizzazione secondaria, - intesa come la conseguenza di rivivere emotivamente la vicenda criminosa nel corso del processo - da parte delle vittime in concreto di tali crimini[14]. Alle vittime dei reati omofobici potrebbe, infatti, occorrere più tempo per riprendersi dai pregiudizi psicologici patiti in conseguenza della violenza motivata dal proprio orientamento sessuale[15].

---

[9] Risoluzione del Parlamento Europeo del 24.5.2012 sulla "Lotta all'omofobia in Europa", Considerando B.

[10] L. Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16.11.2012, 6.

[11] Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihr, Varsavia 2009, 17.

[12] A. Spena, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello* Hate Speech, in *Crim*, 2016, 603. La disumanizzazione è stata efficacemente definita in dottrina come «*condicio sine qua non* della inferiorizzazione, (…) chiave di lettura attraverso la quale giudicare il *vitium nefandum*»: così L. Morassuto, *Omofobia e medioevo italiano*, in *GenIus*, 2015/1, 67.

[13] L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *RIDPP*, 2020, 1525.

[14] F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell'eguaglianza*, in *sistemapenale.it*, 11.1.2021, 2.

[15] M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli 2015, 172. Interessanti le riflessioni dell'A. in tema di "vittimizzazione primaria", "neutralizzazione" della vittima in sede processuale e "vittimizzazione secondaria", 51 ss.

Spesso questa tipologia di fenomeni innesca meccanismi di *silencing*, consistenti nella creazione di un clima di diffidenza idoneo ad escludere le minoranze dal dibattito pubblico[16], nonché nell'interiorizzazione, da parte delle vittime, di un senso di inferiorità proiettato su di loro da parte della società in modo che esse non si percepiscano come membri della comunità e si astengano dal partecipare alle sue dinamiche[17].
Conseguenza quasi inevitabile del silenzio inculcato nella vittima delle condotte omofobiche è da individuarsi nell'esistenza di un consistente "numero oscuro". La presenza di molteplici casi di violenze che restano prive di denuncia per la convinzione della persona offesa di non aver subito un reato[18] dovrebbe costituire campanello d'allarme per l'ordinamento intero: il fatto che vi siano soggetti talmente tanto assuefatti a subire violenze (fisiche e verbali) da non percepire appieno il disvalore di quanto subito porta alla normalizzazione di condotte, invero, penalmente rilevanti, il tutto aggravato dalla marginalità della prassi applicativa nel settore[19].
Alla luce del quadro che si è appena cercato di delineare, nonché delle indagini di vittimizzazione svolte sul campo[20], appare spontaneo iniziare a ragionare in merito all'opportunità ed, eventualmente, alle modalità di intervento nel settore.

3. Come accennato nel paragrafo precedente, la materia in esame si muove, inevitabilmente, nell'ambito degli *hate crimes*[21], i quali si distinguono dai crimini comuni in ragione del movente discriminatorio che li anima: essi, infatti, mirano a intimidire la vittima e la sua comunità sulla base di una loro caratteristica personale[22].
La qualifica stessa di "vittima" assume un peso specifico anche a livello sovranazionale, costituendo il presupposto legittimante per poter adire la Corte europea ai sensi dell'art. 34 Cedu[23] il quale, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, si riferisce tanto alle vittime dirette quanto a quelle indirette del danno patito in conseguenza della violazione della Convenzione[24].

---

[16] M. Caielli, *Punire l'omofobia: (non) ce lo chiede l'Europa. Riflessioni sulle incertezze giurisprudenziali e normative in tema di* hate speech, in *GenIus* 2015, 58.
[17] A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano 2020, 155. L'A. fornisce la definizione di *silencing effect* associandola al concetto di "danno indiretto" o sociale che si verifica nel momento in cui l'offesa è indirizzata a un numero indeterminato di soggetti appartenenti a una certa categoria. Tale tipologia di danni viene tenuta distinta dai c.d. "danni diretti" (che possono colpire, nello specifico, le vittime di *hate speech*), ossia danni di tipo psicologico che possono concretizzarsi in paura, sindrome da stress post-traumatico, psicosi o pulsioni suicide.
[18] L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., 7.
[19] M. Pelissero, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *DPP* 2020, 1017.
[20] G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato. Il punto sul fenomeno dei crimini d'odio di matrice omotransfobica in Italia*, in *GenIus* 2020, 110 ss.
[21] Sul tema L. Goisis, Hate Crimes*: perché punire l'odio. Una prospettiva internazionale, comparatistica e politico-criminale*, in *RIDPP* 2018, 2010 ss.
[22] Osce, *Hate Crime Laws*, *op. cit.*, 17. «Tali crimini inviano alle vittime il messaggio che esse non sono le benvenute; hanno l'effetto di negare alla vittima il diritto alla piena partecipazione alla società. Tali crimini inviano anche un messaggio ai membri della comunità che con la vittima condividono una certa caratteristica che anche loro non appartengono alla comunità e che potrebbero ugualmente essere un bersaglio. I crimini d'odio, quindi, possono danneggiare il tessuto della società e frammentare le comunità».
[23] Art. 34 Cedu, "Ricorsi individuali": «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».
[24] Un *obiter dictum* in ordine all'esistenza di una distinzione tra vittima diretta e indiretta, proprio con riguardo alla materia della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, è rinvenibile in C. eur. GC, 7.11.2013, *Vallianatos e*

Il nostro legislatore si è adeguato al tema dei "*bias crimes*" introducendo un'apposita normativa antidiscriminatoria, oggi contenuta nella Sezione I *bis* del codice penale, rubricata "Dei delitti contro l'eguaglianza"[25]. Pur non potendoci dilungare sull'argomento, appare in tal sede opportuno tracciare le linee definitorie della succitata Sezione, con qualche breve nota critica[26].
L'art. 604 *bis* co. 1 lett. *a* Cp sanziona, con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro, chiunque propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.
La condotta propagandistica, più delle altre, rischia di porsi in contrasto con il divieto di incriminazione delle libertà fondamentali, in quanto alluderebbe pur sempre a forme di manifestazione del pensiero la cui criminalizzazione si porrebbe comunque in contrasto con il disposto dell'art. 21 Cost.[27].
L'incriminazione della mera propaganda pone altresì un problema di compatibilità con il principio di offensività in quanto tra la condotta (ossia l'esternazione dell'espressione propagandistica) e la

altri c. Grecia, § 47. Per un commento a detta sentenza C. Brignone, *Dignità e diritti degli omosessuali: riflessioni a margine del caso* Vallianatos e altri v Grecia, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13.11.2013.

[25] Invero la collocazione della succitata sezione del codice penale costituisce l'approdo di un'affastellata evoluzione normativa così sintetizzabile. Con l'entrata in vigore della l. Reale (l. 13.10.1975 n. 654) venne data esecuzione alla Convenzione ONU «Sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale» firmata a New York nel 1966. L'art. 3 della suddetta legge incriminava chiunque diffondesse, in qualsiasi modo, idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o incitasse in qualsiasi maniera alla discriminazione o alla commissione di atti di violenza o provocazione alla violenza nei confronti di certe persone in quanto appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale. L'articolo incriminava, altresì, ogni organizzazione avente tra i propri scopi l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale. Siffatto quadro normativo si evolvette con l'introduzione della l. Mancino (d.l. 26.4.1993 n. 122 convertito con modificazioni dalla l. 25.6.1993 n. 205) recante «Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa». La norma *de qua* aggiungeva, al succitato art. 3 l. 654/1975, il fattore etnico tra i motivi idonei a connotare la propaganda discriminatoria ed il fattore religioso tra i motivi di incitamento alla commissione di atti discriminatori. La normativa introduceva, inoltre, all'art. 3 una circostanza aggravante per i reati commessi con finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso. Successivamente l'art. 13 della l. 24.2.2006 n. 85 recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione» sostituì, all'art. 3 della l. Reale, il termine "diffusione" con quello di "propaganda" ed il termine "incitamento" con quello di "istigazione". Con l'entrata in vigore della l. 16.6.2016 n. 115 venne poi data attuazione alla DQ 2008/913/GAI recante misure concernenti la «Lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale». La legge in parola modificò a sua volta l'art. 3 l. 654/1975 introducendo un nuovo comma 3 *bis*, il quale prevedeva «la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232». Da ultimo, con la legge europea 20.11.2017 n. 167 il comma 3 *bis* venne modificato ed accanto alla parola negazione, vennero introdotte le parole «sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia», così omologandosi maggiormente alle indicazioni contenute nella DQ 2008/913/GAI. Ad oggi la presenza degli artt. 604 *bis* e *ter* nel nostro codice penale è imputabile all'emanazione del d. lgs. 1.3.2018 n. 21 il quale ha operato la c.d. "riserva di codice" dando alla Sezione dei crimini contro l'uguaglianza la sua attuale conformazione.

[26] Le riflessioni che seguiranno si connotano per una intenzionale sintesi, volta a non distogliere eccessivamente l'attenzione dalla materia oggetto di trattazione. Per qualche ulteriore considerazione critica sul contenuto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, v. L. D'Amico, *Le forme dell'odio. Un possibile bilanciamento tra irrilevanza penale e repressione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.6.2020, 11 ss.

[27] Sul punto, v. diffusamente *infra*, § 4, 18.

potenziale lesione del bene giuridico tutelato si porrebbe una distanza siderale, di difficile accertamento probatorio[28].
Non meno problemi pongono le condotte di istigazione alla commissione di atti discriminatori o la commissione medesima di siffatti atti.
Preliminarmente appare di tutta evidenza l'incongruità della previsione di un medesimo trattamento sanzionatorio con riguardo a condotte dotate di un indubbio differente disvalore: non si ritiene condivisibile, cioè, trattare in modo eguale la propaganda, l'istigazione e la materiale realizzazione di atti discriminatori.
Ulteriori difficoltà si intravedono, poi, nella definizione dei c.d. "atti di discriminazione", specie in considerazione del fatto che questi ultimi non assumono rilevanza penale *tout court*[29]. La difficoltà di individuare una nozione unitaria di discriminazione, unita alla frammentarietà del concetto, rischia di porlo in contrasto con il principio di determinatezza e di allargarne eccessivamente le maglie, facendolo rientrare nel più generico concetto di molestia[30]. Con particolare riferimento alla materia che qui ci occupa, nel passaggio dal piano giuridico al piano fattuale, ossia nell'identificazione del comportamento discriminatorio in tema di omofobia, non sembrano sorgere problemi differenti rispetto all'individuazione del comportamento discriminatorio determinato, ad esempio, dal movente razziale: la difficoltà risiede sempre nel comprendere in cosa debba concretizzarsi il confine tra lecito e illecito di fronte a condotte sostanzialmente omogenee sul piano del disvalore[31].
Problema non secondario afferisce, inoltre, all'incriminazione dell'istigazione potenzialmente sterile. Bisogna chiedersi fino a che punto un'incriminazione di tal fatta, la quale rappresenta un'eccezione al disposto dell'art. 115 Cp (il quale esclude la punibilità dell'istigazione a delinquere non accolta oppure accolta ma non seguita dalla realizzazione dell'illecito), possa dirsi compatibile con i principi generali del diritto penale[32].

---

[28] In materia di propaganda di idee fondate sull'odio razziale, si veda recentemente Cass. 7.5.2019 n. 32862, in *DeJure*: «Ricorre il reato di propaganda di idee fondate sull'odio razziale, allorquando un esponente politico, nel corso di un'intervista resa ad un'emittente radiofonica avente ad oggetto un incontro presso la camera dei deputati tra il presidente della Camera e i rappresentanti di una determinata minoranza etnica, inveisca contro l'intera minoranza, attribuendo alla medesima la dedizione alla commissione di furti e la riottosità al lavoro».
[29] Un esempio di "atto discriminatorio" potrebbe provenire proprio dalla giurisprudenza. Si veda a tal riguardo Cass. 11.10.2006 n. 37733, in *DeJure*: «Integra il reato di cui all'art. 3, comma 1 lett. *a*, della l. 13 ottobre 1975 n. 654 (nel testo sostituito dall'art. 1 del D.L. n. 122/1993, conv. con modif., in legge n. 205/1993), la condotta di un esercente il quale rifiuti di servire degli avventori extracomunitari (nella specie, nordafricani) solo perché tali, nulla rilevando che tale condotta sia solo occasionale o che sia motivata dal soggettivo convincimento che detti avventori possano rappresentare un pericolo a cagione della loro appartenenza ad una categoria di soggetti ritenuti per la maggior parte clandestini, nullafacenti e senza fissa dimora».
[30] G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione degli "atti di discriminazione" non violenti nei delitti contro l'eguaglianza. Una riflessione a partire dal d.d.l. Zan e altri in materia di misure di prevenzione e contrasto delle discriminazioni omo-transfobiche*, in *L'omo-transfobia diventa reato: la Camera dà il via libera*, in www.giustiziainsieme.it, 10.11.2020, 20 s.
[31] Potrebbe apparire utile prendere a modello l'esperienza francese in tal senso la quale, nel corpo dell'art. 225-1 del codice penale fornisce una definizione del concetto di "discriminazione" utile ad orientare l'interprete. Sul punto, nel prosieguo, § 6, 29.
[32] Con riferimento ai delitti contro l'eguaglianza «non rileva in tal caso che lo stimolo non venga accolto dai destinatari, in quanto, in deroga all'art. 115 c.p., la legge attribuisce rilevanza penale proprio all'istigazione non accolta, anticipando la soglia della tutela penale per evitare che un fatto di discriminazione avvenga»: L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli 2019, 284.

La lettera *b* del medesimo comma sanziona invece, con la reclusione da sei mesi a quattro anni, chiunque, in qualsiasi modo, istighi a commettere o commetta atti di violenza o provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.
Questa norma, a parte l'incongruenza (analoga al disposto della lettera *a*) di trattare allo stesso modo dal punto di vista sanzionatorio l'istigazione alla violenza e la realizzazione della violenza medesima, risulta nel complesso (appena) meno problematica in quanto presupporrebbe comunque l'istigazione o la commissione di un fatto penalmente rilevante.
Il secondo comma dell'art. 604 *bis* Cp vieta poi ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. La norma in esame palesa sin da subito un contrasto con il principio di tassatività o sufficiente determinatezza, in ragione dell'accostamento di categorie profondamente diverse, come le associazioni da un lato e i generici "gruppi" dall'altro.
Il terzo comma disciplina, da ultimo, l'aggravante negazionista, prevedendo la reclusione da due a sei anni nel caso in cui la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento siano commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, e si fondino, in tutto o in parte, sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale[33].
L'art. 604 *ter* Cp prevede poi una specifica circostanza aggravante (non bilanciabile, salvo che con la circostanza attenuante di cui all'art. 98 Cp), con aumento di pena sino alla metà, per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare organizzazioni costituite al fine di realizzare i medesimi scopi.
Non sfugge come il legislatore adoperi una differente terminologia riferendosi all'elemento discriminatorio: l'art. 604 *bis* Cp, infatti, fa riferimento ai "motivi"; *a contrario* l'art. 604 *ter* Cp menziona le "finalità". I due termini, sebbene utilizzati come sinonimi, sono invero dotati di un differente significato: «se lo scopo (o la finalità) rappresenta l'aspetto conoscitivo del fatto psichico, presuppone una volontà già decisa a conseguire il risultato oggetto della rappresentazione, ed è necessariamente consapevole, il movente rappresenta l'aspetto affettivo del fatto psichico, dunque precede la deliberazione criminosa, e può essere sia consapevole, sia inconscio»[34].

---

[33] Più in generale sul tema del negazionismo, *inter alia*, E. Venafro, *Il nuovo reato di negazionismo: luci ed ombre*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 8.2.2018; E. Fronza, *L'introduzione dell'aggravante di negazionismo*, in *DPP* 2017, 155 ss.; della stessa A. v. anche *Il negazionismo come reato*, Milano 2012; G. Puglisi, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in «rime sparse» sulla negazione dell'Olocausto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 23.2.2016; dello stesso A. v. anche *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15.7.2016; D. Brunelli, *Attorno alla punizione del negazionismo*, in *RIDPP* 2016, 978 ss.; S. De Flammineis, *Riflessioni sull'aggravante del "negazionismo": offensività della condotta e valori in campo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 17.10.2016; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *DPenCont* 2015, 325 ss.; M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Napoli 2014, 263 ss; E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 29.10.2013.

[34] G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 30.9.2013, 43.

Il movente/motivo sembra pertanto collocarsi in uno stato antecedente rispetto alla finalità, potendo o meno tramutarsi in essa. La circostanza di cui all'art. 604 *ter* Cp, dunque, facendo riferimento alla "finalità", non aggrava il trattamento sanzionatorio in ragione del motivo che ha spinto il soggetto ad agire, quanto piuttosto in virtù dello scopo che ha animato l'illecito, ossia diffondere un clima di ostilità nei riguardi della vittima in ragione di una propria caratteristica personale[35].

Tornando al punto dal quale la nostra analisi ha preso le mosse, il problema che in questa sede ci preme evidenziare è costituito dall'assenza del movente omofobico (che qui ci occupa) nel corpo delle norme appena esaminate.

L'omofobia può venire in rilievo in quanto *hate crime* e, dunque, in veste di comportamento tendenzialmente violento. Fin qui *nulla quaestio*, in quanto verosimilmente si tratterà già di per sé di un comportamento penalmente illecito e, conseguentemente, sanzionato dalla legge.

L'omofobia, però, può anche manifestarsi sotto forma di discorso d'odio.

L'*hate speech* (tanto quello omofobico quanto, invero, quello genericamente inteso), potrebbe porre un duplice problema.

In primis, viene in rilievo il complesso rapporto con la libera manifestazione del pensiero[36]. Anche l'espressione scomoda (perfino quella omofoba, magari) potrebbe in astratto rientrare sotto l'ombrello protettivo dell'art. 21 della nostra Costituzione[37]. L'esercizio della libertà d'espressione può essere considerato come un'estrinsecazione della dignità umana di ciascun individuo, dovendo essere salvaguardata in quanto «la degenerazione di un ordinamento democratico in un regime ideologicamente chiuso» costituisce un processo graduale, riconoscibile solo nel momento in cui siffatta patologia si è ormai realizzata[38].

Un'eccessiva compressione di siffatta libertà potrebbe, da ultimo, provocare il rischio di verificazione del c.d. *chilling effect*[39], ossia la riluttanza ad esercitare un proprio diritto per timore di incorrere in una sanzione. Tale fenomeno genera una sorta di "deterrenza preterintenzionale" che si realizza nel momento in cui il legislatore, introducendo una nuova norma incriminatrice, finisca indirettamente per disincentivare i consociati dal libero esercizio delle loro libertà fondamentali[40].

Sorge a questo punto spontaneo chiedersi entro quali limiti il discorso d'odio possa rientrare nell'ambito di protezione garantito dall'art. 21 Cost.

---

[35] A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., 595.

[36] Efficacemente definita dalla Corte Costituzionale come «pietra angolare dell'ordine democratico». C. cost., 17.4.1969 n. 84, in *DeJure*. Per un'approfondita ricostruzione degli orientamenti della dottrina penalistica in materia di libertà di parola v. C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino 2008, 91 ss. Sul tema si veda, altresì, A. Spena, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *RIDPP*, 2007, 689 ss.

[37] «Le garanzie di libertà valgono allo stesso modo per noi e per i nostri avversari»: D. Pulitanò, *Essere Charlie, o politicamente corretto? Manifestazioni espressive e diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20.1.2021, 17.

[38] A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15.7.2013, 15. Per la citazione v. 10.

[39] A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, *op. cit.*, 414.

[40] Diffusamente sul tema N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 253 ss. Nel prosieguo della trattazione l'A. evidenzia come il fenomeno del *chilling effect* (definito anche con l'espressione *overdeterrence*) sia facilmente riscontrabile nel settore della libera manifestazione del pensiero, in ragione del fatto che le espressioni che maggiormente si avvicinano al confine con l'illecito sono proprio quelle che assicurano lo sviluppo del pluralismo culturale di una società. Al fine di ridurre gli effetti pregiudizievoli del c.d. "effetto di congelamento" sarebbe opportuno - pur nella consapevolezza dell'arduità del compito - tracciare una netta linea di demarcazione tra lecito e illecito per far sì che i destinatari della norma riescano ad autodeterminarsi compiutamente, evitando di astenersi dal porre in essere condotte lecite, seppur potenzialmente al limite con l'illecito.

Il discorso d'odio, per definizione, si fonda su stereotipi e pregiudizi, rivolgendosi a minoranze in condizioni di vulnerabilità[41]. Esso appare propedeutico alla commissione di crimini d'odio[42] (caratterizzati da un «principio di azione violenta» assente nel semplice *hate speech*)[43] ed, in astratto, contrario ad un uso responsabile della libertà di manifestazione del pensiero[44].
Anche se l'art. 21 Cost. non pone argini alla libertà di espressione, se non per il riferimento al "buon costume" contenuto all'ultimo comma[45], non pare in discussione la natura non assoluta di tale diritto[46].
Basti, a riguardo, il disposto del secondo comma dell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il quale pone una serie di limitazioni all'esercizio eccessivamente lato di tale libertà, in particolare ove esse costituiscano misure necessarie in una società democratica a garantire, tra gli altri aspetti espressamente menzionati dalla norma, la protezione della reputazione o dei diritti altrui[47].
Non è poi insolito che il discorso d'odio venga fatto rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 17 Cedu [48] (integrando un'ipotesi di "abuso del diritto") in tutte le circostanze in cui la libertà di espressione venga utilizzata per scopi contrari al testo ed allo spirito della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, palesandosi, pertanto, come non meritevole di tutela[49].

---

[41] A. Spena, *La parola(-)odio*, cit., 604 s.
[42] A. Pugiotto, *Le parole sono pietre?*, *op. cit.*, 4.
[43] G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale.*, *op. cit.*, 27. Sul punto v. anche L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *RIDPP* 2013, 441, secondo cui «"l'hate speech è distruttivo per la società democratica nella sua interezza poiché i messaggi d'odio riceveranno credito con il connesso risultato di discriminazione e forse persino violenza contri i gruppi di minoranza (…). Non è necessario aspettare che l'hate speech diventi un pericolo reale e imminente per la società democratica"».
[44] D. Pulitanò, *Essere Charlie*, cit. 17.
[45] La Corte Costituzionale ha a tal riguardo avuto modo di chiarire che «la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21, primo comma, della Costituzione, trova i suoi limiti non soltanto nella tutela del buon costume, ma anche nella necessità di proteggere altri beni di rilievo costituzionale e nell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema.»: cfr. C. cost., 4.5.1970 n. 65, in *DeJure*. Si concentra sulla versatilità del concetto di buon costume nella giurisprudenza costituzionale, con particolare riferimento al rapporto con la libertà di parola, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 7 ss.
[46] La libertà di manifestazione del pensiero è stata efficacemente definita in dottrina come «diritto "condizionato" dall'esigenza di tutela di diritti altrettanto rilevanti»: L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1527.
[47] Art. 10 Cedu, "Libertà di espressione": «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».
[48] Art. 17 Cedu, "Divieto dell'abuso di diritto": «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».
[49] La "clausola di abuso del diritto" di cui all'art. 17 Cedu ha trovato larga applicazione specialmente nella materia relativa al discorso negazionista. Per una puntuale ricostruzione delle fasi evolutive del rapporto tra l'art. 10 Cedu e l'art. 17 Cedu v. P. Lobba, *Testing the "Uniqueness": Denial of the Holocaust vs denial of Other Crimes before the*

Sul punto non ha mancato di pronunciarsi anche la Corte di Strasburgo, ritenendo la compatibilità della libera manifestazione del pensiero con la repressione dei discorsi d'odio, in particolare omofobici (trattandosi del settore che ci occupa) secondo stringenti parametri: l'interferenza con la libera manifestazione del pensiero può, infatti, dirsi legittima ove consista in un'ingerenza prescritta dalla legge, quando persegua un obiettivo legittimo e quando essa appaia necessaria in una società democratica[50].

Ove le presenti obiezioni, mosse ad un'estensione incondizionata della libertà di espressione, non dovessero risultare sufficientemente convincenti, potrebbe tornare utile riflettere su un ulteriore passaggio. Una libertà di manifestazione del pensiero illimitata, che arrivi a giustificare financo un discorso che istighi alla violenza omofoba o propagandi la superiorità di un orientamento sessuale su tutti gli altri, comporterebbe come conseguenza inevitabile la limitazione della libertà di autodeterminazione delle vittime di siffatti discorsi, le quali non si sentirebbero pienamente libere di esternare il proprio essere per timore delle possibili conseguenze, costituendo anch'essa una forma di repressione della libertà di espressione.

Questa doppia visuale prospettica, questo bilanciamento tra opposte esigenze (libertà di espressione da un lato e libera autodeterminazione dall'altro), ci conduce direttamente al secondo problema ricollegabile alla materia dell'*hate speech*, ossia l'individuazione del bene giuridico oggetto di tutela.

In passato è stato richiamato il bene giuridico dell'ordine pubblico[51], storicamente definito da Karl Binding come «ripostiglio di concetti». Secondo l'impostazione tradizionale l'ordine pubblico può essere inteso secondo una duplice concezione: l'ordine pubblico materiale, inteso come pubblica tranquillità, nonché oggetto di tutela; e l'ordine pubblico ideale, con esso riferendosi al complesso di principi sui quali si fonda la convivenza civile, inteso come *ratio* di tutela. Si tratta di un concetto non materialmente caratterizzabile, pertanto autorevole dottrina ritiene che esso mal si presti a divenire un oggetto categoriale di tutela, «per il semplice motivo che, a ben riflettere, qualsiasi reato, non microviolatorio, viola l'ordine pubblico»[52].

Il bene che probabilmente più di altri è venuto in rilievo nell'esame della materia antidiscriminatoria è quello della dignità umana. Tale bene è stato efficacemente definito in dottrina come «bene *omnibus*», in quanto idoneo a legittimare ogni fattispecie penale in cui siano coinvolte questioni afferenti allo status della persona umana[53]. Maneggiare un bene proteiforme ed in costante divenire come la dignità umana porta con sé il rischio di una sua inammissibile strumentalizzazione opportunistica[54], nonché di un eccessivo ampliamento dell'ambito applicativo

---

European Court of Human Rights, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2.11.2016, 3 ss.; dello stesso A. si veda anche *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *RIDPP* 2014, 1815 ss.

[50] Da ultimo, in tal senso, C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 32.

[51] In ordine all'evoluzione del bene giuridico oggetto di tutela delle norme antidiscriminatorie, a partire del bene dell'ordine pubblico, G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *RIDPP* 2018, 1331 ss.

[52] A cura di S. Moccia, *Delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli 2007, XVIII. Sul tema v. ampiamente G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano 1988.

[53] A. Tesauro, *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2012, 885 ss. L'A. prosegue nell'esame della materia con uno spiccato approccio critico, definendo la dignità altresì come «argomento *Knock-down*», in quanto in grado di chiudere qualsivoglia discussione - limitandone lo sforzo argomentativo -, così astraendo tale principio dalla logica del bilanciamento di valori.

[54] Siffatto rischio di strumentalizzazione è stato ravvisato sotto un'altra visione prospettica. Un diritto penale costituzionalmente orientato comporta inevitabilmente una scelta pregiudiziale tra una pluralità di concezioni di democrazia, nonché tra diverse concezioni del rapporto tra morale e diritto: un diverso modo di intendere tali relazioni

della norma alla quale si riferisce e, conseguentemente, di una latente indeterminatezza di quest'ultima. La dignità «rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile - per dir così - a fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico»[55].
D'altronde, dipingere le vittime delle condotte omofobe come soggetti dotati di una endemica vulnerabilità potrebbe porsi in contrasto con il principio stesso di dignità: «a proposito dei rischi di "abuso" concettuale della dignità umana quale fonte di legittimazione delle scelte di criminalizzazione, la creazione di uno statuto penale differenziato in favore di alcune categorie di persone (in ragione dell'orientamento sessuale) rischia di rivelarsi discriminatoria, in quanto la dignità umana giustifica tutele di particolari condizioni solo allorquando si versi in una situazione di incapacità di esercitare l'autonomia»[56].
Di contrario avviso appare, tuttavia, l'autorevole dottrina secondo cui «una normativa penale che assicuri a omosessuali e transessuali - in ragione della loro accentuata vulnerabilità nell'attuale contesto socio-culturale - una tutela più intensa di quella offerta alla generalità dei cittadini è perfettamente compatibile con il principio costituzionale di eguaglianza-ragionevolezza»[57].
Gli indubbi profili problematici del concetto di dignità hanno destato l'interesse della dottrina intervenuta a più riprese sul tema nel tentativo di scioglierne i nodi interpretativi, elaborandone una nuova visione prospettica.
Particolare interesse suscita la proposta di un rimodellamento della fisionomia della dignità, da intendersi non più come valore assoluto, ma come valore relazionale: «una ridefinizione dell'orizzonte di tutela nei termini dell'eguale e reciproco rispetto può rappresentare a nostro avviso un'opzione epistemicamente più cauta di un'asserita "tutela della dignità": a risultare

implica un diverso modo di sentire la necessità di criminalizzazione. Una concezione costituzionalmente orientata del diritto penale chiama in causa la verificabilità empirica (riferendosi, con tale espressione, ai dubbi scientifici ad essa connessi) delle conseguenze, dannose o pericolose, che possono derivare dalle condotte che si sceglie di criminalizzare. Il rischio di strumentalizzazione opportunistica attiene, da questo punto di vista, proprio al dubbio scientifico, potendo quest'ultimo prestarsi ad essere utilizzato come argomento "pro o contro" una data scelta di criminalizzazione in base alla pre-comprensione di una certa opzione valutativa. Approfondimento metodologico proposto da G. Fiandaca, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, 228 s.

[55] G. Fiandaca, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *RIDPP* 2007, 558 s. Dello stesso A. si veda anche *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato e E. La Rosa, Torino 2009, 34. In tal sede l'A., proprio facendo riferimento al ricorso alla dignità al fine di giustificare ipotesi incriminatrici rispetto alle quali non si riesca ad individuare un bene giuridico più specifico, definisce quest'ultima come «bene piglia tutto». L'A., nel prosieguo della trattazione, facendo riferimento al diritto al rispetto delle proprie convinzioni (inteso come estrinsecazione del diritto a essere rispettati come persone) lo considera idoneo ad essere ricondotto al paradigma della dignità umana chiedendosi, però, se così facendo non si continui ad «assecondare un uso eccessivamente inflazionistico dell'offesa della dignità umana quale criterio ancora una volta assai generico di criminalizzazione». L'A., nelle pagine successive, definisce la dignità come «base fondativa dei diritti fondamentali», la cui portata ed i cui limiti si ripresentano affrontando il tema del rapporto tra legge penale e laicità: v. in particolare 36 ss.

[56] G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale.*, *op. cit.*, 56.

[57] E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, in *RIDPP* 2014, 18. L'A. aveva avuto modo in precedenza di ribadire il medesimo concetto anche in *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *RIDPP*, 2011, 28. Più in generale su questo tema, dello stesso A., si vedano *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in www.statoechiese.it, 14.5.2012, nonché *Di nuovo affossata una proposta di legge sull'omofobia*, in *DPP* 2011, 1393 ss.

decisiva non è una ricerca di fondamenti ontologici del superconcetto "dignità", ma l'elaborazione di criteri di bilanciamento fra opposte posizioni secondo una prospettiva di uguaglianza»[58].
Tale intuizione ci porta a riflettere su quale sia effettivamente il bene giuridico più adeguato a rispecchiare la materia dei crimini d'odio. Forse non è tanto la dignità a dover attirare la nostra attenzione quanto, piuttosto, un bene giuridico ad essa strettamente connesso come l'uguaglianza. In realtà è lo stesso (bistrattato) legislatore a fornirci un indizio in tal senso, intitolando la Sezione I *bis* che qui ci occupa "Dei delitti contro l'eguaglianza", potendosi intendere quest'ultima come eguale trattamento delle differenze (intese, a loro volta, come motivi identitari).
Ulteriore suggerimento in tal senso può essere individuato nel dettato costituzionale: l'art. 3 della nostra Costituzione, infatti, non menziona un generico ed astratto concetto di dignità, facendo piuttosto riferimento alla "pari dignità sociale" che caratterizza ogni cittadino.
«È indubbio che la *pari* dignità possieda, infatti, una maggiore portata selettiva rispetto al generico riferimento alla dignità dell'uomo, poiché consente di affermare chiaramente cosa *non decet homines*: il trattamento diseguale di un essere umano, per ragioni legate a una serie di sue caratteristiche immodificabili (razza, etnia, religione, sesso, orientamento e identità sessuale, etc.)»[59].
In questa rinnovata prospettiva, che vede i riflettori puntati non più tanto sulla dignità quanto sul maggiormente definibile concetto di uguaglianza, assume nuova attualità l'idea di una dignità che si ponga alla base della ricerca di un equilibrio tra diversi valori in gioco, «*essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima*»[60].
Alla luce delle considerazioni appena svolte, ove si ritenessero (almeno parzialmente) superate le problematiche connesse all'asserita limitazione della libertà del pensiero ed all'individuazione del bene giuridico tutelato dalla normativa antidiscriminatoria, potremmo ritenere giustificato, nonché legittimo, l'intervento penale in materia per due ordini di ragioni: da un lato, l'esistenza di una vittima (rappresentata in questo frangente dal soggetto discriminato in ragione del proprio orientamento sessuale) e, dall'altro, l'esistenza di un bene giuridico meritevole di tutela (ossia l'uguaglianza).

4. Incriminare la parola infida porta con sé una serie di rischi immediatamente evidenti, invero già accennati nelle pagine precedenti.
Una norma che, al fine di attuare il bilanciamento tra pari dignità sociale e libera manifestazione del pensiero, limiti quest'ultima, rischia di porsi in contrasto non soltanto con l'art. 21 Cost., baluardo della libertà di espressione, ma anche con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., segnatamente con riguardo al corollario della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie[61]. Incriminare l'uso delle parole costituisce compito non soltanto arduo ma anche

[58] F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino 2018, 159. Dello stesso A. si veda *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quaderni Costituzionali* 2013, 823 ss.
[59] A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, *op. cit.*, 146.
[60] G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 14.3.2008.
[61] A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, *op. cit.*, 398. Nel prosieguo l'A. ha modo di chiarire come «il legislatore che voglia incriminare una determinata tipologia di "parola pericolosa" debba inserirsi in un circuito dialogico di giustificazione razionale e ragionevole delle scelte di incriminazione: razionale rispetto ai saperi esterni al diritto penale che fondano il giudizio sulla pericolosità; ragionevole rispetto alla compressione del diritto alla manifestazione del pensiero (e, eventualmente, di un pensiero "di valore", perché a sua volta assistito da ulteriori garanzie costituzionali)»: cfr. 404.

particolarmente delicato, in quanto ci si muove non semplicemente in un ambito che, in astratto, si pone al di fuori del penalmente rilevante, bensì in un settore costituzionalmente tutelato. Proprio in ragione di tale difficoltà appare più che mai necessario che la norma incriminatrice di un uso improprio della parola sia quanto più chiara possibile (obiettivo ambizioso, certo, ma non irraggiungibile).

Potenziale, in tal sede, appare altresì il contrasto con il principio di offensività. Quest'ultimo richiede, ai fini della configurabilità del reato, che si sia verificata un'offesa a un bene giuridico inteso come «*situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo*. Il legislatore non può quindi punire nessuno "per quello che" è o "per quello che vuole", ma può punire soltanto fatti che *ledano o pongano in pericolo* l'integrità di un bene giuridico»[62]. L'anticipazione della soglia di tutela tipica delle condotte in esame (basti pensare alla propaganda, all'istigazione ma anche al mero associarsi al fine di commettere i reati di cui all'art. 604 *bis* Cp) rischia, da un lato, di andare concretamente a sanzionare comportamenti che non si siano ancora neanche avvicinati alla lesione (o messa in pericolo) del bene giuridico tutelato e, dall'altro, *a contrario*, di non ritenere mai integrato il reato di cui all'art. 604 *bis* Cp, stante le difficoltà probatorie a quest'ultimo inevitabilmente collegate.

Le problematiche connesse al rispetto dei principi di tassatività e offensività si riverberano sulla scelta della più adeguata tecnica di incriminazione[63].

Fatta chiaramente eccezione per l'uso della violenza *diretta* di cui alla lett. *b* dell'art. 604 *bis* Cp, per le restanti condotte della norma in parola (la propaganda, l'istigazione, come anche la partecipazione ad un'organizzazione costituita per motivi discriminatori) possiamo affermare di trovarci nell'ambito dei reati di pericolo[64].

La configurabilità di questa fattispecie penale in termini di pericolo concreto potrebbe scongiurare il rischio di contrasto con il principio di offensività, introducendo, un "criterio giudiziario interpretativo". Tale valutazione, rimessa al prudente vaglio del giudice del caso, consentirebbe a quest'ultimo di non applicare una sanzione penale all'autore, ad esempio, di una condotta propagandistica concretamente inidonea per i mezzi, le modalità e i destinatari a sortire alcun tipo di effetto. L'inflizione di un trattamento sanzionatorio in una casistica di tal fatta si porrebbe in contrasto con la funzione rieducativa della pena costituzionalmente sancita dall'art. 27 co. 3 Cost.

---

[62] G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[9], Milano 2020, 10 (corsivo degli Autori).

[63] Proprio con riferimento alla materia dell'offensività e della descrizione della condotta tipica con riguardo a beni giuridici del tipo di quelli in esame si è recentemente espressa nei seguenti termini autorevole dottrina: «concretezza ed afferrabilità empirica dei beni tutelabili sono requisiti strutturali che giovano, in ogni caso, ad una coerente implementazione del principio di offensività: in presenza di beni generici o ad ampio spettro, specie se a carattere immateriale, cresce infatti per un verso la difficoltà legislativa di descrivere con precisione la condotta tipica e, per altro verso, diventa problematico sul piano giudiziario accertarne l'effettivo impatto lesivo (anche in termini di concreta messa in pericolo). Si tratta di correlazioni strutturali tra oggetti e tecniche di tutela, che un legislatore avveduto non dovrebbe mai trascurare, tanto più se sta a cuore la preoccupazione garantistica di circoscrivere il potere discrezionale del giudice nella qualificazione e ricostruzione dei fatti punibili»: G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in *www.disCrimen.it*, 10.6.2019, 7.

[64] Riflette sulla formulazione dell'art. 414 Cp in materia di istigazione a delinquere e sulla ricostruzione di quest'ultimo in termini di pericolo concreto o astratto (prediligendo tale ultima via) G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, 205 ss. In particolare l'A. evidenzia come la sussistenza dei requisiti della "determinatezza" del fatto di reato istigato e della "pubblicità" della condotta istigatoria (intesa come la compresenza di una pluralità di persone in un luogo aperto al pubblico) possa rivelarsi complessivamente priva di concreta pericolosità, 208 s.

Tuttavia occorre guardare anche al risvolto della medaglia. La valutazione in merito all'offensività in astratto, intesa come "criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili"[65] costituisce momento di attenzione per il legislatore nella costruzione delle fattispecie di reato, indispensabile per far sì che queste ultime incorporino l'offesa ad un bene giuridico. La delicatezza della materia *de qua* comporta la possibilità che il giudice del caso concreto non sempre possegga gli strumenti adeguati per vagliare la concreta pericolosità della parola tramutando così la "prognosi di idoneità" tipica del pericolo concreto in un «argine inconsistente» o, peggio, in un «vettore di incertezza circa i confini applicativi del diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero», dovendo pertanto preferirsi, secondo parte della dottrina, la configurazione delle fattispecie in esame in termini di reati di pericolo astratto al fine di garantire il tracciamento di una netta linea di confine tra l'esercizio di un diritto fondamentale e l'uso, invece, illecito della parola pericolosa[66].

Alla luce di queste sintetiche battute sembra possibile trarre, non tanto una (forse impossibile) risposta, quanto piuttosto una conclusione metodologica.

Probabilmente la via più corretta da seguire nell'approccio ad una materia talmente delicata come quella in esame è quella di non andare a ricercare un punto di arrivo assoluto e incontestabile. Vero è che l'esigenza di certezza nel nostro ordinamento costituisce un baluardo imprescindibile di garanzia nei confronti della libera autodeterminazione dei consociati, ma un'analisi critica di questi argomenti non sembra poter giungere - nel caso di specie - a un netto schieramento in un senso o nell'altro.

L'offensività astratta e l'offensività concreta sono due momenti imprescindibili ed inseparabili della vita della norma, dalla sua creazione ad opera del legislatore (che non potrebbe dar vita ad una norma astrattamente inidonea a porsi a tutela di un dato bene giuridico) e alla sua applicazione da parte del giudice (chiamato a valutare l'opportunità ed, eventualmente, i termini di applicazione della norma), non essendo possibile scindere l'una dall'altra.

Altro aspetto che si intende evidenziare in tal sede è l'attenzione che lo studio della materia in esame ci impone di prestare nei confronti del movente, tema nei confronti del quale si è sempre manifestato un certo pregiudizio, come se si trattasse di un fattore estraneo al reato, da valutare marginalmente, in quanto potenzialmente idoneo ad inquinare una lettura oggettivistica del reato medesimo.

Il problema in tal sede si pone con particolare riguardo alle condotte propagandistiche, istigatorie e discriminatorie contenute nell'art. 604 *bis* Cp co. 1 lett. *a*, in quanto - a differenza delle condotte violente di cui alla lettera *b* del medesimo articolo - ci si riferisce a comportamenti astrattamente leciti che acquisiscono rilevanza penale in ragione del motivo che li anima. In dottrina è stato efficacemente chiarito come «la circostanza che il fatto realizzato assuma rilievo penale solo in presenza delle motivazioni, delle intenzioni ovvero degli scopi tipicizzati *ad hoc* comporta il non trascurabile rischio che il baricentro dell'illecito si sposti non solo dal disvalore dell'evento al disvalore della condotta, ma addirittura al disvalore della mera intenzione (*Intentionsunwert*) dell'autore»[67].

---

[65] Sulla distinzione tra la concezione di offensività come "criterio giudiziario interpretativo" e "criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili" v., per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 167.

[66] A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, *op. cit.*, 415 s.

[67] Sul tema v. P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, 160. Nel corso della sua opera l'A. evidenzia come il motivo, inteso come "fatto psichico", possa acquisire rilevanza giuridica per il tramite di una previsione legislativa penale, chiarendo però come il motivo medesimo sia, pur sempre, un dato psicologico appartenente all'autore del fatto

Invero, pur sostenendo la dimensione oggettiva del fatto criminoso nella sua dimensione offensiva, non si può nascondere che il movente assuma una portata decisiva nella criminogenesi. Non guardare al motivo, in particolare in questo settore, significa non guardare a ciò che ha portato al crimine, così rischiando di depotenziare la risposta sanzionatoria. In considerazione di ciò non andrebbe svalutato lo studio del movente, che qui non rimane confinato nella sfera interiore dell'agente, essendo la vittima stata scelta proprio in ragione del motivo che, in tali casi, qualifica l'offesa.

Ulteriore aspetto problematico che merita di essere evidenziato in tal sede afferisce alla pubblicità della condotta discriminatoria (in particolare, anche omofobica).

L'art. 604 *bis* Cp annovera tra le condotte punibili la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, nonché l'istigazione alla commissione di atti discriminatori[68] o violenti.

Prendendo in esame la condotta propagandistica, non sembra in dubbio che quest'ultima debba necessariamente avvenire pubblicamente.

Il termine propaganda compariva nel corpo dell'ormai abrogato art. 272 Cp (il quale sanzionava la "Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale") e gli interpreti, tanto in dottrina[69] quanto in giurisprudenza[70], non sembrano mai aver messo concretamente in dubbio la necessità che questa condotta si concretizzasse nella comunicazione con più persone[71].

Maggiori problemi si ravvisano, invece, per quanto concerne la condotta istigatoria[72]. La norma in esame non sancisce espressamente la necessità che l'istigazione avvenga "pubblicamente".

---

criminoso: in tale ottica, una sanzione penale dettata dalle motivazioni del reo potrebbe porsi in contrasto con i principi di materialità ed offensività della fattispecie penale: cfr. in special modo 25 ss.

[68] In ordine alla difficoltà di definire il concetto di "atto discriminatorio" *supra*, § 3, 7.

[69] La propaganda può essere intesa come il «"diffondere con il mezzo della parola dello scritto, ecc. un pensiero, un'idea, un programma, una ideologia. La propaganda, secondo una opinione diffusa, è diretta ad influenzare l'intelletto e solo in via indiretta e subordinata la volontà"»: cfr. E. Gallo, E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984, 90. Citazione rinvenibile in M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *DPP*, 2006, 1206.

[70] Basti a tal proposito ricordare due precedenti giurisprudenziali: secondo Cass. 4.3.2004 n. 19908, in *DeJure* «integra il delitto tentato di propaganda sovversiva di cui all'art. 272 c.p. l'invio ad un quotidiano di larga diffusione nazionale di un volantino contenente la rivendicazione dell'omicidio di una personalità di primo piano nella vita istituzionale della Repubblica, trattandosi di atto pienamente idoneo, secondo un giudizio "ex ante", a farne conoscere il contenuto a una *pluralità indeterminata di persone*, non potendosi escludere che esso potesse venire pubblicato o che ne venisse comunque data notizia anche solo per sintesi, così realizzandosi l'intento di propaganda» (corsivo nostro); Cass. 11.5.2000 n. 3486, in *DeJure* afferma invece che, al fine di ritenere integrata la fattispecie di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale di cui all'art. 272 Cp, sia «necessario che l'azione sia idonea a suscitare consensi in un *numero indeterminato di persone* relativamente non ad un'idea bensì ad un programma violento di eversione» (corsivo nostro).

[71] La sostituzione dell'espressione "diffusione di idee" (originariamente prevista nella l. Reale) con il termine "propaganda" (ad opera della l. 85/2006 recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione»), volta a ridurre al minimo le interferenze con la libertà di espressione, sulla scorta del fatto che il lemma "propaganda" sarebbe stato maggiormente compatibile con la libera manifestazione del pensiero, sembra non aver colto nel segno. Ciò in ragione del fatto che tanto la diffusione di idee quanto la propaganda necessitano che la relativa comunicazione avvenga contestualmente con più persone: M. Pelissero, *Osservazioni critiche*, cit., 1206.

[72] Si vuole richiamare, per una maggiore accuratezza, quel tanto risalente quanto interessante orientamento dottrinale riferibile a Carlo Esposito, incline a far rientrare l'istigazione non tanto nell'ambito della libera manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost., quanto piuttosto nel fenomeno associativo ex art. 18 Cost. il quale limita, espressamente, la possibilità di associarsi ai fini che non siano vietati dalla legge penale. Sul punto v. diffusamente C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, 100, e F. Vari, *Il fine non giustifica i mezzi. In tema di "violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere"*, in www.statoechiese.it, 20/2020, 124. Si veda, per completezza, C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958.

Letteralmente, dunque, sarebbe ben possibile che l'istigazione in parola fosse indirizzata nei confronti di un singolo destinatario, a nulla rilevando il mancato accoglimento dello stimolo da parte di quest'ultimo. Ciò in ragione del fatto che, come si è precedentemente accennato, la norma attribuisce rilevanza penale all'istigazione non accolta, derogando al disposto dell'art. 115 Cp[73].
Un'interpretazione di tal fatta potrebbe portare ad una eccessiva dilatazione delle maglie delle condotte punibili ex art. 604 *bis* Cp, ragion per cui in dottrina è stata avanzata la proposta di abbandonare la condotta propagandistica in favore della sola diretta istigazione «*linguisticamente riconoscibile*». Secondo tale orientamento dottrinale, per poter «*motivare in termini di (non ir)ragionevolezza la presunzione assoluta di pericolosità* alla base della punizione del *diretto invito alla violenza* veicolato dalla "parola pericolosa" - tanto nell'ambito dell'istigazione a commettere reati, quanto in quello del discorso d'odio - tali condotte dovranno, infine, essere *pubbliche*»[74].
Un'impronta metodologica di tal fatta potrebbe altresì rinvenirsi dalla lettura in combinato disposto degli artt. 604 *bis* Cp e 414 Cp. Tale ultima norma punisce chiunque "pubblicamente" istiga a commettere reati (co. 1) o fa apologia di uno o più delitti (co. 3). In tale ambito il requisito della pubblicità può dirsi integrato sia nel caso in cui vi sia la compresenza fisica dell'autore e dei destinatari del suo messaggio, sia nel caso in cui manchi questa coesistenza ambientale. Basti pensare, a tal riguardo, alla diffusività capillare del mezzo della stampa e di internet i quali, per chiare ragioni, non richiedono la contemporanea presenza di una pluralità di persone nello stesso luogo, anzi il contrario.
Autorevole dottrina ha avuto modo di evidenziare nel tempo come tra la condotta istigatoria e la materiale realizzazione del reato istigato si collochi, pur sempre, l'autoresponsabilità ed autodeterminazione del soggetto istigato: la pericolosità dell'istigazione, difatti, «si esaurisce nella pura e semplice diffusione di un messaggio, senza che siano altrimenti aggrediti o depauperati i meccanismi reattivi e di controllo critico, la cui libera e responsabile attivazione da parte dei destinatari è pur lecito attendersi»[75]. Tale acuta considerazione evidenzia il potenziale cortocircuito della fattispecie istigatoria genericamente intesa, alimentando il convincimento che sanzionare l'istigazione *tout court* costituisca già di per sé una contrazione della libertà di espressione[76].
Facendo ritorno al requisito della pubblicità, una lettura simbiotica degli artt. 414 Cp e 604 *bis* Cp potrebbe fornirci un'utile chiave di lettura per intendere compiutamente il contenuto di quest'ultima: non sembrerebbe irragionevole ritenere che l'istigazione contenuta nell'art. 604 *bis* Cp debba avvenire pubblicamente.
Allo stato, tuttavia, tale approccio metodologico rischierebbe di porsi in contrasto con il principio di legalità, in particolar modo con il corollario della tassatività, proprio in ragione del fatto che il

[73] L. Picotti, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale tra offesa dei diritti fondamentali della persona e libera manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, a cura di S. Riondato, Padova 2006, 140 s. L'A. specifica altresì che «l'importanza fondamentale del bene giuridico in gioco richiede, infatti, che sia «anticipatamente» punita già la sola condotta istigatoria, senza che si produca anche l'effetto cui essa è rivolta: ma è necessario, per la punibilità, che l'istigazione stessa sia «*idonea*» ad *influire sul pensiero* altrui e, quindi, a determinare una corrispondente decisione d'agire, ponendo in concreto pericolo il bene protetto». Con riferimento alla propaganda razzista v. anche A. Tesauro, *La propaganda razzista tra tutela della dignità umana e danno ad altri*, in *RIDPP*, 2016, 961 ss.
[74] A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?*, *op. cit.*, 417.
[75] G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, *op. cit.*, 198. Cfr. anche L. Risicato, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007.
[76] C. Visconti, *Ancora bigotti?*, cit., 10.

legislatore non ha espressamente previsto (più o meno consapevolmente) che la condotta di cui all'art. 604 *bis* Cp debba realizzarsi pubblicamente.
L'ultimo monito penalistico che in tal sede si vorrebbe svolgere riguarda l'importanza di rifuggire da un uso strumentale del diritto penale che si avrebbe - per tornare alla materia oggetto della presente trattazione - facendo un'applicazione analogica della normativa in esame ai motivi fondati sulla discriminazione omofobica. Un'interpretazione di tal fatta era stata tentata dal Tribunale di Trieste nel 2011 con riferimento all'aggravante di cui all'art. 604 *ter* Cp. Secondo questa interpretazione, la norma tutelerebbe le vittime da qualsiasi forma di discriminazione, limitando il movente etnico, nazionale, razziale o religioso esclusivamente ai reati commessi con finalità di odio. Tale assunto riposerebbe nella disgiuntiva "o" collocata tra la "finalità di discriminazione" da un lato e "l'odio etnico, nazionale, razziale o religioso" dall'altro[77]. Una simile interpretazione si porrebbe in contrasto col divieto di analogia *in malam partem* che connota il sistema penale: per poter garantire al movente omofobico lo stesso trattamento oggi riservato alla razza o alla nazionalità si dovrà attendere (pazientemente?) un espresso intervento del legislatore in tal senso, e fino a quel momento non si potrà far altro che servirsi di altri istituti penalistici adattabili alle circostanze del caso, seppur non forieri di un altrettanto elevato livello di tutela.
Ciò che sembra poter costituire (forse, il solo) "approdo sicuro" della presente disamina, concerne la meritevolezza di un intervento penale in materia: «le scelte di politica criminale si giocano in termini di *ragionevolezza* dell'intervento penale. Pur accogliendo una prospettiva liberale in merito alle scelte di politica criminale nella tutela dei beni giuridici e pur essendo favorevole ad un ampio riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero, sui temi della discriminazione e del razzismo il diritto penale conserva uno spazio *ragionevole* di controllo (…). In quest'ambito il diritto penale diventa strumento di tutela contro forme di razzismo e di discriminazione che violano il rapporto di riconoscimento che deve essere assicurato a tutti consociati e che rappresenta una specificazione della dignità dell'altro che deve rimanere punto fermo nei rapporti interpersonali. Il rapporto di riconoscimento dell'altro consente di valorizzare il significato della *dignità umana nella sua dimensione sociale*. La dignità qui non rileva nei termini della percezione soggettiva che ognuno ha della propria dignità, né come tutela del gruppo discriminato in quanto tale: intendo piuttosto fare riferimento alla *dimensione intersoggettiva che deve essere riconosciuta ad ogni individuo*, al quale devono essere assicurati gli strumenti per poter esplicare la propria personalità nelle relazioni intersoggettive e nelle formazioni sociali nelle quali la stessa si colloca. *Non è, dunque, una scelta di politica criminale contrastante con il principio di offensività in astratto*»[78].

5. Come anticipato nelle pagine precedenti, il rapporto tra libera manifestazione del pensiero e discorso d'odio omofobico appare di indubbia attualità, come invero dimostrato dalla giurisprudenza europea in materia. Per comprendere la portata del fenomeno potrebbe apparire utile passare brevemente in rassegna alcune delle più significative pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per poi concentrarsi maggiormente sul più recente di tali approdi giurisprudenziali.
Nel 2012 la Corte di Strasburgo viene chiamata a pronunciarsi sul caso *Vejdeland e altri c. Svezia*[79]. Nella presente vicenda i ricorrenti vengono processati per il reato di incitamento all'odio

[77] Sul punto v. E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri*, cit., 14 s., nonché G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, *op. cit.*, 49 s. Da ultimo, G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato*, *op. cit.*, 117 s.
[78] M. Pelissero, *Discriminazione*, cit., 1020, corsivo nostro.
[79] C. eur., 9.2.2012, *Vejdeland e altri c. Svezia*.

contro un gruppo nazionale o etnico, ai sensi del Capitolo 16, art. 8 del codice penale svedese[80], per aver depositato all'interno degli armadietti di una scuola secondaria superiore volantini dal contenuto omofobo. I ricorrenti adivano dunque la Corte europea ritenendo che la condanna della Corte svedese avesse violato il loro diritto alla libertà di espressione sancita dall'art. 10 Cedu. La Corte, non ravvisando alcuna violazione del citato art. 10 Cedu ed, anzi, condividendo la condanna pronunciata dalla Corte svedese, applicava per la prima volta i principi del discorso d'odio offensivo contro il gruppo identificato in ragione della propria identità sessuale[81] incentivando la lotta contro un uso irresponsabile della libertà di espressione equiparando, in termini di gravità, la discriminazione basata sull'orientamento sessuale a quella fondata sulla razza, l'origine e il colore[82].

Il caso *Identoba e altri c. Georgia*[83] prende, invece, le mosse dall'intervento di un gruppo di contromanifestanti volto ad ostacolare una manifestazione LGBT con minacce di aggressione fisica e insulti, senza che le forze dell'ordine - le quali avevano il compito di scortare i manifestanti - intervenissero. La sentenza in esame merita di essere ricordata in quanto sancisce il principio generale secondo cui i trattamenti discriminatori, in quanto tali, possono integrare gli estremi dei trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 Cedu[84], ove essi raggiungano un livello di gravità tale da costituire un affronto alla dignità umana. La Corte entra nello specifico affermando come sia idonea ad integrare gli estremi dell'art. 3 Cedu anche la condotta discriminatoria realizzata da una maggioranza eterosessuale ai danni di una minoranza omosessuale[85].

Nel caso *M.C. e A.C. c. Romania*[86] la Corte affronta la vicenda di due giovani che, dopo aver preso parte al Gay Pride di Bucarest del 2006, venivano inseguiti in metropolitana da un gruppo di persone che li avevano visti partecipare alla manifestazione e che continuavano ad apostrofarli con insulti omofobi cagionando loro, altresì, lievi lesioni. Le indagini si concludevano con un'archiviazione per prescrizione dell'illecito. La Corte europea, ritenendo che le autorità nazionali non avessero adottato misure ragionevoli al fine di vagliare il possibile movente omofobo dietro l'aggressione patita dai ricorrenti[87], affermava la sussistenza di obblighi positivi in capo agli Stati volti a garantire il rispetto effettivo alla vita privata dei cittadini[88].

---

[80] Capitolo 16, art. 8 del codice penale svedese: «Chiunque, in una dichiarazione o in altro tipo di messaggio, minacci o esprima disprezzo per un gruppo etnico o nei confronti di un gruppo di persone con allusioni a razza, colore, origine nazionale o etnica, credo, orientamento sessuale o identità o espressione transgender, è condannato alla reclusione per un massimo di due anni o, se il reato è minore, alla multa».

[81] L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico.,* cit., 419.

[82] C. eur., 9.2.2012, *Vejdeland e altri c. Svezia*, § 55. Sul punto si esprime chiaramente L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., secondo cui «è legittimo, dunque, secondo la Corte europea dei diritti umani, che i legislatori statali si dotino di una legislazione penale che sanzioni l'omofobia. Questa legittimazione a chiare lettere dello strumento penalistico sul terreno dell'omofobia, al pari di quanto già avviene sul terreno del razzismo, costituisce, a nostro avviso, l'aspetto di maggior interesse di tale decisione» (495).

[83] C. eur., 12.5.2015, *Identoba e altri c. Georgia*.

[84] Art. 3 Cedu, "Proibizione della tortura": «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

[85] C. eur., 12.5.2015, *Identoba e altri c. Georgia,* § 65.

[86] C. eur., 12.4.2016, *M.C. e A.C. c. Romania*.

[87] C. eur., 12.4.2016, *M.C. e A.C. c. Romania,* § 124. La Corte chiarisce in questo paragrafo che «senza un approccio così rigoroso da parte delle autorità preposte all'applicazione della legge, i crimini motivati dal pregiudizio sarebbero inevitabilmente trattati allo stesso modo rispetto ai casi non connotati da tali sfumature, e la risultante indifferenza equivarrebbe ad accettazione ufficiale, o anche connivenza, con i crimini d'odio».

[88] C. eur., 12.4.2016, *M.C. e A.C. c. Romania,* § 114. Con riferimento a tale pronuncia si esprime in termini chiarificatori L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., affermando che «la sentenza si segnala per un ulteriore e più prorompente profilo di novità poiché enuclea un principio destinato a riverberarsi negli ordinamenti degli Stati membri: essa infatti

Una delle più recenti pronunce sul tema riguarda il caso *Beizaras e Levickas c. Lituania*[89].
Il procedimento originava dalla pubblicazione di una serie di commenti omofobi indirizzati ad una fotografia condivisa su Facebook, ritraente un bacio tra i due ricorrenti. La Corte di Strasburgo ha condannato la Lituania per la violazione dell'art. 14 Cedu (divieto di discriminazione) in combinato disposto con l'art. 8 Cedu in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare[90], nonché per il mancato rispetto del diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 13 Cedu[91] in ragione del rifiuto da parte delle autorità lituane di avviare le indagini per accertare se i commenti indirizzati contro i ricorrenti costituissero ipotesi di incitamento all'odio, condotta sanzionata dall'art. 170 del codice penale lituano[92]. Ad avviso della Corte il rifiuto delle autorità di aprire un'indagine preliminare rifletteva il generale atteggiamento dell'ordinamento lituano nei confronti di presunti casi di *hate speech* omofobico online, ritenendo che le autorità nazionali avessero nel tempo sistematicamente fallito nel fornire un rimedio efficace alle vittime di tali discorsi d'odio[93] venendo così meno agli obblighi positivi inerenti la garanzia di un ricorso effettivo a tutti i consociati, senza realizzare discriminazioni violative del disposto dell'art. 14 Cedu[94].

---

riconosce in capo agli Stati l'obbligo e il dovere di proteggere gli esponenti della comunità LGBT. I giudici europei traggono, dunque, delle conclusioni in termini di obblighi positivi: si appuntano infatti sulla necessità di introdurre strumenti appositi – anche di natura penale – contro le violenze motivate dall'odio omofobico, così di fatto prevedendo un *implicito obbligo di incriminazione dei crimini d'odio omofobico*»: 497.

[89] C. eur., 14.1.2020, *Beizaras e Levickas c. Lituania*.

[90] Art. 8 Cedu, "Diritto al rispetto della vita privata e familiare": «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

[91] Art. 13 Cedu, "Diritto a un ricorso effettivo": «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

[92] Art. 170 del codice penale lituano: «1. Una persona che, ai fini della distribuzione, produce, acquista, invia, trasporta, immagazzina o distribuisce articoli ridicolizzando, esprimendo disprezzo, incitando all'odio o alla discriminazione nei confronti di un gruppo di persone o di una persona ad esso appartenente per motivi di età, sesso, orientamento sessuale, disabilità, razza, nazionalità, lingua, discendenza, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o incitando alla violenza fisica nei confronti di tale gruppo di persone o di una persona ad esso appartenente sarà punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con una custodia cautelare fino a un anno. 2. Una persona che ridicolizza pubblicamente, esprime disprezzo, incita all'odio o incita alla discriminazione contro un gruppo di persone o una persona per motivi di età, sesso, orientamento sessuale, disabilità, razza, nazionalità, lingua, discendenza, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni sarà punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con una custodia cautelare fino a due anni. 3. Una persona che incita pubblicamente alla violenza fisica nei confronti di un gruppo di persone o di una persona per motivi di età, sesso, orientamento sessuale, disabilità, razza, nazionalità, lingua, discendenza, stato sociale, religione, convinzioni o opinioni o finanzia o supporta in altro modo tali attività sarà punito con una multa o con la restrizione della libertà o con l'arresto o con una custodia cautelare fino a tre anni. 4. Una persona giuridica è altresì ritenuta responsabile degli atti previsti nel presente articolo».

[93] C. eur., 14.1.2020, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, § 136.

[94] M. Pace, *Le manifestazioni di odio online in casi di same-sex kiss dinanzi alla Corte europea: obblighi dello Stato ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2020, 622. L'A. chiarisce nel proprio contributo che «Il punto centrale, come evidenziato nella decisione *Beizaras* e *Levickas*, è stabilire fin dove può, o deve, spingersi il potere di controllo degli Stati membri della Convenzione e che tipo di misure positive occorre che gli Stati pongano in essere per garantire i diritti sanciti dalla CEDU. Le indicazioni che provengono da Strasburgo ci ricordano che il sistema della Convenzione e l'attuazione degli obblighi positivi discendenti dalle disposizioni di cui all'art 8 CEDU a protezione dell'orientamento sessuale, ostano a che le autorità degli Stati membri possano anche solo "chiudere un occhio" o "minimizzare" queste manifestazioni di odio, e men che meno tollerarne l'esistenza negli spazi sociali che si svolgono all'interno della rete»: 625.

La più recente delle pronunce in materia - sulla quale è opportuno soffermarsi con maggiore attenzione – riguarda il caso *Lilliendahl c. Islanda*[95].
La vicenda origina dalla pubblicazione di commenti omofobi[96], da parte del ricorrente (Carl Jóhann Lilliendahl), in calce ad un articolo pubblicato su un quotidiano online con cui uno dei promotori di un programma di sensibilizzazione scolastica sul tema della diversità di orientamento sessuale - approvato dal consiglio comunale della città di Hafnarfjörður - criticava l'operato di una stazione radio, la quale consentiva ai propri ascoltatori di telefonare per esprimere le proprie opinioni a riguardo ritenendo che, così facendo, venisse consentito loro di chiamare per manifestare «clear prejudice and hate speech»[97].
Ad avviso dell'accusa, i commenti di Lilliendahl erano da considerarsi come «pubblicamente minacciosi, beffardi, diffamatori e denigratori di un gruppo di persone sulla base del loro orientamento sessuale e identità di genere»[98], ponendosi pertanto in contrasto col disposto dell'art. 233 (a) del codice penale generale n. 19/1940[99] il quale incrimina, per l'appunto, la pubblica diffamazione dettata da motivi discriminatori[100].
Il ricorrente, condannato dalla Corte Suprema d'Islanda, ha adito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lamentando che la condanna per il reato contestatogli avesse violato il proprio diritto

[95] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*.
[96] «We listeners of [Ú.S.] have no interest in any [expletive] explanation of this kynvilla [derogatory word for homosexuality, literally 'sexual deviation'] from [Ó.S.Ó.]. This is disgusting. To indoctrinate children with how kynvillingar [literally 'sexual deviants'] eðla sig ['copulate', primarily used for animals] in bed. [Ó.S.Ó.] can therefore stay at home, rather than intrude upon [Ú.S.]. How disgusting.» § 5.
[97] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda,* § 4.
[98] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda,* § 7.
[99] Art. 233 (a) del codice penale generale n. 19/1940: «Chiunque derida, diffami, denigri o minacci pubblicamente una persona o un gruppo di persone mediante commenti o espressioni di altra natura, ad esempio mediante immagini o simboli, per nazionalità, colore, razza, religione, orientamento sessuale o identità di genere, o diffonda tali materiali, è punito con la multa o con la reclusione fino a 2 anni».
[100] In un primo momento il Tribunale distrettuale di Reykjavík assolse il ricorrente ritenendo che i commenti incriminati non avessero raggiunto la soglia di offensività necessaria per rientrate nell'ambito di applicazione dell'art. 233 (a). La Corte Suprema d'Islanda, adita dalla Pubblica accusa, ribaltò la decisione, condannando il ricorrente. La suddetta Corte evidenziò come la libertà di espressione, potesse subire alcune limitazioni necessarie per la protezione dei diritti di altri individui, segnatamente, nel caso di specie, quelli delle persone omosessuali (gruppo storicamente soggetto a discriminazione) al rispetto della loro vita privata ed al godimento dei diritti umani indipendentemente dal proprio orientamento sessuale, dovendo tali restrizioni considerarsi giustificate solo ove rivolte ad un urgente bisogno sociale, nonché adeguatamente ponderate. La Corte islandese, nel corpo della propria motivazione, aveva ritenuto che, sebbene l'espressione "'hate speech" non fosse presente nel disposto dell'art. 233 (a) del codice penale generale, essa emergesse dai lavori preparatori della norma e dagli strumenti giuridici internazionali cui essa era stata ispirata, costituendo il sinonimo del tipo di espressione incriminata dalla norma e rappresentando, da un lato, comune denominatore delle condotte denigratorie che possono, di volta in volta, venire in rilievo e, dall'altro, soglia di necessaria severità per poter far rientrare le affermazioni discriminatorie nell'ambito di applicazione della norma in parola. La Corte, nell'evidenziare come l'art. 233 (a) puntualizzasse in modo chiaro e comprensibile la condotta incriminata, osservò che il commento del ricorrente, avvenuto pubblicamente, fosse intenzionale ed avulso dalla questione oggetto di dibattito, essendosi quest'ultimo limitato a riferirsi in modo offensivo nei confronti dell'omosessualità in quanto tale ritenendo pertanto che, in questo caso, gli interessi alla vita privata dei soggetti omosessuali dovessero prevalere sulla libertà di espressione del ricorrente e che la limitazione di tale ultima libertà fosse necessaria per contrastare il pregiudizio promosso da simili discorsi d'odio. Uno dei tre giudici della Corte Suprema dissentì, ritenendo che il commento del ricorrente non avesse raggiunto la soglia di offensività necessaria per giustificare l'applicazione dell'art. 233 (a) del codice penale generale. Quest'ultimo, pur ammettendo la portata dispregiativa del commento, ritenne che quest'ultimo non costituisse un appello alla violenza e che, pertanto, dovesse rientrare nella tutela della libertà di espressione costituzionalmente garantita. § 8 ss.

alla libertà di espressione, come garantito dall'art. 10 Cedu, in combinato disposto con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione medesima[101].
Preliminarmente la Corte di Strasburgo si è occupata di verificare se la domanda dovesse essere respinta ai sensi dell'art. 17 Cedu (il quale sancisce il divieto di abuso del diritto), valutando se le dichiarazioni del ricorrente avessero cercato di suscitare odio e violenza nel tentativo di deviare l'art. 10 Cedu dal suo scopo, strumentalizzando il diritto alla libertà di espressione in esso sancito.
La Corte ha sul punto ritenuto che, nonostante l'indubbia offensività dei commenti, non fosse di immediata evidenza che essi mirassero ad incitare all'odio e che le affermazioni del ricorrente non avessero, pertanto, raggiunto una soglia di lesività tale da giustificare l'applicabilità dell'art. 17 Cedu ed il conseguente diniego dell'esercizio del diritto invocato.
A questo punto la Corte europea è passata a valutare se la condanna del ricorrente da parte della Corte nazionale fosse conforme al disposto dell'art. 10 Cedu, non senza ricordare come la libertà di espressione costituisca uno dei fondamenti delle moderne società democratiche e come il compiuto sviluppo di quest'ultima appaia necessario al fine di garantire il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale.
Nel verificare se l'interferenza con la libertà di espressione potesse dirsi «necessaria in una società democratica», la Corte ha poi dovuto esaminare se l'ingerenza fosse stata «proporzionata allo scopo legittimo perseguito» e se i motivi addotti dalla Corte nazionale fossero «pertinenti e sufficienti»[102]. La Corte ha altresì ricordato come, nel valutare la legittimità dell'interferenza con la libera manifestazione del pensiero di un soggetto, le Corti nazionali godano di un certo margine di apprezzamento su cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è chiamata ad effettuare una valutazione in via definitiva (secondo il meccanismo di "supervisione europea"), senza però sostituire la propria valutazione di merito a quella effettuata dalle Corti nazionali, a meno che non sussistano validi motivi per farlo (in simbiosi con quanto stabilito dal principio di sussidiarietà).
La Corte europea ha, nel prosieguo, colto l'occasione di tale riferimento per distinguere le forme più gravi di incitamento all'odio da quelle meno gravi, facendo rientrare le dichiarazioni del ricorrente in questa seconda categoria[103].
La Corte identifica le forme più gravi di *hate speech* in quelle rientranti nell'abuso del diritto di cui all'art. 17 Cedu, escluse di *default* dall'ambito di protezione dell'art. 10 Cedu. Il citato art. 17 Cedu trova applicazione in materia ogniqualvolta si ritenga che il soggetto agente, con le proprie dichiarazioni, abbia tentato di fare affidamento sulla Convenzione per realizzare atti volti alla sospensione dei diritti e delle libertà ivi sancite. Precipitato logico di tale assunto consiste nel fatto che l'art. 17 Cedu (da invocare eccezionalmente ed in casi estremi[104]) potrebbe trovare diretta applicazione solo ove fosse immediatamente chiaro che le dichiarazioni, prese in esame nel caso concreto, avessero mirato a dirottare l'art. 10 Cedu dal suo scopo originario, avvalendosi dunque della libera manifestazione del pensiero per scopi contrari ai valori della Convenzione[105].

[101] Art. 14 Cedu, "Divieto di discriminazione": «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Ad avviso del ricorrente non gli sarebbe stato consentito di godere della libertà di manifestazione del proprio pensiero allo stesso modo rispetto a soggetti con diverse opinioni (doglianza dichiarata infondata dalla Corte europea).
[102] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda,* § 29.
[103] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda,* § 34 ss.
[104] C. eur. GC, 15.10.2015, *Perinçek c. Switzerland,* § 114.
[105] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda,* § 25.

Per converso la Corte, nel delineare i connotati delle forme meno gravi di *hate speech*, chiarisce che queste ultime non si pongono *a priori* al di fuori dell'ambito di tutela dell'art. 10 Cedu, ben potendo rientrare nel legittimo esercizio della libera manifestazione del pensiero. La Corte specifica, però, come sia in potere degli Stati contraenti limitare siffatta libertà. In questa seconda categoria vengono annoverate tanto le istigazioni alla violenza o alla commissione di atti *stricto sensu* criminali, quanto i discorsi volti ad attaccare, insultare o calunniare specifici gruppi di popolazione che, per il loro contenuto e per le modalità di esternazione, possano apparire idonei a promuovere l'intolleranza e l'odio verso siffatti gruppi: simili condotte sono sufficienti per giustificare l'intervento dell'autorità statale nella restrizione della libertà di espressione al fine di evitare l'avallo di siffatto linguaggio pregiudizievole e, più in generale, del radicamento di un clima ostile nella società[106].

Posto che la condanna di Lilliendahl da parte della Corte islandese ha indubbiamente costituito un'interferenza con la sua libertà di espressione, in capo alla Corte europea restava da appurare la ricorrenza di tre requisiti fondamentali[107].

Preliminarmente i giudici di Strasburgo hanno verificato se la limitazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero integrasse un'ingerenza "prescritta dalla legge". La Corte ha in tal senso ritenuto che l'art. 233 (a) del codice penale generale islandese fosse accessibile all'interessato nonché formulato in modo sufficientemente chiaro da rendere ragionevolmente prevedibile l'applicazione della norma in parola nel caso in esame.

Secondariamente, si è proceduto alla verifica della sussistenza del requisito dell'"obiettivo legittimo". La Corte ha in merito valutato che lo scopo dell'art. 233 (a) fosse quello di salvaguardare i diritti di gruppi sociali discriminati, dovendosi dunque ritenere lecita l'interferenza dettata dalla necessità di proteggere i diritti altrui, sancita dal secondo comma dell'art. 10 Cedu.

Con riguardo all'ultimo requisito, ossia se l'ingerenza nella libertà di espressione potesse dirsi "necessaria in una società democratica", i giudici di Strasburgo hanno osservato come la Corte islandese avesse adeguatamente bilanciato il diritto del ricorrente alla libera manifestazione del pensiero con il diritto delle persone omosessuali al rispetto della loro vita privata. La Corte Suprema islandese ha, a tal riguardo, valutato che i commenti oggetto del giudizio fossero «seri, gravemente offensivi e pregiudizievoli»[108] e che la protezione di alcuni gruppi discriminati dovesse ritenersi compatibile con la tradizione democratica nazionale, *a fortiori* in considerazione della gratuità dei commenti, la cui offensività non poteva dirsi necessaria al fine di impegnarsi attivamente nella discussione pubblica in corso.

La Corte europea ha, in conclusione, ritenuto che i giudici islandesi avessero fornito ragioni pertinenti e sufficienti per giustificare la condanna del ricorrente, condividendone l'essenza della motivazione.

Il precedente giurisprudenziale appena esaminato merita di essere ricordato non soltanto per la chiarezza espositiva con la quale i giudici hanno affrontato il delicato tema dell'*hate speech* omofobico, ma altresì per aver rammentato come «la discriminazione basata sull'orientamento sessuale è grave quanto la discriminazione basata su "razza, origine o colore"»[109].

Alla luce di questa sintetica (quanto significativa) rassegna giurisprudenziale, sembra possibile affermare che il tema della discriminazione omofobica sia in costante evoluzione in seno alla

[106] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 35 ss.; in precedenza v. anche C. eur., 16.7.2009, *Féret c. Belgio*, § 73.
[107] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 41 ss.
[108] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 38.
[109] C. eur., 12.5.2020, *Lilliendahl c. Islanda*, § 45. Concetto ribadito anche in C. eur., 9.2.2012, *Vejdeland e altri c. Svezia*, § 55. In precedenza anche in C. eur., 27.12.1999, *Smith e Grady c. Regno Unito*, § 97.

giurisprudenza europea, potendo quest'ultima fungere da monito per quegli Stati membri che, come l'Italia, non si sono ancora dotati di una normativa antidiscriminatoria su base omofobica.

6. Molti Stati membri (e non) dell'Unione Europea hanno adottato nel tempo una legislazione penale volta a sanzionare l'incitamento all'odio e alla violenza per ragioni discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale, servendosi della tecnica di incriminazione della circostanza aggravante, della fattispecie autonoma di reato o, ancora, di entrambe le tipologie normative[110].
Di particolare pregio appare in tal sede l'esperienza francese[111].
L'art. 132-76 del codice penale francese[112] prevede una circostanza aggravante per i crimini o i delitti commessi in ragione dell'appartenenza (o non appartenenza), vera o presunta, della vittima ad una determinata razza, etnia, nazionalità o religione. Il successivo art. 132-77[113] prevede un'analoga circostanza aggravante riferendosi, stavolta, ai motivi discriminatori fondati sul sesso, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere, vera o presunta.
Al fine di garantire una tutela quanto più completa possibile nei riguardi di tali vittime, l'ordinamento francese prevede altresì una fattispecie autonoma di reato riproducendo un

[110] L. Goisis, *Hate Crimes in a Comparative Perspective. Reflections on the Recent Italian Legislative Proposal on Homotransphobic, Gender and Disability Hate Crimes*, in *GenIus* 2020/1, 79 ss.; F. Pesce, *Omofobia e diritto penale*: *al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili. Le prospettive possibili in Italia e le soluzioni nell'Unione Europea*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 24.3.2015, 10 ss.

[111] Per un approfondimento sulla normativa francese in materia v. L. Goisis, *Omofobia e diritto penale*, cit., 9 ss.

[112] Art. 132-76 codice penale francese: «Quando un crimine o un delitto è preceduto, accompagnato o seguito da parole, scritti, immagini, oggetti o atti di qualsiasi genere che siano lesivi dell'onore o della considerazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima è parte in ragione della sua appartenenza o non appartenenza, vera o presunta, a una certa razza, etnia, nazionalità o religione, o se si stabilisse che gli atti sono stati commessi contro la vittima per uno di questi motivi, la pena detentiva massima comminabile è aumentata come segue: 1° Condanna all'ergastolo quando il reato è punito con trent'anni di reclusione; 2° Aumento a trenta anni di reclusione quando il reato è punito con venti anni di reclusione; 3° Aumento a venti anni di reclusione quando il reato è punito con quindici anni di reclusione; 4° Aumento a quindici anni di reclusione quando il reato è punito con dieci anni di reclusione; 5° Aumento a dieci anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di sette anni; 6° Aumento a sette anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di cinque anni; 7° La pena viene raddoppiata quando il reato è punito nel massimo con la reclusione di tre anni. Il presente articolo non si applica ai reati previsti dagli articoli 222-13,225-1 e 432-7 del presente codice, né dal settimo comma dell'articolo 24, dal secondo comma dell'articolo 32 e dal terzo comma dell'articolo 33 del legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa».

[113] Art. 132-77 codice penale francese: «Quando un crimine o un delitto è preceduto, accompagnato o seguito da parole, scritti, immagini, oggetti o atti di qualsiasi tipo che siano lesivi dell'onore o della considerazione della vittima o di un gruppo di persone di cui la vittima è parte in ragione del suo sesso, del suo orientamento sessuale o della sua identità di genere, vera o presunta, o se si stabilisce che gli atti sono stati commessi contro la vittima per uno di questi motivi, la privazione massima della libertà subita è aumentata come segue: 1° Condanna all'ergastolo quando il reato è punito con trent'anni di reclusione; 2° Aumento a trenta anni di reclusione quando il reato è punito con venti anni di reclusione; 3° Aumento a venti anni di reclusione quando il reato è punito con quindici anni di reclusione; 4° Aumento a quindici anni di reclusione quando il reato è punito con dieci anni di reclusione; 5° Aumento a dieci anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di sette anni; 6° Aumento a sette anni di reclusione quando il reato è punito con la reclusione di cinque anni; 7° La pena viene raddoppiata quando il reato è punito nel massimo con la reclusione di tre anni. Il presente articolo non si applica ai reati previsti dagli articoli 222-13,222-33,225-1 e 432-7 del presente codice, né dall'ottavo comma dell'articolo 24, dal terzo comma dell'articolo 32 e dal quarto comma articolo 33 della legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, né quando il reato è già aggravato o quando commesso dal coniuge, dal partner della vittima o dal partner legato alla vittima da un patto civile di solidarietà, o quando è commesso contro una persona per costringerla a contrarre un matrimonio o per concludere un'unione, sia in ragione del suo rifiuto di contrarre il matrimonio o l'unione».

meccanismo analogo a quello delle circostanze aggravanti summenzionate. L'art. 225-1[114] definisce il concetto di "discriminazione" come «qualsiasi distinzione operata tra persone fisiche» sulla base di una loro caratteristica personale, tra le quali viene fatto rientrare anche l'orientamento sessuale. Una normativa con tale ispirazione definitoria potrebbe tornare utile, nel nostro ordinamento, al fine di individuare a quali condizioni un atto possa considerarsi "discriminatorio" ai fini penali.

L'art. 225-2 sanziona, poi, con la reclusione di tre anni e con la multa di 45.000 euro la discriminazione (per come definita dall'art. 225-1) commessa nei confronti di una persona fisica o giuridica mediante una serie di condotte espressamente tipizzate dal legislatore francese (come, ad esempio, negare la fornitura di beni o servizi, oppure rifiutare di assumere una persona per un lavoro o per un tirocinio), con la previsione di un aumento di pena quando queste siano realizzate in un luogo pubblico o per impedirvi l'accesso[115].

L'art. 225-3[116] enuclea, invece, le circostanze in cui le disposizioni dell'art. 225-2 non trovano applicazione, ossia le ipotesi in cui le diverse forme di discriminazione possono ritenersi legittime

[114] Art. 225-1 codice penale francese: «Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione operata tra persone fisiche sulla base della loro origine, del loro sesso, del loro stato civile, della loro gravidanza, del loro aspetto fisico, della loro particolare vulnerabilità derivante dalla loro situazione economica, apparente o nota, del proprio cognome, del luogo di residenza, dello stato di salute, della perdita di autonomia, di un handicap, delle caratteristiche genetiche, dei costumi, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere, dell'età, delle opinioni politiche, dell'attività sindacale, della capacità di esprimersi in una lingua diversa dal francese, della propria appartenenza o meno, reale o presunta, a un gruppo etnico o a una nazionalità, a una cosiddetta razza o a una determinata religione». Gli articoli immediatamente successivi contribuiscono a specificare la nozione di discriminazione come segue: l'art. 225-1-1 stabilisce che «Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione operata tra le persone in quanto abbiano subito o rifiutato di subire atti di molestia sessuale come definiti negli articoli 222-33 o abbiano testimoniato tali fatti, incluso, nel caso di cui al punto I dello stesso articolo, se le dichiarazioni o i comportamenti non siano stati ripetuti», l'art. 225-1-2 invece sancisce che «Costituisce discriminazione qualsiasi distinzione operata tra le persone in quanto abbiano subito o rifiutato di subire atti di nonnismo definiti nell'articolo 225-16-1 o abbiano testimoniato tali fatti».

[115] Art. 225-2 codice penale francese: «La discriminazione definita negli articoli da 225-1 a 225-1-2, commessa nei confronti di una persona fisica o giuridica, è punibile con la reclusione di tre anni e con la multa di 45.000 euro quando consista nel: 1° rifiutare la fornitura di beni o servizi; 2° ostacolare il normale esercizio di qualsiasi attività economica; 3° rifiutare di assumere, sanzionare o licenziare una persona; 4° subordinare la fornitura di beni o servizi a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225-1-2; 5° fare un'offerta di lavoro, una richiesta di tirocinio o un periodo di formazione in azienda subordinata a una condizione basata su uno degli elementi di cui all'articolo 225-1 o previsti dagli articoli 225-1-1 o 225 -1-2; 6° rifiutare di accettare una persona per uno dei tirocini di cui al 2 ° dell'articolo L. 412-8 del codice della sicurezza sociale. Quando il diniego discriminatorio previsto al 1° è commesso in un luogo aperto al pubblico o al fine di impedirne l'accesso, le pene sono aumentate a cinque anni di reclusione e ad una multa di 75.000 euro». Il richiamo all'art. 225-2 è contenuto nel disposto della norma di chiusura della Sezione del codice penale francese dedicata alla discriminazione, ossia l'art. 225-4 ai sensi del quale «Le persone giuridiche dichiarate penalmente responsabili, alle condizioni previste dall'articolo 121-2, per i reati di cui all'articolo 225-2 incorrono, oltre alla sanzione pecuniaria nei termini previsti dagli articoli 131-38, le sanzioni previste dal 2° al 5°, 8° e 9° dell'articolo 131-39. Il divieto di cui al 2° dell'articolo 131-39 riguarda l'attività nell'esercizio della quale o in occasione dell'esercizio della quale è stato commesso il reato».

[116] Art. 225-3 codice penale francese: «Non si applicano le disposizioni del precedente articolo nel caso di: 1° Discriminazione basata sullo stato di salute, quando si tratta di operazioni volte a prevenire e evitare il rischio di morte, i rischi che ledono l'integrità fisica della persona o i rischi di incapacità al lavoro o disabilità. Tuttavia, tale discriminazione è punita con le sanzioni previste dall'articolo precedente quando si basino su test genetici predittivi aventi ad oggetto una malattia non ancora dichiarata o una predisposizione genetica ad una malattia o quando essi si basino sulla presa in considerazione delle conseguenze sullo stato di salute del prelievo di organi come definito nell'articolo L. 1231-1 del Codice della sanità pubblica; 2° Discriminazioni fondate sullo stato di salute o sull'invalidità, quando consistano nel rifiuto dell'assunzione o nel licenziamento per inidoneità accertata dal punto di vista medico ovvero nell'ambito del Titolo IV del Libro II del Codice del Lavoro, sia nell'ambito delle norme statutarie relative al servizio civile; 3° Discriminazione fondata, in materia di assunzione, su un motivo di cui all'articolo 225-

(come, per esempio, rifiutare di assumere un soggetto con disabilità per una mansione al cui impiego non sarebbe idoneo).
Il riferimento alla sussistenza, vera o presunta, dell'elemento discriminatorio pare idonea a garantire una maggiore tutela da siffatto genere di comportamenti: sarebbe infatti punita la condotta discriminatoria commessa nei confronti di un soggetto che si crede essere omosessuale anche se, in realtà non lo è, sanzionando in tal modo la discriminazione *tout court*, anche ove concretamente non sussista la ragione per la quale si realizza il comportamento discriminatorio.
La normativa antidiscriminatoria francese, inoltre, costituisce un valido esempio di come i dubbi connessi alla violazione del principio di tassatività o sufficiente determinatezza da parte di una norma penale intenta a maneggiare concetti dai labili contorni come quelli della materia *de qua* possano essere agevolmente superati da un'adeguata tecnica di normazione.
Pur mancando ancora nel nostro ordinamento una legislazione di contrasto alle discriminazioni sorrette da movente omofobico, occorre evidenziare come non siano invero mancati i tentativi di introdurre in Italia una normativa di tal fatta.
Da ultimo il d.d.l. Scalfarotto[117], recante "Disposizioni in materia di contrasto dell'omofobia e della transfobia", aveva tentato di estendere ai suddetti motivi alcune delle condotte individuate dall'art. 3 della l. Reale-Mancino già previste con riferimento ai motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.
Diverse sono state le argomentazioni opposte all'introduzione di una normativa antidiscriminatoria fondata su motivi omofobici.

---

1 del presente codice, quando tale motivo costituisce un requisito professionale essenziale e determinante e purché l'obiettivo sia legittimo e proporzionato; 4° Discriminazione fondata, in termini di accesso a beni e servizi, sul sesso quando tale discriminazione sia giustificata dalla tutela delle vittime di violenza sessuale, da considerazioni legate al rispetto della vita privata e del decoro, dalla promozione dell'uguaglianza di genere o dagli interessi di uomini o donne, libertà di associazione o organizzazione di attività sportive; 5° Rifiuto di assunzione in base alla nazionalità qualora risulti dall'applicazione di disposizioni statutarie in materia di pubblico impiego; 6° Discriminazione legata al luogo di residenza quando il responsabile della fornitura di un bene o di un servizio si trova in una situazione di pericolo manifesto. Le misure adottate a favore delle persone residenti in determinate aree geografiche e volte a promuovere la parità di trattamento non costituiscono discriminazione». Il successivo art. 225-3-1 specifica che «I reati previsti dalla presente sezione si configurano anche se commessi nei confronti di una o più persone che abbiano richiesto uno dei beni, atti, servizi o contratti di cui all'articolo 225-2 al fine di dimostrare la sussistenza del comportamento discriminatorio, una volta accertata tale condotta».

[117] L'art. 1 co. 1 del d.d.l. Scalfarotto intendeva estendere ai motivi omofobici e transfobici le condotte di istigazione alla commissione o di commissione medesima di atti di discriminazione (art. 3 co. 1 lett. *a* seconda parte l. n. 654/1975, come modificata dalla l. 85/2006), le condotte di istigazione a commettere o la commissione medesima di violenza o atti di provocazione alla violenza (art. 3 co. 1 lett. *b* l. n. 654/1975), la costituzione e la partecipazione ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione (art. 3 co. 3 l. n. 654/1975). L'art. 1 in esame, dopo il comma 3, aggiungeva un ulteriore comma 3 *bis* del seguente tenore «Ai sensi della presente legge, non costituiscono discriminazione, né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei princìpi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni». La modifica più rilevante presente al secondo comma dell'art. 1 riguardava l'estensione dei motivi omofobici e transfobici alla circostanza aggravante di cui all'art. 3 del d.l. n. 122/1993, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 205/ 1993. Il secondo ed ultimo articolo del d.d.l. in questione, rubricato "Statistiche sulle discriminazioni e sulla violenza", era volto a verificare l'applicazione della legge e la realizzazione delle politiche di contrasto alla discriminazione. Sul punto v. L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1537. F. Pesce, *Omofobia e diritto penale, op. cit.*, 22 ss.

C'è chi ha obiettato che, in tal modo, si creerebbe un fenomeno di "discriminazione alla rovescia" a danno degli eterosessuali o di altre categorie vulnerabili, creando un ingiustificato privilegio per determinati soggetti. A tal riguardo è stato puntualmente osservato come l'asserita violazione dell'art. 3 Cost. non sia concretamente sostenibile in materia, in quanto la principale disposizione a tutela dell'uguaglianza nel nostro ordinamento giustifica le discriminazioni ragionevoli, ben potendo intervenire, dunque, in circostanze di vulnerabilità soggettiva[118].
Inoltre l'obiezione sarebbe facilmente superabile facendo riferimento - in prospettiva *de lege ferenda* - alla discriminazione dettata dall'orientamento sessuale della vittima, in modo tale da estendere la protezione anche agli eterosessuali.
Il rischio di una discriminazione a rovescio parrebbe, inoltre, sconfessato - secondo parte della dottrina - dai dati statistici sugli *hate crimes* in materia di violenza omofobica, i quali renderebbero un intervento in materia rispettoso del principio di eguaglianza-ragionevolezza[119].
Non sarebbe neanche possibile obiettare che l'introduzione di una circostanza inerente l'omofobia sarebbe connotata da una spiccata impronta soggettivistica incompatibile con l'ordinamento penale. «L'opzione a favore di un diritto penale oggettivistico non comporta, invece, la rinuncia a valorizzare le componenti soggettive del reato, di un reato imperniato su un fatto offensivo di beni giuridici»[120].
È stato poi sostenuto da altre parti come l'estensione della normativa antidiscriminatoria al movente omofobico potrebbe non essere necessaria, essendo applicabile in tali situazioni il disposto dell'art. 61 n. 1 Cp che disciplina la circostanza aggravante dei motivi abietti e futili.
Accogliendo la definizione fornita dalla Corte di Cassazione, «per motivo abietto si intende quello turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca ripulsione ed è ingiustificabile per l'abnormità di fronte al sentimento umano»[121].
Ancora più di recente la Suprema Corte si è espressa con riferimento al motivo futile, ritenendo che quest'ultima circostanza aggravante sussista «ove la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento»[122].

---

[118] M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *GenIus* 2015, 19; E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., 25 ss.
[119] L. Goisis, *Omosessualità,* hate crimes *e diritto penale,* in *GenIus* 2015, 51; E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri,* cit., 16.
[120] E. Dolcini, *Omofobia e legge penale*, cit., 33.
[121] Cass. 6.5.2008 n. 32851, in *DeJure.* Più di recente il motivo abietto è stato definito, in termini analoghi, come «quello turpe, ignobile, che rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, nonché quello spregevole o vile, che provoca repulsione»: così Cass. 9.1.2015 n. 5171, in *DeJure.* L'unica occasione in cui la Corte di Cassazione si è trovata a dover valutare l'applicazione dei motivi abietti e futili con riguardo alla materia dell'omosessualità si è espressa in questi termini: «Non ricorre la circostanza aggravante del motivo abietto in relazione all'omicidio commesso da un omosessuale in danno di un soggetto del quale egli si era innamorato, venendone respinto. Deve infatti escludersi che il concetto di "abietto" possa riferirsi ai sentimenti di affetto e di amore propri di ogni essere umano, sia esso omosessuale ovvero eterosessuale»: in questo senso Cass. 12.3.2009 n. 16968, in *DeJure.* Sul punto E. Dolcini, *Omofobi: nuovi martiri*, cit., 13. La citata aggravante comune ha trovato applicazione in altri due casi meno noti verificatisi rispettivamente a Napoli e a Bari, su cui si concentra diffusamente G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato*, *op. cit*., 118 s.
[122] Cass. 30.6.2020 n. 25940, in *DeJure.*

Tali definizioni pongono un duplice problema, tanto in termini generali, quanto in termini specifici.
Dal punto di vista teorico, far dipendere la sussistenza del motivo abietto o futile dalla condivisione di un medesimo sentire da parte della generalità dei consociati comporterebbe una deriva discriminatoria, in quanto il grado di tutela di un soggetto dipenderebbe da un mero dato quantitativo.
Da un punto di vista specifico, invece, non pare proprio che l'argomento "omosessualità" sia connotato da una pacifica accettazione da parte della collettività, il che renderebbe, secondo questa interpretazione, l'art. 61 n. 1 Cp concretamente inapplicabile.
Autorevole dottrina ha inoltre evidenziato la palese contraddittorietà di tale obiezione, chiarendo come «sulla questione dell'introduzione di una circostanza aggravante del reato a motivazione omo/transfobica: o si è favorevoli (salvo discuterne struttura e disciplina) o si è contrari; è invece contraddittorio argomentare contro l'introduzione di una aggravante, per poi recuperare lo stesso disvalore all'interno di un'altra aggravante presente nel sistema»[123].
Appare da ultimo condivisibile la riflessione secondo cui l'applicazione dell'art. 61 n. 1 Cp al movente omofobico determinerebbe un "doppio binario di tutela" in quanto i connotati soggettivi di cui all'art. 604 *ter* Cp (razza, etnia, nazionalità, religione) troverebbero una maggiore tutela rispetto a quella che l'art. 61 n. 1 Cp potrebbe garantire all'omosessualità. Basti a tal proposito porre mente al fatto che, mentre l'aggravante generica dei motivi abietti e futili è suscettibile di bilanciamento, quest'ultimo è invece escluso per l'aggravante di cui all'art. 604 *ter* Cp «Questa repressione a doppio binario di crimini che hanno la stessa *occasio*, se può essere utile in via transitoria nell'attesa di una integrazione dell'art. 604-ter c.p., non può quindi essere considerata come valida nel lungo termine, per la patente discriminazione normativa che ne deriverebbe»[124].
Non sono poi mancate opinioni volte a far rientrare il movente omofobico nell'aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 Cp. È la stessa norma a fornirci i primi indizi in ordine alle circostanze che possono integrare l'aggravante in parola, riferendosi alle circostanze di tempo e di luogo nonché all'età della persona offesa (requisito riferito alle circostanze inerenti alla persona).
Invocare tale ultima circostanza aggravante sarebbe ancor più discriminatorio, poiché connoterebbe gli omosessuali come soggetti intrinsecamente vulnerabili, ove invece un uso più cauto dell'aggravante *de qua* imporrebbe di riferirsi (in ordine alle caratteristiche personali dell'offeso) a requisiti suscettibili di oggettiva valutabilità, come l'essere soggetti anziani o minori d'età.
Ciò non toglie che la minorata difesa potrebbe correttamente trovare applicazione in condizioni di concreta vulnerabilità, il che potrebbe facilmente verificarsi in situazioni in cui più aggressori approfittino della solitudine della vittima omosessuale, magari in un luogo isolato ed in tempo di notte[125].
In tale prospettiva, appare del tutto condivisibile l'impianto metodologico di quella parte di dottrina ad avviso della quale «fondare la ragione dell'intervento penale sulla maggiore vulnerabilità della vittima significa sbilanciare la riflessione sulla vittima», nella convinzione che

[123] M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale,* cit., 21.
[124] G. Viggiani, *Quando l'odio (non) diventa reato*, *op. cit.*, 119.
[125] G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, *op. cit.*, 49. In termini analoghi si esprime M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale,* cit., 24, chiarendo che «Il richiamo alla vulnerabilità dell'omosessuale per giustificare l'estensione dell'aggravante della minorata difesa alle aggressioni omo/transfobiche sottenderebbe un argomento inconsapevolmente discriminatorio».

invece «debba essere considerato il maggior disvalore insito nell'aggressione di stampo omofobico»[126].
Non si comprende (o, forse, si comprende fin troppo) come mai la possibile estensione della normativa antidiscriminatoria nel nostro ordinamento al movente omofobico sia stata accolta da così tante obiezioni che, invece, non si sono registrate al momento dell'introduzione della discriminazione religiosa ad opera della l. Mancino.
Del pari, non si comprende come mai, da un lato, si facciano passi in avanti nella delicata materia della parificazione dei diritti delle persone omosessuali - basti pensare all'introduzione delle unioni civili nell'ordinamento italiano o alla recentissima pronuncia delle Sezioni Unite sulla validità in Italia dell'adozione ottenuta all'estero da una coppia omosessuale[127] - e dall'altro si torni indietro ostacolando l'introduzione di una normativa antidiscriminatoria a sfondo omofobico.

7. Il d.d.l. Zan, recante *Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, approvato dalla Camera dei deputati il 4.11.2020, si pone in sostanziale continuità con gli intenti del d.d.l. Scalfarotto, proponendosi di estendere la normativa antidiscriminatoria del nostro ordinamento, oggi confluita nel corpo degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, ad ulteriori moventi discriminatori.
L'art. 1 del disegno di legge in esame fornisce una serie di definizioni (relative al sesso, al genere, all'orientamento sessuale ed all'identità di genere, non essendo però delineato il concetto di disabilità) utili ad orientarsi nella materia che ci si propone di disciplinare. Anche se l'articolo in questione si apre con l'espressione "Ai fini della presente legge", deve ritenersi che siffatte definizioni si riferiscano in realtà al disposto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp[128].
Tale integrazione appare funzionale a garantire il rispetto del principio penalistico della tassatività[129], troppo spesso invocato nella materia *de qua* per criticare l'impianto normativo antidiscriminatorio. Non sono mancate però sul punto voci contrastanti, come chi ha etichettato tali definizioni come "mainstream", considerandole non unanimemente condivise nel dibattito scientifico e, pertanto, idonee ad alimentare l'analisi critica degli addetti ai lavori[130].
L'art. 2, recante "Modifiche all'articolo 604-bis del codice penale", estende ai motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità la condotta di chi istiga a commettere o commette atti di discriminazione (co. 1, lett. *a*, seconda parte), il contegno di chi istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza (co. 1, lett. *b*), nonché la condotta associativa di cui al secondo comma dell'art. 604 *bis* Cp.
L'ampliamento che la norma si propone di realizzare non include la fattispecie propagandistica di cui al primo comma, lett. *a* dell'art. 604 *bis* Cp. Su tale questione e sul positivo effetto di questa

[126] M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale,* cit., 25.
[127] «In tema di efficacia nell'ordinamento interno di atti adottati all'estero, non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo "status" genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione»: Cass. S.U. 31.3.2021 n. 9006, in *DeJure*.
[128] F. Palazzo, *La nuova frontiera*, *op. cit.*, 6.
[129] A. Schillaci, *A metà del guado: la proposta di legge Zan, tra riconoscimento e solidarietà*, in *L'omo-transfobia diventa reato*, *op. cit*., 12.
[130] G. Dodaro, *La problematica criminalizzazione*, *op. cit*., 17.

scelta normativa in riferimento al diritto alla libera manifestazione del pensiero si è in dottrina generato un interessante dibattito.
A fronte di chi ha ritenuto che l'esclusione della propaganda dall'ambito della riforma «basterebbe ad escludere ogni preoccupazione in ordine a future limitazioni della libertà di espressione»[131], non si sono fatte attendere opinioni di senso contrario che trovano poco rassicurante l'esclusione operata dal disegno di legge.
L'insidia per la libera manifestazione del pensiero permarrebbe nell'istigazione sterile, specie ove quest'ultima si riferisca ad atti di discriminazione privi di rilevanza penale, a nulla rilevando l'interpretazione operata dalla giurisprudenza costituzionale - attenta al bilanciamento della libera manifestazione del pensiero con la pari dignità tutelata dalla Sezione dei delitti contro l'eguaglianza - con riguardo alle condotte istigatorie in termini di pericolo concreto[132]. Secondo tale dottrina «le componenti valutative che entrano in gioco al momento di saggiare la pericolosità in concreto di una determinata opinione sono l'esatto opposto di quel che si vorrebbe garantire con la tutela della libertà di espressione»[133], in quanto il giudice del caso concreto entra nel merito dell'espressione d'odio facendo una sua (inevitabilmente parziale e personale) valutazione in ordine alla pericolosità dell'opinione manifestata, correndosi così il rischio di dar vita a pronunce giurisprudenziali dai toni discordanti su casi sostanzialmente analoghi.
L'art. 3 propone invece una modifica all'art. 604 *ter* Cp, estendendo la circostanza aggravante in essa contenuta ai motivi inerenti il sesso, il genere, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o la disabilità. L'articolo in esame utilizza espressamente il termine "motivi", il che ci porterebbe a ritenere che questi ultimi coesisterebbero con il termine "finalità" presente nella parte precedente della norma e riferito all'odio etnico, nazionale, razziale o religioso. L'art. 604 *ter* Cp infatti, nella sua attuale formulazione, prevede un aumento del trattamento sanzionatorio per i reati puniti con pena diversa dall'ergastolo commessi per "finalità" di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare organizzazioni con siffatti scopi. Il riferimento ai "motivi" concernenti sesso, genere, orientamento sessuale, identità di genere e disabilità che il d.d.l. Zan propone di introdurre rischia di generare un diverso approccio in termini di accertamento probatorio, dal momento che il motivo e la finalità si collocano in due momenti diversi della verifica processuale[134].
L'art. 4, rubricato "Pluralismo delle idee e libertà delle scelte", contiene una clausola di salvaguardia della libera manifestazione del pensiero, volta a tutelare la «libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte, purché non idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti». Il legislatore, dunque, introducendo il riferimento al pericolo concreto, rimette al bilanciamento casistico del giudice il contemperamento tra le opposte esigenze della

[131] L. Goisis, *Brevi riflessioni sulla recente proposta di legge in materia di crimini d'odio omotransfobico, di genere, per disabilità*, in *L'omo-transfobia diventa reato*, cit., 24.
[132] Intuitivo il riferimento alla sentenza della C. cost., 4.5.1970, n. 65, in *DeJure*, la quale sancisce il principio per il quale «l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ultimo comma, del codice penale non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti». Si veda sul tema C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., 19 ss.; tale pronuncia è stata fatta oggetto d'analisi anche da G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico, op. cit*., 221 ss.
[133] C. Visconti, *Ancora bigotti? Noterelle anti-penalistiche su libera prostituzione e omofobia*, in *sistemapenale.it*, 4.2.2021, 9 s. L'A. chiarisce più avanti come «punire l'istigazione in quanto tale è di per sé una limitazione della libertà di espressione (ammesso e non concesso che sia agevole distinguerla dalla propaganda); condizionarne la punibilità all'accertamento della pericolosità in concreto non salva, comunque, da una compressione della libertà di parola di cui l'istigazione rimane espressione».
[134] Per un approfondimento sul tema, già affrontato nelle pagine precedenti, si veda *supra*, § 3, 9.

libera manifestazione del pensiero e dell'eguaglianza tutelata dagli articoli che ci si propone di modificare[135]. La menzione del concreto pericolo, riferito all'esternazione delle opinioni o alla realizzazione delle condotte legittime, rischia però di essere strumentalizzato, nel tentativo di astrarre siffatti comportamenti - in particolare gli atti discriminatori ma leciti (attualmente sanzionati dall'art. 604 *bis* Cp) - dalla rilevanza penale ad oggi prevista per i motivi etnici, nazionali, razziali o religiosi.

Residua sul punto un ulteriore interrogativo. Il citato art. 4 si apre con la dicitura "Ai fini della presente legge". Salvo ritenere che si tratti di una svista analoga a quella prevista dall'art. 1 del disegno di legge in esame e che, pertanto, essa vada intesa come riferita al disposto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, sorge spontaneo chiedersi: siffatta clausola di salvaguardia della libera manifestazione del pensiero dovrebbe valere esclusivamente per il movente omofobico previsto dalla proposta di legge (dando così rilievo al dettato legislativo e presupponendo che con l'espressione "Ai fini della presente legge" il legislatore intendesse riferirsi esclusivamente i neo-introducendi motivi discriminatori) oppure dovrebbe estendersi anche ai motivi nazionali, etnici, razziali e religiosi previsti nella Sezione I *bis* del codice sulla quale ci si propone di intervenire?

L'art. 5 prevede poi una serie di modifiche al d.l. n. 122/1993 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 205/1993.

Sostituisce, all'art. 1 co. 1 *bis* (il quale attribuisce al tribunale la facoltà di applicare una o più sanzioni accessorie[136] per i reati antidiscriminatori), il riferimento all'art. 3 della l. n. 654/1975, con quello attuale degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp.

Elimina l'originario comma 1 *ter* introducendone uno nuovo con il quale si stabilisce, in caso di condanna per uno dei delitti in esame, la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena, ove il condannato non si opponga, alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività, prevedendo altresì che, nei casi di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova da parte dell'imputato, per lavoro di pubblica utilità deve intendersi quanto previsto dai commi 1 *quater*, 1 *quinquies* e 1 *sexies*.

Altra novità di particolare rilievo si rinviene nella modifica del comma 1 *quater*. Originariamente l'attività non retribuita a favore della collettività doveva svolgersi al termine dell'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di dodici settimane. Il disegno di legge in esame, rimuovendo tale inciso, ammette implicitamente la possibilità che la sanzione accessoria non venga espiata più al termine del periodo di detenzione; ma vi è di più. Nel determinare l'attività a favore della collettività il giudice, grazie al nuovo inciso che la proposta di legge intenderebbe introdurre, dovrà tener conto delle ragioni che hanno determinato la condotta. Con tale modifica si palesa un rinnovato interesse da parte del legislatore - il quale non potrà che sollecitare anche le riflessioni della dottrina - nei confronti del movente del soggetto agente.

Da ultimo, l'art. 5 in esame annovera tra le attività non retribuite a favore della collettività, lo svolgimento del lavoro a favore delle associazioni a tutela delle vittime dei reati di cui all'art. 604 *bis* Cp, dando così al giudice la possibilità di instaurare un più stretto legame tra il reo e la comunità

[135] F. Palazzo, *La nuova frontiera*, *op. cit.*, 7.

[136] Le sanzioni accessorie in parola, elencate dall'Allegato alla l. 205/1993, (G.U. n. 148 del 26.6.1993) sono: «a) obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1 ter; b) obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno; c) sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere; d) divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni».

della vittima da lui discriminata (pur essendo dietro l'angolo il rischio che una scelta di tal fatta aizzi ancor di più il condannato nei confronti della categoria a favore della quale si troverebbe a dover prestare la propria attività).
L'art. 6 del d.d.l. in esame si propone, inoltre, di modificare l'art. 90 *quater* Cpp[137], rubricato "Condizione di particolare vulnerabilità". Tale articolo stabilisce che, ai fini della valutazione della condizione di vulnerabilità della persona offesa, si debba tener conto dell'eventualità in cui il fatto risulti commesso con violenza alla persona o con odio razziale. La proposta di legge aggiungerebbe al movente razziale anche i motivi fondati «sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere», non comprendendosi, invero, l'assenza in tal sede del riferimento alla disabilità.
L'art. 7 istituirebbe, poi, la Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, al fine di promuovere la cultura del rispetto e dell'inclusione, nonché di contrastare i pregiudizi, le discriminazioni e le violenze animate dai succitati motivi. In tal modo troverebbero attuazione i principi di eguaglianza e pari dignità sociale sanciti dalla Costituzione, anche grazie alla promozione di un percorso di educazione scolastica in tal senso, così realizzando una positiva forma di orientamento culturale. Sul punto parte della dottrina aveva invero proposto l'introduzione di una più generale giornata contro i crimini d'odio, in modo da non lasciare privo di riconoscimento nessun fattore di discriminazione[138].
L'art. 8, poi, modifica l'art. 7 del d. lgs. 9.7.2003, n. 215[139], attribuendo all'Ufficio per il contrasto delle discriminazioni (UNAR) il compito di elaborare, con cadenza triennale, una strategia nazionale per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere.
L'art. 9 integra il disposto dell'art. 105 *quater* del d.l. 19.5.2020, n. 34 convertito, con modificazioni, dalla l. 17.7.2020, n. 77[140] in materia di centri contro le discriminazioni motivate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere con il riferimento ai reati di cui all'art. 604 *bis* Cp ed alla circostanza aggravante di cui all'art. 604 *ter* Cp.
Infine, l'art. 10 della proposta in esame attribuisce all'Istituto nazionale di statistica, in collaborazione con l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori (OSCAD), il compito di svolgere una rilevazione statistica, con cadenza almeno triennale, al fine di verificare l'applicazione della legge *de qua* e la realizzazione delle relative politiche antidiscriminatorie.
Anche senza condividere l'opinione di quella parte di dottrina che ritiene configurabile un obbligo di incriminazione per i crimini d'odio omofobico[141], l'introduzione dell'appena esaminato disegno di legge pare opportuna per un semplice ragionamento di fondo.
Il d.d.l. Zan altro non fa se non proporre di espandere l'ambito di applicazione di una normativa presente già da anni nel nostro codice. Essere contrari all'ampliamento del movente omofobico dovrebbe comportare l'affermazione dell'illegittimità dell'intero impianto degli artt. 604 *bis* e *ter* Cp, cui si riferiscono le valutazioni critiche fino ad ora svolte.

[137] Articolo introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. *b* del d. lgs. 15.12.2015, n. 212, emanato in attuazione della dir. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25.10.2012, che istituisce "Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato".
[138] L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1545.
[139] G.U. n. 186 del 12.8.2003. Decreto legislativo emanato in attuazione della dir. 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.
[140] G.U. n. 180 del 18.7.2020.
[141] L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1527.

In poche parole, appare contraddittorio sostenere la legittimità dell'incriminazione della discriminazione razziale o di quella animata da movente religioso ed opporsi alla discriminazione omofoba: siffatto modo di argomentare paleserebbe, infatti, un'intima contraddizione.

8. La materia *de qua* si colloca sul campo minato del complesso rapporto tra diritto penale, etica[142], morale[143] e laicità[144], concetti legati tra loro da un (in)visibile *fil rouge*.
Con particolare riguardo al principio di laicità, diverse sono state le definizioni che sono state proposte in dottrina.
Essa può essere definita come l'idea di neutralità ed equidistanza, non equivalente però a indifferenza, dell'ordinamento penale rispetto alle diverse concezioni del mondo[145], ma anche come convivenza ed inclusione di eguali libertà in cui coesistono una pluralità di culture e tradizioni in libero confronto tra loro[146].
Uno Stato può compiutamente definirsi "laico" nella misura in cui promuova la libera coesistenza tra le varie concezioni etiche che al suo interno possono svilupparsi: in una società democratica «l'unica forza dello Stato laico è la sua debolezza, cioè la capacità metodologica di fungere da ospite - e garante - delle diversità»[147].
Guardando più da vicino, con riferimento alla materia penalistica, il c.d. *ius terribile* assume il ruolo di garante di siffatta convivenza tra differenti culture, presupponendo la reciproca autonomia tra diritto e morale. In questo specifico ambito la laicità si riferisce alla «garanzia di un pluralismo di valori etici e politici, che debbono restare immuni da coercizione giuridica e poter legittimamente confrontarsi, con pari libertà e dignità»[148].
Se da un lato par vero che il diritto penale si trova a preservare valori che riceve in eredità dal tipo di società democratica di riferimento[149], non sembra però da respingere l'idea che il diritto penale medesimo possa altresì assumere un ruolo di avanguardia nei confronti di beni giuridici di nuovo conio, tra i quali potrebbe (perché no) farsi rientrare la tutela contro discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale[150].

---

[142] Riflette compiutamente sul passaggio del diritto penale da *extrema ratio* e *unica ratio* F. Pesce, *Omofobia e diritto penale*, *op. cit*., 36. l'A. sul punto si esprime efficacemente nei seguenti termini: «in Italia, attualmente, la società sembra percepire il diritto penale come "la nuova etica pubblica", le scelte etiche condivise paiono essere solo quelle sancite dal diritto penale, tanto che una condotta è percepita come socialmente riprovevole e pertanto censurabile soltanto se riconosciuta come penalmente rilevante dall'ordinamento penale».

[143] Appare possibile distinguere una morale positiva e una morale critica: «la prima corrisponde alla morale effettivamente accettata e condivisa in un determinato gruppo sociale (nell'ambito delle odierne società "pluraliste", potremmo parlare di "morali" specifiche effettivamente vigenti nei vari gruppi sociali); la seconda (morale critica) si preoccupa, invece, di elaborare i principi generali da impiegare nel sottoporre a vaglio critico la morale e le morali positive»: v. G. Fiandaca, *Punire la semplice immoralità?*, cit., 210 s.

[144] G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 18 ss.

[145] G. Ricciardi, *Omofobia e legge penale*, *op. cit*., 11.

[146] D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *RIDPP* 2006, 57.

[147] G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 41.

[148] D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, cit., 65.

[149] G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., 40. In tal sede l'A., preliminarmente richiamando il pensiero di Joel Feinberg nei termini del «disconoscimento al diritto penale della competenza a svolgere una funziona promozionale o propulsiva di interessi o valori non ancora avvertiti dai singoli» (citazione rinvenibile a 26), ne condivide l'impostazione metodologica palesando perplessità nei confronti di un uso promozionale delle risorse punitive, 37.

[150] M. Donini, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"Offense" di Joel Feinberg"*, 58, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit. Dello stesso avviso pare autorevole dottrina secondo cui «quando vi siano esigenze di tutela di interessi socialmente

Le fattispecie incriminatrici oggetto d'esame nel presente lavoro, volte a prevenire il danno prodotto dalle manifestazioni d'odio, tendono a legittimarsi (come si è cercato di esplicitare) in termini di tutela della dignità e, soprattutto, dell'uguaglianza di ogni essere umano: «in nome della tutela di beni così evocativi da un punto di vista ideale ed emotivo può invero apparire giustificato (…) il sacrificio conseguentemente imposto alla libertà di manifestazione del pensiero e alla libertà del dibattito politico»[151].

Attenzione, l'idealità di questi beni può portare al fraintendimento dei loro connotati essenziali e alla loro facile sovrapposizione con l'ancora più sfumata categoria dei sentimenti (i quali potrebbero non assurgere al rango di "bene giuridico" in quanto non facilmente delineabili in termini di tassatività): «il diritto penale non tutela meri sentimenti (…) ma la loro obiettivazione in situazioni sociali, in interessi, in beni giuridici più definiti della percezione soggettiva: tanto che essi vengono tutelati a prescindere dalla prova di quella percezione in capo a un qualche individuo determinato»[152].

Un approccio restrittivo alla materia *de qua* potrebbe portarci a dire che il diritto, in particolare il diritto penale, non dovrebbe forse occuparsi di siffatti fenomeni. Così facendo, tuttavia, si corre il rischio di creare pericolosi vuoti di tutela che una moderna società civile non dovrebbe consentire, avendo quest'ultima il compito di apprestare una tutela rafforzata ai gruppi di minoranza in un'ottica di eguaglianza sostanziale volta a trattare diversamente situazioni differenti[153].

Non deve sorprendere troppo che, specie nel diritto penale, ci sia la possibilità che la cultura vada a permeare il diritto e che il precetto penale assuma una funzione "narrativo-pedagogica", ciò alla luce della sua indubbia funzione di orientamento culturale, specialmente in termini general-preventivi.

Gli artt. 604 *bis* e *ter* Cp (specie nella loro componente dialettica), a maggior ragione ove il d.d.l. Zan dovesse vedere la luce, possono essere considerati come norme simboliche, sì, ma in senso eccezionalmente positivo: ciò che non è condivisibile è un uso del diritto penale che si limiti alla sola funzione educativa, in assenza di un sottostante interesse meritevole di tutela penale. Il problema non risiede tanto nell'intento simbolico, quanto piuttosto nelle modalità con cui siffatto intento si realizza. Si tratta, in definitiva, di un problema che non avrebbe ragione di porsi ove si facesse un uso legittimo del diritto penale, anche per un fine "simbolico".

L'omofobia (parola composta dei termini greci *ὁμός* e *φόβος*, letteralmente "la paura dello stesso", come se avere paura di qualcosa che sia uguale a noi non fosse abbastanza contraddittorio) costituisce un problema di educazione culturale ed è proprio questa la via da percorrere per attuare una proficua strategia di prevenzione della criminalità dell'odio[154], proprio come il d.d.l. Zan tenta di fare muovendosi non soltanto in ambito repressivo ma anche preventivo. In quanto problema culturale essa richiede, al fine di essere disinnescata, un'adeguata educazione.

In un'era in cui le piattaforme social hanno assunto rilevanza fondamentale nella vita di ognuno - trattandosi di strumenti idonei ad amplificare l'odio in modo esponenziale (un odio non sempre facilmente definibile ed identificabile) ed in cui il messaggio negativo viaggia più velocemente rispetto al messaggio positivo -, optare per un bilanciamento tra legge, collaborazione con le

significativi, il diritto (anche penale) può fare da apripista, additando come meritevoli di riconoscimento e tutela interessi e valori non ancora ben radicati nella coscienza sociale, e/o diversamente valutati da diverse concezioni etico politiche»: D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale,* cit., 67.

[151] G. Fiandaca, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia,* cit., 37.

[152] M. Donini, *"Danno" e "offesa", op. cit.*, 80 s.; sul tema, recentemente, F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto.* cit.

[153] L. Goisis, *Omofobia e diritto penale,* cit., 16 s.

[154] L. Goisis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, cit., 1533.

piattaforme medesime e educazione potrebbe essere una possibile via da percorrere. Il vero problema dell'educazione al rispetto del "diverso", però, è che essa costituisce un processo che richiede tempo e – senza l'ausilio del diritto, anche penale – si rischia di arrivare in ritardo[155].

[155] Suggestive quanto particolarmente efficaci appaiono le parole di A. Galluccio, *Punire la parola pericolosa?, op. cit.*, 158, secondo cui «Il discorso d'odio *inquina, goccia dopo goccia*, l'ambiente in cui viviamo; fermarlo costituisce un'operazione *ecologica*, di *bonifica* della società di cui siamo membri».

INTERVENTI E RELAZIONI

ABBATTERE IL MURO DELL'IMPUTABILITÀ. UNA PROPOSTA CHE GUARDA OLTRE*

di Franco Corleone**
Ex-commissario unico per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari

A quattro anni dalla chiusura dell'ultimo ospedale psichiatrico giudiziario (OPG) è tempo di bilanci e di nuove proposte. La riforma per il superamento degli OPG è stata una vera rivoluzione, ma nella situazione odierna è necessario un ulteriore passo avanti, in una direzione conforme alla legge Basaglia e già indicata dalla commissione Marino: il superamento del doppio binario. Questo scritto mira a sostenere la proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati dall'On. Magi. L'autore lancia un allarme sui recenti tentativi di mettere in discussione i principi chiave della precedente riforma e sostiene che sia necessario il riconoscimento di soggettività e diritti alle persone con disabilità psicosociale, anche attraverso l'attribuzione di responsabilità penale per i loro atti.
Four years on from the closure of the last psychiatric forensic hospital (OPG) it's time to take stock and make a new proposal. The reform for the OPG's overcoming has been a real revolution, but in the current situation we need to step forward, in a direction compliant with Basaglia Reform and already indicated by the Marino Commission: the overcoming of the criminal code double jeopardy. This paper supports the legislative proposal presented to the House of Representative by the Congressman Magi. The author launches an alert on the recent attempts to questionings the core principles of the previous reform and argues that it's necessary the recognition of the subjectivity and rights of people with psychosocial disabilities, also through the allocation of criminal liability for their acts.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La «rivoluzione gentile». Tra conquiste, punti fermi e criticità – 2.1. Le conquiste: la legge n. 81/2014 e l'esperienza felice delle REMS – 2.2. Punti fermi da confermare e preservare. Contro le nostalgie del manicomio – 2.3. Criticità da monitorare. Per iniziare a guardare oltre. – 3. Una rivoluzione «che aspetta la riforma». I nodi da affrontare – 4. La responsabilità è terapeutica. Una proposta radicale. – 4.1. Breve storia delle proposte – 4.2. La radicale continuità – 4.3. I contenuti – 5. Conclusioni.

1. - In materia di salute mentale, l'Italia può insegnare molto in Europa e nel mondo: è il primo paese ad aver chiuso i manicomi civili nel 1978, con la legge n. 180/1978, nota come legge

Basaglia[1] e ad aver introdotto un approccio *community-based*[2] di tutela della salute mentale. Tanto che l'esperienza del servizio triestino è riconosciuta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come una delle più avanzate al mondo[3].
A quella legge, così rivoluzionaria, erano comunque sopravvissuti i manicomi criminali, che nonostante il nuovo appellativo di "ospedali psichiatrici giudiziari", introdotto dalla legge n. 354/1975, istitutiva dell'ordinamento penitenziario, sono rimasti fino al loro superamento le stesse «istituzioni totali per eccellenza: carceri e manicomi insieme»[4], con un direttore penitenziario, la polizia penitenziaria, le celle, le sbarre, la vigenza del regolamento penitenziario.
L'Italia, proseguendo sulla via tracciata dalla legge Basaglia, ha cancellato anche quell'ultimo residuo di manicomio, che l'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano non esitò a qualificare come «un orrore indegno per un paese che possa definirsi civile»[5].
Ci si potrebbe chiedere perché sia necessario oggi intervenire nuovamente sulla materia e se possa essere sensato un cambio di rotta rispetto ad una riforma che ha prodotto effetti così significativi. Con il mio intervento, vorrei provare a rispondere a questo quesito e a descrivere il cuore di una nuova proposta di legge, che promuove l'abolizione della non imputabilità per vizio di mente.

2. - Come ho avuto modo di scrivere altrove, il processo avviato il 17 Febbraio 2012, con l'introduzione dell'art. 3-*ter* della legge n. 9/2012, di conversione con modificazioni del d.l. n. 211/2011, e conclusosi con l'uscita dell'ultimo internato dall'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto, l'11 maggio 2017, è stata una «rivoluzione gentile»[6], che ha «spostato il baricentro dai binomi

---

* Il contributo costituisce la versione rivista e aggiornata della relazione svolta dall'Autore il 17.10.2020 nell'ambito del convegno "*Malattia psichiatrica e pericolosità sociale: tra sistema penale e servizi sanitari*", organizzato dal Curriculum in Amministrazione, Mercato e Giustizia Penale del Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Pisa. Il testo è destinato alla raccolta degli atti del convegno, in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli.
** Il contributo è stato scritto con la collaborazione della Dr.ssa Giulia Melani, ricercatrice indipendente, dottoressa di ricerca in Scienze del linguaggio, della società, della politica e dell'educazione.
[1] Come noto, la legge n. 180/1978, il cui contenuto è stato integralmente traslato nella legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale n. 833/1978, ha previsto la chiusura degli ospedali psichiatrici, ha riaffermato il principio costituzionale della volontarietà dei trattamenti sanitari e introdotto come unica eccezione il trattamento sanitario obbligatorio, che può essere disposto per urgenza e in caso di rifiuto delle terapie e non per pericolosità a sé e agli altri, come era previsto, dalla legge precedentemente vigente, per i ricoveri in manicomio. Per una ricostruzione storica, si rinvia a: V.P. Babini, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento,* Bologna 2009*;* M. Colucci-P. Di Vittorio, *Franco Basaglia*, Milano 2009; *Il manicomio dimenticato*, a cura di G. Contini-E. Straticò, Bologna 1988; F. Ongaro Basaglia, *L'itinerario di Franco Basaglia attraverso i suoi scritti,* in *Sapere* 1982, 11 e ss.; B. Saraceno, *Psichiatria Democratica: cronaca di una lotta,* in *Sapere* 1982, 21 e ss. Sulla disciplina introdotta dalla legge n. 180/1978, si rinvia a S.P. Panuzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione,* in *DS* 1979, 4, 889 e ss.; G. Melani, *La funzione dell'OPG. Aspetti normativi e sociologici,* in *AD* 2014, cap. 3.
[2] Nella letteratura internazionale sulla cura della salute mentale, si distinguono due principali modelli di politiche (ciascuno con le sue ulteriori declinazioni): un modello istituzionale e un modello *community-based. Cfr.* S. Goodwin, *Comparative mental health policy: From institutional to community care,* London 1997.
[3] World Health Organization, *Mental Health: Stop Exclusion-Dare to Care,* 2001, in *www.who.int/world-health-day/previous/2001/en/.*
[4] F. Corleone, *La fine degli OPG e il cambiamento radicale,* in *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma,* a cura di F. Corleone, in *Quaderni del Circolo Rosselli,* diretto da Spini V., 2018, XXXVIII, 130, 11.
[5] G. Napolitano, *Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica,* 2012, la cui trascrizione è reperibile sul sito della Presidenza della Repubblica *www.quirinale.it.*
[6] F. Corleone, *La rivoluzione gentile,* cit., 11-17.

manicomiali "malattia mentale/pericolosità sociale e cura/custodia", ai progetti di cura e riabilitazione individuali e al territorio»[7].
Il percorso per completare il superamento è stato lungo, complesso e non privo di insidie: due proroghe, l'effettiva conclusione del processo solo dopo due anni dallo spirare dell'ultimo termine e con l'intervento, resosi necessario, di un commissario unico, incarico per cui sono stato nominato dal Consiglio dei Ministri il 19 febbraio 2016 e che ho ricoperto per un anno[8]. I ritardi e la dilatazione rispetto al programma originario sono stati anche un'occasione per ripensare l'intervento e apportare modifiche particolarmente significative alla disciplina delle misure di sicurezza psichiatriche[9]. In particolare, con la legge n. 81/2014, di conversione con modificazioni del d.l. n. 52/2014, è stato previsto un tetto massimo di durata della misura di sicurezza detentiva, è stato disposto che il giudizio di pericolosità sociale non possa fondarsi sulla sola mancanza di programmi terapeutici individuali, è stato introdotto il principio di *extrema ratio* della misura del ricovero in REMS.
Questo grande passaggio, però, è stato fatto a codice penale invariato e senza affrontare i nodi e le contraddizioni che da sempre caratterizzano la misura di sicurezza detentiva psichiatrica. Contraddizioni che definisco felici, ma che non possono essere occultate e meritano di essere analizzate e affrontate.

2.1. - Il superamento degli OPG ha messo fine ad una storia di violenze, spoliazioni e condizioni di vita inumane, testimoniate nel corso degli anni dagli internati alla loro uscita dagli OPG– da Aldo Trivini[10] a Maria Luisa Marsigli[11] a Michele Fragna[12] – e dagli organismi di monitoraggio che hanno visitato quei luoghi – dal CPT[13] alla Commissione d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale, presieduta da Ignazio Marino[14]. Oggi, possiamo felicemente guardare ad esperienze molto positive, come quelle delle REMS di Nogara e di Bologna, sulle quali sono state presentate relazioni esaustive.
La «rivoluzione gentile» ha eliminato quelle condizioni manicomiali e inciso, grazie alla legge n. 81/2014, su alcuni degli aspetti più a lungo criticati delle misure di sicurezza psichiatriche.

[7] F. Corleone, *La fine degli OPG. Un bilancio di transizione,* in *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma*, a cura di F. Corleone, in *Quaderni del Circolo Rosselli,* diretto da Spini V., 2018, XXXVIII, 130, 31.
[8] Per la ricostruzione delle varie tappe del processo di superamento, si rinvia a: G. Melani, *Dalla genesi all'attuazione: il non-finito processo di superamento degli OPG,* in *L'abolizione del manicomio criminale. Tra utopia e realtà*, a cura di F. Corleone, Fiesole 2015, 71-82.
[9] G. del giudice-S. Cecconi, *Il caso StopOpg. Quando la partecipazione migliora il progetto politico*, in *Aut Aut* 2016, 370, 68 ss.
[10] Si fa riferimento al memoriale dattiloscritto, depositato il 6 gennaio 1974 da Aldo Trivini alla Procura della Repubblica di Aversa, integralmente riportato D.S. Dell'aquila-A. Esposito, *Cronache di un manicomio criminale,* Edizioni dell'asino, Roma 2013.
[11] M.L. Marsigli, *La marchesa e i suoi demoni. Diario da un manicomio,* Feltrinelli, Milano, 1973.
[12] Alcuni estratti del diario di Michele Fragna sono riportati in *Vito il recluso. OPG un'istituzione da abolire*, a cura di F. Maranita, Roma 2005.
[13] Council of Europe – European Committee for The Prevention of Torture and Inhumane or Degrading Treatment and Punishment, *Report to the Italian Government in the visit to Italy carried out by the European Committee for The Prevention of Torture and Inhumane or Degrading Treatment and Punishment (CPT) from 14 to 26 september 2008*, CPT/inf(2010) 12.
[14] Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Sistema sanitario nazionale – Senato della Repubblica – XVI legislatura, *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, 20.07.2011, doc.XXII-bis n. 4.

Fin dai primi anni 2000, alcune associazioni – in particolare quelle che si costituiranno nel comitato StopOpg – avevano portato alla luce il problema dei cosiddetti «dimissibili», una percentuale significativa di persone a cui la misura di sicurezza era prorogata soltanto per le carenze dei servizi sociali e sanitari esterni[15]. A questa stortura ha posto un argine la previsione del divieto di contemplare, nella valutazione della pericolosità sociale, gli elementi di cui all'art. 133 co. 4 Cp e quello di fondare il relativo giudizio sulla mancanza di un piano terapeutico individualizzato[16].
Questa modifica è stata accolta da resistenze: il Tribunale di sorveglianza di Messina, il 16 luglio 2014 aveva rimesso una questione di legittimità alla Corte costituzionale[17]. La Corte il 24 maggio 2015, con sentenza n. 186/2015, la rigettò, offrendo un'interpretazione della nuova normativa, secondo cui gli elementi sociali ed economici non sono completamente esclusi dal giudizio relativo alla pericolosità sociale, ma non possono fondare l'applicazione di una misura detentiva[18].
Nonostante le resistenze, questa modifica ha sicuramente prodotto risultati, soprattutto perché è stata accompagnata da un cambio di paradigma: la gestione delle REMS non è affidata all'amministrazione penitenziaria, il personale è soprattutto sanitario ed educativo, nella gran parte delle nuove istituzioni si sono attivate collaborazioni con i dipartimenti di salute mentale che consentono, attraverso la predisposizione di piani terapeutici individualizzati, di operare per la transitorietà del percorso dentro la REMS.
La legge 81/2014 ha anche proposto una soluzione per il problema dei cosiddetti «ergastoli bianchi»: persone che per la commissione di reati spesso bagatellari, finivano per trascorrere tutta la vita in OPG, proroga dopo proroga: il tetto massimo di durata della misura di sicurezza. Una innovazione importante, ma che rischia di poter essere aggirata attraverso la sostituzione della misura detentiva con quella non detentiva della libertà vigilata, che non ha alcuna durata massima e sui cui luoghi e modalità di esecuzione, c'è una grande discrezionalità ed una grande lacuna di indagine[19].
La Corte Costituzionale, con l'importantissima sentenza 253/2003, aveva rimosso uno degli automatismi previsti in materia di misure di sicurezza psichiatriche, consentendo l'applicazione al malato di mente autore di reato, ritenuto socialmente pericoloso, della misura di sicurezza non detentiva della libertà vigilata[20]. Il legislatore del 2015 ha previsto che la misura detentiva possa essere applicata soltanto laddove non vi siano altre misure idonee. Da una ricerca effettuata nei primi mesi dopo l'introduzione della L. 81/2014 e resa nota dal Tavolo XI degli Stati generali dell'esecuzione penale[21], questa previsione non risultava ancora pienamente nota e applicata dai giudici che disponevano le misure di sicurezza.

---

[15] . "StopOpg" - gruppo di associazioni costituito per promuovere la chiusura dell'OPG – denunciava la presenza, nel 2010, di 350 dimissibili su un totale di 1419 internati, quasi il 25% della popolazione complessiva degli OPG. A novembre del 2011, a fronte di una popolazione di 1322 internati i dimissibili erano 213, pari al 16% circa. Cfr. *www.stopopg.it.*

[16] Sulla novità introdotta in materia dalla legge n. 81/2014, si rinvia a F. Schiaffo, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014,* in *DirPenCont*, 2014.

[17] Trib. Sorv. Messina, ord. 16.o7.2014 (r.o. n. 247 del 2014).

[18] Corte cost., sent. 24.05.2015, n. 186 in www.cortecostituzionale.it.

[19] G. Melani, *Il superamento degli OPG e i nodi irrisolti,* in *Archeologia criminale. Le misure di sicurezza psichiatriche e non psichiatriche La Rems di Volterra e la Casa di lavoro di Vasto,* a cura di F. Corleone, Fiesole 2019.

[20] Cfr. A. Margara, *La flessibilità delle misure di sicurezza: situazione attuale e ipotesi,* in *Fogli di informazione,* XXXII (2014), 201, 13-19.

[21] Si vedano i materiali del Tavolo XI degli Stati Generali dell'esecuzione penale sul sito del Ministero della Giustizia, *www.giustizia.it.*

Anche se rimangono alcuni nodi da risolvere, il giudizio complessivo sull'esperienza delle REMS è positivo, grazie soprattutto all'impegno del personale coinvolto. Le ricerche condotte a più riprese quando ero Garante dei diritti dei detenuti della Regione Toscana mostrano un altissimo livello di turnover della popolazione sottoposta a misura di sicurezza nella REMS di Volterra[22], un dato positivo che non è solo toscano. Infatti, dall'elaborazione dei questionari effettuata dall'Osservatorio di StopOpg, risulta che nelle 24 REMS (su 31) che hanno aderito al progetto: «le persone transitate nelle REMS dalla data della loro apertura (che varia da struttura a struttura e che va dal 01.04.2015 al 11.03.2019) sono state complessivamente 1580, di cui 11,5% di sesso femminile, mentre le persone dimesse sono state 1029 (65,1% delle transitate)»[23].

Questa esperienza, però, rischia di essere schiacciata dalle difficoltà burocratico-amministrative, perdendo l'entusiasmo che c'è stato in questi anni, se non guardiamo avanti. Il rischio è concreto, se si pensa all'incremento della durata media del ricovero in REMS, segnalato da Antigone nel XVII Rapporto sulle condizioni detentive: «al 30 novembre 2020 la durata media del ricovero in Rems è di 236 giorni, tre anni fa, nel 2017 era di 206 giorni. Una crescita costante»[24].

2.2. - Come ho scritto e dichiarato a più riprese, questa rivoluzione ha prodotto cambiamenti sostanziali è necessario ribadirlo, perché ci sono stati alcuni punti fermi che hanno caratterizzato le nuove residenze, rendendole luoghi in tutto diversi dai vecchi OPG.

In primis, dobbiamo ricordare il principio della territorializzazione, quindi il legame con la città, il paese di provenienza della persona ricoverata in REMS, il luogo dove può coltivare legami e relazioni. Dobbiamo ricordare che il principio della territorializzazione fu già un caposaldo della riforma della sanità penitenziaria[25] ed è cruciale per garantire l'attivazione di percorsi di reinserimento esterni, agevolati dalla prossimità.

Il secondo principio fondamentale è rappresentato dal numero chiuso, numero chiuso che consente che le strutture mantengano una efficacia di intervento terapeutico grazie ad un rapporto equilibrato tra operatori e pazienti. Ragione per cui, io non parlo di posti letto, ma di posti, perché le REMS non sono ospedali, ma devono essere comunità, in cui le persone devono svolgere molte attività, come è stato indicato dai relatori che hanno parlato delle REMS di Nogara e Bologna, perché la camera deve essere un luogo per garantire uno spazio personale (scrittura, lettura) e ovviamente per dormire.

Terzo e ultimo caposaldo: il rifiuto della contenzione in REMS. Le REMS infatti, come le altre strutture deputate alla cura, dovrebbero adeguarsi ai principi espressi da Comitato Nazionale di Bioetica, con il parere del 23 aprile 2015, tra i quali «la necessità del superamento della

[22] S. Migliori-K. Poneti-M. Storri-E. Tavormina, *Opg addio, per sempre*, rapporto di ricerca, 4 marzo 2014, in *www.consiglio.regione.toscana.it/garante-detenuti/default.aspx;* E. Tavormina, *Il quadro delle REMS in Italia e la fotografia di Volterra,* in *Mai più Manicomi. Una ricerca sulla Rems di Volterra. La nuova vita dell'Ambrogiana*, a cura di F. Corleone, Fiesole 2018; F. Corleone, *Relazione annuale del Garante dei diritti dei detenuti della Regione Toscana 2018*, in *www.consiglio.regione.toscana.it/garante-detenuti/default.aspx*; F. Corleone, *Relazione annuale del Garante dei diritti dei detenuti della Regione Toscana 2019*, in *www.consiglio.regione.toscana.it/garante-detenuti/default.aspx*; F. Corleone, *I Relazione del Commissario unico per il superamento dell'OPG*, 2016; F. Corleone, II Relazione del Commissario unico per il superamento dell'OPG, 2017.

[23] P. Pellegrini-C. Visentini-L. Tadonio-C. Pellegrini, *Primi risultati della rilevazione sulle REMS,* in *www.osservatoriostop.opg.it;*

[24] *Ibid.*

[25] Il complesso di atti normativi, avviato con la legge delega n. 419/1998 e conclusosi con la finanziaria dell'anno 2008 ed il Dpcm 1º Aprile 2008 e con cui la Sanità penitenziaria entrò a far parte del Sistema Sanitario Nazionale.

contenzione, nell'ambito della promozione di una cultura della cura rispettosa dei diritti e della dignità delle persone, in specie le più vulnerabili»[26].
Ribadire questi punti saldi è necessario, perché non tutti questi principi trovano un riscontro nella concreta gestione di ciascuna delle REMS – si pensi a quella di Castiglione delle Stiviere con 151 persone presenti al 30.11.2020[27] e 918 episodi di contenzione nel periodo tra il 01.04.2015 e il 31.03.2016[28] - ed è doveroso monitorare il loro rispetto, ricordando che la gestione sanitaria non rappresenta di per sé una garanzia e che le esperienze positive sono il frutto dell'assorbimento e dell'applicazione di questi principi cardine.
È necessario ribadire questi punti saldi oggi, anche perché stiamo assistendo ad una campagna, che facendo leva sui numeri delle persone in lista d'attesa e sul timore della popolazione per la presenza di persone pericolose in libertà, mostra una «subdola nostalgia del manicomio giudiziario»[29] e mira ad un ritorno al passato. Non mi riferisco soltanto ad articoli di riviste e quotidiani, che avanzano proposte che vanno dall'aumento dei posti[30] al ritorno della gestione al DAP, ma anche alla recente ordinanza del GIP di Tivoli, con cui si solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 Cp e dell'art. 3-*ter* della legge n. 9/2012 (come modificata dalla legge n. 81/2014) nelle parti in cui escludono il Ministero della Giustizia dall'esecuzione delle misure di sicurezza[31]. Un'ordinanza con un'argomentazione bislacca, in cui si richiama e si evoca la necessità di una presenza dell'amministrazione penitenziaria nelle REMS, mostrando un chiaro rifiuto del cuore della riforma e la volontà di un ritorno al passato. Un'ordinanza che cavalca timori securitari e si fa manifesto della persistente visione del folle (a maggior ragione se reo) come «pericoloso a sé e agli altri».
Da Commissario unico per il superamento degli OPG, ho già avuto modo di affrontare il tema della mancanza di chiarezza nelle procedure di raccolta dei dati e della scarsa attendibilità di alcuni dei dati che sono forniti e/o circolano. In particolare, in quell'occasione sottolineavo come non si fosse trovata corrispondenza tra i numeri forniti al nostro ufficio dal Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – ed una verifica effettuata con ciascuna delle REMS. Oggi, la situazione non sembra affatto migliorata e si riscontrano dati fortemente divergenti: al 30 novembre 2020, dal sistema SMOP – sistema informativo di monitoraggio OPG – risultava una lista di attesa di 175 persone[32], ma i dati che sono maggiormente circolati sono quelli enormemente superiori raccolti e diffusi dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) e riportati dai quotidiani, come nel passo che segue: «nell'aprile del 2019 i soggetti internati nelle Rems erano 629, mentre quelli in lista d'attesa ammontavano a 642, di cui 63 risultavano detenuti illegittimamente in carcere. Nel febbraio 2020, secondo il Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, i soggetti internati nelle Rems erano scesi a 600, quelli in lista d'attesa saliti a 714, quelli detenuti in carcere sempre 63»[33].

[26] Comitato Nazionale di Bioetica, estensori G. Zuffa-S. Canestrari, *La contenzione. Problemi bioetici*, 23 aprile 2015, integralmente riprodotto in *L'abolizione del manicomio criminale. Tra utopia e realtà*, a cura di F. Corleone, Fiesole 2015.
[27] M. Miravalle, *Salute mentale e REMS,* cit.
[28] F. Corleone, *I relazione del commissario unico,* cit.
[29] F. Corleone-M. Passione, *La subdola nostalgia del manicomio giudiziario,* in *Il Manifesto*, 24.06. 2020.
[30] M. Paternello, *Le REMS: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni,* in *QuestG* (rivista online), 2.06.2020.
[31] GIP Tivoli, ord. 11.05.2020. Per un commento si rinvia a A. Calcaterra, *Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!*, in *DirPenUomo,* 14.06.2020.
[32] Dato riportato in M. Miravalle, *Salute mentale e REMS,* cit.
[33] E. Zamparutti, *63 pazienti psichiatrici chiusi in cella abusivamente*, in *Il riformista*, 29.01.2021.

Sicuramente, ci sono persone che attendono l'esecuzione della misura di sicurezza e questo dato non può essere trascurato, non tanto perché – come sostengono i fautori del ritorno al manicomio criminale – vi siano molti soggetti pericolosi a piede libero, quanto perché una parte di queste persone si trova in carcere, senza un'idonea presa in carico, questione su cui si è pronunciata, il 21 gennaio 2021, la Corte Europea dei diritti dell'uomo con un provvedimento cautelare, ai sensi dell'art. 39 del Regolamento, in favore di un paziente psichiatrico detenuto nel carcere di Regina Coeli, ordinando al Governo italiano di provvedere al suo immediato trasferimento presso una struttura idonea ad assicurargli la fruizione di un trattamento adeguato alle sue condizioni di salute[34].

La presenza di liste d'attesa deve essere affrontata non aumentando i posti in REMS o eliminando il numero chiuso, quanto avviando, come chiarirò più avanti, una seria analisi sulla crescita esponenziale del ricorso alle misure di sicurezza provvisorie.

2.3. - Gli aspetti su cui mantenere un'alta soglia d'attenzione sono numerosi e su alcuni mi sono già soffermato; ad esempio, ho chiarito che è necessario monitorare: le caratteristiche strutturali e di gestione delle singole REMS, così che sia garantito il rispetto dei principi cardine e una loro vocazione al reinserimento a fronte della riproposizione di piccoli OPG, guidati dalle stesse logiche istituzionali; il ricorso alla libertà vigilata, in termini sia quantitativi che qualitativi (relativi soprattutto alla tipologia di prescrizioni), affinché non diventi uno strumento per aggirare il tetto di durata massima della misura di sicurezza detentiva e non si produca quello che il sociologo Stanley Cohen chiamava effetto «*net widening*»[35]; l'effettiva applicazione del principio di *extrema ratio*, sì da rompere il persistente automatismo follia-pericolosità-misura contenitiva, che è stato perno del nostro sistema dualistico.

Un ulteriore aspetto che merita di essere indagato è quello del regime di vita e delle regole vigenti nelle REMS. Infatti, non tutte le disposizioni dell'ordinamento penitenziario trovano applicazione[36] e la gran parte delle direzioni delle strutture ha adottato regolamenti interni, alcuni dei quali contengono regole bizzarre e più limitative della libertà personale di quelle vigenti nelle strutture penitenziarie, specie in relazione alla tipologia di oggetti che le persone possono possedere.

Ma riprendiamo il tema delle liste d'attesa, ammettiamo che i dati più alti, quelli che indignano molti e portano a proporre dei vistosi passi indietro rispetto a questa rivoluzione, siano attendibili. Ammettiamo che oltre 700 persone siano in lista d'attesa. Ciò significherebbe che le potenziali persone sottoposte a misure di sicurezza detentiva ad oggi sarebbero superiori al numero di presenti in OPG prima della riforma: quasi 1400 persone a fronte delle 1094 del 31.12.2012 e delle 1051 del 31.12.2013[37], nonostante un tasso di *turnover* molto elevato ed una durata media della misura di sicurezza detentiva inferiore.

---

[34] *Ibid.*

[35] S. Cohen, *The Punitive City: Notes on the Dispersal of Social Control*, in *Contemporary Crises* 1979, 339-363.

[36] L'interrogativo relativo alle regole applicabili all'interno delle REMS, in particolare in relazione all'ordinamento penitenziario, è stato posto sin dall'approvazione della riforma commentatori, tra cui Franco Della Casa, al quale si rinvia per un approfondimento, F. Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *RIDPP* 2013, 64-103. La Conferenza Unificata, con accordo 26 febbraio 2015 (Rep. n. 17/CU) ha fissato alcune linee guida e stabilito che i diritti disciplinati dall'ordinamento penitenziario e dal regolamento debbano essere garantiti anche alla persona in REMS, «in prospettiva ampliativa», tenuta in considerazione la completa gestione sanitaria.

[37] Dati del coordinamento interregionale sanità penitenziaria.

Numeri di questo tenore, non rappresenterebbero un atto d'accusa per le REMS, che hanno un principio fondamentale, quello del numero chiuso. Piuttosto, dovrebbero farci riflettere sulle applicazioni delle misure di sicurezza detentive e sull'effettività del principio di *extrema ratio*.
La mia sensazione è che dopo la riforma sia cresciuto il numero di applicazioni delle misure di sicurezza detentive. Da un lato, infatti, vi è una tendenza di medio periodo all'incremento dei proscioglimenti, strettamente connessa con il fenomeno della patologizzazione e psichiatrizzazione crescente, dimostrato dall'ultimo Manuale statistico diagnostico dell'*American Psychiatric Association* (DSM-V)[38]. Dall'altro, l'impressione è che ci sia una maggior leggerezza – in netto contrasto con i principi della legge n. 81/2014 – nell'applicazione delle misure di sicurezza detentive, legata alla scomparsa del mostruoso OPG.
Questa sensazione è confermata dai dati, che mostrano una stabilità nei numeri di misure di sicurezza detentive definitive ed una lieve e costante crescita di quelle provvisorie, che rappresentano ben il 50% del totale delle misure[39].

3. - La nostra rivoluzione «aspetta la riforma»[40], perché questo grande passaggio è stato fatto senza toccare il codice penale e senza affrontare alcuni nodi e contraddizioni, che sono stati messi in luce anche in questo convegno. È rimasto intatto quel fondamento, quella logica di fondo, di derivazione criminologico-positivista del nesso tra malattia mentale, pericolosità sociale e custodia. Un nesso che produce contraddizioni che ancora sono presenti, nonostante la vocazione della riforma alla sostituzione del paradigma custodiale del soggetto pericoloso, con quello della tutela della salute mentale della persona.
La psichiatrizzazione dei comportamenti e degli stati di salute nella migliore delle ipotesi conduce ad interventi di paternalismo solidarista, quando non scivola in un paternalismo a vocazione autoritaria. Per questo è importante riconoscere le contraddizioni e affermare la necessità di intervenire su quell'aspetto che già la commissione Marino individuava come prioritario: il nodo dell'imputabilità[41] e superare così quel «guado» alla cui metà, per parafrasare l'espressione di Pelissero[42], ci troviamo oggi.
Dobbiamo affrontare la questione, sforzandoci di abbandonare una visione infantilizzante e muovendoci nella prospettiva dei diritti e delle garanzie fondamentali. Nel nostro codice, l'incapacità di intendere e volere deve essere valutata con riferimento al momento della commissione del fatto, ciononostante, la valutazione del reo come incapace espande i suoi effetti e produce una incapacitazione permanente della persona.
Vorrei aprire una parentesi su una questione che potrebbe sembrare di dettaglio, ma non lo è, perché le parole che usiamo informano il nostro modo di pensare e quindi di agire: il lessico legislativo. Nel codice penale e nell'ordinamento penitenziario rimangono etichette, espressioni e

[38] S. Benevenuto, *Dibattito su DSM-V. Introduzione a un libro in progress*, in *European Journal of Phsycoanalysis, www.journal-psychoanalysis.eu*.
[39] M. Miravalle, op.cit.
[40] F. Corleone, *La rivoluzione gentile,* cit.
[41] Nella relazione della Commissione sull'efficacia e l'efficienza del Sistema Sanitario Nazionale, si legge: «le modificazioni dianzi auspicate debbano costituire soltanto il primo passo – da muovere quanto prima, anche con il ricorso a strumenti legislativi di urgenza – verso la successiva abolizione dell'istituto della non imputabilità. Trattandosi di un intervento che inciderebbe sino alle radici l'impostazione del codice penale attualmente vigente, non si può in questa sede che evocarlo, senza comunque rinunciare ad indicarlo quale approdo necessario». Cfr. Commissione parlamentare d'inchiesta, *Relazione sull'efficacia e l'efficienza,* cit., 10.
[42] M. Pelissero, *Misure di sicurezza e REMS una disciplina a metà del guado,* in A. Menghini-E. Mattevi (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale, Quaderni dell'università di Trento*, 2020, 48, numero monografico, 79-103.

vocaboli, figlie di un'altra epoca e non al passo con il significato della recente riforma. Termini come «internato» dovrebbero essere rapidamente rimossi[43].

4. - Sul muro dell'ex manicomio di Trieste campeggiava la scritta «la libertà è terapeutica», realizzata nell'estate del 1973 dal Collettivo d'arte Arcobaleno, guidato dal pittore Ugo Guarino[44]. Richiamando quello slogan, che è stato a lungo utilizzato dai movimenti basagliani, io sostengo che la «responsabilità è terapeutica»[45].
In quasi tutte le condizioni patologiche, permane un margine di consapevolezza, che deve essere rispettato, proprio per dare alla persona la possibilità di un'assunzione di responsabilità per l'atto compiuto.
L'abolizione del «binario speciale» di giustizia per i malati di mente, che propongo, è in linea con la visione promossa dalla riforma psichiatrica del 1978 e la sua approvazione ne rappresenterebbe un pieno completamento. Si riconosce infatti nel *folle*, in primo luogo, una persona e un soggetto di diritto, restituendo, così: diritti, libertà, responsabilità e dignità piena.
Questa proposta non sarebbe solo in linea con l'eredità della legge Basaglia, ma anche con le contemporanee convenzioni internazionali per i diritti delle persone disabili. Il rifiuto di binari giuridici speciali, basati sull'incapacitazione e sulla riduzione (o negazione) di responsabilità, infatti, è una scelta coerente con le previsioni della Convenzione ONU sulla disabilità[46].
Il Manuale di implementazione della Convenzione – redatto dalla *World Network of Users and Survivors of Psychiatry*[47] - sottolinea che le leggi discriminatorie devono essere eliminate e vi comprende anche quelle che limitano la capacità.
Il Comitato Nazionale di Bioetica ha qualificato le disposizioni che regolano la non imputabilità per vizio di mente come forme di legislazione speciale per le persone con disabilità psicosociale vietate dalla Convenzione[48].
Nella direzione del pieno riconoscimento del *folle reo* come persona e soggetto di diritto, indicato dalle convenzioni internazionali, si muove questa proposta, che ho presentato – in una sua prima versione – negli ultimi giorni del mio incarico come Garante dei diritti dei detenuti della Regione Toscana nel volume *Il muro dell'imputabilità*[49].
A fronte della commissione di un reato, questo il cuore di ciò che propongo, deve esserci un diritto al giudizio. Qualcuno potrebbe sostenere che il diritto al giudizio sia subordinato ad una capacità

[43] K. Poneti, *Le misure di sicurezza e la modifica del codice penale,* in *Manicomi criminali. La rivoluzione aspetta la riforma,* a cura di F. Corleone, in *Quaderni del Circolo Rosselli,* diretto da V. Spini, 2018, XXXVIII, 130, 37-63.
[44] Spesso si dice che «la bellezza salverà il mondo» e sembra una frase retorica e vuota, ma vorrei ricordare che negli anni '60 e '70, ci sono stati molti artisti che hanno affrontato il tema della violenza delle istituzioni totali, talvolta in anticipo rispetto alla riflessione teorica e critica e che hanno partecipato attivamente ai movimenti di liberazione. Oltre a Guarino, ricordo Hugo Pratt che disegnò la copertina del volume primo «Che cos'è la psichiatria?» (*Che cos'è la psichiatria*, a cura di F. Basaglia, *Amministrazione provinciale di Parma*, Parma, 1974) o Bruno Caruso e Roberto Sambonet. Questo ricordo di alcuni degli artisti di quegli anni, mi fa pensare che avesse ragione Albert Camus «la bellezza senza dubbio non fa le rivoluzioni, ma viene un giorno in cui le rivoluzioni hanno bisogno di lei» (A. Camus, *L'uomo in rivolta,* Milano 2001). Per quanto riguarda la storia del famoso murales a cui ho fatto riferimento nel corpo del testo, si rinvia a M.G. Giannichedda, *Quando il futuro incominciò*, in *Fogli d'informazione* 2008, 5-6, 10-21.
[45] F. Corleone, *La responsabilità è terapeutica,* in *Il muro dell'imputabilità. Dopo la riforma una scelta radicale*, a cura di F. Corleone, Fiesole 2019, 7 e ss.
[46] United Nation, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (CRPD) sottoscritta il 13.12.2006 a New York, ratificata dallo Stato italiano, il 24.2.2009 con legge n. 18/2009 e ratificata dall'Unione Europea il 23.12.2010.
[47] Il manuale di implementazione è reperibile sul sito della rete: *www.wnusp.net/crpd.html;*
[48] Ivi, 9.
[49] *Il muro dell'imputabilità,* cit.

a prendervi pienamente parte, ma questo vale per molte persone non etichettate come pazienti psichiatrici. La garanzia di essere sottoposti a giudizio solo se si è capaci di prendervi parte coscientemente è stata infatti mantenuta intatta con la nostra proposta.
Un giudizio, certamente, può comportare una condanna e una conseguente pena, ma dobbiamo iniziare a rimuovere dal nostro immaginario quell'equivalenza automatica e spontanea tra pena e carcere. Le obiezioni fondate sul timore della carcerizzazione del folle mi sembrano talvolta pretestuose. L'OPG – che prima era qualificato come manicomio giudiziario – era un carcere eppure ha avuto una lunga storia, senza che si levassero troppe voci di indignazione. Allo stesso tempo la massiccia presenza di persone che sono ristrette nel carcere odierno sovraffollato, pur in presenza di patologie psichiatriche, non sembra sollevare grandi levate di scudi, se non da chi sembra rimpiangere la struttura contenitiva dell'istituzione totale.
Ma non voglio delegittimare queste posizioni, anzi, mi interessa ricordare che un'argomentazione di questo tipo è stata sostenuta da un grande magistrato di sorveglianza, con una cultura fortemente garantista, come Alessandro Margara. Questo tema era l'unico che ci trovata distanti: «la mia posizione, ereditata dalla proposta Vinci Grossi e sostenuta con caparbietà da Peppe Dell'Acqua, non lo convinceva: non tanto per l'astrattezza o la rigidità illuministica, quanto per le conseguenze fattuali sulle persone in carne ed ossa (il riferimento a cui è sempre stato fedele), sofferenti e bisognose di aiuto e sostegno»[50]. Nell'elaborazione della proposta di legge, quindi, abbiamo preso sul serio queste osservazioni, prevedendo misure alternative *ad hoc* e un ampliamento della sospensione dell'ordine di esecuzione, nella convinzione ben espressa da Pitch, che si possa «tenere conto dei 'bisogni' senza mettere in mora i diritti»[51].

4.1. - La proposta odierna ha una sua storia ed oggi che ne discutiamo nuovamente, seppure in una sua versione riveduta e modificata, credo che sia utile richiamare alcune tappe della storia delle proposte abolizioniste o riformiste dell'OPG.
La questione dell'OPG venne messa all'ordine del giorno dalla Regione Toscana e dalla Regione Emilia-Romagna, le quali nel 1997 inviarono al Parlamento una proposta di legge di riforma dell'OPG elaborata da Sandro Margara con un gruppo di lavoro della Fondazione Michelucci (A.S. 2746). La proposta si incentrava sull'istituzione di strutture su base regionale, in cui erano eseguite le misure di sicurezza[52].
Alla proposta riformista dell'istituzione psichiatrico-giudiziaria si affiancava la più radicale proposta abolizionista, che toccava il nodo dell'imputabilità ed era stata presentata dal senatore Vinci Grossi nel 1983 (A.S.177), e ripresa da me nel 1991 (A.S. 2894) e nel 1996 (A.C. 151). Con questi disegni di legge si proponeva l'eliminazione dell'incapacità di intendere e volere per vizio di mente, e delle misure di sicurezza correlate.
Quella proposta fu sostenuta da un magistrato straordinario come Michele Coiro, allora Capo del DAP, il quale, durante l'audizione davanti alla XII Commissione permanente della Camera dei Deputati – Affari sociali, dichiarava:

C'è quindi bisogno di strutture esterne in grado di accogliere queste persone e si valuta positivamente l'indirizzo della citata proposta di legge di iniziativa Corleone che individua la

[50] *Alessandro Margara. La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, OPG, droghe, magistratura di sorveglianza*, a cura di F. Corleone, Fiesole 2015, 9-10.
[51] T. Pitch, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano 1989, 171.
[52] Ddl n. 2746/1997. Il testo del disegno di legge è integralmente riprodotto nel volume: G. Pugliese-G. Giorgini, *Mi firmo per tutti. Dai manicomi criminali agli ospedali psichiatrici giudiziari. Un'inchiesta e una proposta,* Roma 1997.

strada per il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario. Le misure di sicurezza, peraltro, potrebbero essere fin d'ora abolite per i seminfermi di mente mentre tale soluzione non risulta applicabile ai totali infermi di mente per i quali le misure indicate corrispondono al duplice obiettivo di garantire la custodia e la cura del malato[53].

All'epoca, quella proposta poteva apparire come una provocazione. Oggi, sembra collocarsi in continuità con il percorso di superamento ed in linea con i principi e il cambio di paradigma che hanno guidato l'istituzione delle REMS.

4.2. - La distinzione tra pene e misure di sicurezza si fondava sui diversi presupposti e le diverse funzioni delle due risposte alla commissione di un reato. La distinzione tra una pena con funzione retributiva e una misura di sicurezza con finalità specialpreventiva, probabilmente, è esistita sempre su un piano astratto ed oggi può dirsi superata. La pena è riconosciuta come polifunzionale e deve tendere alla rieducazione e la misura di sicurezza inizia ad essere contaminata da alcuni elementi di retributività.
La previsione di un tetto di durata massimo legato al massimo edittale, in fondo aggiunge, seppure come mera forma di ultima garanzia, un elemento retributivo, avvicinando un po' la misura di sicurezza detentiva per non imputabili alla pena. Dunque, una scelta coerente con questo attuale assetto è quella dell'equiparazione tra gli autori di reato folli e gli altri: giudizio e pena, anziché proscioglimento e misura di sicurezza.
La proposta di abolizione della non imputabilità si pone in un *continuum* con il superamento dei manicomi prima e poi degli OPG. Il concetto di «incapace di intendere e di volere» su cui poggia la non imputabilità rimanda infatti alla visione del paziente psichiatrico «pericoloso a sé e agli altri»: proprio quella visione che la riforma psichiatrica si è proposta di cancellare e che giustificava la «cura e custodia» negli OPG.
A questo proposito, vale la pena ricordare che nel nostro codice abbiamo anche un altro retaggio del positivismo criminologico: le misure di sicurezza non psichiatriche. Un vero obbrobrio che dovrebbe essere cancellato[54].

4.3. - La proposta, che in una versione iniziale riprendeva quasi integralmente i testi precedenti, è stata elaborata quando ero ancora Garante dei diritti dei detenuti[55]. Quel testo è stato poi sottoposto a discussione, nel corso di un seminario organizzato dalla Società della Ragione a Treppo Carnico nel settembre 2020 e di un successivo webinar nel gennaio 2021. Il dibattito ha condotto a pensare soluzioni nuove[56] e originali, sulle quali vale la pena soffermarsi.

Introduzione del concetto di disabilità psicosociale.
Per riuscire nell'intento di spezzare la logica manicomiale del sistema a doppio binario, si è rivelato necessario rimuovere i concetti chiave che si trovano nell'attuale codice ed individuarne di nuovi. La revisione linguistica e concettuale è una delle più grandi novità di questo disegno e marca la discontinuità tra questa proposta e le precedenti opzioni abolizioniste.

[53] Camera dei deputati, XVII legislatura, XII Commissione Permanente Affari sociali, *Resoconto stenografico della seduta del 7 marzo 1997*, 107.
[54] Cfr. *Archeologia criminale. Le misure di sicurezza psichiatriche e non psichiatriche. La REMS di Volterra e la Casa di lavoro di Vasto*, a cura di F. Corleone, Fiesole 2019.
[55] *Il muro dell'imputabilità*, cit.
[56] Per un confronto con la prima versione della proposta, si rinvia a F. Corleone, *La responsabilità è terapeutica*, cit., 163-165.

Si è scelto di sostituire la nozione di persona inferma di mente con quella di persona con disabilità psicosociale, che si trova nel Manuale di implementazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili redatto dal WNUSP[57]: persona con disabilità psicosociale. Questa espressione consente di sottolineare che la condizione di disabilità è determinata non solo dalle caratteristiche psichiche della persona, ma anche dal contesto sociale che produce differenziazioni, etichettamento e discriminazioni.

Eliminazione della non imputabilità e semi-imputabilità per vizio di mente e conseguente abolizione delle misure di sicurezza correlate.

Sono abrogate le disposizioni relative al vizio totale e parziale di mente (art. 88 e 89 c.p.) ma è lasciata invariata la disciplina generale relativa alla non imputabilità e rimangono immutate le altre ipotesi (ad esempio la disciplina relativa ai minori).

A differenza dei disegni di legge Grossi e Corleone, si è optato per l'abrogazione, anziché per la riformulazione *a contrario* dei due articoli, così da non dover richiamare i concetti che – come abbiamo visto – vogliamo modificare.

Sono altresì eliminate le misure di sicurezza specifiche per il malato di mente autore di reato: il ricovero in manicomio giudiziario e l'assegnazione ad una casa di cura e custodia, sia definitive che provvisorie. È cancellata la possibilità di trasformare la misura di sicurezza per imputabili in misura per non imputabili per infermità psichica sopravvenuta.

Visto che è decaduta la distinzione degli autori di reato con disabilità mentale fondata sul momento dell'emersione del disturbo (infermità psichica preesistente e sopravvenuta), si procede all'abrogazione dell'art. 148 Cp che cessa di avere una sua qualche logica di esistenza.

Attenuante.

Un atteggiamento di cecità verso le differenze rischia di essere tanto discriminatorio quanto la previsione di una legge speciale. Per questo, si è introdotta una circostanza attenuante che consenta di moderare il trattamento sanzionatorio per le persone con disabilità psicosociale, in quanto queste persone vivono in una condizione di svantaggio, determinata anche e soprattutto da discriminazioni sistemiche, che sembra necessario considerare debitamente.

Equiparazione disabilità pregressa e sopravvenuta ai fini della capacità dell'imputato di partecipare al processo.

Con la proposta di legge viene meno in radice la distinzione tra le due vecchie categorie dei rei folli e dei folli rei. Per questo, ai fini della valutazione della capacità di partecipare al processo, cade anche la necessità di distinguere tra disabilità al momento del fatto e sopravvenuta.

Predisposizione di misure atte ad evitare la carcerazione per il detenuto con disabilità psicosociale.

Come già sottolineato è necessario rompere l'equiparazione pena-carcere. Per questo, abbiamo scelto di introdurre delle misure volte a favorire un'esecuzione di pena esterna.

In primo luogo, abbiamo adeguato il testo dell'art. 147 Cp alla recente pronuncia della Corte Costituzionale 99 del 2019[58] e equiparato, ai fini del rinvio facoltativo, la disabilità psicosociale alla malattia fisica.

[57] *World Network of Users and Survivors of Phsychiatry*, v. *supra*, § 4.

[58] Corte Cost., sent. n. 99/2019, 06.02.2019 (dep. 19.04.2019). Il testo della sentenza è riprodotto nel volume *Il muro dell'imputabilità,* cit., 95-109.

Inoltre, siamo intervenuti sulla fase cautelare, estendendo la disciplina dei criteri di scelta della misura cautelare relativa alla persona affetta da AIDS o da altra grave malattia, anche alla persona con disabilità psicosociale e confermando la possibilità della custodia cautelare in luogo di cura.
Un interessamento celere del Dipartimento di salute mentale è fondamentale per garantire l'effettività di queste disposizioni, per questo, siamo intervenuti sull'art. 73 c.p.p., prevedendo la possibilità che il giudice chieda al dipartimento di salute mentale di relazionare sulle condizioni di salute dell'imputato e di elaborare un programma di cura e assistenza individualizzato, in cui siano delineati i percorsi terapeutici più adeguati, con particolare attenzione a quelli non detentivi.
Inoltre, per scongiurare che la persona con disabilità psicosociale, in attesa dell'applicazione di una misura alternativa, possa entrare in carcere, si prevede un'ipotesi di sospensione dell'ordine di esecuzione *ad hoc* (art. 11).
Infine, si introducono misure alternative specifiche per la persona con disabilità psicosociale, sulla falsariga di quanto previsto per i tossicodipendenti (art. 13). Per accedere a queste misure alternative, la condizione di salute della persona deve essere accertata dal Dipartimento di salute mentale, che provvede anche alla elaborazione di un programma di cura e assistenza.

Volontarietà dei trattamenti sanitari e di tutte le misure alternative alla detenzione.
Il diritto alla salute si deve basare sulla volontarietà, come previsto dall'art. 32 Cost. e dalla legge n. 180/78 (norme incluse poi nella legge n. 833/78 sul S.S.N.), che si esprime tramite il consenso informato della persona, ai sensi della legge n. 219/2017. Da questi principi non si può prescindere per nessuna persona. Le persone con disabilità psicosociale hanno il «diritto di avere diritti»[59] e in particolare, il diritto di esprimersi sul trattamento sanitario al quale vogliono sottoporsi. Le uniche eccezioni sono quelle previste dalla legge, nella specie il trattamento sanitario obbligatorio, con tutte le relative garanzie.
Nelle norme proposte è sempre ribadita la volontarietà dei trattamenti. La volontà del soggetto è un elemento imprescindibile anche per l'accesso alle misure alternative.

Previsione di norme atte a garantire, nell'ipotesi di detenzione della persona con disabilità psicosociale, che possa ricevere cure adeguate.
Originariamente si erano previste piccole modifiche all'art. 111 del regolamento penitenziario (D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), mantenendo ed implementando il sistema delle articolazioni per la salute mentale.
Le articolazioni per la salute mentale sono eterogenee dal punto di vista strutturale, gestionale e del livello delle prestazioni assistenziali garantite e presentano numerose criticità, tra le quali: il rischio di tradursi in piccoli manicomi dentro il carcere e quello di essere utilizzate come luogo di punizione e isolamento delle persone che dentro l'istituzione penitenziaria tengono condotte ritenute eccentriche, bizzarre, ribelli o fastidiose.
Per questo, si è scelto di procedere all'eliminazione delle sezioni speciali. La cura delle persone con disabilità psicosociale dovrà essere garantita dalla presenza del Dipartimento della salute mentale in ogni istituto penitenziario.

Estensione del tetto di durata massima delle misure di sicurezza detentive alle non detentive.
Si propone di porre un limite alla durata delle misure di sicurezza della libertà vigilata, estendendo anche a queste il limite introdotto dalla legge 81/2014 per le misure detentive.

[59] L'espressione è ovviamente mutuata da S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Bari 2015.

Destino delle REMS.
Le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza di cui all'art. 3-*ter* della legge n. 9/2012, di conversione del d.l. n. 211/2011, rappresentano un patrimonio in termini di risorse umane, culturali e materiali, di buone prassi applicative e di integrazione con i servizi sociosanitari. Allo scopo di conservare e tutelare questo patrimonio, si propone la riconversione delle REMS in strutture ad alta integrazione sociosanitaria, quali articolazioni dei Dipartimenti Salute Mentale.

Introduzione di un organismo di monitoraggio.
Considerando che durante il processo di superamento degli OPG l'organismo esistente ha svolto un ruolo essenziale di coordinamento, si è ritenuto opportuno introdurre un analogo organismo al fine di monitorare l'applicazione della presente legge, con particolare riferimento alla tutela della salute mentale e all'assistenza psichiatrica delle persone con disabilità psicosociale, sia in carcere che nei percorsi alternativi alla detenzione.
Si è previsto che ogni anno dalla data di entrata in vigore della legge, il Ministro della salute e il Ministro della giustizia trasmettano alle Camere una relazione sullo stato della sua attuazione.

5. - Ritengo che questa proposta, che avevo già presentato molti anni fa, quando ero parlamentare, oggi possa essere di nuovo discussa, proprio per far tesoro di questa esperienza, della chiusura dell'OPG, del suo superamento, dell'apertura e del lavoro delle REMS, per fare un bilancio e valutare se non sia necessario intervenire oggi sul codice penale per eliminare il doppio binario ed offrire una soluzione più limpida.
La proposta, che non intende essere di pura testimonianza, è stata depositata alla Camera dei deputati dall'onorevole Riccardo Magi, con il titolo «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di imputabilità e misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psicosociale» il 12 marzo 2021(n.2939) e potrà rappresentare un elemento fondamentale del dibattito che ha già coinvolto grazie alla Società della Ragione centinaia di uomini e donne, psichiatri, giuristi, avvocati, operatori e militanti delle associazioni impegnate sul terreno della riforma del Codice Rocco a novanta anni dalla sua entrata in vigore.
Se invece rimarrà come una bottiglia lanciata in mare, potremmo dire con Leonardo Sciascia che rappresenta un lascito a futura memoria. Se la memoria ha un futuro o meglio se la politica ha un futuro.

OPINIONI

L'AVVENIRE DEL PROCESSO PENALE. TRE VOCI A CONFRONTO

Intervista di Paolo Ferrua, a Marcello Daniele, Daniele Negri e Sergio Lorusso

Premessa *(di Paolo Ferrua).* Il nostro processo penale attraversa nuovamente un periodo di profonda crisi. Diciamo 'nuovamente' perché una grave crisi si è già verificata in occasione della svolta inquisitoria del 1992 quando la Corte costituzionale con tre sentenze abbatté un pilastro del processo accusatorio, ritenendo il contraddittorio nella formazione della prova un metodo inidoneo alla ricerca della verità.
Il legislatore allora reagì, sia pure con notevole ritardo, inserendo nella Costituzione i principi del giusto processo. L'attacco diretto al contraddittorio, ormai protetto dallo scudo costituzionale, è così cessato, ma nuove insidie si sono profilate all'orizzonte, riproponendo l'eterno conflitto tra garanzie ed efficienza, con un diffuso malcontento sia nell'ambito forense sia nella magistratura.
Si pensi, per citare un esempio, alla sentenza costituzionale n. 132 del 2019, dove si afferma che, a causa della lentezza del processo, un principio cardine del modello accusatorio, quale l'immediatezza, «rischia di divenire un mero simulacro», perché il giudice «al momento della decisione finirà – in pratica - per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo»; di qui il suggerimento della Corte costituzionale al legislatore di «introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale».
La sensazione è che si sia ormai di fronte a un bivio: da un lato, la conservazione del modello accusatorio, con opportuni correttivi volti a fluidificare lo svolgimento delle fasi e ridurre i tempi 'morti'; dall'altro, il ritorno in qualche modo ad un sistema 'misto', temperato dall'innesto di opportune garanzie nella fase precedente al dibattimento. È parso utile, a questo punto, chiedere a tre studiosi del processo penale (*Marcello Daniele, Sergio Lorusso, Daniele Negri*) di interloquire sulle possibili riforme, rispondendo ad alcune brevi domande.

1. È ormai diffusa l'idea che l'attuale assetto del processo penale non sia in grado di garantire una giustizia degna di questo nome, tale cioè da realizzare i principi e le regole del 'giusto processo' contemplato nell'art. 111 della Costituzione. Quali sono, secondo voi, le carenze più vistose che mostra il nostro processo penale per quanto attiene sia alle disposizioni del codice di rito sia alla pratica giudiziaria?

M. Daniele: La malattia del nostro processo penale è sotto gli occhi di tutti, ed appare evidente anche a chi non svolge l'attività di avvocato o di magistrato. Alludo, naturalmente, all'inefficienza della macchina giudiziaria, ed in particolare alla sua incapacità di assicurare lo svolgimento dei dibattimenti ad una distanza di tempo ragionevolmente breve dalla commissione dei fatti. Questo è un colpo al cuore per il modello accusatorio, che resta scritto a chiare lettere nel codice e perfino nella Costituzione, ma nella realtà operativa viene meno nel suo tratto caratterizzante.

Per fortuna le nuove generazioni di magistrati hanno una sensibilità maggiore per i principi accusatori, con cui hanno familiarizzato sui banchi universitari prima ancora che nelle aule giudiziarie. Nondimeno, costretti ad agire in un contesto operativo in cui i tempi si dilatano a dismisura e le energie si sprecano inutilmente, non sorprende che cedano alla tentazione di eluderli. In un ordinamento in cui la fase dibattimentale tarda ad arrivare e, una volta iniziata, deve frantumarsi, a causa dei carichi di lavoro, in una serie di udienze nell'arco di mesi o, addirittura, di anni, la logica inquisitoria della formazione frazionata delle prove riemerge inesorabilmente, con buona pace dell'art. 111 comma 4 Cost.
Le vicende della disciplina in tema di rinnovazione delle prove dichiarative in caso di mutamento del collegio giudicante stanno lì a dimostrarlo chiaramente. Applicato in modo ortodosso, il principio di immediatezza esigerebbe la riassunzione orale delle testimonianze di fronte al nuovo giudice, senza se e senza ma. Più di venti anni fa, con la sentenza *Iannasso*, le Sezioni Unite lo avevano riconosciuto con grande onestà. Ma ora – forti anche dell'invito a bilanciare l'immediatezza con l'efficienza operato dalla pronuncia n. 132 del 2019 della Corte costituzionale – esse hanno mutato indirizzo con la sentenza *Bajrami*, la quale pretende che l'interessato indichi specificamente le ragioni tali da imporre la rinnovazione. È un *revirement* difficile da giustificare, considerato che ha portato ad applicare in questa materia la logica - che dovrebbe essere limitata a casi eccezionali - dell'art. 190 *bis* c.p.p., il quale subordina la rinnovazione dell'esame dei dichiaranti già precedentemente sentiti alla presenza di "specifiche esigenze". Eppure, come colpevolizzare quel giudice che, invocando la sentenza *Bajrami*, decida di non riaprire un'istruzione dibattimentale già abbondantemente conclusa e magari lunga e complessa, nella convinzione che la rinnovazione delle prove dichiarative non apporterebbe nessun beneficio dal punto di vista cognitivo?
Fino a quando il sistema non avrà recuperato un sufficiente grado di efficienza, ci saranno sempre alibi per eludere i principi accusatori. Anzi, assumerà sempre maggiore credito la tesi secondo cui, in realtà, non ci possiamo permettere un processo accusatorio e, tutto sommato, sarebbe meglio ritornare al sistema misto, ricollocando il *clou* dell'istruzione nella fase anteriore al dibattimento.

S. Lorusso: Il minimo comun denominatore del nostro processo penale, nell'ottica dei modelli di riferimento e – più in generale – degli ordinamenti di ispirazione liberal-democratica è costituito dal *due process* o *fair trial* (giusto processo, nell'accezione italiana).
È il paradigma normalmente associato al processo accusatorio, del quale ne riassume plasticamente i canoni desunti dalla storia e dalle esperienze dei Paesi di *common law* e, al contempo, la matrice ispiratrice delle architetture codicistiche che a questo modello si ispirano.
Alla base, la convinzione che il contraddittorio costituisca, al contempo, il criterio di interazione tra le parti e tra le parti e il giudice più adeguato ed efficace e il metodo conoscitivo più affidabile e garantito, quello maggiormente in grado di realizzare una ricostruzione fedele del fatto.
L'attenzione focalizzata sulle garanzie della persona rappresenta un *continuum* della visione liberale della giustizia e, più in generale, della società, delle interrelazioni tra i singoli individui e tra questi e lo Stato.
Le ricadute sono pressoché automatiche: nell'eterno conflitto tra Stato e individuo è quest'ultimo ad assumere il ruolo di protagonista, di soggetto da tutelare in via prioritaria nelle dinamiche processuali che, dunque, devono essere costruite non perdendo mai di vista il postulato che assume come valore pregnante – nell'inflessibile pendolo che scandisce la giustizia penale – la libertà a scapito dell'autorità.

Se questo è lo sfondo, nitido nei suoi tratti e deciso nei suoi colori, ogni architettura codicistica – ed a maggior ragione una come quella italiana, che si innesta in una tradizione tendenzialmente refrattaria all'esaltazione del singolo (persino negli afflati garantistici maturati in epoca liberale nel 1913) – si pone inevitabilmente come un adattamento, quant'anche a presidiarla sia – come nel nostro caso, dopo la riforma dell'art. 111 Cost. – un dato costituzionale composito e mirato, dalla difficilmente eludibile tassatività (ferme restando le eccezioni al suo stesso interno delineate).
Inevitabilmente, rigurgiti culturali e operativi di ben altra e spesso antitetica derivazione attecchiscono – anche a rischio di crisi di rigetto – condizionando il dato riformatore e attutendone la portata innovativa. O, addirittura, facendolo deragliare dai suoi originari binari per piegarlo, magari con improvvidi innesti, a finalità "altre". Mutazioni genetiche tanto abili quanto deprecabili, specie se surrettizie e sottotraccia, perché scarsamente "sincere" rispetto agli intendimenti sistematici.
L'orizzonte entro cui tutto si muove, come si diceva, è il dato costituzionale contenuto nell'art. 111 della Carta fondamentale novellato ormai oltre vent'anni fa.
Un arco temporale che sarebbe dovuto servire a perfezionare il codice 1988, rendendolo del tutto conforme ai principi del "giusto processo" ed eliminando tutte quelle discrasie presenti *ab origine* o risultanti dalle stratificazioni normative e di quelle effetto della giurisprudenza costituzionale susseguitesi nel corso degli anni.
Questo non è accaduto.
Le motivazioni sono in primo luogo culturali. È noto come i capisaldi del codice 1988, nonostante i condivisibili e perentori intenti, non abbiano fatto breccia in una tradizione essenzialmente inquisitoria (magari venata da striature "miste"), originando tutt'al più pratiche neo-inquisitorie in rotta di collisione con l'originaria ispirazione accusatoria, non sempre nitidamente desumibili dal dato normativo ma, piuttosto, derivanti dalla forzatura dello stesso piegato a tali impostazioni.
Da qui una serie di criticità derivanti sia da incongruenze determinate dal legislatore che da prassi fuorvianti e distorte.
Primo baluardo dell'art. 111 Cost. a risultare leso è il principio della durata ragionevole del processo, per la cui attuazione si sono recentemente introdotte innovazioni legislative improprie e incongruenti, gravemente lesive dei diritti fondamentali della persona.
Il riferimento è alla riforma della prescrizione, che mira a ridurre i tempi del processo sospendendone il decorso dopo la pronuncia di primo grado, con buona pace dell'imputato che rischia di rimanere in un limbo con tutte le conseguenze personali del caso (ivi compreso il danno all'immagine, all'attività lavorativa e relazionale).
Evidente la lesione della presunzione di non colpevolezza. Insufficienti e tortuose le modifiche al nuovo assetto normativo proposte.
Sul tema si dovrebbe invece intervenire con una strategia multilivello, che incida sui profili organizzativi, ordinamentali e processuali.
È indubbio, infatti, che una maggiore disponibilità di risorse ed un'ottimizzazione del loro utilizzo giocherebbe a favore del fattore tempo. In questo contesto, vanno segnalati i vantaggi che può offrire la digitalizzazione anche sotto il profilo dei costi – se si considera che oggi vi sono ancora uffici giudiziari in cui gli atti viaggiano in forma cartacea, così come le relative copie. La "smaterializzazione" degli stessi, insomma, costituisce ancora un'utopia.
Il tema della trasmissione degli atti in forma digitale (deposito atti, notificazioni, comunicazioni, richiesta di copie, etc., avvalendosi di strumenti come la pec), da questo punto di vista, costituisce indubbiamente un fattore di semplificazione e, dunque, di accelerazione del processo.

L'emergenza da Covid-19 ha quasi imposto un ampliamento delle ipotesi – sinora rarefatte – di "circolazione" degli atti in forma digitale.
Sarebbe augurabile che tale disciplina si stabilizzi e, al contempo, si ampli, vincendo resistenze e pregiudizi che discriminano – in sede normativa e giurisprudenziale – gli atti delle parti private rispetto a quelli della parte pubblica e dell'organo giurisdizionale.
Sotto il profilo ordinamentale – come si avrà modo di precisare in seguito – l'attuale assetto che rifugge dalla discrezionalità dell'azione penale per espressa previsione costituzionale funge inevitabilmente da "tappo" ad una gestione dei procedimenti dettata da effettive e dichiarate priorità piuttosto che da velate opzioni mascherate da un'obbligatorietà di facciata.
Poter scegliere per quali reati procedere e per quali no significherebbe – almeno in linea teorica – consentire un abbattimento *ab origine* dei carichi processuali, piuttosto che relegare una moltitudine di procedimenti, di fatto discriminati per l'oggettiva impossibilità del singolo ufficio di gestirli nella loro interezza, nell'inevitabile zona oscura della prescrizione. Naturalmente occorrerebbe predisporre gli opportuni anticorpi per evitare un uso distorto di tale potere.
È questo uno dei canoni del "giusto processo", cui si aggiunge quello della terzietà e dell'imparzialità del giudice.
Anche qui, scelte scolpite nei canoni ordinamentali – consone ai pregressi orditi codicistici – condizionano l'attuazione del principio. Come può, difatti, la terzietà convivere con un assetto dell'ordinamento giudiziario nel quale giudici e pubblici ministeri condividono la medesima carriera, seppur con paletti nel tempo irrobustiti per quanto concerne il passaggio da una funzione all'altra?
Un processo accusatorio stride con la mancanza di separazione delle carriere requirente e giudicante, che lede sistematicamente e organicamente la triade giudice-pubblico ministero-imputato su cui si regge l'impalcatura del processo di parti.
La contiguità, spesso anche fisica, tra organo giudicante e organo dell'accusa comporta – al di là delle buone intenzioni di ciascuno – un'inevitabile flessione, un indebolimento della terzietà, se non altro culturale, con sensibili ricadute sulle dinamiche processuali, specie decisorie.
Anche qui, la soluzione ottimale sarebbe quella della modifica costituzionale in favore della separazione delle carriere.
Quanto al contraddittorio, si dirà in seguito.

D. Negri: Il problema principale non è l'assetto del processo penale, né risiede nel codice di rito. Sta nelle distorsioni della prassi giudiziaria, nel tradimento quotidiano del precetto che vuole il processo "giusto", innanzitutto, se regolato dalla legge (art. 111 comma 1 Cost.). Da tempo andiamo denunciando che l'articolato del codice sopravvive solo esteriormente, come involucro di cartapesta, oltretutto sfigurato dalla serie infinita e compulsiva di interventi novellistici subìti. Nella realtà il codice non è percepito come insieme sistematico di disposizioni cogenti; queste ultime vengono declassate, nel migliore dei casi, a mere indicazioni orientative per la condotta dei destinatari, dalle quali discostarsi in funzione del risultato di volta in volta ritenuto preferibile; o, più spesso, considerate istruzioni fuorvianti perché, con la loro pretesa di tutela dei diritti individuali, allontanano dall'obiettivo della punizione.
Ne sono esempio conclamato il misconoscimento della nullità degli atti, poiché il dichiararla sarebbe fonte di regressione nociva al bene dell'efficienza del sistema e della ragionevole durata processuale; la neutralizzazione degli effetti invalidanti, integrando la struttura formale della fattispecie con un elemento esterno – il pregiudizio effettivo – intriso di concretezza e soggetto a valutazioni che distinguano caso per caso il giusto dall'ingiusto; la degradazione dei divieti d'uso,

da rigido presidio della legalità probatoria a causa di invalidità modulabile a misura del rango che la giurisprudenza è disposta a riconoscere all'interesse protetto dalla norma violata. Sino alla comparsa della figura dell'abuso del diritto, segnale inequivoco della volontà di rompere definitivamente gli argini contrapposti, col principio di legalità, all'ingresso nella sfera giuridica di pulsioni esterne a carattere etico, di riprovazione verso strategie ostruzionistiche della difesa.
Prevalgono insomma asserite esigenze d'ordine pratico, che – si sostiene – lo stile accademico del codice non sarebbe in grado di soddisfare; dietro di esse si scorge l'impazienza del magistrato di raggiungere i propri scopi, ciò che personalmente considera "giusto" e dunque meritevole di essere perseguito tramite l'evasione senza remore da ogni canone interpretativo rispettoso del testo della legge. Così, ancora, proliferano negli uffici giudiziari le circolari, i protocolli, le linee-guida, gli ordini di servizio, che non si limitano a dirimere questioni organizzative ma si pongono quali autentiche fonti regolatrici della procedura, ormai ridotta a meccanismo pseudo-amministrativo, a modesto affare burocratico.
Il tipo di giustizia che non viene garantito è quello che ripone fiducia nell'osservanza del rito, nella uniformità dei criteri applicativi delle norme, tenuti al riparo da oscillazioni arbitrarie, nella prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze delle mosse processuali.
Detto ciò, bisogna pure ammettere che le carenze del codice di rito sono innumerevoli, disseminate in tutte le sue parti, sebbene una maggiore densità connoti il libro V sulle indagini e l'udienza preliminare. Molti di questi difetti sono dovuti per verità alle modifiche successive alla riforma del 1988, fonte di confusione, di discipline differenziate secondo la logica perversa, contorta, irragionevole e ormai fuori controllo dei doppi, tripli binari, discriminatori e vessatori per gli imputati. Il gigantismo delle indagini è patologia sopra tutte bisognosa di provvide correzioni poiché finisce con l'affliggere a cascata l'intero processo. Se è irrealistico pensare di ridurre in modo drastico la durata massima della fase attualmente fissata dalla legge, bisognerebbe almeno far sì che il limite cronologico sia certo e non venga eluso differendo artificiosamente il *dies a quo*. Converrà abbandonare l'istituto della proroga, rivelatosi inutile, a favore di una misura temporale unica delle indagini, meglio se non superiore ad un anno e mezzo per le fattispecie di più complesso accertamento, da selezionare in modo oculato e stringente. L'importante è però che sanzioni processuali ferree colpiscano gli atti investigativi compiuti fuori termine, previo controllo incidentale del giudice, da munire di un espresso potere al riguardo, circa la tempestiva iscrizione sul registro del nome della persona cui il reato è attribuito.
L'obiettivo di contenere la durata della fase preliminare è condizione prima e necessaria alla realizzazione del canone fondamentale dell'oralità, consentendo di celebrare il dibattimento a distanza non eccessiva dal fatto di reato affinché l'escussione dei dichiaranti nel contraddittorio produca risultati genuini e non sia necessario moltiplicare i casi di anticipata assunzione della prova nel corso delle indagini, in deroga al criterio della immediatezza

2. *La Costituzione garantisce il contraddittorio nella formazione della prova e il diritto dell'imputato all'acquisizione delle prove davanti al giudice. Ritenete che queste disposizioni meritino una revisione? E quale dovrebbe essere il sistema ideale di rapporti tra il dibattimento e la fase anteriore del procedimento, per assicurare un corretto equilibrio tra garanzie ed efficienza?*

M. Daniele: Le prescrizioni della Costituzione e del codice in tema di contraddittorio, diritto alla prova e rapporti tra le fasi sono fra le più avanzate che esistano dal punto di vista della realizzazione

dei principi accusatori. Come tali, sono difficilmente migliorabili, se non in alcuni aspetti secondari.
Un esempio per tutti: quando un testimone, esaminato in giudizio, ammette di aver reso nel corso delle indagini dichiarazioni difformi, in Inghilterra – la patria del processo accusatorio – la sec. 119 del *Criminal Justice Act* del 2003 ne consente l'utilizzabilità come prova. Il nostro art. 500 c.p.p., per converso, le sottopone ad una chiara *exclusionary rule*. La loro utilizzabilità - ma il punto è controverso - sarebbe ipotizzabile unicamente nelle ipotesi in cui il dichiarante ne attestasse in modo esplicito la veridicità, assumendosene pienamente la paternità.
Bisognerebbe, piuttosto, pensare ad un altro tipo di terapia: una paziente e capillare ricognizione delle norme che determinano tempi morti della fase anteriore al dibattimento senza essere in grado di assicurare tutele indispensabili, in modo da sostituirle con prescrizioni che eliminino i passaggi inutili. Nessuno dice che sia una cosa facile. Di sicuro, aiuterebbe smetterla con i *restyling* settoriali che, come è perlopiù accaduto negli ultimi anni, si limitino a recepire acriticamente gli orientamenti della giurisprudenza, la quale non ha – e né potrebbe avere - una visione sistematica, ma deve per forza di cose intervenire in rapporto ai singoli casi.
Senza pretese di esaustività, mi permetto di individuare almeno cinque linee di azione: a) la modernizzazione del sistema delle notifiche; b) la smaterializzazione degli atti processuali e la loro collocazione su piattaforme *cloud*, in modo da consentirne la consultazione in tempo reale; c) l'abolizione dell'udienza preliminare; d) la riduzione ai minimi termini del giudizio *in absentia*, prevedendo la sospensione del processo in tutte le ipotesi in cui sia dubbio che l'imputato ne sia a conoscenza; e) la razionalizzazione del sistema delle impugnazioni.
Molto altro, naturalmente, si potrebbe tentare. L'essenziale è cominciare al più presto l'opera di fluidificazione del nostro rito, in modo da uscire dall'*impasse* in cui si trova bloccato.

S. Lorusso: Il tema del contraddittorio, come detto, acquista una rilevanza centrale, costituisce – come autorevolmente detto in passato – la regola aurea del processo (di stampo accusatorio).
Ci si riferisce qui al contraddittorio come metodo di conoscenza, cui il "nuovo" art. 111 Cost. attribuisce una peculiare importanza proprio con specifico riferimento al processo penale (mentre il contraddittorio come metodo dialettico, di confronto ed interrelazione tra le parti nelle varie dinamiche processuali, costituisce com'è noto appannaggio di ogni forma di giurisdizione).
Il supporto costituzionale, assai dettagliato, rende alquanto arduo ogni eventuale mutamento, che passa necessariamente dall'art. 111 comma 5 e dalle relative eccezioni.
In questo contesto, gli spazi che si dovessero individuare debbono rispondere comunque ad esigenze di semplificazione ed accelerazione delle scansioni processuali, poiché l'unico – ed antagonista – valore prioritario individuabile è quello della durata ragionevole, anch'esso come abbiamo visto costituzionalizzato e tutt'ora costantemente violato dalla prassi.
Un'eventuale revisione, dunque, non potrebbe giungere ad infrangere il *parterre* invalicabile dei limiti derogatori articolati dall'art. 111 comma 5 Cost.
C'è da fare una considerazione preliminare.
Parlare di contraddittorio significa parlare di contraddittorio effettivo, con i suoi corollari quali l'oralità, la pubblicità e l'immediatezza. Quest'ultimo appare ormai/da tempo largamente disatteso, vanificando nei fatti l'effettività del contraddittorio per la prova. Che senso ha, difatti, ipotizzare un contraddittorio orale e pubblico sulla prova dichiarativa ma collocato a mesi od anni dal momento in cui interviene la decisione del giudice?
Le parti, certo, hanno potuto esercitare la loro dimensione dialettica e di edificazione della prova, ma la decisione dell'organo giudicante arriverà ad una distanza di tempo spesso siderale, tale da

imporre al giudice di avvalersi dei verbali e – dunque – della prova filtrata da quest'ultimi. In ultima analisi, della prova scritta.
In questo contesto, pragmaticamente, forme di anticipazione della prova nella fase procedimentale, sulla falsariga dell'incidente probatorio e magari/preferibilmente previo consenso delle parti, potrebbero costituire uno strumento di velocizzazione e/o razionalizzazione del processo, senza per questo ledere i diritti dell'imputato o mettere in sofferenza l'architrave dell'attuale assetto codicistico.
Si tenga conto, peraltro, che una parte talvolta notevole del materiale cognitivo posto a supporto della decisione giurisdizionale si forma ormai in assenza di contraddittorio nel corso della fase delle indagini preliminari per ragioni strutturali (intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni, captazioni informatiche, cd. prova digitale, cd. prova scientifica, strumenti investigativi atipici, etc.).
Il che non significa reintrodurre una sorta di istruzione formale, di recuperare un giudice-inquisitore, bensì, preso atto del progressivo potenziamento delle indagini preliminari, costruire dei correttivi a situazioni di evidente frizione con le dinamiche probatorie originariamente apprestate dal codice 1988.
Se, dunque, il sistema ideale dei rapporti tra il dibattimento e la fase anteriore del procedimento dovrebbe teoricamente avere le cadenze dettate dal legislatore ormai oltre trent'anni fa, la presa d'atto dell'impraticabilità/della concreta impraticabilità di tale modello induce a trovare nuovi equilibri chiaramente non lesivi dei rapporti tra garanzie ed efficienza che ispirano il modello costituzionale.
Le garanzie "virtuali", insomma, devono cedere il passo a quelle reali.
Immediatezza e oralità devono essere lette anche nella loro dimensione pragmatica, per non trasformarne la difesa in un esercizio di stile.

D. Negri: Dubito che sia sogno romantico la perseveranza nei principi cardine del sistema di giustizia penale a matrice accusatoria. Ribadire le ragioni del loro fallimento pratico significa avere acuta consapevolezza del peso del passato, liberarlo dalle nebbie delle cause impersonali e replicare al senso diffuso di rassegnazione al destino ineluttabile, irreversibile, o persino auspicabile – come vedremo – se portasse alla palingenesi digitale del processo. Il mondo è ciò che gli uomini hanno fatto di esso.
Col tempo abbiamo compreso che non basta cambiare il codice di rito e neppure riscrivere la Costituzione ad impedire che i magistrati – detentori del monopolio applicativo delle norme processuali – impongano la propria verità. Si sono avvicendati tre diversi modi di sabotare il sistema, figli della stessa cultura che vive le garanzie processuali come ostacolo – da rimuovere – all'attuazione a senso unico del comando contenuto nella norma incriminatrice. Il primo leale, il secondo subdolo, il terzo soave e seducente. L'impianto accusatorio della riforma processuale varata nel 1988 cadde fragorosamente nel 1992 determinando il precoce naufragio d'un progetto politico ambizioso. L'attacco ai canoni dell'oralità e del contraddittorio fu allora frontale ma scoperto; la magistratura combatté infatti la propria battaglia con armi ortodosse, sollevando questioni di costituzionalità che trovarono accoglimento presso i giudici della Consulta. Una volta innalzato il contraddittorio nella formazione della prova al rango di principio costituzionale, quella strategia è risultata impercorribile. L'ostilità verso il metodo dialettico di accertamento giudiziale non è tuttavia tramontata. Nei primi decenni del nuovo secolo ha preso la via di erosioni silenziose, sottotraccia; senza il clamore delle insurrezioni d'un tempo, bensì riducendo il contraddittorio a

mero simulacro nella prassi quotidiana delle aule di giustizia, dove il magistrato prescinde dalla regole legali e adopera un salutare buon senso.
La terza stagione avversa alle garanzie processuali è agli esordi, preannunciata da uno squillo della Corte costituzionale (sentenza n. 132 del 2019) e subito promossa con zelo dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 30 maggio 2019, Bajrami). La nuova strategia mira a dimostrare come i principi informatori del modello accusatorio siano sostanzialmente inattuabili nella realtà applicativa, null'altro che chimere. È l'esperienza, sotto gli occhi di tutti, ad attestare questa incontrovertibile verità. Naturale dunque che si possa rinunciare a quegli ideali in nome di obiettivi concreti, eticamente approvabili come la ragionevole durata del processo e l'effettività della giurisdizione; serve perfettamente allo scopo la tecnica del bilanciamento, che tutto s'incarica di contemperare senza il dramma di sacrifici estremi, ma con la soluzione suadente delle «ragionevoli eccezioni». Sino al cambio provvidenziale di paradigma: il congedo dall'oralità e dall'immediatezza, propiziato dal progresso tecnologico. La digitalizzazione permette di riprodurre l'esperienza istruttoria a beneficio del giudice decidente quando sia magistrato diverso da quello incaricato di sovrintendere alla formazione della prova, anche se resta da verificare la sua soglia di attenzione davanti al filmato registrato sotto l'altrui regìa. La rivoluzione tecnologica consente poi di celebrare le udienze penali in videoconferenza con tutti i protagonisti della dialettica processuale collegati a distanza. La parola d'ordine che circola leggiadra e insistente è "smaterializzazione"; promette un futuro migliore. Al passo coi tempi, nei dispositivi di ultima generazione s'è trovato il potentissimo, decisivo alleato per dissolvere finalmente le forme processuali e sciogliere così i vincoli del rito penale posti a difesa della libertà individuale.
Il discorso è viziato all'origine, poiché affronta il nodo riguardante la proporzionalità della compressione inferta ai diritti prima d'interrogarsi sulla legittimità della medesima. Dei fattori esogeni, indipendenti dalla volontà dei singoli, deve farsi carico lo Stato-apparato, cui compete l'onere di apprestare i mezzi per il funzionamento del giusto processo. Se gli uffici giudiziari non dispongono delle risorse umane e materiali necessarie a trattare adeguatamente il caso, ciò rientra nell'ambito della responsabilità dello Stato, non può essere addebitato all'imputato sotto forma di limitazione del suo pieno diritto alla prova. Trovo singolare il ragionamento che ritorce contro l'imputato difficoltà e inefficienze proprie del sistema.
Contraddittorio nella formazione della prova e diritto al confronto dell'imputato con chi l'accusa, davanti al giudice incaricato di dirimere il merito della causa, sono conquiste di altissimo valore. Sconcerta che i giudici, anche costituzionali, dimentichino il retroterra di quelle battaglie. Con gli scenari che si vanno profilando converrebbe essere più espliciti nel predicare il legame indissolubile tra metodo del contraddittorio nella formazione della prova e principio di immediatezza. Letti insieme, essi implicano contestualità, prontezza, fluidità, spontaneità, continuità tra azione e reazione in un contesto che favorisca al massimo grado la percezione vivida da parte del giudice delle risposte indotte nel testimone dalla studiata tecnica di formulazione delle domande, così da attrarre l'organo decidente nell'orbita della propria tesi mentre la prestazione dialettica si svolge. Se confidiamo ancora nel contraddittorio, allora dobbiamo riconoscere che il mezzo digitale, per limiti strutturali congeniti, induce ad una semplificazione meccanica tale da disseccare le componenti vitali del metodo, da ridurlo a pallida, grottesca imitazione di se stesso. Questo equivale ad accontentarsi di un accertamento sulla responsabilità penale assai meno affidabile. Perciò pure le eccezioni al principio di immediatezza andrebbero vincolate, sul piano costituzionale, ai casi tassativi contemplati dal quinto comma dell'art. 111 Cost., sottraendo quel canone fondamentale alla giostra dei bilanciamenti con interessi del più diverso rango su cui hanno voluto spingerla i giudici di palazzo della Consulta.

Avverto inoltre la forte esigenza di una riflessione e di una messa a punto sulla deroga al contraddittorio per consenso dell'imputato. Soluzioni legislative e giurisprudenziali hanno trasformato la manifestazione di volontà della persona accusata in una sorta di *passe-partout*, di comodo alibi per alterare sino a rompere l'equilibrio sul quale si regge la separazione funzionale tra le fasi processuali a tutela del contraddittorio. Valga per tutte la prassi serpeggiante che vede il giudice del dibattimento impegnato, in coppia anomala con il pubblico ministero, a convincere la difesa ad acconsentire sull'acquisizione come prova di tutti i verbali formati durante la fase preliminare in assenza del contraddittorio, tramutando così surrettiziamente il processo aperto al confronto dialettico in un rito sommario dall'esito scontato dietro l'implicita promessa all'imputato di riservargli un atteggiamento benevolo o di risparmiargli dosimetrie sanzionatorie altrimenti ritorsive. Il fenomeno delle pressioni esercitate dall'autorità sul volere del singolo, spesso occulto o latente nel sistema, poco si presta a visioni parcellizzate e a verifiche di carattere empirico. Siamo in una di quelle regioni dell'esperienza ove la difficoltà del riscontro positivo circa il pregiudizio arrecato alla libertà di scelta imporrebbe piuttosto la predisposizione di garanzie istituzionali e di struttura processuale tali da eliminare o ridurre al massimo sul piano oggettivo il rischio che la lesione si verifichi. E ciò al fine di prevenire non soltanto sopraffazioni di notevole entità, per gravità dell'attentato all'autodeterminazione dell'individuo e portata dei diritti sottoposti a rinuncia, ma anche comportamenti meno brutali e sacrifici più circoscritti – per dir così, di contesto – delle garanzie processuali.

3. *Sareste favorevoli a prevedere che, quando le parti ne fanno concorde richiesta, l'incidente probatorio debba essere disposto anche al di fuori delle ipotesi contemplate oggi dall'art 392 c.p.p.; e che, in tal caso, il rinnovo della prova in dibattimento abbia luogo solo per sopravvenute esigenze?*

M. Daniele: Dal punto di vista dei principi costituzionali, nulla vieta che l'incidente probatorio possa essere disposto sulla base della mera concorde richiesta delle parti. Se il solo consenso dell'imputato è sufficiente per rinunciare al metodo dialettico (art. 111 comma 5 Cost.), a maggior ragione l'accordo fra l'accusa e la difesa dovrebbe essere sufficiente per formare la prova con un istituto che salvaguarda il contraddittorio, sia pure al prezzo della rinuncia all'immediatezza.
I termini del discorso cambiano dal punto di vista della coerenza del sistema. L'incidente probatorio ha una preziosa funzione di tutela dei dichiaranti c.d. vulnerabili (minorenni, vittime di reati sessuali), laddove, così come richiesto dalla direttiva dell'Unione Europea sulla vittima, serve ad impedire la reiterazione degli esami, evitando i traumi psicologici che potrebbero derivare da una ripetuta rievocazione degli eventi. Al di là di questi casi, se appare giustificabile in via eccezionale nelle situazioni di urgenza o di rischio di coartazione dei testimoni, potrebbe distorcere i rapporti fra le fasi qualora se ne generalizzasse l'applicazione. Più si moltiplicano le attività istruttorie nelle indagini, più il dibattimento rischia di essere svuotato, replicando le dinamiche tipiche del processo misto.
In ogni caso si deve essere consapevoli del fatto che, pur con l'allargamento proposto, con ogni probabilità il tasso di applicazione dell'incidente probatorio non aumenterebbe in modo significativo. Non si può, infatti, trascurare che in molti casi si tratta di una modalità di formazione della prova poco appetibile per l'accusa, perché la obbliga a scoprire le carte con la *disclosure* imposta dall'art. 393 comma 2 *bis* c.p.p., nonché per la stessa difesa, nella misura in cui la costringe ad affrontare il controesame senza magari possedere ancora una sufficiente conoscenza del caso.

S. Lorusso: In questo quadro, come già accennato, potrebbe trovare spazio la formazione anticipata della prova secondo lo schema dell'incidente probatorio, ampliato nel suo oggetto e rimessa tendenzialmente alla volontà delle parti.
Non soltanto per la prova dichiarativa, superando lo sbarramento della non rinviabilità al dibattimento, ma anche per quelle ipotesi di prova tecnico-scientifica e/o digitale incentrate su accertamenti ripetibili (come già accade oggi per quelli irripetibili). L'espansione indubbia di quest'ultima, già evidenziata, apre spazi fino a qualche anno fa non preventivati né preventivabili nei quali la formazione della prova extra-dibattimentale potrebbe addirittura giovare al contraddittorio e alle garanzie difensive, fornendo in anticipo materiali probatori solidi, anche nell'ottica dell'attivazione di riti differenziati deflattivi del dibattimento.
Adottando tale approccio, la rinnovazione dibattimentale della prova così assunta dovrebbe assumere carattere eccezionale, riservandola ai soli casi in cui un mutato quadro complessivo suggerisca – *rectius*, imponga – la riconsiderazione della prova formata.

D. Negri: Anche per la ragione detta più sopra non sono favorevole al dilagare delle soluzioni consensuali sulla prova. Compresa l'apertura concordata dell'incidente probatorio oltre i casi previsti dall'art. 392 c.p.p., in verità ormai non più tassativi per via della latitudine del concetto di testimone vulnerabile di cui al comma 1-*bis*. Tale congegno, mosso dalla rinuncia aprioristica alle virtù dell'immediatezza, determinerebbe una eccessiva frammentarietà dell'esperienza istruttoria, in grado di disperdere le sinergie o le antinomie tra le singole prove e, con esse, la visuale complessiva dei risultati acquisiti. Capisco il vantaggio di ascoltare i testimoni ad una distanza temporale dal fatto minore di quella, di solito eccessiva, in cui si colloca il dibattimento; è pure comprensibile che, costatata la mancanza di concentrazione nella stessa fase dibattimentale, possa apparire indifferente una segmentazione istruttoria estesa lungo l'intero arco del procedimento, a partire dalle indagini preliminari. Resta però il difetto non trascurabile delle conoscenze solo parziali, limitate e per ciò potenzialmente falsate, ingannevoli, di cui giocoforza disporrebbero le parti nel momento prematuro di elaborazione della prova.

4. *Tutti o quasi riconoscono che l'udienza preliminare non è in grado di adempiere alla sua funzione di filtro delle imputazioni. Quali riforme proponete al riguardo?*

M. Daniele: Per ben due volte, nel 1993 e nel 1999, la legge ha tentato di potenziare la capacità di filtro dell'udienza preliminare, con esiti che sono sotto gli occhi di tutti. Ritengo che sia venuto il momento di interrompere questo accanimento terapeutico, per riconoscere la realtà dei fatti: siamo in presenza di un organo vestigiale, concepito secoli fa in un momento storico in cui la funzione di accusa era affidata ai privati, ma che ha perso ragion d'essere nel momento in cui l'azione penale è stata affidata ad un organo pubblico. Non è un caso che in molti sistemi il vaglio preliminare dell'accusa sia in crisi, e in taluni casi sia stato addirittura soppresso (come è accaduto proprio in Inghilterra).
L'abolizione dell'udienza preliminare sarebbe senz'altro una riforma controversa, che troverebbe una forte opposizione da una buona parte dell'avvocatura. Merita, nondimeno, di essere sperimentata, sostituendo il vaglio preliminare dell'accusa con un'udienza di prima comparizione di fronte al giudice del dibattimento dedicata alla verifica della costituzione delle parti, alla soluzione delle questioni preliminari *ex* art. 491 c.p.p. e al controllo della corretta formulazione

dell'imputazione. Si potrebbe, al contempo, statuire che il pubblico ministero potrebbe disporre la citazione diretta solo in presenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, in modo invertire il *thema probandum* (che l'art. 125 disp att., attualmente, impernia non sui presupposti per esercitare l'azione penale, ma sulle condizioni per archiviare). In questo modo dovrebbe risultare chiaro che, in caso di dubbio, la via sarebbe quella dell'inazione, e non dell'azione.
Non varrebbe obiettare che, stando alla "relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020" del Primo Presidente della Corte di cassazione, circa la metà dei casi portati al dibattimento si concluderebbe con un proscioglimento, a riprova della assoluta indispensabilità dell'udienza preliminare e, semmai, della necessità di irrobustirla. Questa percentuale si spiega con carenze organizzative degli uffici delle procure che vanno risolte a monte, attraverso un più razionale impiego delle risorse e del personale (basti pensare alla prassi di conferire la gestione dibattimentale di un numero non indifferente di casi ai pubblici ministeri onorari, senza mettere questi ultimi nelle condizioni di prepararsi al meglio). Nulla lascia pensare che le cose migliorerebbero continuando a deresponsabilizzare le procure, lasciandogli l'alibi del vaglio preliminare del g.u.p.
Del resto, se si volesse realmente rafforzare l'udienza preliminare, convertendo il canone decisorio dell'*in dubio pro actione* che ad oggi la contraddistingue in quello dell'*in dubio pro reo*, temo che sarebbe inevitabile introdurre la motivazione del rinvio a giudizio. Solo così il g.u.p., non potendo più rimettere al dibattimento l'esame dei casi incerti, sarebbe indotto ad esaminare con accuratezza il fascicolo delle indagini. È appena il caso di rilevare, però, il pericolo di condizionamento che un rinvio a giudizio motivato eserciterebbe sul giudice del dibattimento. La fase del giudizio, sede elettiva delle attività istruttorie, assumerebbe il ben più limitato compito di offrire alla difesa la possibilità di confutare il provvisorio accertamento di colpevolezza effettuato dal g.u.p. Vale la pena pagare un prezzo del genere per salvare l'udienza preliminare?

S. Lorusso: L'udienza preliminare risulta essere il "grande assente" del processo penale riformato. La finalità di filtro delle imputazioni azzardate è rimasta nel catalogo delle buone intenzioni e la stessa si è trasformata in un fattore di rallentamento delle dinamiche procedimentali manifestandosi come priva di alcuna concreta utilità, se si esclude la possibile attivazione di riti differenziati come – in particolare – il giudizio abbreviato.
Il transito da tale udienza si è trasformato in un frequentissimo automatismo nel passaggio dalla fase delle indagini preliminari a quella dibattimentale, con forti ritardi ed appesantimenti dei flussi processuali.
Né la modifica dei parametri valutativi della richiesta di rinvio a giudizio ha sortito gli effetti sperati. Una possibile, meno radicale riforma potrebbe consistere nel renderla attivabile con il consenso delle parti.
Nei sistemi di riferimento (Gran Bretagna, Stati Uniti d'America), peraltro, il mutato scenario di fondo non fa sì che la *preliminary hearing* si stagli in un contesto che garantisca quei risultati in Italia invano rincorsi. Anche il *committal proceedings* inglese è da tempo in crisi, nonostante interventi legislativi che hanno introdotto un modello semplificato di udienza, lo *short committal*, esclusivamente cartolare, nel quale il giudice dispone il rinvio a giudizio in automatico sulla base degli atti presentati dal *crown prosecutor*, con un mero controllo formale e senza soppesare la piattaforma probatoria. Sminuendone così la portata e snaturandone l'originaria funzione.
Mentre negli Stati Uniti la *preliminary hearing* – alternativa al *Grand jury* – regge ancora, non senza punti di flessione legati ad una molteplicità di ragioni (sostanzialmente legate ad una cultura processuale che attribuisce scarsa considerazione agli interventi giurisdizionali *ante iudicium*).

I risultati quindi sono, anche in questi contesti, assai inferiori rispetto alle aspettative di filtro che preludono al *dismissal*.
L'abolizione dell'udienza preliminare nel nostro ordinamento, pertanto, risulterebbe la soluzione più confacente all'esigenza di contenimento dei tempi processuali, agendo al contempo come fattore di contrazione degli sprechi di risorse umane e materiali.
Con il conseguente retroagire del controllo sull'esercizio dell'azione penale nella fase terminativa delle indagini preliminari, ferma restando la possibilità di attivare riti differenziati come giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti e sospensione con messa alla prova che richiederebbero un'udienza *ad hoc*.
Il salto di una fase comporterebbe indubitabili vantaggi in termini di durata del processo, tenuto conto anche delle prassi nelle quali i tempi morti tra indagini preliminari ed udienza preliminare e tra quest'ultima e il dibattimento determinano una significativa dilatazione dei tempi processuali.

D. Negri: L'udienza preliminare è senza dubbio tra gli istituti meno riconoscibili del codice, rispetto alla struttura delle origini, a causa degli appesantimenti dovuti alle molteplici modifiche legislative, agli squilibri determinati dalla giurisprudenza e accentuati dalla routine delle applicazioni pratiche. Si è tramutata in una ingombrante, rigonfia e sterile appendice delle indagini preliminari, destinata com'è nella gran parte dei casi a concludersi con il rinvio a giudizio dell'imputato. I giudici di Cassazione, nel loro ergersi a legislatori, hanno tramutato la fase intermedia nel luogo della stabilizzazione e del progressivo consolidamento dell'imputazione, disconoscendo nullità e travisando la portata dell'art. 423 c.p.p. sulla modifica dell'accusa. Nel complesso, la funzione dell'udienza preliminare risulta capovolta: da momento giurisdizionale di tutela del cittadino contro azioni arrischiate, a istituto di soccorso e sostegno all'organo dell'accusa. Un risvolto all'evidenza paradossale.
Malgrado ciò non condivido la tesi abolizionista, sostenuta da chi ritiene la situazione irrimediabile. Un'accorta manovra correttiva, che agisca per linee esterne ed interne alla disciplina della fase, potrebbe condurre al riscatto. Si può tentare di mitigare la propensione del giudice dell'udienza preliminare a correre dapprima in aiuto del pubblico ministero, abusando dei propri poteri, quindi ad accoglierne quasi sempre la richiesta di rinvio a giudizio.
La rifondazione dell'udienza preliminare dovrebbe partire dalla rimozione dell'eccesso di materiali che l'assedia. Va sgomberato innanzitutto il campo dalle indagini protratte *ad libitum*. Barocco e canzonatorio il meccanismo previsto dall'art. 3, lett. *e, f* del disegno di legge-delega (2435/C), presentato dal precedente ministro della Giustizia: deposito doveroso degli atti d'indagine, se il pubblico ministero non si determina sull'esercizio dell'azione penale entro un certo periodo di tempo dallo scadere dei termini massimi di durata delle indagini preliminari; responsabilità disciplinare del magistrato in caso di negligenza inescusabile. Nella direzione giusta, invece, si muove il controllo sui tempi di iscrizione della *notitia criminis* contemplato nella successiva lett. *l* del medesimo testo normativo, controllo giurisdizionale collocato proprio nella sede dell'udienza preliminare.
Per il resto la fase intermedia andrebbe snellita e decongestionata escludendo la possibilità di costituzione della parte civile: l'ingresso della pretesa risarcitoria andrebbe differito allo stadio processuale in cui si tratta di statuire sul tema della responsabilità penale, anziché arretrarlo ad una sede ove ancora è possibile l'esito liberatorio anticipato con la sentenza di non luogo a procedere.
Ulteriore modifica consigliabile è l'abrogazione dell'art. 421-*bis* c.p.p. Una volta esercitata l'azione penale è innaturale che si diano strumenti volti a colmare le lacune investigative. Se il pubblico ministero dispone di un tempo adeguato per le indagini – e nel nostro ordinamento la

durata della fase preliminare è piuttosto lunga – quando decide di istaurare il processo non dovrebbe esserci più spazio per riparare alle inefficienze, ma viene il momento dedicato alla verifica dell'accusa. L'udienza preliminare dovrebbe allora svolgersi allo stato degli atti, con l'unica eccezione delle prove che appaiano decisive ai fini delle sentenza di non luogo a procedere. L'assunzione di queste ultime, a norma dell'art. 422 c.p.p., andrebbe subordinata alla richiesta della difesa, onde evitare che il giudice eserciti il potere di integrazione istruttoria a scopi obliqui di ausilio ad accuse malferme.

C'è un errore di fondo che ci portiamo dietro sin dall'esordio del codice e va corretto.

Lo scopo dell'udienza preliminare non è semplicemente quello di conseguire, con la sentenza di non luogo a procedere, un risultato di economia processuale attestando la superfluità del giudizio dibattimentale. Seguendo questa logica ci siamo attardati a discutere della funzione di "filtro" a maglie più o meno larghe dell'istituto, in base alla mutevole regola di giudizio stabilita nell'art. 425 c.p.p. Bisogna invece ricordare che l'udienza preliminare è stata concepita quale garanzia a difesa dell'imputato, come conferma il diritto alla rinuncia unilaterale sancito dall'art. 419 comma 5 c.p.p. Per questa via se ne recuperano le lontane ascendenze nella *preliminary hearing* del processo statunitense, che il codice per primo non ha saputo tradurre fedelmente. Più che a "filtro", il compito genuino della fase è quello di ergersi a "scudo". Barriera innalzata a protezione del cittadino-imputato contro le accuse infondate, affinché l'individuo non sia inutilmente esposto ai rischi del dibattimento, all'alea della condanna, al carico di sofferenza per il protrarsi del processo, allo *strepitus fori*.

Corrisponde all'idea dello "scudo" che la regola di giudizio abbia natura diagnostica, non prognostica; a maggior ragione in un sistema retto dal criterio di completezza delle indagini preliminari. Il pubblico ministero è tenuto a dar fondo a tutte le risorse concesse dalla fase delle indagini preliminari, dove dispone di enormi poteri che lo pongono in posizione di supremazia. Le conoscenze raccolte profittando di tanto agio costituiscono il compendio probatorio a sostegno dell'accusa, sul quale – salve circoscritte eccezioni – la difesa non ha potuto strutturalmente incidere. Se malgrado i tempi e gli ampi spazi di manovra solitaria, il pubblico ministero esercita l'azione consegnando al giudice dell'udienza preliminare un quadro insufficiente o contraddittorio, la parte sin lì più debole va salvaguardata da ulteriori soggezioni. Il giudice deve comportarsi, sia pure sulla scorta di materiale di qualità inferiore, come se si trovasse a conclusione del processo e perciò prosciogliere l'imputato. Del resto non è formulabile alcuna previsione di accoglimento dell'accusa in una situazione del genere, poiché, transitati al dibattimento, l'esercizio del contraddittorio da parte della difesa non potrà che compromettere la solidità di un impianto accusatorio sino ad allora non sottoposto ad alcun tentativo di confutazione. La logica interna al sistema vuole allora che il pubblico ministero, se non riesce a dissipare dubbi e a colmare le lacune probatorie, non sia ammesso a tentare oltre. L'accesso al dibattimento si dovrebbe ammettere solo a fronte di una piattaforma istruttoria che, confermata, condurrebbe alla condanna.

L'obiezione mi è nota. Il peso schiacciante esercitato sulla posizione dell'imputato, in dibattimento, da un provvedimento emesso soltanto sulla base di acquisizioni univoche, non scalfite allo stato da dubbi di sorta circa la responsabilità dell'accusato. Quest'ultimo affronterebbe il giudizio con lo stigma della colpevolezza. L'argomento del pregiudizio, certo non trascurabile nei suoi risvolti pratici, non mi ha mai convinto; possiede un involontario sottofondo inquisitorio. Per evitare il condizionamento futuro e incerto, si è disposti ad accettare lo svantaggio sicuro e attuale della sottoposizione a giudizio, mentre il rimedio consiste nel rinsaldare l'impermeabilità del dibattimento agli atti della fase preliminare e nella incompatibilità funzionale del giudice-

persona fisica competente a decidere sul merito. Nell'accettare cioè, sino in fondo e senza riserve, che la prova si formi esclusivamente nel contraddittorio.

5. *Ritenete che i riti 'negoziali' debbano essere ulteriormente incrementati? E, in caso positivo, con quali modifiche al codice di rito?*

M. Daniele: Tutti sanno che la scommessa dei riti negoziali - il successo dei quali avrebbe dovuto ridurre il numero dei dibattimenti, come avviene nel sistema statunitense - è stata persa. Le statistiche parlano chiaro: stando ai dati diffusi dal Primo Presidente della Corte di cassazione, fra il 2017 e il 2019 meno del 10% del contenzioso sarebbe stato definito con il patteggiamento e il rito abbreviato.
Ciò premesso, sarebbe probabilmente inutile allargare ulteriormente i limiti di applicabilità del patteggiamento, che già con l'ampliamento avvenuto nel 2003 è potenzialmente in grado di definire la stragrande maggioranza dei procedimenti. Il giudizio abbreviato, dal canto suo, allo stato applicabile a tutti i delitti con l'eccezione di quelli puniti con l'ergastolo, meriterebbe semmai di ritornare ad essere subordinato al consenso del pubblico ministero: nella sua attuale configurazione come diritto potestativo, tale da consentire all'imputato di ridurre unilateralmente la forbice edittale comminata dalla fattispecie astratta, esso solleva forti dubbi di legittimità costituzionale.
Quello che è certo è che il fallimento dei riti negoziali dipende in buona parte da un semplice e comprensibile calcolo costi-benefici: perchè scegliere un rito suscettibile di tradursi in una sicura e più rapida applicazione di una pena, per quanto ridotta, laddove, grazie alla lunga durata dei dibattimenti, si potrebbe spostare in avanti il passaggio in giudicato della condanna o, addirittura, fruire della prescrizione del reato?
Per rendere i riti premiali realmente appetibili, dunque, dobbiamo senz'altro rimettere mano alla disciplina della prescrizione. Qui le soluzioni sarebbero tante, e bisogna cercare di evitare di cadere negli estremismi. Proprio questo mi sembra il difetto dell'interruzione del decorso della prescrizione in caso di appello prevista dalla riforma Bonafede, la quale, calata in un sistema inefficiente come il nostro, rischia di rallentare in modo eccessivo la trattazione dei gravami. Parimenti, non mi convince neppure l'idea della prescrizione di tipo strettamente processuale, tramite la previsione di termini massimi di durata delle singole fasi prestabiliti dalla legge a pena di improcedibilità dell'azione penale: un meccanismo del genere non terrebbe conto del fatto che ciascuna fase processuale comporta attività conoscitive dalla durata per definizione imprevedibile, legata alle caratteristiche del singolo caso.
La prescrizione deve continuare ad essere una causa di estinzione del reato e non del processo, legata a tempistiche sufficientemente ampie da consentire la conclusione di tutte le attività procedimentali. Al contempo, per garantire la ragionevole durata del processo, sarebbe più produttivo introdurre un controllo a posteriori delle cause degli eventuali ritardi. Qualora questi ultimi fossero imputabili a condotte o ad eventi non addebitabili alla difesa, non sarebbe inopportuno prevedere delle forme di ristoro per l'imputato (quali un risarcimento dei danni, una riduzione della pena e, nei casi più gravi, anche il proscioglimento).
In ogni caso, per quanto condivisibile possa risultare, nessuna riforma della prescrizione potrà realmente funzionare se prima non si riuscirà ad evitare che la macchina giudiziaria giri a vuoto.

S. Lorusso: Il panorama dei riti differenziati – e in particolare dei riti negoziali – risulta essere centrale nell'economia complessiva del codice.
Ad essi è stata affidata la tenuta del sistema, non in grado di reggere il peso di tutti i procedimenti pendenti se affidato soltanto alla sequenza procedimentale ordinaria. Come nei sistemi di riferimento, le modalità più garantite – che hanno la loro massima espressione nella struttura dialettica del dibattimento – non possono operare sempre, ma solo in un numero ridotto di casi, pena la paralisi della macchina giudiziaria.
Sappiamo che il *parterre* dei riti negoziali apprestato dal legislatore non ha sortito gli effetti immaginati. Una delle ragioni sta nei tempi processuali, che inducono spesso la difesa a praticare la strada più conveniente del maturare della prescrizione.
In questo quadro, un incremento ulteriore di tali riti non può che essere visto favorevolmente. Alla loro espansione, quando in chiave consensuale, occorre guardare con interesse.
Da un lato, potenziando i riti già esistenti, con un innalzamento dei tetti di pena e con il potenziamento dei benefici. Ancora, si potrebbe pensare alla conversione in sede di patteggiamento della pena detentiva lieve in pena pecuniaria.
Dall'altro, introducendone di nuovi come l'archiviazione "condizionata" a condotte favorevoli (di ristoro, indennizzo o risarcimento del danno) nei confronti del soggetto passivo del reato che – ferma restando la questione della sua compatibilità con l'obbligatorietà dell'azione penale (sempre che questa rimanga in piedi) – potrebbe far uscire anticipatamente la persona sottoposta alle indagini preliminari dal circuito giudiziario e al contempo tacitare le giuste pretese della persona offesa.
L'esperibilità dell'istituto potrebbe essere ricollegata a determinate tipologie di reato (soluzione probabilmente preferibile) o all'entità della pena irrogabile e, naturalmente, presupporrebbe una capacità di intervento in termini economici da parte della persona sottoposta alle indagini preliminari da verificare in concreto, caso per caso.

D. Negri: Considero condizione primaria di ogni incremento dei riti premiali a base negoziale che all'imputato siano preservate l'integrità e l'effettività delle garanzie del dibattimento. Soltanto se può confidare in questo la rinuncia a diritti fondamentali rappresenta una scelta libera, razionale e consapevole. Diversamente il processo rischia di scivolare in un congegno preordinato a braccare l'imputato per indurlo alla resa: se il divario tra dibattimento e riti alternativi si riduce in misura considerevole, sino di fatto ad annullarsi, non si vede per quale motivo l'imputato dovrebbe affrontare i rischi legati al giudizio ordinario.
Ciò posto, merita di essere incoraggiata l'espansione del giudizio abbreviato per la sua natura cognitiva. Non può dunque rimanere confinato, di fatto, alle sole ipotesi in cui la condanna appaia pressoché certa, ma occorre creare i presupposti affinché l'imputato abbia maggiori *chance* di un esito liberatorio o comunque più favorevole di quello pronosticabile allo stato degli atti. L'imputato va messo in grado di aggredire la ricostruzione del fatto emergente dai risultati dell'indagine preliminare, sia mediante l'introduzione di alternative trascurate dal pubblico ministero, sia cercando di minare l'attendibilità dell'ipotesi d'accusa. Senza che questo significhi equiparare le prerogative istruttorie concesse dal rito speciale al pieno diritto alla prova esercitabile nel contesto dibattimentale.
Occorre emancipare l'istituto dagli attuali, restrittivi criteri di ammissibilità dell'integrazione probatoria, connotati da una discrezionalità prossima all'arbitrio e fonte di notevoli disparità di trattamento da caso a caso secondo le vedute personali di ciascun giudice. Il parametro della compatibilità con gli scopi di economia processuale andrebbe eliminato. Del resto, la Corte

costituzionale (sentenza n. 115 del 2001) ha messo in luce come il risparmio di tempo e di attività sia insito nella stessa struttura del rito alternativo, se paragonato al giudizio dibattimentale: l'uso degli atti di indagine, l'esame dei dichiaranti condotto dal giudice; la composizione monocratica dell'organo giudicante, sono tutti fattori differenziali che giustificano il beneficio sanzionatorio per la rinuncia dell'imputato al corredo di garanzie tipico del dibattimento. Non c'è dunque ragione per mantenere il sindacato sul dispendio derivante dall'assunzione delle prove cui l'imputato subordini la scelta del rito. Il requisito della necessità, per altro verso, dovrebbe restare circoscritto alle conoscenze che l'istante si riprometta di ottenere dall'identica fonte protagonista di un precedente atto d'indagine: la difesa avrebbe l'onere di addurre la diversità di oggetto o l'esistenza di specifiche ragioni che militino per la rinnovazione istruttoria. Quando invece la richiesta riguardi prove mancanti di corrispondenza con l'attività pregressa, il criterio dovrebbe essere identico a quello, di massimo favore, previsto dall'art. 190 c.p.p.
Nutro al contrario diffidenza verso soluzioni che estendano l'ambito applicativo di istituti come la messa alla prova, o, peggio, introducano nell'ordinamento forme di giustizia riparativa, basate sulla riconciliazione tra autore e vittima del reato, accessibili sin dalla fase processuale di cognizione. Carente sul piano cognitivo, il patteggiamento esibisce almeno il pregio della definizione istantanea della regiudicanda in nome di un pragmatismo d'impronta anglosassone dal quale è lecito dissentire, ma che comunque rifugge laicamente gli appelli salvifici e la ricerca di collaborazioni rigeneratrici dalla persona accusata. Gli altri istituti della giustizia consensuale appena menzionati rischiano invece di compromettere quanto rimane dell'ispirazione liberale del processo, con il proposito di rieducare l'imputato senza averne prima acclarato la colpevolezza e sotto il pretesto di risparmiargli così la pena. I fautori di tali soluzioni, tra i quali va purtroppo annoverata la nostra Corte costituzionale (sentenza n. 91 del 2018), hanno creduto di trovare nella volontarietà della sottoposizione a simili percorsi di riscatto morale il requisito in grado di elidere il contrasto palese con la presunzione di innocenza dell'imputato. Ma è proprio la valorizzazione estrema del fattore consensuale a destare inquietudine, se si giunge a riconoscergli una portata tale da far sì che l'imputato accetti il ruolo di autore del reato e prenda su di sé le conseguenze negative dell'illecito, a lato del processo, mentre ancora incombe l'accertamento penale a suo carico. In vista di esigenze deflative non conviene correre il pericolo di scivolare verso la generalizzata sottomissione degli imputati a pratiche penitenziali, senza neppure curarsi del peso che la messa in moto del sistema di repressione dei reati esercita – di per sé o attraverso le manovre dei suoi organi – sulla asserita spontaneità della scelta.

6 *Quali riforme proponete per quanto riguarda l'appello e il ricorso per cassazione? Sareste favorevoli alla inappellabilità delle sentenze di proscioglimento? Sarebbe opportuno, in determinati casi, circoscrivere il controllo della cassazione ai soli profili di diritto, escludendo il sindacato sulla motivazione in fatto?*

M. Daniele: Il sistema delle impugnazioni, tuttora identico a quello del processo misto, costituisce uno dei nervi scoperti del sistema. Bisognerebbe avere il coraggio di riportare anche esso alle regole della grammatica accusatoria, riconoscendo una volta per tutte che quest'ultima predilige la garanzia orizzontale del contraddittorio in primo grado alla garanzia verticale delle impugnazioni.
Ciò ovviamente non significa che l'appello - che spesso serve a rimediare a gravi errori commessi dal giudice di primo grado - debba essere eliminato *tout court*. Nondimeno, si può pensare di

snellirlo, e a mio parere il modo migliore sarebbe quello di introdurre un più stringente vaglio di ammissibilità, tale da consentire anche un controllo di non manifesta infondatezza dei motivi presentati. Solo a fronte di appelli ben costruiti e non pretestuosi si determinerebbero le condizioni per un'altra riforma di segno autenticamente accusatorio, e questa volta a favore della difesa: il divieto di appello del proscioglimento, che la l. n. 46 del 2006 aveva già tentato di introdurre, ma che era caduto sotto la scure della sentenza n. 26 del 2007 della Corte costituzionale. Tale divieto eliminerebbe alla radice il rischio della condanna per la prima volta in appello senza la piena operatività di tutte le garanzie previste per la decisione di primo grado. L'appello assumerebbe il ruolo che dovrebbe essergli proprio: quello di rimedio eminentemente difensivo, con la possibilità per il pubblico ministero di avvalersene solo in ipotesi eccezionali (ad esempio, qualora sopravvenissero nuove prove a carico). Essendo, al contempo, un rimedio attivabile per la difesa solo in presenza di solide ragioni, verrebbe meno l'argomento, a suo tempo addotto dalla Corte costituzionale, secondo cui il divieto di appellare il proscioglimento determinerebbe una sproporzione eccessiva con i poteri dell'accusa.
Si aggiunga che, qualora un appello contro una condanna fosse dichiarato ammissibile, la riassunzione orale delle prove dichiarative dovrebbe operare in modo incondizionato. L'immediatezza è una garanzia di attendibilità della decisione penale, ed è fondamentale per comprendere se gli eventuali dubbi sulla colpevolezza sorti in appello possano davvero dirsi ragionevoli. Certo, affinchè essa possa sprigionare tutti i suoi benefici, il giudizio di appello dovrebbe svolgersi non troppo tempo dopo la commissione dei fatti. La ragionevole durata del procedimento di primo grado, dunque, è un prerequisito indispensabile anche a questo fine.
Quanto al ricorso in cassazione, è inutile nascondersi che, nella realtà operativa, il sindacato sulla motivazione in fatto spesso viene eluso dai giudici di legittimità, i quali si trincerano dietro l'impossibilità di invadere il campo delle valutazioni riservate ai giudici di merito. Non sarebbe così scandaloso, dunque, eliminarlo, perlomeno in caso di doppia conforme.

S. Lorusso: Anche le impugnazioni contribuiscono a dilatare i tempi processuali, soprattutto nel passaggio da un grado all'altro del giudizio nel quale vi è una stasi forzata del fluire procedimentale. Tale criticità è legata alla carenza di magistrati o alla non massimizzazione delle risorse disponibili, dunque, in definitiva, alla struttura e all'organizzazione degli uffici.
In questo contesto, che richiederebbe un incremento dei magistrati ed eventualmente una redistribuzione territoriale, possono essere prese in considerazione riforme processuali come l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento che valorizzerebbe in un'ottica accusatoria i risultati del giudizio di primo grado senza tradursi in un *vulnus* per l'imputato rispetto all'attuale assetto.
Viceversa, l'ipotesi di circoscrivere il ricorso per cassazione ai soli profili di diritto, eliminando il controllo sul fatto in concreto indirettamente effettuabile mediante il sindacato sulla motivazione, pur astrattamente condivisibile, non appare praticabile efficacemente per i labili confini che distinguono le due aree nella conformazione del provvedimento impugnato.

D. Negri: Il libro IX del codice andrebbe completamente riscritto per conferire chiarezza testuale e razionalità sistematica alla disciplina delle impugnazioni, corrotte dalla stratificazione legislativa e dalle pronunce costituzionali che si sono susseguite nel corso degli anni; ma soprattutto al fine di restituire alle relative disposizioni l'impronta di solide categorie dogmatiche.
Resto innanzitutto convinto che la pretesa civilistica non debba appesantire il processo penale, in quanto ne altera la fisionomia accusatoria; sicché eliminerei dall'ordinamento tutti i rimedi

attualmente previsti in materia dagli artt. 572-578 c.p.p., sfoltendo conseguentemente il sistema delle impugnazioni. Andrebbe inoltre eliminato l'appello contro le sentenze di non luogo a procedere, in modo da circoscrivere il novero dei rimedi alla sola ricorribilità per cassazione e, con riguardo al pubblico ministero, limitatamente ai motivi previsti dalle lett. *a*, *b*, *c*, dell'art. 606 comma 1 c.p.p. La precarietà della sentenza conclusiva dell'udienza preliminare non giustifica un apparato di controlli folto come l'attuale, specie se si pensa che il pubblico ministero è abilitato a promuovere la revoca della decisione. D'altra parte l'assenza di verifiche di grado ulteriore sul merito può incentivare la pronuncia alternativa al rinvio a giudizio dell'imputato. Il sindacato sulla motivazione in fatto va mantenuto per agevolare la possibilità che l'imputato ottenga una pronuncia liberatoria più favorevole, ad esempio quando il giudice abbia disposto la confisca.
In quest'opera di ridefinizione un ruolo di primo piano spetta alla scelta politica, tecnicamente meglio assecondata di quanto avvenne con la legge n. 46 del 2006, che sancisca l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento (e pure di quelle di condanna) da parte del pubblico ministero. È infatti auspicabile un ripensamento della Corte costituzionale rispetto all'indirizzo espresso nella sentenza n. 26 del 2007. Una volta escluso che l'impugnazione sia proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'azione penale, bisogna aggiungere come, dal lato della pretesa punitiva, la Costituzione tolleri che il sistema si appaghi di un unico giudizio di merito. Non c'è simmetria tra l'esigenza di evitare la condanna di un innocente e quella di non lasciare impunito il colpevole. A livello costituzionale ciò si deduce – tra l'altro – dalla circostanza che la prospettiva del rimedio all'errore giudiziario è coltivata esclusivamente sul versante del diritto di difesa (art. 24 comma 4 Cost.). L'interesse obiettivo dello Stato a che il processo pervenga alla giusta decisione in fatto è assicurato dalla necessaria verifica probatoria sul tema dell'imputazione con il metodo più affidabile del contraddittorio, davanti al giudice imparziale, dopo aver concesso al pubblico ministero ampi e penetranti poteri di raccolta degli elementi a sostegno dell'accusa durante le indagini preliminari. Se nonostante ciò non riesce a dimostrare la colpevolezza dell'imputato al di là del ragionevole dubbio, l'ordinamento può permettersi di considerare attendibile l'accertamento alla base della decisione assolutoria rinunciando al giudizio di secondo grado e limitando il controllo della pronuncia ai vizi di legittimità.
La Corte costituzionale avrebbe motivo di riconsiderare i propri assunti precedenti alla luce dell'esigenza, per il giudice d'appello, di disporre la rinnovazione probatoria se si tratta di ribaltare il proscioglimento in condanna su impugnazione del pubblico ministero (art. 603 comma 3-*bis* c.p.p.), secondo l'insegnamento della Corte di Strasburgo. Nulla infatti autorizza ad attribuire maggiore fiducia ai risultati probatori ottenuti in appello rispetto al giudizio di primo grado, anzi, la maggiore distanza dai fatti e la ripetuta escussione del dichiarante inclinano a conferire una qualità inferiore all'accertamento di seconda istanza. Su di esso non è dunque prudente fondare una condanna, a quel punto, insuscettibile di riesame nel merito. Motivi di ragionevolezza depongono nel senso dell'amputazione dell'appello *contra reum*.

7. *Siete favorevoli a prevedere criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e quali organi affidereste la loro definizione?*

M. Daniele: Il tema dei criteri di priorità e tanto spinoso quanto cruciale. Non voglio certo negare il valore dell'indipendenza dei pubblici ministeri, i quali, al di fuori della legge, non devono essere esposti a nessuna forma di condizionamento da parte di poteri pubblici o privati. Al contempo, non possiamo fingere di non sapere che le procure, oberate di lavoro, inevitabilmente compiono scelte

di politica criminale, individuando i fascicoli che meritano di fruire di una trattazione prioritaria, ed accettando il rischio che gli altri procedimenti cadano sotto la scure della prescrizione. Ebbene, considerato che non esistono formule matematiche per orientare queste scelte, le quali sono necessariamente legate alla concreta realtà operativa di ciascun officio, mi pare che risponda ad un'elementare esigenza di democrazia che esse non rimangano confinate negli *arcana imperii*, ma siano sottoposte ad una qualche forma di controllo pubblico.
Qui le soluzioni possono essere le più diverse. In alcuni sistemi non certo incivili, come quello francese e quello tedesco, al ministro della giustizia è attribuito il potere di impartire direttive vincolanti per le procure. Da noi si discute da tempo la possibilità che sia il Parlamento oppure gli stessi uffici dei pubblici ministeri - come in diversi casi sta già avvenendo nella prassi - a fissare dei criteri di priorità. Fra queste ultime due eventualità, quella più conforme ai principi sarebbe senz'altro la prima, considerato che la determinazione di tali criteri comporterebbe l'esercizio di una discrezionalità politica. A questo fine non sarebbe un ostacolo l'art. 112 Cost., che deve essere inteso in modo flessibile: non come obbligo di perseguire tutte le notizie di reato fondate (un obiettivo che, anche con una massiccia depenalizzazione, non sarebbe realisticamente conseguibile), ma come dovere di evitare disparità di trattamento nell'individuazione delle notizie di reato tali da meritare un trattamento preferenziale. Sarebbe, però, una soluzione non priva di inconvenienti. La legge non potrebbe che formulare direttive generiche, modulabili nei modi più diversi dalle singole procure sulla base delle peculiarità delle proprie realtà territoriali. Sarebbero, inoltre direttive da aggiornare costantemente in rapporto ai mutamenti della situazione di fatto, e non è detto che il Parlamento sia in grado di farlo con la dovuta tempestività.
Personalmente, proverei a percorrere una strada alternativa, imperniata su un controllo *ex post* dell'attività dei pubblici ministeri. Ciascuna procura dovrebbe pubblicare un resoconto della gestione delle cause dell'anno precedente, indicando i criteri di priorità utilizzati e il modo in cui sono stati concretamente applicati. Un'apposita commissione di esperti nominata dal Parlamento, poi, potrebbe vagliare le scelte compiute, al fine di valutare eventuali profili di responsabilità disciplinare e, laddove necessario, proporre al C.s.m. la sostituzione del procuratore capo. In questo modo, se non altro si inizierebbe a comprendere meglio quali sono le logiche che governano la gestione dei carichi giudiziari all'interno delle procure.

S. Lorusso: L'azione penale, nella sua attuale configurazione, mostra rilevanti discrasie tra le intenzioni dichiarate e l'effettiva operatività.
Il tema dell'obbligatorietà (fittizia) dell'azione penale ha radici lontane ed innegabili conseguenze sul concreto svolgersi del processo.
Sappiamo benissimo che considerare l'obbligatorietà un punto imprescindibile della nostra architettura processuale significa incorrere in un errore di metodo, in un atteggiamento fuorviante e al contempo mistificante.
La soluzione ottimale sarebbe quella – in linea con la tradizione accusatoria alla cui attuazione costituisce un freno l'obbligatorietà dell'azione – di introdurre anche nel nostro ordinamento la discrezionalità dell'azione penale, che avrebbe indubbi ed evidenti effetti sui carichi processuali e, quindi, sulla durata dei singoli procedimenti.
Al di là delle perplessità e degli allarmi che potrebbe suscitare, specie per ragioni di carattere politico-istituzionali, si tratterebbe in realtà di adeguare la discrezionalità di fatto attualmente operante ad assetti sistematici ed ordinamentali coerenti con le scelte operate dal legislatore nel 1988.

In altri Paesi di consolidata tradizione accusatoria, come negli Stati Uniti, l'esercizio dell'azione penale da parte del Prosecutor, in punto di opportunità e convenienza, avviene sulla base di criteri guida rigorosi tesi ad evitare fenomeni di abuso della discrezionalità.
Se, tuttavia, si ritiene troppo radicale questa riforma (che implicherebbe una modifica costituzionale), l'adozione di criteri di priorità potrebbe essere presa in considerazione, muovendo nella medesima direzione, seppur in maniera meno marcata.
Quanto all'individuazione dell'organo competente a predisporli, la soluzione potrebbe essere quella di rimetterli annualmente al Parlamento, preferibilmente a maggioranza qualificata per evitare fenomeni di "spoils system" dei criteri di priorità, che dovrebbe elaborarli tenendo conto anche delle specificità territoriali.

D. Negri: I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale sono una realtà ineliminabile gestita da decenni all'interno degli uffici delle Procure della Repubblica, secondo i casi in modo organizzato o rapsodico. Il ragionamento non può che fondarsi sugli assetti costituzionali: poiché i magistrati non sono responsabili della politica criminale, è al Parlamento che va demandata la definizione della gerarchia tra gli affari penali da trattare, a cadenza annuale e in seduta comune. Bisognerebbe però anche fissare una maggioranza qualificata per la deliberazione in materia, onde evitare che scelte in grado di incidere sul principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge restino appannaggio della compagine di governo.

8. *Vi sono riforme dell'ordinamento giudiziario che ritenete necessario introdurre?*

M. Daniele: Qui, naturalmente viene in gioco il pluriennale tema della separazione delle carriere. Personalmente ritengo che sarebbe una riforma pericolosa. Isolerebbe i pubblici ministeri, allontanandoli dall'approccio neutrale che dovrebbe rappresentare il tratto identificativo di qualunque magistrato (la c.d. "cultura della giurisdizione"). Ne aggraverebbe, inoltre, i tratti degenerativi, esponendoli ancora di più alle tentazioni del personalismo e agli umori giustizialisti di ampie frange della società, con il rischio di indebolire ulteriormente la "regola d'oro" della funzione di accusa: l'esercizio dell'azione penale al solo ed esclusivo fine della punizione del reale colpevole.
Forse la separazione delle carriere potrebbe funzionare se si coniugasse all'introduzione di una qualche forma di controllo delle procure da parte del potere esecutivo, come avviene in Francia e in Germania. Ma quest'ultima è una possibilità che, per ragioni storiche ed ambientali, da noi mi sembra fortemente sconsigliabile.
Quello che, invece, mi pare fondamentale in questo momento storico è tentare ristabilire ciò che, troppo spesso, manca nelle nostre aule giudiziarie, pur costituendo un prerequisito indispensabile per il buon andamento della giustizia: il rispetto reciproco fra magistrati ed avvocati. Un obiettivo del genere non può che essere ottenuto ripensando radicalmente i rispettivi sistemi di reclutamento, ad oggi lasciati ad un esame dall'esito troppo spesso capriccioso come quello di abilitazione alla professione forense, e ad un concorso a cui comunque accede un numero eccessivo di candidati come quello in magistratura. Mi pare improcrastinabile una riforma che porti a preselezionare i candidati già a monte, senza ingenerare false aspettative, ed evitando ingiustizie e disparità di trattamento. A questo fine, sarebbe opportuno prevedere il numero chiuso nelle scuole di giurisprudenza e, seguendo l'esempio della Germania, un esame di Stato unico per tutti i laureati che intendano diventare magistrati o avvocati, ripetibile per un numero limitato di volte, e seguito

da periodi di tirocinio ed esami più mirati. È fondamentale arrivare ad eliminare quel senso di sconforto che i laureati italiani in giurisprudenza conoscono bene quando si accingono ad intraprendere la carriera in avvocatura o in magistratura.

S. Lorusso: La separazione delle carriere, legata ai "fondamentali" del modello accusatorio, dovrebbe essere considerata ineludibile. In questi ultimi decenni le iniziative in tal senso sono state bloccate da veti politici, che poco hanno a che fare con gli equilibri e con gli assetti processuali i quali, nell'ottica del processo di parti, impongono una differenziazione strutturale, e non solo funzionale, della triade accusa-difesa-giudice. Le ragioni sono note, così come le storture che determina l'appartenenza allo stesso ordine di giudici e pubblici ministeri, a partire da una comunanza di formazione che si traduce spesso in un appiattimento di vedute e si somma, a volte, con la contiguità degli uffici.
Come già evidenziato, sarebbe necessario il superamento del mito dell'obbligatorietà dell'azione penale, in favore di una più realistica discrezionalità, con correlativi meccanismi di verifica.
La revisione costituzionale che tale mutamento impone dovrebbe accompagnarsi con il potenziamento della responsabilità dell'organo dell'accusa che impedisca di trasformare la discrezionalità in arbitrio.

D. Negri: Penso che sia ormai tardi, ma egualmente auspico la separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri. Il requisito costituzionale della terzietà del giudice è rimasto troppo a lungo inattuato, producendo guasti irreparabili nel nostro sistema penale. Pochi argomenti hanno minore riscontro pratico di quello mille volte ripetuto, secondo cui la comunione delle due figure di magistrati gioverebbe a preservare nel pubblico ministero la cultura della giurisdizione. Vero è piuttosto il contrario, ossia che una parte non minoritaria dei giudici non ha mai assimilato la cultura delle garanzie e, al pari dei rappresentanti dell'accusa, poco tollera l'esistenza di limiti all'esercizio dei propri poteri a tutela dei diritti di difesa e di libertà dell'imputato. Prevale la tendenza ad orientare la propria funzione verso lo scopo – questione già in sé spinosa – trascurando l'osservanza del rito: atteggiamento che è all'origine della disfatta della riforma processuale del 1988.
Dopodiché, quando le carriere fossero disgiunte, i problemi rimarrebbero, e molto seri. Il primo sta nell'impedire che l'apparato dei pubblici ministeri finisca per soggiogare la classe dei giudici. C'è inoltre l'aspetto cruciale della formazione, a proposito del quale occorre evitare che entrambe le categorie accentuino la propensione all'autoreferenzialità. Un rimedio potrebbe essere quello di prevedere un periodo di tirocinio comune a tutti gli aspiranti, che contempli il passaggio attraverso i diversi ruoli dell'avvocato, del pubblico ministero e del giudice. Andrebbe altresì favorita la ricezione del pensiero elaborato dagli studiosi del processo penale all'interno del circuito interpretativo, tramite l'ingresso dei docenti universitari in alcuni collegi giudicanti, specie là dove si concentra il potere nomofilattico: servirebbe allo scopo la modifica strutturale delle Sezioni unite della Cassazione, così da riservare una quota dei suoi membri alla compagine accademica.

DECISIONE IN IPOTESI, ESTINZIONE DEL REATO E TUTELA DELL'INNOCENZA. RIFLESSIONI ACRONICHE SU ACCERTAMENTO GIUDIZIO E GIUDICATO*

di Stefano Ruggeri
Professore ordinario di diritto processuale penale, Università degli studi di Messina

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Morte del reo e inesistenza della decisione sulla responsabilità penale. – 3. Estinzione del reato e decisione in ipotesi. – 4. Accertamento ipotetico ed efficacia della declaratoria estintiva. – 5. Cognizione del fatto, prova del reato estinto e *favor innocentiae*. – 5.1. La prova dell'innocenza quale presupposto dell'alternativa assolutoria: considerazioni critiche. – 5.2. La necessità di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata: la decisione ipotetica quale giudizio prognostico. – 6. Decisione estintiva, impugnazione, giudicato. – 6.1. Estinzione del reato, diritto d'impugnazione e tutela dell'innocenza. – 6.2. Dinamiche impugnatorie, decisione sul reato estinto e formazione del giudicato penale. – 7. Decisione estintiva ed efficacia non penale dell'accertamento del reato. – 8. Conclusioni.

1. Innumerevoli e inarrivabili i contributi di Franco Cordero alla scienza processuale, e probabilmente alla scienza giuridica in genere. Non esiste forse tematica, tra le moltissime affrontate dal Maestro, nella quale non abbia lasciato il solco indelebile del proprio legato, e che non costituisca un punto di riferimento fuori tempo, per così dire, per lo studioso che ad essa si accosti. Ma c'è un tema in particolare, che un tema in sé anzi non può propriamente definirsi bensì un terreno pressoché sconfinato e denso di problematiche enormi, nel quale le riflessioni di Cordero offrono al ricercatore di oggi un affresco unico, e dove l'acribia e la lucidità dell'indagine consentono di apprezzare appieno le ricostruzioni regalateci da questo straordinario studioso sulla struttura e morfologia dei procedimenti: ed è il terreno delle decisioni penali e della dinamica dei giudizi. Qui il lettore s'imbatte subito non solo in ricostruzioni di estrema finezza intellettuale, ma persino in categorie della cui esistenza probabilmente non c'era prima neppure una compiuta consapevolezza teorica.
All'interno di quest'area tematica una rilevanza primaria è senz'altro da ascrivere alle riflessioni concernenti la decisione sul reato estinto: tema assai caro a Cordero, che ad esso dedicò opere d'importanza capitale fin dagli anni della sua giovinezza scientifica (e di una giovinezza già gravida d'incomparabile maturità). Dalle indagini di carattere generale sulla valenza sostanziale dell'accertamento del fenomeno estintivo[1] agli studi su particolari aree d'intersezione tra diritto e

* Scrivere questo contributo è stato per me impresa ardua: se esso mi ha riportato a una delle passioni specie dei miei primi anni di ricerca, la teoria generale del processo, questo ritorno è stato non poco travagliato, quasi traumatico. Qualunque tentativo di riconsiderazione delle tesi del prof. Cordero richiede estrema cautela e meditazione, ma soprattutto un'ampiezza di competenze che va ben oltre i miei limiti. Come in altre occasioni ho dovuto quindi rivolgermi a (e non poco disturbare) diversi amici e colleghi, che desidero qui ringraziare per i preziosi suggerimenti che mi hanno donato: Lorena Bachmaier Winter, Marco Gradi, Elena D'Alessandro, Alessio Lo Giudice, Angela Condello e Giuseppina Panebianco. Un particolare ringraziamento, per tutto l'aiuto e gli spunti che mi hanno fornito nell'approfondimento di diversi temi, va poi a Diego Foti, Elena Militello, nonché a tutti i miei giovani e appassionati collaboratori: Claudio Orlando, Viviana Di Nuzzo, Antonella Falcone e Martina Aloisi. Ma, come sempre, di ogni errore o inesattezza resta sulle mie spalle l'intera responsabilità.
[1] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano 1966.

processo legate a specifiche cause estintive[2]: i risultati delle sue ricerche forniscono una summa emblematica del contributo di quest'eccezionale autore a una teoria dei giudizi penali, che ad oggi in buona misura è ancora da definire, e da scrivere.
Meno note, ma non meno rilevanti, le riflessioni condotte del Maestro attorno a quella peculiare situazione estintiva determinata dalla morte del reo. Tema alquanto *démodé*, si potrebbe obiettare; e neppure particolarmente significativo per comprendere la portata del pensiero corderiano sulla decisione concernente il reato estinto. Sarà forse così, e convengo pure sul fatto che si tratta di una problematica che non può certo reputarsi attuale, almeno nel senso abbastanza limitativo che si suole oggi spesso attribuire a quest'espressione con riferimento agli scritti scientifici. Eppure a me sembra che quest'argomento apparentemente angusto, imponendo una drastica conclusione dell'accertamento penale dovuta appunto alla sopravvenienza della morte dell'imputato, ci consenta di rileggere l'insegnamento di Cordero sulla delicatissima problematica della decisione sul reato estinto, e di qui, spalancando uno scenario affatto inedito, ci permetta di riflettere sotto una diversa luce sugli elementi primi, si potrebbe dire, del diritto processuale e, in buona misura, dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, ovvero sulle nozioni di accertamento, giudizio e giudicato.

2. La prima questione che sollecita una lettura degli studi corderiani in tema di decisioni sull'estinzione del reato concerne, per così dire, la sorte del potere decisorio quando sopraggiunga un evento come la morte del reo. Cosa avviene nel processo, anzi cosa ne è del processo e dell'accertamento che esso postula? C'è ancora una parte, e c'è ancora il giudizio, come oggetto immanente e fine ultimo del processo in corso? O il giudizio ha ormai un esito scontato e ineludibile? Esistono alternative decisorie, e prima ancora cognitive, alla declaratoria estintiva? È concepibile, in un sistema penale rigorosamente improntato al principio di personalità della responsabilità penale, un accertamento penale nei confronti di chi non esiste più per la società e per il diritto? Quale assetto trova il sistema penale, e quali conseguenze discendono per altri rami del diritto e altre giurisdizioni nelle quali siano in gioco questioni legate a responsabilità non penali ma dipendenti dal reato?
Un corretto approccio a così delicate questioni potrebbe muovere da un dato pressoché pacifico nella giurisprudenza odierna, secondo la quale la sentenza penale emanata nei confronti dell'imputato defunto andrebbe trattata alla stregua di un atto inesistente[3]: e inesistente dovrebbe anzi considerarsi l'intero processo, laddove sia stato instaurato addebitando un fatto a chi in nessun modo potrebbe essere definito imputato, essendo deceduto prima dell'esercizio dell'azione. Così la giurisprudenza perviene a una conclusione apparentemente lineare e obbligata rispondendo nel modo più elementare a quegli interrogativi: se l'imputato è morto, non esiste più un imputato, né un processo che giustifichi una pronuncia di merito diversa dalla declaratoria estintiva (fatta salva la sola eccezione, dettata da chiare esigenze di *favor rei*, dell'art. 129 co. 2 Cpp). L'ovvio corollario che da queste premesse discende è che la pronuncia che per avventura decidesse sulla responsabilità penale in realtà non deciderebbe alcunché nel senso più autentico del termine, e conseguentemente giammai potrebbe porsi quale fonte di cosa giudicata. Giusta tale impostazione, potremmo a primo acchito dire che l'unica conclusione coerente con la brusca conclusione del

[2] F. Cordero, *Contributo allo studio dell'amnistia*, Milano 1959.
[3] Cass. 30.4.2003 n. 31470, in *CP* 2004, 3260. Analogamente già Cass. 11.2.1999 n. 4069, in *CEDCass*, m. 214150; Cass. 2.11.1990 n. 3056, in *CEDCass*, m. 185654. Nella giurisprudenza di merito si segnala Trib. Trapani, 7.1.2013 Cacioppo, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 14.1.2013.

procedimento determinata dalla morte dell'imputato sia, per utilizzare le categorie corderiane, una pronuncia che estingue il dovere punitivo, e non lo elimina o risolve[4].
La giurisprudenza si è mantenuta fedele a questa posizione fin da tempi ormai remoti; si potrebbe anzi dire che la vicenda della morte del reo costituisca quasi l'ultimo baluardo di un assunto che la prassi applicativa più risalente riconosceva in via generale a fronte di qualunque situazione estintiva, che sotto la vigenza del codice di rito del 1913 avrebbe escluso (e precluso) un esame nel merito dell'imputazione[5]. E così, anche dopo che il codice Rocco, nel riprodurre e ridefinire i contenuti dell'art. 134 Cpp 1913 attraverso la nuova previsione dell'art. 152 Cpp 1930, valorizzò il *favor innocentiae* introducendo un'inedita ipotesi di concorrenza tra conclusioni proscioglitive del procedimento al fine di fornire un'alternativa assolutoria alla declaratoria estintiva del reato, la giurisprudenza non tardò a postulare, tra consensi e dissensi, un regime affatto *sui generis* per quella particolare vicenda estintiva innescata dalla morte dell'imputato. A comporre il dissidio giurisprudenziale intervennero sul finire degli anni Quaranta le Sezioni Unite, che proprio quell'assunto riesumarono in termini radicali. Per suffragare tale conclusione i giudici di legittimità si avvalsero degli strumenti argomentativi dell'epoca e, ragionando così con le categorie della tradizione (ma di una tradizione che, guardando con gli occhi di oggi, è ancora sorprendentemente radicata nella prassi processuale moderna), giustificarono il fenomeno estintivo del dovere decisorio, ovvero del dovere del giudice di risolvere il merito, riconducendolo al piano del diritto sostanziale: a quel rapporto giuridico penale tra Stato e individuo che, venendo meno, avrebbe determinato anche la cessazione del corrispondente rapporto processuale instaurato dall'esercizio dell'azione penale.
A una simile impostazione Franco Cordero dedicò ampie considerazioni nella sua *Procedura*[6], rivolgendo una critica sferzante all'apparato concettuale e soprattutto alle conclusioni che da esso la Cassazione fece discendere: che cioè, caduti ambedue quei rapporti, non solo la pretesa punitiva pubblica non avrebbe più ovviamente potuto essere esercitata nei confronti dell'imputato defunto, ma, ciò che è più rilevante, nessun'altra decisione avrebbe potuto essere assunta al di fuori del proscioglimento per estinzione del reato. Insomma, secondo tale antico precedente, la morte del reo, a differenza di altre cause estintive, avrebbe reso la via del vecchio art. 152 co. 2 Cpp 1930 impraticabile. E certo non si può dar torto al Maestro quando definì quelle "metafore barocche […] una *gaucherie* veniale"[7]; né possiamo ignorare il fatto che le categorie su cui le Sezioni Unite credettero di potere erigere una così solida costruzione argomentativa fossero già all'epoca ampiamente erose dalla riflessione teorica, che da decenni aveva messo in discussione la praticabilità di una visione paracivilistica del fenomeno processuale, in termini di rapporto giuridico penale nel quale allo *ius puniendi* dello Stato avrebbe fatto da contraltare una situazione di soggezione del reo. Ma non minori critiche erano già state rivolte nei confronti della categoria, pur ancor oggi ampiamente utilizzata, della "pretesa punitiva": se sul piano sostanziale la dottrina più risalente ne aveva contestato l'autonoma consistenza rispetto appunto al diritto di punire[8], sul piano processuale era forse ancor più discutibile ritenere che l'azione penale – un'azione connotata, sotto il Cpp 1930, da chiari profili di astrattezza e avente ad oggetto un'imputazione

[4] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, cit., 99 ss.
[5] Cass. 15.2.1916, Alfredo, in *RP* 1916 (LXXXIII). Cfr. E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, in *Commento Chiavario*, II, Torino 1990, 113.
[6] F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 1987, 1001 ss.
[7] *Ibid*., 1002.
[8] K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, 477 ss. Nella letteratura italiana cfr. E. Florian, *Principî di diritto processuale penale*, Torino 1932, 204; F. Grispigni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova 1932, 346.

compatibile anche con lacune, punti oscuri e spiegazioni alternative del fatto[9] – potesse inverare una pretesa sanzionatoria pubblica, risolvendosi una simile azione ben più semplicemente in una postulazione di giudizio, aperto a qualunque esito decisorio. La confutazione di tali categorie e, in particolare, l'abbandono di una statica visione del rapporto processuale rifletterono l'evoluzione del diritto processuale, che segnò l'insostenibilità dell'aspirazione a costruire situazioni giuridiche soggettive esterne al processo[10], e con essa l'inaccettabilità di una precomprensione del fenomeno criminoso, e del dovere punitivo, al di fuori della sfera processuale. Ma tale evoluzione fu un percorso lento e non poco tortuoso, e che ancora, come si diceva, appare ben lontano dall'aver trovato un suo compiuto svolgimento. E lo riprovano le difficoltà che la prassi ad oggi (anzi forse ancor più oggi per via del carattere sempre più concreto dell'azione penale e dell'ampia discrezionalità delle determinazioni imputative del pubblico ministero) incontra nell'affrancarsi da una visione sostanzialistica dell'azione penale che, pur formalmente abbandonata dal codice di rito del 1930, continuò ad aleggiare nel sistema, impedendo un approccio lineare alle varie problematiche connesse alla presunzione d'innocenza.

Eppure, nonostante evidenti carenze del percorso logico seguito da quell'antico precedente delle Sezioni Unite, non possiamo non riconoscere ad esso almeno un merito: di aver cioè gettato coerentemente le basi per il consolidamento della tesi sull'inesistenza della sentenza emanata nei confronti dell'imputato defunto, che la giurisprudenza successiva avrebbe portato avanti fino ai giorni nostri. Conclusione irragionevole in sé anche solo alla luce di una lettura superficiale dell'art. 152 cpv. Cpp 1930, che non autorizzava a escludere specifiche cause estintive dal dovere di verificare una possibile alternativa assolutoria; ma non per ciò possiamo dire che una simile irragionevolezza incrinasse la congruenza del legame argomentativo tra questa singolare interpretazione di tale previsione, patrocinata dalle Sezioni Unite nel 1948, e la tesi sull'inesistenza della pronuncia di merito proferita nei confronti del fu imputato. Tale interpretazione, anzi, appariva l'unica in grado di giustificare una così drastica patologia quale l'inesistenza. In effetti, la possibilità di condividere una simile conclusione, che all'epoca trovò la propria giustificazione nel regime delle invalidità processuali forgiato dal codice Rocco, passa oggi come ieri dall'accettazione di una premessa che, come abbiamo visto, va accolta nella sua assolutezza: che la morte dell'imputato estingua il potere di decidere o, se si vuole, costituisca il dovere negativo di astenersi dal decidere sulla *res iudicanda* in qualunque modo che non sia la declaratoria di estinzione del reato, così da sottrarre appunto giuridica esistenza al provvedimento che per avventura contravvenisse a tale categorico divieto. In questa prospettiva risulta dunque ampiamente comprensibile la preoccupazione, sottostante all'impostazione seguita dalle Sezioni Unite dell'epoca, di non aprire una breccia in un percorso decisorio che era, e doveva rimanere, caratterizzato da un esito unico.

È sorprendente osservare come una simile preoccupazione sia stata condivisa dalla giurisprudenza anche a distanza di decenni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e, con essa, dalla costituzionalizzazione della non considerazione di colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva: mantenendosi intatta fino agli ultimi anni del codice Rocco[11], nonostante le severe critiche mosse da alcuni studiosi[12]. Non è lecito dubitare del fatto che il codice Vassalli avesse

[9] Impostazione che la giurisprudenza di legittimità seguitò a sostenere anche negli ultimi anni di vigenza di quel codice: v. Cass. 22.11.1983 n. 9983, in *MDP* 1983, m. 161730.

[10] E. Marzaduri, *Riflessioni minime sul "giusto processo" penale*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004, 283 ss.

[11] Cass. 26.1.1984, Pasqualoni, in *CP* 1985, 1577.

[12] M. Pisani, *La "morte del reo", la pigrizia dei giudici e la forza dei precedenti*, in *RIDPP* 1987, 203 ss.

inteso discostarsi da un simile approccio, dato il richiamo integrale all'art. 129 Cpp nell'art. 69 Cpp[13]: e così dottrina[14] e giurisprudenza[15] non ebbero grandi difficoltà, nella nuova cornice codicistica, a riconoscere l'esistenza di un dovere del giudice di verificare la praticabilità di un'alternativa decisoria alla declaratoria estintiva, anzi del dovere di sentire prima il pubblico ministero e il difensore circa la praticabilità di una simile soluzione. Anche questo è certo un aspetto di grande importanza sistematica e applicativa, che non va trascutato; ai fini del discorso che si sta qui svolgendo, comunque, importa sottolineare un diverso profilo. È del tutto condivisibile l'esigenza di giustizia sostanziale coltivata da questo filone interpretativo, che valorizza il *favor innocentiae* frustrato da quella rigida interpretazione che non concepiva, irragionevolmente, alcuna alternativa a questa specifica causa estintiva. Tuttavia i meriti di quest'impostazione hanno avuto, se non vado errato, un caro prezzo sul piano della coerenza dell'assetto complessivo delle funzioni decisorie del giudice, il quale, ripeto, se vedesse estinto il proprio potere di decidere sul merito, non potrebbe concepire alcun provvedimento diverso dalla declaratoria di estinzione per morte: e non parlo solo di una pronuncia assolutoria ma finanche di una decisione di rito, la quale pure sarebbe irrimediabilmente preclusa e che, se per avventura fosse emanata, piomberebbe nell'area dell'inesistenza giuridica. Il fatto che la giurisprudenza non arrivi ad accettare questa paradossale conclusione[16], ma salvi da una così grave patologia solo le pronunce previste nell'art. 129 cpv. Cpp nel quale le decisioni di rito ovviamente non sono (e non possono essere) contemplate, fa intendere quanto poco solido sia il ragionamento, e ci impone così di rivederne la premessa, costituita dalla generale postulazione dell'inesistenza di una qualunque decisione di merito emanata nei confronti dell'imputato defunto, salve appunto le sole eccezioni stabilite da tale previsione.

Muovendoci lungo il filo delle riflessioni corderiane, non possiamo non considerare un dato estremamente rilevante. Appare infatti degno di nota che Franco Cordero, in piena coerenza con la recisa critica a quel precedente delle Sezioni Unite, non abbia annoverato l'ipotesi della decisione emanata nei confronti dell'imputato defunto tra le situazioni di inesistenza degli atti processuali[17]. Anzi forse ancor più significativo è che Cordero, nelle prime riflessioni condotte attorno a questa complessa categoria nelle quali non sembrava critico nei confronti del proscioglimento di merito emanato in alternativa alla declaratoria estintiva, avesse recisamente escluso che potesse "considerarsi viziata da invalidità-inefficacia assoluta la decisione emessa nei confronti di un imputato inesistente", ivi compreso il caso appunto dell'imputato defunto a processo avviato[18]. E ancor oggi, a distanza di decenni da tali riflessioni, non possiamo non apprezzare la coerenza complessiva del ragionamento corderiano, che conserva intatta la sua validità e appare anzi rinvigorito da precise scelte sistematiche operate dai codificatori del 1988. Al di là dell'esegesi dell'art. 69 Cpp, sarebbe infatti arduo considerare alla stregua di un *Nichturteil* la sentenza emanata nei confronti dell'imputato defunto sul presupposto che si sia consumata la possibilità, non diciamo ovviamente di dichiararlo reo, ma finanche di statuire nel merito

[13] E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 126.
[14] Cfr. per tutti R. Kostoris, sub *art. 69 Cpp*, in *Commento Chiavario*, I, Torino 1989, 345.
[15] In tempi recenti, tuttavia, la giurisprudenza sembra essere parzialmente tornata alle antiche posizioni: così, per Cass. 9.6.2010 n. 24507, in *CEDCass*, m. 247790, la Cassazione dovrebbe semplicemente annullare senza rinvio e dichiarare la morte del reo intervenuta successivamente alla presentazione del ricorso, senza alcuna possibilità di applicare l'art. 129 cpv. Cpp.
[16] Cass. 12.2.1996 n. 4746, in *CEDCass*, m. 204841.
[17] F. Cordero, *Procedura penale*[9] (1987), cit., 863 ss.
[18] F. Cordero, *L'"inesistenza" della decisione giudiziaria (rilievi in merito a un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *RIDP* 1957, 612 ss.

sull'ipotesi criminosa elevata nei suoi confronti. Una simile conclusione equivarrebbe a ritenere che la morte estingua lo stesso *status* d'imputato, conseguenza che la chiara lettera dell'art. 60 co. 2 Cpp fa invece discendere dall'irrevocabilità formale della sentenza che chiude il processo. La confusione derivante dall'assunzione di una situazione simmetrica a quella della sentenza emessa *a non iudice* può essere appianata sol che si rifletta sul fatto che, quand'anche si possa "profilare una esclusione del giudicato con riferimento alla parte, poiché se manca la parte non si può realizzare la fattispecie legale, o più semplicemente la norma"[19], ciò presuppone appunto una parte. Il che può dunque al più portarci a identificare un'ipotesi d'inesistenza con riguardo al caso in cui l'azione penale sia esercitata nei confronti una persona già deceduta[20]; ma non certo a quello in cui venga in gioco l'ampiezza del potere decisorio del giudice rispetto a un'azione penale esercitata nei confronti di una persona deceduta dopo il suo esercizio.
Questa appare dunque la soluzione più lineare al problema della validità della decisione emanata nei confronti dell'imputato defunto che contenga statuizioni diverse dalla semplice declaratoria estintiva: decisione cui non sapremmo come negare giuridica esistenza, non solo quando assumesse il contenuto di un esito assolutorio o di un proscioglimento in rito, ma persino quando per assurdo condannasse l'imputato morto: il che finisce per spostare la questione sui rimedi vòlti a sindacare l'errore di giudizio, non a sanzionarne l'inesistenza. Ma per affrontare adeguatamente il problema relativo alle conseguenze derivanti dall'adozione di una soluzione decisoria anziché di un'altra, occorre allargare lo spettro d'indagine, e rimeditare, sulla scorta dell'insegnamento corderiano, la portata della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato e, di qui, le dinamiche del giudizio penale laddove intervenga un evento eccezionale come la morte dell'imputato *in itinere iudicii*.

3. Pilastro delle riflessioni svolte da Cordero attorno al complesso tema della decisione sul reato estinto è il concetto di decisione in ipotesi. È indiscutibilmente un merito del Maestro l'aver scandagliato e sottoposto a minuziosa indagine quelle decisioni penali che non sembrano rispondere al consueto schema dell'accertamento di un fatto, ovvero di un giudizio che converta un'ipotesi fattuale in un fatto accertato. Singolare fenomeno, senza dubbio, perché parrebbe evocare l'idea di un accertamento non pieno o di un giudizio che non aspiri a fornire certezza giuridica. In realtà si tratta d'intendersi sul significato delle parole. Dire 'pieno' può certo essere equivoco poiché tale attributo in sé si pone come termine referenziale, postulando una contrapposizione, o una distinzione almeno, rispetto ad accertamenti incompleti o sommari, che esulano da quest'ambito tematico; e ancor più scivoloso e problematico, come noteremo, può rivelarsi negare alle decisioni appartenenti a questo particolare genere la capacità di accertare, nel senso proprio del termine, situazioni fattuali e comportamenti umani. Dall'analisi corderiana apprendiamo che questi giudizi mirano a realizzare modifiche effettuali nella realtà giuridica in conseguenza di situazioni fattuali che restano a livello di ipotesi.
Ma come avviene, anzi come può l'ordinamento permettere che avvenga questo risultato? E soprattutto, quale livello di consistenza deve avere acquisito una simile ipotesi a conclusione del giudizio, posto che in forza dell'art. 649 Cpp la decisione ipotetica avrà esattamente la medesima efficacia – significativamente, con la sola eccezione della declaratoria di morte erroneamente accertata – della decisione che risolva il tema della responsabilità penale, almeno quanto all'efficacia del *ne bis in idem*? Questo dato, questa scelta di diritto positivo ereditata dalla codificazione previgente, mi sembra anzi assumere un'importanza capitale per un corretto

[19] S. Satta, *Sull'inesistenza degli atti giuridici*, in *RTDPC* 1956, 342.
[20] M. Chiavario, *Diritto processuale penale*[8], Torino 2019, 407.

approccio al problema e può così costituire un fruttuoso punto di partenza per affrontare tali complesse questioni.

In effetti, può sembrare davvero paradossale che il giudizio processuale, e specialmente il giudizio istituzionalmente deputato a fornire certezze di diritto penale (nonché, in una visione costituzionalmente orientata della tutela penale, di diritto costituzionale) su cui conta la società intera per la preservazione di quei valori primari che ne devono assicurare la sopravvivenza, faccia discendere modificazioni della realtà giuridica da un accertamento di situazioni che permangono allo stadio di situazioni ipotetiche. Ma è proprio vero che simili decisioni non stabiliscono, non definiscono fatti? Se così fosse, dovremmo appunto disconoscere loro la capacità di accertare in sé, non di accertare in forma più o meno compiuta: più che accertare in ipotesi, insomma, dovremmo rassegnarci a concludere che esse non conterrebbero alcun accertamento. Conclusione ancor più paradossale che, nell'evenienza in cui fattori estintivi si inseriscano nel corso dell'attività processuale, ci porterebbe a domandarci, con la stessa sconsolata rassegnazione che animò le celeberrime riflessioni di Salvatore Satta sul mistero del processo[21], che ne sia del processo: e di qui, che ne sia dell'accertamento e del giudizio, che del processo è probabilmente fine e strumento a un tempo.

Certo è illusorio pensare che il dubbio possa essere sradicato dall'esperienza giuridica. A primo acchito esso risulta anzi ineliminabile per definizione e quale che sia l'esito cui il giudizio approdi: tant'è che perfino l'ambiziosa regola che impone il superamento appunto della soglia del ragionevole dubbio conferma come il dubbio non solo sia il motore del processo ma residui finanche nella sua conclusione più esigente, che è la condanna: la quale è e resta fondata su una base probabilistica, quand'anche venga sorretta da un solido apparato motivazionale che sia riuscito ad erodere l'attendibilità di ogni possibile prova a sostegno di ipotesi contrarie a quella adottata nella decisione. Di dubbio parrebbe poi intrisa l'assoluzione per essere la prova della responsabilità contraddittoria o insufficiente. L'abbandono della vetusta categoria del proscioglimento per insufficienza di prove non ha infatti certo eliminato il dubbio dalla decisione proscioglitiva: esso sembra anzi a tal punto radicato in essa, quasi connaturato, che dal terreno motivazionale è riemerso col nuovo codice in ambiti inediti. Così è noto che la giurisprudenza maturata sotto l'attuale codificazione, discostandosi dall'impostazione del codice Rocco, ha sensibilmente attenuato il vincolo del giudicato assolutorio in sede penale, restringendone l'applicazione alle pronunce emesse a conclusione del dibattimento o del rito abbreviato che contengano un effettivo, specifico e concreto accertamento dell'insussistenza del fatto o della non partecipazione dell'imputato: sul presupposto, quindi, che la pronuncia emanata *ex* art. 530 c.p.p. non soddisfi appunto tali requisiti[22].

Ma possiamo per tutto questo rassegnarci a dire che il giudizio penale non è in grado di soddisfare la tensione dell'ordinamento verso la certezza? Cosa resta allora del giudizio e del giudicato? Interrogativi questi di estrema gravità e complessità, attorno ai quali in decenni di riflessione teorica abbiamo visto scorrere fiumi d'inchiostro, e che certo non potrebbero essere affrontati qui compiutamente. Ma sono pur sempre interrogativi che non possono essere elusi in questa sede, ricorrendo alla diffusa convinzione che la verità cui aspira il processo sia solo una verità processuale, non materiale, e che più di tanto non ci si possa attendere. Anche se probabilmente questa spiegazione ha in sé un eterno fondamento di verità, che non si può disconoscere. In fondo è un'accezione più modesta di certezza quella prodotta dall'esperienza del processo; più modesta sì ma non per ciò meno elevata, se si vuol che questa certezza sia umanamente, e quindi

[21] S. Satta, *Il mistero del processo*, in *RDP* 1949, 275.
[22] *Infra*, § 7.

socialmente, tollerabile per l'ordinamento: ed è quella certezza che deriva appunto dall'accertamento, da quel percorso dinamico che è il processo dal quale scaturisce, per riprendere ancora un'immaginifica definizione del Satta, la determinazione del concreto. Il che richiede, sempre per definizione, un meticoloso bilanciamento di tutti gli interessi in gioco che soddisfi quei canoni di specificità e concretezza additati dalla giurisprudenza: e ciò mediante un giudizio fondato su un accertamento non solitario o condotto su binari unilaterali sconnessi l'uno dall'altro, ma realizzato con quel metodo partecipativo che, al di là della tradizionale distinzione tra modelli astratti, è forse l'eredità culturale di maggiore pregio della giurisprudenza di Strasburgo[23]. Appunto su questo, come si diceva, si fonda la relatività del dubbio e il senso della certezza che viene dall'esperienza processuale[24], e che non è possibile negare alla decisione che assolva l'imputato per incertezze relative all'esistenza di una scriminante o per contraddittorietà o insufficienza della prova della colpevolezza, dato che in tutte queste situazioni, pur eterogenee per molti aspetti, la pronuncia assolutoria attesta l'infondatezza dell'ipotesi accusatoria, generando così comunque certezza giuridica.

Ma se così è, non minore idoneità a produrre certezza giuridica possiamo a questo punto riconoscere alla decisione sul reato estinto. E che si tratti di un accertamento rientrante nella classe di quei giudizi che definiamo di merito lo dimostra inequivocabilmente il fatto, puntualmente sottolineato da Cordero, che la legge processuale ammette, oggi come ieri, un'alternativa decisoria alla declaratoria estintiva, che altrimenti, trattandosi di una pronuncia di rito, sarebbe inconcepibile[25]. Del resto, come dicevamo, appare decisiva la scelta operata dal legislatore di conferire al proscioglimento per estinzione del reato la medesima forza preclusiva di qualsiasi decisione che abbia risolto il tema della responsabilità penale, sia essa di segno assolutorio o di condanna[26]. Qual è dunque la differenza rispetto alle altre pronunce di merito? In che modo la declaratoria estintiva genera certezza giuridica e quale efficacia esattamente produce?

Abbiamo visto che, seguendo il ragionamento corderiano, la principale differenza tra questa e altre pronunce di merito sta nella morfologia nel giudizio e nell'oggetto dell'accertamento. Fatta salva l'ipotesi in cui l'evento estintivo intervenga successivamente all'accertamento della responsabilità penale, *in itinere iudicii* tale provvedimento proscioglitivo pone fine al processo estinguendo non un fatto di reato, cosa di per sé già difficile da concepire[27], ma un effetto, anzi tutti gli effetti che sarebbero discesi dall'accertato fatto di reato. Un'indubbia efficacia estintiva sarebbe dunque ad esso da ascrivere rispetto al dovere punitivo; e che il dubbio concernente la sussistenza di tale dovere venga non risolto ma estinto è confermato appunto dal carattere ipotetico di questo genere

[23] J.D. Jackson, *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment?*, in *MLR* 2005, 737 ss.

[24] Particolare rilevanza assume la nota ricostruzione del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio proposta da F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell'al di là del ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *CP* 2006, 3869, secondo il quale la formula legislativa non fisserebbe uno *standard* probatorio, ma riconoscerebbe un metodo legale di giudizio basato su un approccio dialettico al dubbio ragionevole. Di quest'autore cfr. anche il *Commento all'art. 8 l. 46/2006*, in *LP* 2007, 135 ss.

[25] F. Cordero, *Procedura penale*[9] (1987), cit., 999. L'argomento normativo riportato nel testo non sembra possa essere dunque ribaltato per dimostrare un inquadramento processuale delle cause estintive del reato quali cause d'improcedibilità sopravvenuta, come sostenuto da A. Pagliaro, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *RIDPP* 1967, 472 ss.: se così fosse, il codice attuale (come il previgente) avrebbe dovuto prevedere, oltre alle pronunce estintive, il proscioglimento per improcedibilità o improseguibilità dell'azione quale possibile alternativa alla pronuncia assolutoria, cosa che non è avvenuta.

[26] Rimarca l'importanza di questo profilo a sostegno della natura sostanziale della decisione estintiva T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 434.

[27] *Ibid*., 434. In tal senso v. già opportunamente A. Pagliaro, *Profili*, cit., 473 s.

di decisioni, anzi doppiamente ipotetico in quanto fondato su un ragionamento che potremmo sintetizzare, grosso modo, così: se non fosse intervenuto l'evento estintivo e avessimo potuto proseguire nella strada dell'accertamento, l'ipotesi di reato avrebbe potuto convertirsi in un'affermazione di responsabilità penale e fondare un giudizio positivo di colpevolezza.
Sennonché, in quest'ingegnosa argomentazione, non è chiaro come il carattere ipotetico della decisione estintiva si concili con l'efficacia preclusiva che indiscutibilmente appartiene a questa come ad ogni altra decisione proscioglitiva e condannatoria; e soprattutto non è chiaro quale consistenza debba essere riconosciuta al giudizio ipotetico, e dunque all'ipotesi criminosa che il giudice sia chiamato a valutare al ricorrere di un evento estintivo. In effetti, sebbene la forte carica ipotetica della decisione estintiva non solo non attenui ma anzi rafforzi, se non vado errato, la portata preclusiva della pronuncia proscioglitiva, tale portata non appare del tutto in linea con l'asserita natura estintiva dell'accertamento. In definitiva, si tratta di estinzione o di preclusione degli effetti? Potremmo dire, a primo acchito, che si realizzino l'una e l'altra, seppur da due prospettive diverse: a un tempo, cioè, si estinguerebbe il dovere punitivo relativo a un fatto del passato, ovvero a un'ipotesi fattuale che resta tale, e si precluderebbe un successivo accertamento verso il futuro. Tuttavia le cadenze del ragionamento corderiano non sembrano autorizzare simili distinzioni: se l'accertamento cade non su un fatto ma su un effetto, anzi su quella situazione giuridica avente ad oggetto il dovere di punire, estinzione e preclusione sarebbero ambedue proiettate verso l'azione futura.
La riflessione teorica sviluppatasi nell'ultimo ventennio ha tuttavia messo in luce l'intimo legame che sussiste tra la verifica del dovere punitivo e l'accertamento dei fatti dell'imputazione, un legame che non può esaurirsi "sul piano delle condizioni o dei presupposti dell'accertamento"[28], il quale investe così anzitutto il fatto, non meno di quanto avvenga per l'accertamento espresso dalla sentenza civile[29]. Ed è appunto rispetto all'ipotesi criminosa, ovvero alla situazione fattuale fissata con l'imputazione, che ben può apprezzarsi la natura dell'accertamento espresso dal provvedimento di estinzione del reato.

4. Un proficuo modo per approfondire il problema della portata dell'accertamento penale a fronte dell'intervento di una causa di estinzione del reato è quello di esaminare anzitutto l'efficacia della declaratoria estintiva[30]: e qui assai utile si rivela un approccio vòlto a saggiare la praticabilità nella sfera penale di categorie elaborate in sede di teoria generale del diritto o in altri rami dello scibile giuridico. Quantunque la scelta terminologica sembri far pianamente propendere per un'efficacia modificativa, tale conclusione va subito scartata, posto che, come abbiamo notato, il reato in sé non può essere estinto. Il pensiero corre così a quell'efficacia preclusiva sostanziale approfondita da una ormai risalente dottrina civilistica per spiegare quelle manifestazioni effettuali provenienti da fatti giuridici caratterizzati dalla loro capacità di rompere l'ordinario nesso di continuità nell'avvicendarsi delle situazioni giuridiche. Secondo la suggestiva ricostruzione di un illustre

[28] E. Marzaduri, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *ED*, VI Agg., Milano 2002, 916 s.
[29] M.A. Zumpano, *Rapporto tra processo civile e processo penale*, Torino 2000, 294.
[30] Come puntualmente sottolineato da A. Falzea nella voce *Accertamento*, raccolta, assieme ad altri fondamentali contributi di quest'A., in Id., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1970, 12, "Non diversamente da un qualunque altro fenomeno giuridico, l'accertamento va studiato in funzione di un sistema di norme secondo la distinzione tradizionale: come fatto giuridico e come effetto giuridico. La considerazione dell'effetto è primaria e bisogna accordarle precedenza: potrebbe sembrare secondaria solo a chi si fermasse a questa superficiale osservazione, che logicamente, se non cronologicamente, l'effetto vien dopo il fatto. In realtà, ciò che veramente caratterizza un fenomeno giuridico è sempre l'effetto giuridico, il quale traduce nell'àmbito della norma la classe di valori o interessi umani a cui il diritto intende dar tutela".

civilista, Angelo Falzea, esistono in particolare fatti di accertamento che, ponendosi quali fattori di discontinuità, determinano, per così dire, una cesura nel loro rapporto con le situazioni anteriori, l'accertamento della cui esistenza sarebbe appunto precluso con un'efficacia bivalente, idonea a coprire l'alternativa tra modificazione (costitutiva o estintiva) e conservazione[31].
In realtà, la possibilità d'invocare un simile inquadramento per spiegare il fenomeno estintivo in sede penale è già stata presa puntualmente in considerazione, oltre cinquant'anni fa, da un insigne penalista, Antonio Pagliaro, il quale – in linea, come abbiamo visto, col suo inquadramento delle cause estintive del reato – ritenne tuttavia di ricondurre l'efficacia preclusiva della pronuncia estintiva solo al versante processuale con esclusione di qualsiasi implicazione sul fronte sostanziale: non solo per la possibilità, lasciata aperta dall'art. 152 Cpp 1930 (così come dall'attuale art. 129 Cpp) di una diversa conclusione decisoria, ma soprattutto per il rilievo che un accertamento positivo del reato, sia pur incidentalmente, può comunque essere realizzato al di fuori del processo penale, precipuamente sul terreno del giudizio civile instaurato sulla base di una diversa fattispecie che fa del reato il presupposto per il soddisfacimento della pretesa risarcitoria relativa al danno *ex* art. 185 Cp.[32]. Del resto, oltre alla previsione che esplicitamente esclude dal regime estintivo le obbligazioni civili derivanti dal reato estinto, una pluralità di disposizioni attesta come la declaratoria estintiva del reato non implichi neppure l'estinzione di tutti gli effetti penali e financo della punibilità in senso stretto, posto che il reato estinto conserva una carica sanzionatoria che si manifesta laddove esso costituisca il presupposto di un altro reato ovvero nell'ipotesi di reati connessi *ex* art. 170 Cp[33].
Si tratta di obiezioni senza dubbio di enorme gravità, che a distanza di decenni da quando furono formulate sollecitano una profonda riflessione attorno al fenomeno estintivo, nella prospettiva dinamica del processo: una riflessione che non può trovare ovviamente posto in questa trattazione e che non sarei comunque capace di svolgere adeguatamente. Riguardando comunque il fenomeno dalla prospettiva del processo, non mi sembra che tali argomenti possano incrinare l'utilità del ricorso all'idea di un'efficacia preclusiva operante sul piano sostanziale anche in materia penale. Ma naturalmente bisogna intendersi sui termini e sulla portata di tale concetto in quest'ambito dell'esperienza giuridica. È infatti chiaro che in sede penale sarebbe del tutto inconcepibile postulare un'efficacia anfibolica, e tale dunque da coprire l'alternativa tra continuità e discontinuità rispetto a una situazione giuridica preesistente al processo: dal momento che solo attraverso il processo – e soprattutto, in buona misura, nelle forme che vuole il processo – il diritto penale, nella sua veste di diritto punitivo almeno, può venire ad esistenza. La proiezione va piuttosto riferita al futuro e, per queste ragioni, appare anche sterile una contrapposizione fra efficacia sostanziale e processuale, posto che l'accertamento del reato, quand'anche in via incidentale e per la produzione di effetti di natura non penale, non può realizzarsi al di fuori di un'esperienza processuale: onde l'accertamento sostanziale è anche processuale e viceversa.
Appunto in quest'ottica mi pare possa rivelarsi assai proficua la categoria dell'efficacia preclusiva sostanziale, dalla quale credo discendano alcune non poco rilevanti implicazioni. Certo non si può non convenire col Pagliaro che la preclusione sostanziale non può essere riferita all'accertamento del reato in sé considerato che, per quanto estinto, resta indiscutibilmente accertabile sia in sede

[31] Cfr. in particolare la voce *Efficacia giuridica* di A. Falzea, anch'essa raccolta in Id., *Voci di teoria generale del diritto*, cit., 346 ss.
[32] A. Pagliaro, *Profili*, cit., 474 ss., 486 ss. Un approfondito aggiornamento dell'impostazione di quest'autore può oggi leggersi in A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*[9], ed. riveduta e aggiornata da V. Militello-M. Parodi Giusino-A. Spena, Milano 2020, 840 ss.
[33] *Ibid.*, 474 s.

extrapenale, in forza della chiara lettera dell'art. 198 Cp, sia soprattutto in sede penale, rispetto a fattispecie criminose che tale reato includano in diverse forme o che ad esso siano legate. Ma può anche dirsi che il reato estinto resti punibile, o possa comportare un aggravamento del regime punitivo, nonostante la declaratoria estintiva? Guardando all'art. 170 Cp nel suo complesso non dovrebbe sussistere alcun dubbio quanto alla risposta affermativa, e ciò finirebbe effettivamente per non lasciar il minimo spazio a una qualsiasi efficacia della declaratoria estintiva sul terreno sostanziale. Sennonché, a ben vedere, questa fondamentale previsione contempla fenomeni abbastanza eterogenei ed essenzialmente due classi di situazioni andrebbero distinte, se non erro, nella prospettiva dinamica del processo. Una cosa è la punibilità di un diverso reato rispetto a quello dichiarato estinto, che sia quest'ultimo il presupposto del primo o ad esso legato da un vincolo di connessione: qui la punibilità permane non solo perché l'efficacia della declaratoria estintiva non si estende al reato non estinto ma anche perché resta in piedi anche la sua procedibilità. E così, coerentemente, il giudice competente potrà sanzionare il fatto oggetto d'imputazione, e perfino pervenire a un aggravamento del regime sanzionatorio, non perché decida sul reato presupposto o connesso ormai estinto, il quale, in base alla chiara distinzione tra *cognitio* e *iudicium* tracciata dall'art. 2 Cpp, rientra nell'ambito della sua cognizione solo in via incidentale[34]. Ben diversa è la questione concernente la punibilità dello stesso reato dichiarato estinto conseguente all'accertamento di un fatto già giudicato, la qual cosa, se restasse in vita, realizzerebbe un risultato davvero paradossale.

Eppure proprio qui si può apprezzare un significativo scollamento tra la disciplina sostanziale e quella processuale, che può portare ad esiti dirompenti nell'ipotesi di reato complesso[35]. In effetti, la previsione dell'art. 170 co. 2 Cp ancor oggi espressamente esclude che l'effetto estintivo relativo a un reato, che sia un elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, si estenda al reato complesso. Ma ciò non può comportare che sopravviva l'efficacia sanzionatoria del reato complesso, posto che la declaratoria estintiva riguardante uno dei reati componenti produce un effetto preclusivo che, seppur non estendendosi ovviamente all'altro reato che componga il reato complesso, copre però il reato complesso in quanto tale. E ciò ha riconosciuto lo stesso Cordero, per il quale "se la decisione sul reato complesso preclude un ulteriore giudizio su ciascuno dei reati componenti, la decisione su uno di questi non impedisce che sia giudicato successivamente l'altro"[36]. Tuttavia tale risultato può appunto realizzarsi solo rispetto all'altro reato che componga il reato complesso, non al reato complesso, del quale la disciplina processuale impedisce addirittura la cognizione a fronte del giudicato formatosi a conclusione di un previo giudizio su uno qualunque dei reati che ne compongano la fattispecie.

Ma se così è, possiamo concludere che, ferma restando la possibilità che svariati effetti penali sopravvivano alla declaratoria estintiva, la punibilità in senso stretto non possa rimanere in vita rispetto al reato estinto, e nei termini in cui l'art. 649 Cpp scolpisce l'ambito di tutela del *ne bis in*

[34] Come già opportunamente sottolineato da E. Marzaduri, *Questioni pregiudiziali*, cit., 918, peraltro, la tecnica della cognizione incidentale non rappresenta l'unica soluzione praticabile: pur in assenza di un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 18 Cpp 1930, un allargamento dell'oggetto del giudizio, tale da ricomprendere anche il reato presupposto o connesso non ancora estinto, può realizzarsi al ricorrere delle condizioni della riunione dei procedimenti e nei limiti tracciati dall'art. 17 Cpp.

[35] Nessuna distinzione tra le due situazioni, peraltro, si rinviene nella Relazione di Alfredo Rocco al Progetto definito del codice del 1930 (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma 1929, par. 188).

[36] F. Cordero, *Procedura penale*[1], Milano 1966, 674.

idem[37]. Di preclusione sembra si possa dunque parlare in relazione al legame che unisce l'ipotesi criminosa alla sanzione penale prescritta dalla norma incriminatrice mediante quell'esperienza unica, nella sua drammatica irripetibilità, che è il processo penale. La proiezione sanzionatoria non può infatti che essere sempre parametrata a un determinato fatto imputato in un determinato processo: e in questi termini può ben dirsi che l'estinzione del reato, pur lasciando intatti alcuni importanti effetti penali, precluda un risultato effettuale di tipo punitivo: rispetto a quell'imputazione, così come costruita per quel processo, e che in quel processo abbia condotto a un risultato comunque decisorio. E così, anche una volta che sia intervenuto un evento estintivo e ne sia stata dichiarata l'esistenza, il rapporto tra fatto e sanzione non può realizzarsi al di fuori del giudizio o in altro giudizio penale: tant'è che significativamente la pronuncia estintiva non presenta in questo un'efficacia in alcun modo minore o diversa rispetto a quella di ogni altra decisione proscioglitiva, secondo quanto è stato significativamente riconosciuto anche su scala transnazionale dalla Corte di giustizia[38].
Resta da verificare se e in che misura per una peculiarissima situazione estintiva, come quella della morte dell'imputato, possa scaturire una preclusione all'accertamento del reato in sé, e cioè sia nell'esperienza del processo penale sia a fini diversi da quelli penali. Ma per far ciò dobbiamo approfondire il delicato tema delle dinamiche dell'accertamento che l'intervento di eventi estintivi sprigiona, e addentrarci così nella disamina delle implicazioni di tali eventi sul piano delle situazioni giuridiche interne al processo, e dunque della dialettica tra poteri decisori del giudice e poteri di contestazione impugnatoria che la legge riconosce alle parti processuali.

5. Una simile direzione d'analisi non solo dischiude inedite prospettive teorico-ricostruttive ma può anche contribuire non poco a risolvere una difficile questione applicativa, che sorge da un approccio fondato su una lettura forse eccessivamente letterale di una previsione concernente una fondamentale garanzia posta a presidio dello *status innocentiae* dell'imputato durante il corso dell'accertamento penale. Per inquadrare correttamente tale questione nel discorso che stiamo qui svolgendo possiamo nuovamente ricordare che Franco Cordero – in linea con la sua concezione della natura effettuale dell'oggetto del giudizio penale in quanto vertente attorno alla verifica di una situazione giuridica – ha finito per estendere il carattere ipotetico della decisione sul reato estinto appunto al dovere sanzionatorio, del quale si può affermare che "non si sa se […] esista ma è certo che, se esistesse, il reo non sarebbe punibile"[39]. Sennonché, seguendo tale ragionamento, dovremmo comunque supporre che l'ipotesi criminosa, nel momento in cui sopraggiunga un evento estintivo e affinché il processo possa concludersi con la formula corrispondente, debba

[37] Di diverso avviso M. Romano, sub *art. 170 Cp*, in *Commentario Romano-Grasso-Padovani*, vol. III, Milano 2011, 232 s., il quale parte dalla premessa che il reato complesso non subisca alcun effetto estensivo dall'estinzione del reato componente per ragioni che vanno ricercate sul piano del diritto sostanziale, trattandosi di un reato autonomo rispetto ai fatti che di esso sono elementi costitutivi. Ma, a ben vedere, ciò può avvenire solo mediante un apprezzamento della causa estintiva in una dimensione avulsa da una vicenda processuale. Così è chiaro che il pubblico ministero che reputi prescritto il furto può procedere per rapina; tuttavia è questa appunto una dimensione astratta e non giuridica del fenomeno estintivo: perché, se di estinzione del reato si può parlare sul presupposto ipotetico che il reato esista, se ne deve parlare in un processo, ed essa assume una sua dimensione giuridica rispetto al reato componente solo una volta che sia stata dichiarata, col che però si attiva la preclusione relativa alla cognizione del reato complesso una volta che la declaratoria estintiva passi in giudicato. Comunque, l'impostazione autonomistica adottata dal Romano con riguardo al reato complesso, osservata da un'altra prospettiva, sembra fornire un solido argomento all'idea che l'estinzione del resto sottragga effetti giuridici, in termini appunto di stretta punibilità, al reato estinto (ivi, 232).
[38] C.G.UE 28.9.2006, C-467/04, *Gasparini and others*, § 22 ss. Per una diversa opinione cfr. A. Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*[3], Cambridge et al. 2016, 289.
[39] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, cit., 99.

conservare una sua parvenza di sostenibilità e la declaratoria estintiva debba quindi esprimere un giudizio di verosimiglianza. Ciò, del resto, sarebbe confermato dalla stessa lettera della legge che, secondo l'interpretazione prevalente della giurisprudenza fin dal codice previgente (interpretazione significativamente condivisa in parte dallo stesso Cordero), precluderebbe qualsiasi alternativa assolutoria a fronte di situazioni di contraddittorietà o insufficienza della prova, e dunque di dubbia prova della responsabilità penale[40]. Insomma, la declaratoria estintiva, proprio perché fondata su un giudizio ipotetico, richiederebbe sì un'ipotesi di reato plausibile; ma, si potrebbe dire, nulla di più.

La conclusione non può che lasciare subito perplessi, specie laddove si tratti di cause estintive che sfuggono allo schema ricostruttivo generale della decisione ipotetica. Il ragionamento non sembra anzi per definizione attagliarsi a quelle cause estintive la cui applicazione presuppone l'avvenuta condanna, e quindi un accertamento pieno, nient'affatto ipotetico, del reato, come l'amnistia impropria, la sospensione condizionale della pena; alle quali, nell'attuale sistema di giustizia penale, dovremmo aggiungere quei meccanismi estintivi che discendono dall'adozione di riti alternativi, come il patteggiamento, il giudizio monitorio e, ora, anche la messa alla prova. Ma possiamo dire che una simile impostazione si adatti a tutte le cause estintive che si collocano prima della condanna? Come si può pensare di postulare un giudizio di mera verosimiglianza dell'ipotesi criminosa al sopraggiungere di un evento, quale la morte dell'imputato, che rende del tutto inconcepibile la formulazione di una qualsiasi valutazione di reità? Di colpevolezza potremmo parlare solo nell'evenienza in cui, conclusosi l'accertamento penale con un giudizio positivo di responsabilità penale, la morte colpisse l'imputato nell'attimo fatidico prima del momento in cui il giudice stesse per pronunciare la condanna; ma neanche qui, a ben guardare, possiamo parlare di una considerazione di colpevolezza dell'ordinamento, se vogliamo dare un senso rigoroso al dettato dell'art. 27 co. 2 Cost.

Cosa succede però nell'ipotesi in cui la situazione si rovesci e il processo stia per concludersi con un esito opposto, laddove cioè la morte sopravvenga un attimo prima di quando il giudice stia per assolvere l'imputato in una delle situazioni indicate nell'art. 530 co. 2 Cpp? Quando, insomma, la morte preceda, anche di pochi istanti, la decisione e segua sì un accertamento ormai concluso, ma conclusosi appunto con una valutazione d'inconsistenza dell'ipotesi accusatoria? Neppure il più strenuo sostenitore di un'esegesi letterale dell'art. 129 co. 2 Cpp arriverebbe probabilmente a pensare che il giudice, in una simile evenienza, debba arrestarsi e rovesciare il proprio verdetto, dichiarando il reato estinto per morte dell'imputato che un attimo prima avrebbe invece assolto. Si obietterà che è questa una situazione estrema e quasi paradossale: un caso di scuola, insomma, che non inficia minimamente, anzi conferma, la validità della conclusione che diffusamente si attribuisce alle ipotesi ben più realistiche in cui questo particolare evento estintivo, come ogni altra causa estintiva, giunga *in itinere iudicii*: che l'imputato debba essere prosciolto, come abbiamo visto, sulla base di un giudizio fondato su una valutazione di mera verosimiglianza dell'ipotesi accusatoria. Tuttavia anche un simile modo di ragionare non scalza l'interrogativo poc'anzi posto: com'è possibile anche solo ipotizzare la verosimiglianza di una situazione esclusa radicalmente dalla morte dell'imputato?

In effetti, argomentando in termini rigorosi, non possiamo fare altro che riconoscere che la declaratoria di morte del reo non potrebbe per definizione fondarsi su un'ipotesi basata sulla semplice probabilità di esistenza del reato, visto che l'accertamento della responsabilità penale è

[40] Per prendere a prestito una scelta terminologica inglese, potremmo dire che l'inconsistenza dell'*evidence* si traduca in dubbio sulla *proof* della colpevolezza; ma, come vedremo, una simile formulazione ben può essere utilizzata per pervenire a conclusioni assai diverse da quelle raggiunte dalla giurisprudenza dominante.

in tesi escluso e reso perfino inconcepibile dall'evento-morte. Dovremmo allora parlare, al contrario di quanto avviene per altre situazioni estintive, di un giudizio appunto d'inverosimiglianza: e diremmo anzi di un'ipotesi di responsabilità impossibile, che in nessun modo potremmo riferire propriamente a un reato in quanto mai potrebbe tradursi in un accertamento positivo di responsabilità.
Vedremo come anche queste conclusioni, a primo acchito davvero paradossali, possano offrire proficue indicazioni per l'adozione di una diversa impostazione riguardante i poteri decisori del giudice. Dipanando le implicazioni del discorso che si sta qui problematicamente svolgendo, non possiamo però fare a meno di rivelare quanto gravi siano le implicazioni sia teoriche che pratiche di un simile modo di ragionare: se il sopraggiungere della morte impone un'immediata conclusione del processo precludendo qualsiasi prognosi di colpevolezza, la declaratoria estintiva finisce per tradursi in una pronuncia avente a fondamento un'ipotesi criminosa puramente astratta e avulsa da qualsiasi considerazione relativa alle prove: un giudizio per così prosciugato nella sostanza, nel quale, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, troverebbe spazio solo la verifica dell'esistenza di una previsione legale di copertura. E appunto la gravità di queste conclusioni impone di ripensare l'intera problematica, rivedendo criticamente le premesse del ragionamento: non ci sembra anzi azzardato sostenere che proprio un corretto inquadramento della particolare situazione costituita dalla morte dell'imputato, che sfugge alle lineari cadenze della tesi dell'accertamento in ipotesi, possa contribuire a un migliore apprezzamento della portata dei poteri decisori del giudice al ricorrere di cause estintive.
Potremmo così iniziare col rilevare che la stessa legge processuale non sembra lasciare spazio per così drastiche conclusioni contemplando la possibilità di una conclusione proscioglitiva – significativamente, quale che sia il fattore estintivo intervenuto nel corso del giudizio – non solo quando l'ipotesi criminosa non corrisponda (o non corrisponda più) ad alcuna previsione legale di copertura ma anche quando le prove acquisite dimostrino che il fatto ipotizzato non sia esistito o l'imputato non l'abbia commesso, ovvero sia provata l'assenza dell'elemento soggettivo o, per converso, la ricorrenza di una situazione scriminante. Il che impone appunto al giudice, ogniqualvolta apprezzi l'intervento di una causa estintiva, il delicato compito di verificare non soltanto l'astratta rilevanza penale dell'ipotesi in sé considerata, ma il suo grado di consistenza probatoria. Insomma, già la disciplina legale – col solo fatto di prevedere un'alternativa decisoria *in utilibus*, anzi proprio per questa fondamentale previsione, che non è limitata alla sola formula del difetto di tipicità dell'ipotesi accusatoria – esige chiaramente un giudizio di fondatezza di tale ipotesi, quand'anche il fattore estintivo sia la morte dell'imputato: ed è appunto questo complessivo assetto ciò che sospinge a riguardare le cose da una diversa prospettiva. L'interrogativo poc'anzi formulato potrebbe allora essere ribaltato: se un giudizio di fondatezza dell'accusa può, e anzi deve, essere compiuto a fronte di una causa estintiva che, ragionando in astratto, precluderebbe ogni possibile proiezione di reità, perché accontentarsi di una simile valutazione di semplice parvenza, ovvero, per riprendere una formula d'origine spagnola, di mera *apariencia delictiva*? Se di apparenza, di manifestazione del reato, deve trattarsi, ci si avvede subito che essa non può avere la stessa consistenza di quella che possiamo postulare per altre situazioni estintive: il che conferma come pure da questo diverso angolo visuale l'aspirazione a una classificazione unitaria debba cedere di fronte a una verifica analitica delle caratteristiche specifiche di ogni situazione estintiva, per poi tornare ad affrontare il problema generale tra giudizio ed estinzione del reato.
È del resto significativo che la stessa giurisprudenza, pur divisa tra diverse linee interpretative, abbia condiviso unanimemente il senso del difficile compito che il giudice deve affrontare nel

valutare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria: anche se, abbandonate le iniziali posizioni favorevoli a un'interpretazione coordinata degli artt. 129 co. 2 e 530 co. 2-3 Cpp[41], si è poi prevalentemente adagiata su una lettura non solo minimalista della prima previsione, in quanto appiattita sulla soglia di una semplice constatazione dell'evidente innocenza intesa come una verità a tal punto manifesta da non richiedere alcuna dimostrazione, ma soprattutto slegata dalla seconda previsione. Una lettura disgiunta di tali due fondamentali disposizioni, insomma, può considerarsi *ius receptum* nella prassi giurisprudenziale, e come tale è stata recepita dalle Sezioni Unite[42]. Quantunque disgiunta, a ben vedere, solo parzialmente: poiché, se per un verso tutte le ipotesi d'incertezza probatoria riconducibili alle situazioni d'insufficienza o contraddittorietà delle risultanze esistenti precluderebbero un esito assolutorio[43], per altro verso la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la mancanza totale di qualsivoglia prova della responsabilità penale, pur prevista all'interno dello stesso art. 530 co. 2 Cpp, sia da trattare alla stessa stregua delle situazioni d'innocenza evidente[44]. Con un simile approccio la prassi giurisprudenziale ha così finito per erodere la coerenza complessiva della propria impostazione, travasando nel nuovo sistema di giustizia penale un assetto ereditato dal sistema misto, così come risultante dalla nota sent. 5/1975 della Corte costituzionale[45]. Un assetto che quasi un quarto di secolo dopo sarebbe stato peraltro avallato e anzi ulteriormente rinvigorito proprio da quell'intervento delle Sezioni Unite che, come dicevamo poc'anzi, ha escluso la prevalenza della soluzione assolutoria a fronte di qualsiasi situazione d'inconsistenza probatoria persino qualora la causa estintiva venga apprezzata a conclusione del giudizio di primo grado, salve le sole ipotesi in cui essa sopraggiunga in sede di giudizio d'appello a séguito di ricorso della parte civile ovvero quando il giudice di seconda istanza reputi infondata la censura mossa dal pubblico ministero avverso un'assoluzione emanata *ex* art. 530 co. 2 Cpp.

5.1. Quest'ultima conclusione ci consente di tornare a riflettere sull'intera questione, approfondendo le dinamiche decisorie sprigionate dall'intervento di una causa estintiva. È sorprendente quanto poco abbiano pesato sull'applicazione giurisprudenziale le limpidissime riflessioni di Cordero, il quale ha da sempre sostenuto come a ciclo istruttorio ormai concluso la sentenza possa dichiarare estinti solo "i reati che accerta", col risultato che il giudice, "se le prove a carico mancano o non bastano, assolve nei termini indicati dall'art. 530[2]"[46]. Del resto proprio il caso estremo della morte del reo, come abbiamo osservato, rende addirittura inimmaginabile che a dibattimento concluso (e il discorso vale almeno anche per il giudizio abbreviato) si possa dichiarare estinto un reato del quale non sia stata provata l'effettiva sussistenza o che non sia stato possibile attribuire all'imputato defunto, senza incappare in un'insanabile aporia logica. E a giudizio in corso? Possiamo accettare che una persona entrata nel processo da innocente, e come

[41] In tale senso si esprimeva la prima giurisprudenza maturata dopo la riforma codicistica: v. Cass. 8.11.1991, Brendolan, in *ANPP* 1992, 568. Cfr. peraltro Cass. 13.1.2005 n. 7272, D.A., in *CEDCass*, m. 231231, la quale distingue comunque l'ipotesi in cui la causa estintiva intervenga nelle fasi anteriori al dibattimento da quella in cui essa sopravvenga dopo l'istruzione dibattimentale.
[42] Cass. S.U., 28 maggio 2009 n. 35490, Tettamanti, in *CEDCass*, m. 244274.
[43] Cass. 18.5.2007 n. 26008, in *CEDCass*, m. 237263. In questa direzione si colloca la letteratura dominante; per qualche rara voce dissenziente cfr. E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 124 nt. 64; A. Galati-E. Zappalà-F. Siracusano, *Gli atti*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*[3], ed. a cura di G. Di Chiara-V. Patanè-F. Siracusano, Milano 2018, 204.
[44] Cass. 16.2.2006 n. 5933, in *DPP* 2006, 703. Cfr. inoltre E. Zappalà, *Le formule di proscioglimento: i punti deboli di una continuità legislativa*, in *LP* 2005, 661.
[45] F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 986.
[46] *Ibid*., 987.

tale dev'essere trattata per un imperativo derivante dallo stesso diritto costituzionale, possa essere prosciolta per estinzione di un reato mai accertato e che quindi non può essere giuridicamente considerata colpevole per il fatto di esser dubbia e vacillante la prova della sua responsabilità penale?

Ecco come il caso-limite di questa peculiarissima causa estintiva porta naturalmente a ridefinire il tradizionale approccio a questa complessa e fondamentale problematica, nella quale è in gioco, ancora una volta, la tenuta di uno dei valori portanti di un processo penale moderno, qual è la presunzione d'innocenza. E nel parlare di approccio tradizionale occorre probabilmente includere, per questa parte del ragionamento, lo stesso Cordero, il quale pare aver condiviso un'interpretazione differenziata dell'art. 129 co. 2 Cpp (e prima dell'art. 152 co. 2 Cpp 1930) a seconda che tale previsione trovi applicazione nel corso o a conclusione dell'accertamento processuale: con la conseguenza che, a differenza di quanto sostenuto per quest'ultimo caso, nel primo la soluzione estintiva s'imporrebbe ogniqualvolta "i dati estintivi non smentiscano l'ipotesi"[47]. Il che sembra nuovamente evocare, per un verso, certezze negative perché si possa pervenire a un'alternativa assolutoria e, per un altro, fondare la decisione estintiva su un giudizio avente uno sfondo probabilistico che potrebbe anche risultare assai tenue e incerto. Eppure proprio Cordero rilevò puntualmente come richiedere la prova piena dell'innocenza declinata nelle formule di cui all'art. 129 co. 2 Cpp, quale condizione ostativa del proscioglimento estintivo, fosse ben poco attagliato proprio a una fra le possibili soluzioni assolutorie: sul presupposto che il proscioglimento *in iure* per non essere il fatto previsto dalla legge come reato non consenta incertezze al giudice, vincolato, come da un solenne giuramento, al dovere insito nel *dabo tibi ius*[48].

Ora proprio quest'osservazione, senz'altro condivisibile, mi sembra aggiungere un importante tassello per un più puntuale inquadramento della problematica. In effetti, appare degno di nota il fatto che l'art. 530 co. 2 Cpp – previsione singolarmente letta come in parte riferita al dubbio probatorio, in parte a una situazione di totale incertezza conoscitiva, quale derivante dall'assoluta mancanza di prove della colpevolezza[49] – non menzioni minimamente la mancata previsione legale del fatto come reato. E basterebbe anzi forse tale semplice constatazione per comprendere quanto problematico sia pensare d'instaurare un raffronto tra una disposizione per sua natura dinamica, come l'art. 129 Cpp, e una regola di giudizio valevole per la decisione che il giudice è chiamato ad assumere solo una volta completato l'accertamento dibattimentale. Ciò che pare aver intuito la stessa giurisprudenza, sebbene sia poi pervenuta a una ricostruzione complessivamente incoerente sul piano logico e dalle implicazioni pratiche di enorme impatto sulla posizione dell'imputato. Ma se l'art. 530 co. 2 Cpp – complessivamente inteso, appunto – non è in grado di guidare la valutazione richiesta al giudice *ex* art. 129 co. 2 Cpp durante il corso del giudizio, quale regola deve orientare la sua scelta decisoria nelle situazioni di concorrenza individuate da tale ultima previsione? E, in definitiva, qual è il senso che possiamo attribuire a questa fondamentale previsione nell'attuale sistema di giustizia penale, che da tempo si è affrancato dalle strutture proprie del sistema misto, eppure ad esso, sotto molti aspetti, ritorna?

[47] *Ibid*., 986. Analogamente F. Cordero, *Procedura penale*[9] (1987), cit., 999.

[48] F. Cordero, *Procedura penale*[9] (1987), cit., 998. In termini invariati v. Id., *Procedura penale*[9] (2012), cit., 986.

[49] Già nella *Procedura penale*[9] (1987), cit., 985, Cordero affermava che un "giudizio storico negativo, rigorosamente parlando, postula la prova dell'inesistenza del fatto; e poiché la semplice circostanza che quest'ultimo non sia stato provato non è premessa sufficiente per concludere che non sia avvenuto, le due situazioni vanno tenute distinte: nell'una so che qualcosa non è accaduto e nell'altra ignoro se sia accaduto".

C'è un'intima verità, se non m'inganno, nella costante differenziazione, che ha animato tutte le discussioni sul tema e fa da sfondo all'interpretazione corrente dell'art. 129 co. 2 Cpp, delle regole di giudizio che guidano la complessa attività decisoria, rispettivamente, al termine e durante l'accertamento penale. Tuttavia, se è innegabile che la declaratoria estintiva, sotto l'involucro della forma del provvedimento che la racchiude, non è annoverabile tra le pronunce di rito ma appartiene al genere di decisioni che definiamo di merito, non è un caso che, fra tutti i casi di possibile concorrenza fra soluzioni proscioglitive, il legislatore di oggi come di ieri, nel rispetto della logica processuale, abbia ritenuto di disciplinare, quale alternativa alla decisione estintiva, l'assoluzione derivante da diverse situazioni: e anzi, significativamente, un'assoluzione che abbraccia situazioni di accertata innocenza sia *in facto* sia *in iure*. Del resto, se del tutto inconcepibile sarebbe stato postulare una concorrenza tra una conclusione del procedimento per l'improcedibilità dell'azione e una qualsiasi soluzione di merito, la cui indagine resta appunto preclusa dalla causa d'improcedibilità[50], appare degno di nota che la legge processuale non abbia regolamentato la concorrenza tra possibili diverse soluzioni assolutorie, ovvero fra possibili cause estintive, ma tra la declaratoria estintiva – e, come abbiamo visto, relativa a qualunque causa estintiva – e un'assoluzione in merito. Volendo seguire la terminologia e l'inquadramento corderiano delle cause estintive, che riteniamo di condividere, dovremmo dire: tra un proscioglimento di merito, e sia pur basato su un merito valutato in ipotesi, un'assoluzione di merito. Ma, anche così, non può sfuggire un dettaglio, tutt'altro che insignificante: e cioè che la concorrenza è ammessa e disciplinata dalla legge tra una conclusione estintiva e un'assoluzione che, pur nel suo amplissimo ambito d'applicazione, comprende quelle specifiche formule, e non altre.

In effetti, anche questa circostanza mi sembra particolarmente rilevante per ricostruire l'assetto complessivo, e da essa mi pare si possano ricavare le seguenti conclusioni. La prima e più ovvia discende da quanto già abbiamo osservato, ed è che al ricorrere di una causa estintiva, tra tutte le situazioni disciplinate nell'art. 129 co. 1 Cpp, il giudice deve sempre prefigurarsi un'alternativa assolutoria e verificarne la praticabilità alla luce del materiale probatorio acquisito. Occorre cioè sempre che il giudice, ad accertamento ancora in corso, operi una valutazione di fondatezza dell'accusa: e a meno di non ritenere, come ha sostenuto lo stesso Cordero, che il richiamo alla formula dell'inesistenza di una previsione incriminatrice di copertura sfugga a questa logica, ciò che ne farebbe un riferimento del tutto fuor d'acqua nel contesto della previsione dell'art. 129 co.

[50] Anche questa conclusione, in realtà, non può essere assunta in termini assoluti: come opportunamente sottolinea A. Pagliaro, *Profili*, cit., 496, rifacendosi a quanto sostenuto dallo stesso Cordero, ci possono ben essere situazioni nelle quali "il dovere di procedere dipende dalla risoluzione del problema di merito". E in effetti non si può fare a meno di osservare che, sebbene l'art. 129 cpv. Cpp non menzioni situazioni d'improcedibilità, la verifica del carattere condizionato o meno della procedibilità presuppone logicamente un inquadramento dell'ipotesi formulata in una casella legale, e diviene dunque irrilevante (o almeno irrilevante per il processo penale) sol che il fatto non sia previsto dalla legge come reato. Sennonché, a ben vedere, quell'ineccepibile obiezione non sembra fornire argomenti ulteriori per avvicinare le due categorie dell'improcedibilità e dell'estinzione del reato (o della punibilità), oltre la basilare soglia dell'esistenza di una previsione astratta di rilevanza penale: e ciò non solo perché l'esercizio dell'azione penale richiede accertamenti di notevole complessità che vanno ben oltre una "elementare indagine sul rapporto di diritto sostanziale", ma anche perché, mentre l'esistenza di una previsione incriminatrice basta all'emanazione di una decisione d'improcedibilità (fermo restando che essa ben può seguire un approfondito accertamento di merito, così come una riqualificazione giuridica del fatto), appare oggi discutibile, come vedremo, che l'intervento di una causa estintiva del reato imponga al giudice solo una "sommaria indagine sul merito" (così, invece, A. Pagliaro, *Principi*, cit., 847). A ben guardare, peraltro, neppure la posizione espressa da Cordero su questa delicata questione sembra possa essere accolta: per le ragioni esposte in questo scritto, non pare che sussista, oggi come ieri, alcuna indicazione normativa che autorizzi a concludere che, al ricorrere di una causa estintiva, "acquisito un dato accertamento in diritto, il legislatore reput[i] superflua l'indagine sulla fondatezza dell'accusa" (*La decisione sul reato estinto*, cit., 97).

2 Cpp, dobbiamo concludere che tale valutazione non possa essere esclusa, e sia anzi richiesta, pure in quest'evenienza: potendo così condurre il giudice a dichiarare il fatto imputato penalmente irrilevante dopo aver vagliato l'ipotesi accusatoria alla luce del quadro probatorio, che a sua volta può addirittura portare a ridefinirne la qualificazione giuridica. E io credo che il senso di quest'imprescindibile valutazione di fondatezza probatoria dell'imputazione sia quello di dare la massima consistenza al giudizio ipotetico richiesto per l'emanazione del provvedimento estintivo: il quale, come abbiamo visto, precipiterebbe altrimenti a livelli di probabilità difficilmente conciliabili con la presunzione d'innocenza.
D'altra parte, il fatto che il legislatore abbia richiesto una valutazione concorrente proprio con quelle formule assolutorie, che non coprono tutte le situazioni indicate nell'art. 530 co. 1 Cpp, fa ben comprendere che il giudizio di consistenza dell'ipotesi accusatoria, che s'impone ogniqualvolta il giudice apprezzi *in itinere iudicii* la presenza di una causa estintiva, non può spingersi, così come è diffusamente riconosciuto al di fuori delle situazioni di concorrenza fra soluzioni proscioglitive[51], al punto di verificare profili dell'imputazione legati a stadi avanzati dell'accertamento penale, come quello della punibilità, la cui indagine presuppone che siano state risolte tutte le questioni relative alla tipicità dell'azione, alla colpevolezza e non sussistano cause di giustificazione. Discorso più articolato dovrebbe svolgersi per l'imputabilità, la cui considerazione da parte della legge processuale alla stregua di un'"altra ragione" (*rectius*, causa) di non punibilità[52] sembra a primo acchito non tenere conto delle complesse discussioni concernenti il suo inquadramento sostanzialistico. Sennonché proprio un corretto esame sul piano sostanzialistico di tale fondamentale istituto svela un non meno articolato problema di accertamento processuale, posto che la verifica dell'imputabilità costituisce un elemento essenziale non solo per potere appieno apprezzare l'elemento soggettivo ma, più generale, per poter fondare un affidabile giudizio di rimproverabilità personale: ed è proprio in questa prospettiva che l'accertato difetto d'imputabilità ben può condurre a valutare l'ipotesi criminosa, sul presupposto della sua sussistenza fattuale e giuridica, come non costituente reato. Ovviamente tali considerazioni valgono per l'evenienza in cui la causa estintiva sopraggiunga nel corso di un accertamento ancora incompleto in prima istanza: non appare dunque incoerente con quest'impostazione, anzi sembra dettato dalla stessa esigenza di valorizzare appieno il *favor innocentiae* che anima la previsione dell'art. 129 co. 2 Cpp, che il giudice dell'impugnazione dia prevalenza a un'assoluzione per difetto di una condizione di punibilità o per la sussistenza di una causa personale di non punibilità, pur a fronte di una situazione estintiva, almeno laddove l'accertamento di tutti i profili della responsabilità penale e della punibilità siano stati affrontati e risolti nel grado precedente[53].

[51] Cfr., per una puntuale sottolineatura di questo profilo, E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 117.
[52] La dottrina processualistica sembra del resto condividere in parte tale inquadramento, ammettendo così che, nonostante l'eliminazione di un esplicito riferimento all'imputabilità, possa essere emanata sentenza di non luogo procedere in udienza preliminare nei confronti del soggetto inimputabile, in quanto "persona non punibile", quantomeno laddove il difetto di pericolosità sociale escluda l'adozione di una misura di sicurezza. In questo senso cfr. F. Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso-V. Grevi (coord.), *Compendio di procedura penale*[4], Padova 2010, 639. Analogamente L. Giuliani, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso-V. Grevi (fondatori), M. Bargis (coord.), *Compendio di procedura penale*[9], Padova 2018, 627 s. Per puntuali considerazioni critiche con riguardo a un simile inquadramento processuale dell'imputabilità e del relativo accertamento cfr. D. Negri, Fumus commissi delicti. *La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 114 ss.
[53] In tal senso v. già E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 118.

5.2. Certo è insomma che, anche all'interno delle valutazioni corrispondenti alle formule valevoli per l'applicazione in primo grado dell'art. 129 co. 2 Cpp, nulla ci induce a ritenere che il giudizio di merito, che costituisce la condizione prodromica essenziale per poter pervenire alla declaratoria estintiva, possa accontentarsi di un'ipotesi di reato dotata di un modesto livello possibilistico, ovvero dotata di un livello probabilistico poco superiore a quello di eventuali controipotesi e spiegazioni alternative dell'azione, o addirittura di un'ipotesi supportata da informazioni conoscitive intrinsecamente o complessivamente contraddittorie: e ciò ancor più quando si tratti di estinguere un reato, che si assume come ipoteticamente esistente, nei confronti di un imputato defunto. Un'interpretazione costituzionalmente orientata della formula legislativa rende ben più plausibile concludere che la decisione ipotetica debba basarsi su una qualificata valutazione di fondatezza dell'accusa; e possiamo anche arrivare a considerare tale esegesi coerente con la stessa Convenzione europea e persino da essa richiesta, almeno se intendiamo che lo *standard* probatorio previsto dal diritto convenzionale per superare la presunzione d'innocenza, e poter giuridicamente considerare la persona accusata come colpevole, debba allinearsi all'esigente canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio[54].
Quest'ultima indicazione interpretativa, seppur individuata con riferimento alla soglia probatoria per l'affermazione della responsabilità penale dell'accusato al termine del giudizio, pare in effetti rivelarsi utile anche per la situazione che stiamo qui considerando, concernente i presupposti per dichiarare estinto un reato sulla base dell'accertamento ipotetico della sua esistenza. Diversamente, una volta esclusa l'applicabilità diretta dell'art. 530 co. 2-3 Cpp e non potendo ritornare a considerare il riferimento all'evidenza in termini di manifesta innocenza, dovremmo rassegnarci a considerare la valutazione di fondatezza dell'accusa come intrinsecamente atipica: e dovremmo quindi sconsolatamente ammettere che una previsione di così fondamentale rilevanza e impatto applicativo non contenga alcuna regola decisoria, e che il giudizio sia rilasciato nel concreto alla più ampia discrezionalità del giudice competente[55]. Ma in realtà dal canone del *beyond any reasonable doubt*, che irradia la previsione convenzionale sulla presunzione d'innocenza, possono ricavarsi indicazioni assai pregnanti anche per i giudizi che, per circostanze come l'intervento di un fattore estintivo, si impongono *in medias res*. E la principale fra esse è che il giudizio ipotetico è un giudizio sì probabilistico (come ogni altro) ma anche, per sua natura, intrinsecamente prognostico, in quanto proiettato verso un risultato futuro, quale l'accertamento positivo del reato, precluso proprio dalla causa estintiva. Il che sembra svelare una nuova angolazione dalla quale osservare il fenomeno: e il modo forse più proficuo per mettere a fuoco i tratti della valutazione di fondatezza dell'accusa, che s'impone al giudice al ricorrere di un evento estintivo, potrebbe essere quello di compararlo a un altro qualificato giudizio prognostico, quale il giudizio di gravità indiziaria richiesto in tema di cautele personali; pur coi dovuti distinguo, ovviamente, resi necessari dalla base più ristretta della verifica richiesta dall'art. 129 co. 2 Cpp, dalla quale per le considerazioni anzidette esula (almeno in prima istanza) ogni considerazione di aspetti relativi alla punibilità e alla formulazione di una proiezione sanzionatoria concreta.
Una simile prospettiva d'indagine potrebbe sembrare ancor più paradossale della premessa dalla quale eravamo partiti con riferimento alla specifica causa estintiva oggetto del presente studio. In effetti, se già in passato si è ampiamente e a più livelli dimostrato quanto fallace e fonte di equivoci fosse assimilare, e postulare interferenze tra, le valutazioni sul *fumus delicti* in sede cautelare ai giudizi di merito del procedimento principale, ancor più inconcepibile potrebbe risultare applicare

[54] S. Trechsel, *Human rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, 163 s.
[55] Tornano alla mente le osservazioni critiche di S. Satta-C. Punzi, *Diritto processuale civile*[13], Padova 2000, 181, attorno al delicato problema del potere discrezionale del giudice.

la logica prognostica sottesa ai *Tatverdachtsurteile*[56] alla decisione in ipotesi richiesta per la situazione estintiva determinata dalla morte dell'imputato, che per definizione esclude qualsiasi proiezione condannatoria. Ma, a ben vedere, per questa come per altre cause estintive, laddove esse sia rilevate *in itinere iudicii* e impongano una conclusione anticipata del processo, il paradosso è solo apparente o, se si vuole, è insito nella stessa idea di giudizio ipotetico di responsabilità penale: un giudizio basato sì naturalmente su un'ipotesi che resta tale a conclusione del giudizio, ma che, in un sistema in cui la condanna esige lo smantellamento di ogni dubbio ragionevole, deve essere dotata della massima sostenibilità e fondatezza. Né per la definizione di un così esigente *standard* decisorio sembra si possa chiamare in causa la sostenibilità dell'accusa in giudizio per il fatto che l'art. 129 co. 2 Cpp contempla espressamente la possibilità che la concorrenza possa essere risolta con l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere: l'applicabilità della previsione nell'udienza preliminare, infatti, non pare di per sé implicare la necessità di ricorrere alle regole di giudizio valevoli per tale fase, nella quale, del resto, ogniqualvolta si collochi un intervento cautelare, l'emanazione del provvedimento richiesto soggiace pacificamente all'impegnativa valutazione dell'art. 273 Cpp.

D'altro canto, una crescente valorizzazione dei profili relativi all'accertamento della responsabilità penale può nitidamente essere osservata nella ben nota evoluzione intervenuta nell'ultimo decennio nella giurisprudenza EDU, che ha individuato chiari profili di frizione col principio di legalità a fronte di risposte sostanzialmente sanzionatorie, come la confisca urbanistica, discendenti dalla decisione con la quale venga dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione[57]. Ed è significativo che con riferimento a tale situazione la stessa Corte costituzionale – nel reinterpretare le soluzioni offerte dalla giurisprudenza europea nel senso che qualunque risposta sanzionatoria, nell'accezione convenzionale del termine, non esigerebbe necessariamente un provvedimento non condannatorio – abbia escluso l'incompatibilità del proscioglimento estintivo con un accertamento pieno della colpevolezza dell'imputato, che sarebbe anzi doveroso proprio in caso di una particolare ipotesi di confisca quale quella urbanistica[58].

Tali conclusioni rivestono una grande rilevanza sistematica per il discorso che si sta qui svolgendo, fornendo elementi d'indubbia utilità per una corretta interpretazione della previsione dell'art. 129 co. 2 Cpp. Se quelle cause estintive che possono essere dichiarate anche a processo in corso esigono un accertamento pieno di responsabilità a conclusione del giudizio, l'accertamento ipotetico necessario affinché possa pervenirsi al proscioglimento *in itinere iudicii* non può non essere fondato su un'affidabile proiezione di accertamento di responsabilità. Ma se così è, cosa

[56] L'elaborazione di tal categoria, volta a definire i giudizi prognostici sul *fumus delicti*, si deve in larga misura alla dottrina tedesca: cfr. H.-U. Paeffgen, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaftsrechts*, Mainz 1986, 192. In Italia, l'indiscutibile merito di averla ampiamente valorizzata per una ricostruzione sistematica della prova delle fattispecie cautelari va riconosciuto a D. Negri, Fumus commissi delicti, cit., 54 ss.

[57] C. eur., 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, i cui principi sono stati in larga misura recepiti e sviluppati da C. eur., 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09.

[58] C. cost., 26.3.2015 n. 49, § 6.2 *Cons. in dir*. Quale che sia il giudizio che ognuno voglia formarsi attorno a quest'impostazione, è innegabile la progressiva tendenza a richiedere un accertamento di responsabilità in ragione di una considerazione sostanzialmente sanzionatoria anche di altre forme di confisca, come la confisca per equivalente, laddove non ricorra alcun nesso di 'pertinenzialità' tra reato e beni confiscabili. Come è noto, una carica afflittiva riconosce la giurisprudenza di legittimità alla confisca del prezzo del reato *ex* art. 240 co. 2 n. 1 Cp, ovvero della confisca del prezzo o del profitto del reato *ex* art. 322-*ter* Cp, se disposta con la pronuncia dichiarativa della prescrizione: in tal senso cfr. Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, Lucci, in *CEDCass*, m. 264436, che ha comunque richiesto non solo che il processo si sia già concluso in un grado anteriore con una pronuncia condannatoria ma anche che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla responsabilità penale dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto sia rimasto inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio.

resta allora dell'evidenza della prova? Qual è il senso che a quest'espressione può essere ragionevolmente attribuito?
A mio giudizio, la risposta è semplice e a portata di mano, sol che si dia alle parole un significato in linea col quadro delle garanzie costituzionali e convenzionali in gioco, a cominciare dalla presunzione d'innocenza. Abbiamo infatti visto che nulla impone d'intendere il riferimento all'evidenza probatoria come sinonimo di certezza manifesta: e, aggiungerei anzi ora, nulla impone d'interpretarlo nel senso che occorra che dagli atti risulti, o addirittura che debba addossarsi all'imputato, la dimostrazione dell'innocenza, che in sé non va provata appunto perché è presunta e della quale l'imputato deve godere fin dal primo istante in cui fa ingresso nella scena processuale. D'altra parte, anche ragionando in termini di prova dell'innocenza, cos'è mai questa certezza giuridica relativa a una condizione che nel corso del processo in tesi l'imputato già possiede? In un sistema, come l'italiano, in cui la decisione condannatoria è improntata all'elevato *standard* probatorio dell'art. 533 Cpp, qualunque incrinatura che metta in dubbio la congruenza e linearità dell'ipotesi accusatoria, come abbiamo visto, non è forse certezza dell'innocenza?
Attualissimi appaiono ancora i rilievi critici che un'attenta dottrina formulò nei confronti dell'assetto adottato nel 1988, sul presupposto che i codificatori non avessero sfruttato appieno l'occasione offerta dalla riforma codicistica limitandosi a riprodurre, pur sfrondate da quegli ambigui riferimenti al merito e con alcuni aggiustamenti dovuti al diverso impianto processuale, le soluzioni del vecchio art. 152 co. 2 Cpp 1930. Non venne così valorizzata appieno la direttiva n. 11 della legge-delega, al punto cioè di riconoscere all'imputato che veda profilarsi l'ipotesi di una conclusione proscioglitiva del procedimento nella forma di una declaratoria estintiva il diritto di ottenere l'assunzione di prove o la realizzazione di indagini tese al conseguimento di una pronuncia assolutoria[59]. Naturalmente tale soluzione non si attagliava a tutte le situazioni cui intervenisse una causa estintiva: e specifiche problematiche avrebbero potuto sorgere nell'evenienza della morte dell'imputato, anche per via dell'interpretazione giurisprudenziale, sulla quale torneremo nel prosieguo del presente studio[60], secondo cui tale evento consumerebbe il mandato difensivo.
In ogni caso, data l'impostazione prescelta dalla riforma codicistica del 1988 e attualmente vigente, la quale nessuno spazio generalmente rilascia al diritto dell'imputato a ottenere l'assunzione di prove che non risultino agli atti[61], resta fortemente problematica una lettura dell'evidenza probatoria in termini di accertamento negativo, o, peggio ancora, come abbiamo visto tralaticiamente ripetuto nei massimari giurisprudenziali, in termini di semplice constatazione, senza alcun apprezzamento, della sua innocenza. Proprio le riflessioni condotte da quella dottrina all'indomani della riforma codicistica portano a rigettare radicalmente simili conclusioni: come potrebbe mai essere verificato il difetto di tipicità dell'azione criminosa ipotizzata o la mancanza

[59] M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino 1988, 45, le cui riflessioni sono state riprese e sviluppate da E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 123 s.
[60] *Infra*, § 6.1.
[61] Generalmente perché alcune rilevanti eccezioni erano già previste nel vecchio codice, e sono state riprodotte e ulteriormente sviluppate dal nuovo. Così, oltre alla possibilità di rinunciare a specifiche cause estintive, come l'amnistia, l'imputato, laddove una causa estintiva emerga nel predibattimento, ben può opporsi a un'immediata conclusione proscioglitiva del processo in vista di un più compiuto esercizio del diritto alla prova nel dibattimento. Significativamente questa previsione annovera, analogamente a quanto previsto dal codice Rocco, anche le situazioni d'improcedibilità e improseguibilità dell'azione e, dal 2015, il proscioglimento per particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* Cp: e se quest'ultimo riferimento, che pacificamente allude a una valutazione di merito, rende ancor più problematico riprodurre la concezione in chiave d'improcedibilità il fenomeno estintivo, particolarmente interessante per una ricostruzione sistematica dei rapporti tra procedibilità e merito appare la previsione di una declaratoria d'improcedibilità (o improseguibilità dell'azione) tra quelle cui l'imputato può opporsi.

di uno dei requisiti del complesso giudizio di colpevolezza, ovvero il ricorrere di una situazione scriminante, senza che venga condotto alcun apprezzamento? E la stessa giurisprudenza, col richiedere un accertamento di responsabilità nel proscioglimento estintivo che conduca all'applicazione di una misura sostanzialmente afflittiva, sembra confermare l'irragionevolezza di un'esegesi di questa fondamentale previsione in chiave di evidenza semplicemente constatabile. Perché poi questa fuga dal giudizio proprio in situazioni così delicate quali quelle perviste dall'art. 129 co. 2 Cpp, quando è inequivocabilmente la lettera della legge a richiedere un accertamento sui temi dell'imputazione ogniqualvolta intervenga una situazione estintiva? Un giudizio pertanto s'impone: e sarebbe a questo punto arbitrario supporre che l'evidenza alluda a una realtà processuale d'immediata percezione. Del resto, a ben vedere, si può forse dubitare che la legge possa predeterminare e persino graduare la profondità di un esame: come proprio Cordero ebbe efficacemente a sottolineare, "c'è chi esegue fulmineamente le deduzioni più difficili e chi trascina il più elementare passaggio deduttivo come una fatica di Sisifo"[62].

Ma anche ammettendo la necessità (ampiamente riconosciuta dalla letteratura processualistica) di un apprezzamento e dunque di una compiuta valutazione del materiale probatorio, non minori riserve possono essere avanzate nei confronti di una lettura, e soprattutto di un'applicazione pratica, del requisito dell'evidenza in termini di prova piena dell'innocenza. Tale formula, dietro l'apparente semplicità, svela anzi una vera e propria contraddizione in termini nell'interpretazione corrente, essendo illogico che l'ordinamento richieda per assolvere l'imputato la prova di una condizione che, presumendo esistente, non va per l'appunto provata. Una simile lettura, come abbiamo anticipato, potrebbe dunque perfino esporre tale previsione al rischio d'incostituzionalità, per non dire anche di una violazione dell'art. 6 par. 2 della Cedu: e dal momento che sull'interprete grava sempre l'obbligo di un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, occorre battere una via che prevenga tale duplice rischio. Ma una simile via è in realtà offerta pianamente dalla stessa lettera della disposizione del co. 2 dell'art. 129 Cpp, alla quale sembra si possa ragionevolmente trasporre quanto venne rilevato, all'indomani della riforma codicistica, significativamente con riferimento alla portata dell'intera previsione dell'art. 129 Cpp nel contesto della disciplina sul rito patteggiato e monitorio: che cioè il sopraggiungere di una causa estintiva "non solo consente di riconoscere dignità di prova alle indagini preliminari effettuate, ma impone altresì al giudice di considerare tale materiale probatorio non come il frutto provvisorio di un'indagine in atto, bensì come l'insieme degli elementi sui quali deve basare la decisione finale"[63].

Tali conclusioni appaiono estremamente proficue per un corretto approccio al problema della concorrenza di formule proscioglitive nei termini stabiliti dall'art. 129 co. 2 Cpp. È comunque interessante notare che una simile impostazione prescinde dalla fase o dallo stato in cui la previsione opera, ciò che conferma la difficoltà d'invocare direttamente le regole decisorie stabilite nei co. 2 e 3 dell'art. 530 Cpp. A parte quanto già rilevato circa la non coincidenza delle situazioni disciplinate rispettivamente dall'art. 129 co. 2 e, in particolare, dall'art. 530 co. 2 Cpp, occorre nuovamente ricordare che le regole fissate nei co. 2 e 3 dell'art. 530 Cpp sono state congegnate per il giudizio richiesto al termine di un accertamento concluso, non per la decisione che s'imponga a gioco in corsa: ed esse con estrema difficoltà potrebbero quindi essere estese alle ipotesi in cui la conclusione proscioglitiva si presenti al giudice nel corso nell'istruzione dibattimentale, e *a fortiori* in una diversa fase, qual è l'udienza preliminare, retta da ben altre regole decisorie. Sennonché, a uno sguardo complessivo, non solo le ipotesi disciplinate dall'art. 129 Cpp sono

[62] F. Cordero, *Procedura penale*[9] (1987), cit., 1031 nt. 8.
[63] E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 121.

tipologicamente eterogenee ma lo stesso meccanismo acceleratorio, la stessa logica d'immediatezza che anima tale fondamentale previsione si caratterizza in termini significativamente differenti nelle situazioni ivi disciplinate.
Da un riesame complessivo della problematica sembra così plausibile un'esegesi di quest'essenziale garanzia nella quale essenzialmente due classi di situazioni, seppur non identificabili nella rigida scansione dei due commi della disposizione in esame, andrebbero tenute distinte. La prima è quella in cui sopraggiunga più di un'ipotesi di proscioglimento nel corso del procedimento ordinario, o comunque di un rito alternativo vòlto a una definizione anticipata del giudizio in un procedimento aperto a un possibile, seppur più contratto, sviluppo istruttorio (come avviene nel giudizio abbreviato). Qui non è affatto scontato che in nome di un'esasperata logica processuale debba essere data aprioristica prevalenza alla formula che volta per volta si collochi a uno stadio prodromico nel percorso di accertamento (ad esempio, la mancanza di previsione legale rispetto a una statuizione di merito di carattere assolutorio), a tutto discapito di una conclusione più favorevole all'imputato: poiché sul giudice incombe sempre il dovere di verificare, autonomamente o su richiesta di parte, se l'assunzione di prove a difesa possa condurre a una decisione più favorevole, il che può appunto comportare un significativo temperamento della logica d'immediatezza della garanzia[64]. La seconda situazione, che a tale conclusione apporta una considerevole deroga, si realizza invece quando s'instauri una concorrenza tra più formule proscioglitive in un procedimento destinato a un giudizio sulla colpevolezza basato su accertamento rigorosamente allo stato degli atti, senza alcuna possibilità d'integrazione istruttoria, nonché, per effetto della soluzione adottata del codice Vassalli, tra una declaratoria estintiva e un'assoluzione nelle ipotesi disciplinate dall'art. 129 co. 2 Cpp.
Tutti i casi rientranti in ambedue le classi di situazioni sono accomunati dal fatto che, per effetto della richiesta di una parte (pubblica o privata) o dell'intervento di una causa estintiva, il procedimento penale subisce un'accelerazione che d'un colpo lo proietta di fronte alla sua meta ultima, cioè alla decisione sulla responsabilità penale. Ma mentre talora l'esito decisorio è prefigurato dalla stessa domanda di parte, talaltra permangono varie alternative decisorie, e in alcuni procedimenti, come il rito monitorio e il patteggiamento, alla consueta alternativa fra condanna e proscioglimento si somma una terza via, ossia la restituzione degli atti al pubblico ministero. In questo quadro l'accelerazione procedimentale determinata dal sopraggiungere di una causa estintiva spicca per il fatto di elidere per definizione la soluzione condannatoria, col risultato che la concorrenza si pone tra conclusioni comunque proscioglitive. Ed è proprio questa fondamentale differenza, legata al ventaglio delle alternative decisorie disponibili, oltre alla diversità strutturale del procedimento nel quale si colloca il fatto giuridico che sospinge verso la sua immediata conclusione, ciò che non consente, al ricorrere di una situazione estintiva, la diretta applicazione delle consuete regole stabilite per il giudizio dibattimentale sulla responsabilità penale: appunto perché qui l'alternativa condannatoria è per così dire fuori gioco. Ciò tuttavia non implica che si possa prescindere da un giudizio di responsabilità penale, se non si vuol concludere che l'estinzione finisca per riguardare un fantasma di reato, il che avrebbe pesantissime

[64] Così già puntualmente E. Marzaduri, sub *art. 129 Cpp*, cit., 122. Del resto lo stesso F. Cordero, *Procedura penale*[9] (1987), cit., 983 s., dopo essersi interrogato se ammettere "il primato del giudizio giuridico sul giudizio storico" comporti concludere che "l'irrilevanza giuridica di un fatto ipotetico debba condurre *tout court* a un proscioglimento in diritto, essendo superfluo verificare il fondamento storico della domanda", riconosce che una risposta affermativa, applicabile al processo civile, difficilmente sia "estensibile al processo penale, nel quale le formule di proscioglimento configurano tipi di sentenza variamente regolati sotto il profilo dell'efficacia, e quelle *in facto* sono più favorevoli all'imputato": col risultato che chi "subisce il peso di un'accusa può ragionevolmente pretendere che sia dichiarata infondata".

conseguenze sulla libertà e sulla dignità della persona[65]. Un giudizio dunque c'è ed è ineludibile, anche se nella veste di una valutazione ipotetica, come sostiene Franco Cordero: formula che, arrivati al termine di quest'analisi, possiamo dunque condividere purché s'intenda in termini di una qualificata prognosi di colpevolezza, non di un giudizio di semplice possibilità di esistenza del reato[66].

Nella sostanza il risultato potrebbe apparire simile all'applicazione delle regole di giudizio fissate nell'art. 530 Cpp e segnatamente del canone dell'oltre il ragionevole dubbio di cui all'art. 533 Cpp. Ma abbiamo visto che tali criteri decisori presuppongono che il giudizio si collochi al termine di un percorso istruttorio ormai concluso, e anzi che abbia avuto modo di concludersi: ciò che per definizione non avviene nella prospettiva dinamica delle situazioni disciplinate dall'art. 129 co. 2 Cpp. Se correttamente intesa, conformemente all'impostazione di Cordero, tale previsione richiede dunque regole adeguate a una decisione in ipotesi, alla quale sembrano al meglio attagliarsi le cadenze della valutazione prognostica. Aggiungerei ora che questa valutazione prognostica – a differenza di quella richiesta in sede cautelare, che si proietta verso un esito condannatorio considerato a tal punto probabile da poter sostenere una valutazione di proporzionalità parametrata alla gravità del fatto e della sanzione attesa – si caratterizza per una proiezione di segno ben diverso, che ben potremmo formulare con un periodo ipotetico dell'impossibilità. Il che ci porta pertanto a riconsiderare sotto una diversa luce la prospettiva corderiana, per il fatto che la declaratoria estintiva si erge sì su un duplice assunto ipotetico, ma reso ormai appunto impossibile dall'intervento della causa estintiva: che il processo potesse seguire il proprio corso e che, al ricorrere di questa prima condizione, potesse ragionevolmente condurre, sulla base dell'accusa formulata, all'affermazione dell'esistenza del reato e della responsabilità penale dell'imputato. Potremmo dunque dire di trovarci di fronte a una prognosi dell'irrealtà giuridica, se volessimo trovare una definizione plausibile, dal momento che all'accertamento della responsabilità penale non si può giungere nel processo in corso né in alcun altro processo *de eadem re*, dal quale possa conseguire la risposta sanzionatoria prescritta dalla norma incriminatrice: una definizione, questa, che sembrerebbe avere peraltro il pregio di ridare un costrutto logico alla peculiare situazione estintiva della morte del reo, evitando il paradosso argomentativo inizialmente segnalato.

Questo, insomma, mi pare complessivamente il significato più consono che possiamo attribuire alla previsione dell'art. 129 co. 2 Cpp per non esporlo a rischi di violazioni costituzionali o convenzionali. Ed è evidente che in questa logica scema anche l'importanza della diversa e più neutra formulazione, rispetto a quella del vecchio art. 152 Cpp 1930, scelta dai codificatori del 1988 in linea con l'impostazione generale del nuovo sistema processuale, che mirava a concentrare di regola l'intera attività istruttoria nel dibattimento: poiché è chiaro che, quale che sia la fase o lo stato in cui si verifichi la situazione disciplinata da tale disposizione, come abbiamo visto, gli "atti"

[65] In questa prospettiva appare condivisibile il rilievo secondo cui, a differenza delle cause estintive che "insistono sulle conseguenze proprie del reato effettivamente commesso (o più esattamente del reato che si accerti, a ragione o a torto, come effettivamente commesso)", le altre cause estintive che invece non presuppongono l'accertamento del reato "operano come se questo fosse stato realmente commesso, impedendo comunque il prodursi degli effetti che dal reato avrebbero potuto derivare". Così M. Romano, sub *pre-art. 150 Cp*, in *Commentario Romano-Grasso-Padovani*, vol. III, Milano 1994, 7. Date queste premesse, che indiscutibilmente riescono a irrobustire il giudizio ipotetico che conduce alla declaratoria estintiva, non si comprende però come lo stesse autore abbia escluso che l'art. 129 co. 2 Cpp possa dare prevalenza all'assoluzione a fronte non solo di situazioni di contraddittorietà e insufficienze probatorie ma anche di mancanza di prove a carico. Se così fosse, proprio per le cause di estinzione rientranti nella seconda categoria la declaratoria estintiva potrebbe essere sorretta da una colpevolezza non tanto dubbiosa quanto addirittura carente.

[66] A favore di quest'impostazione si esprimeva, invece, G. Conso, *L'art. 152 c.p.p. e le questioni di legittimità costituzionale: i rapporti di priorità*, in *RIDPP* 1958, 193.

dai quali deve risultare evidente l'impossibilità di una positiva prognosi di colpevolezza dovranno comunque essere valutati quali "prove" dell'innocenza. Ciò consente di risolvere un ulteriore problema di considerevole rilevanza pratica, che concerne le informazioni probatorie sulla cui base debba essere realizzato il giudizio in parola: se l'intervento di un evento estintivo nella fase intermedia o nel predibattimento impone di considerare quali prove della decisione ipotetica gli atti disponibili, possiamo dire che nel corso del dibattimento la decisione debba restringersi alle sole prove acquisite nel corso dell'istruzione e quelle contenute nel solo fascicolo dibattimentale? Probabilmente anche in questo il raffronto tra la decisione in ipotesi e il *Tatverdachtsurteil* in sede cautelare giova a dare a quegli "atti" un significato tutto sommato unitario: imponendo cioè una decisione assolutoria laddove sulla scorta di tutte le risultanze esistenti, quale che sia il fascicolo in cui si trovino collocate, non sia possibile sostenere un'adeguata prognosi di colpevolezza tale da dare consistenza alla declaratoria estintiva. Ecco che un'esigenza analoga a quella che in forza del *favor libertatis* richiede dunque un adeguamento della situazione cautelare vòlta a una riespansione degli spazi di libertà, se giustificata da conoscenze disponibili nel fascicolo del pubblico ministero[67], può condurre a temperare, anche a dibattimento avviato, il rigore della separazione dei fascicoli in nome del *favor innocentiae*, consentendo di attingere a risultanze contenute nel fascicolo del pubblico ministero, se idonee a far emergere l'inaffidabilità dell'ipotesi accusatoria e, con ciò, la certezza dell'innocenza: ciò che sortirebbe, inoltre, un effetto non poco benefico nella prospettiva di un significativo ammorbidimento della ferrea logica d'immediatezza che ispira la previsione del co. 2 dell'art. 129 Cpp. Tale conclusione può sembrare singolare, trattandosi qui di un giudizio sulla responsabilità penale, non sulla gravità indiziaria. Ma, a parte l'esistenza di una pluralità di casi in cui il giudice dibattimentale ben può fondare il proprio convincimento ai fini del giudizio principale su risultanze investigative contenute nel fascicolo del pubblico ministero, le argomentazioni fin qui esposte paiono dimostrare come l'intervento di una causa estintiva finisca per trasformare non meno radicalmente la morfologia del giudizio che, caduta l'alternativa condannatoria, dovrà inevitabilmente muoversi su una valutazione ipotetica in larga misura assimilabile alla decisione sul *fumus delicti*: decisione anch'essa dal carattere ipotetico, non solo perché ruotante attorno al concetto di apparenza giuridica, ma soprattutto perché fondata sulla proiezione dei possibili esiti futuri dell'accertamento nel procedimento principale sul piano della responsabilità penale, della punibilità e della determinazione della pena[68].

Volendo esprimere il concetto nella prospettiva delle situazioni giuridiche implicate, potremmo quindi ribaltare la diagnosi iniziale, e affermare che l'insorgere di una causa estintiva, lungi dal rimuoverlo, costituisca sempre il dovere del giudice competente di valutare se sulla base delle risultanze probatorie esistenti, e cioè senza alcuna possibilità di ulteriori acquisizioni conoscitive, possa formularsi un'affidabile valutazione di fondatezza dell'accusa mediante un giudizio ipotetico dell'irrealtà giuridica. Ma forse neppure una simile conclusione spiega adeguatamente l'esatta portata giuridica dell'orizzonte decisorio disciplinato dal co. 2 dell'art. 129 Cpp, poiché il dovere di accertare il merito della fondatezza dell'accusa non può certo dirsi costituito dal sopraggiungere di una causa estintiva. Più propriamente potremmo dire che un simile evento si

[67] Per una puntuale messa a punto del problema cfr. D. Negri, Fumus commissi delicti, cit., 166 ss.

[68] Non sembrerebbe invece pertinente chiamare in causa regole decisorie come quelle che governano altri giudizi prognostici, quale la sostenibilità dell'accusa in giudizio, così come peraltro specificata nella complessa previsione dell'art. 425 Cpp: un simile canone decisorio, infatti, è concepito in vista dei possibili contributi che possono provenire dall'istruzione dibattimentale, situazione che non è in alcun modo assimilabile a quella che determina il ricorrere di una causa estintiva, la quale, come abbiamo visto, impone comunque un'immediata conclusione proscioglitiva del processo.

carica di una duplice efficacia: un'efficacia conservativa, quanto al dovere di accertare tutti i temi corrispondenti alle formule ivi indicate (dalla *quaestio iuris* alla tipicità, fino alla colpevolezza e all'antigiuridicità), il quale non viene pertanto estinto dall'intervento della causa estintiva; e un'efficacia modificativa, quanto al dovere di decidere su tali temi, dovere che si carica di una logica d'immediatezza e, in più, con le cadenze di una valutazione prognostica che non aveva fino a quel momento.

6.1. Ciò posto, se dal piano del dover essere passiamo al concreto delle possibili dinamiche processuali, si tratta ora di vedere cosa accada laddove il giudice non rispetti il compito cognitivo richiestogli dall'art. 129 co. 2 Cpp e sbrigativamente dichiari il reato estinto sul presupposto arbitrario che non consti la prova dell'innocenza agli atti. La questione assume nuovamente un'importanza tutta particolare nell'evenienza della morte del reo, specie qualora il giudice non voglia incorrere nel rischio di vedersi dichiarato *tamquam non esset* la decisione di merito emanata nei confronti dell'imputato defunto.
Abbiamo visto quante riserve possano essere avanzate nei confronti di una configurazione della sentenza di merito emessa nei confronti del reo morto in termini di provvedimento inesistente, e come una simile configurazione, a rigor di logica, avrebbe potuto sostenersi solo nel quadro del complessivo ragionamento portato avanti dalle Sezioni Unite nel 1948: le quali, con l'escludere qualsivoglia ulteriore accertamento sul merito a fronte di questa specifica situazione, finirono per fare della morte del reo un fattore estintivo, prima ancora che del reato, del generale dovere del giudice di accertare il merito. È interessante notare retrospettivamente, a questo punto dell'analisi, che tale impostazione avrebbe reso probabilmente assai più plausibile, almeno per la particolare vicenda della morte del reo, la configurazione delle cause estintive in termini di situazioni d'improcedibilità, ossia quali eventi in grado di precludere, se non già un apprezzamento sommario, comunque appunto qualsiasi diversa statuizione di merito[69]. Ma come la ricostruzione in chiave processuale delle cause estintive non è stata perlopiù seguita dalla dottrina penalistica e processualistica, seppur con alcune significative eccezioni[70], così l'idea che il dovere decisorio del giudice a fronte dell'evento-morte si circoscriva alla sola declaratoria estintiva non è condivisa dalla giurisprudenza dominante ed è inequivocabilmente smentita da un'indagine sistematica degli artt. 69 e 129 co. 2 Cpp, quand'anche se ne dia una lettura appiattita sulla semplice constatazione di un'innocenza pienamente provata (o di una colpevolezza pienamente mancante).
Sennonché oggi i dubbi che avevano condotto i giudici di legittimità a riconoscere l'estinzione del rapporto giuridico penale e del corrispondente rapporto processuale in conseguenza della morte dell'imputato sembrano riemergere sotto diversa veste, e nella prospettiva dinamica delle impugnazioni. Anche una volta ammesso che, se le risultanze esistenti lo impongono, possa pronunciarsi un'assoluzione nei confronti del defunto, può questi considerarsi ancora un soggetto processuale? Fino a quando, anzi, una persona non più in vita può considerarsi una parte del procedimento? La questione, come abbiamo anticipato, assume una notevole rilevanza pratica nella ricostruzione qui proposta, ossia in tutti quei casi nei quali, nonostante le risultanze esistenti smentiscano la possibilità di un'affidabile prognosi di colpevolezza, il giudice preferisca la strada più piana della pronuncia estintiva. Ma forse ancor più grave si presenta tale questione nell'interpretazione tradizionale, laddove cioè il giudice abbia dichiarato un reato estinto pure a fronte della più totale assenza di prove della colpevolezza, o addirittura a fronte dell'ormai

[69] A. Pagliaro, *Profili*, cit., 494 ss.
[70] In particolare si segnala P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*[2], Padova 1982, 532 (e già *Corso di diritto penale*, Padova 1966, 435 s.).

raggiunta prova dell'innocenza. Possiamo tollerare che una simile situazione resti immutata? Se così fosse, dovremmo rassegnarci a che l'ordinamento ammetta che un processo si concluda sconfessando quella presunzione d'innocenza su cui tutta la concezione moderna del giudizio penale si erge.

Riflettendo attorno a una simile questione, tuttavia, ci si avvede di come essa non possa correttamente risolversi lungo l'asse di un ragionamento che richiama l'antico e sempre attualissimo problema della sentenza e del giudicato ingiusto: problema al quale riusciremmo a dare una risposta adeguata solo movendo da considerazioni ed angoli visuali esterni al fenomeno processuale. La prospettiva andrebbe dunque cambiata, e occorre chiedersi se l'ordinamento fornisca un rimedio a chi intenda postulare l'ingiustizia della decisione mediante una contestazione che attivi un nuovo ciclo di accertamento. Un interrogativo così posto non sembra possa del resto arenarsi nella sterile conclusione che, venuto meno con la morte un soggetto essenziale per la permanenza del rapporto processuale, non ci sarebbe per definizione chi una simile contestazione dovrebbe poter avanzare. Un simile modo di ragionare pare infatti far della premessa la conclusione della dimostrazione: che cioè la morte estingua, con la qualifica soggettiva d'imputato, anche il diritto d'impugnazione che a questi la legge riconosce.

Eppure proprio in un simile vizio logico sembra essere incorsa la nostra giurisprudenza, che anche in anni a noi relativamente recenti ha escluso la legittimazione del difensore ad impugnare la sentenza che abbia dichiarato la morte del reo, sul presupposto che l'evento-morte appunto estingua anche il mandato difensivo[71]. Una significativa variante argomentativa ritroviamo in quell'orientamento giurisprudenziale che sancisce l'inammissibilità del ricorso in cassazione proposto dal legale basandosi sul fatto che con la morte venga meno anche un presupposto essenziale del processo, ossia la presenza di un soggetto in vita nei cui riguardi poter esercitare l'azione penale[72]. Quest'ultima base argomentativa, per la verità, poteva suscitare non poca sorpresa già all'epoca in cui si pronunciò la Cassazione: soprattutto per il fatto che la Corte costituzionale si era ormai da alcuni anni discostata[73] da quel risalente inquadramento del potere impugnatorio del pubblico ministero quale estrinsecazione (quantomeno necessaria) dell'obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., e con esso dunque da una considerazione di tale potere nella prospettiva dell'azione penale[74]: impostazione, questa, che il giudice delle leggi avrebbe poi ribadito di lì a qualche anno in risposta alla riforma legislativa operata dalla legge 46/2006.

D'altro canto dire che, morto l'imputato, venga meno un presupposto essenziale del processo, costituito dalla possibilità di esercitare l'azione penale in sede impugnatoria nei confronti di una persona vivente, non solo sembra riportare la questione sui discutibili binari dell'esistenza del rapporto processuale ma, quand'anche si volesse condividere tale impostazione, pare soprattutto costituire un argomento ben poco conferente: poiché qui la questione verte sulla conservazione del diritto a ricorrere del difensore, in forza del mandato difensivo, non del titolare dell'azione. Né un argomento significativamente risolutivo sembra apportare il riconoscimento della conservazione d'efficacia del mandato difensivo, nonostante la morte dell'imputato, nella fase e nel grado in cui il giudice sia chiamato a pronunciarsi: anche in questa prospettiva resta infatti da dimostrare che il difensore possa impugnare la declaratoria estintiva per far affermare l'innocenza dell'imputato nel successivo grado di giudizio. Tale riconoscimento giova comunque a rafforzare l'interrogativo iniziale: se la morte dell'imputato non estingue né il mandato difensivo né il dovere del giudice di

[71] Cass. 14.12.2000, Cortegiani, in *CP* 2002, 684.
[72] Cass. 7.6.2001, Querci, in *CEDCass*, m. 220171.
[73] C. cost., 28.6.1995 n. 280.
[74] C. cost., 17.11.1971 n. 177.

affrontare il merito e pronunciarsi *in utilibus*, perché dovrebbe estinguersi il potere impugnatorio, vòlto alla contestazione della giustizia della decisione e all'affermazione dell'innocenza in un'istanza superiore?
L'insostenibilità di una simile conclusione richiede una revisione della premessa: che cioè la morte dell'imputato estingua, col presunto rapporto penale e la sua corrispondente proiezione processuale, anche la parte nei cui confronti possa essere emessa una qualsiasi decisione di merito. E la più solida conferma di quest'assunto discende probabilmente dalla stessa lettera della legge che, come abbiamo notato, inequivocabilmente ricollega la conservazione della qualità d'imputato al raggiungimento della stabilizzazione formale della sentenza di non luogo a procedere e del provvedimento conclusivo del giudizio (art. 60 co. 2 Cpp).

6.2. Consideriamo ora le implicazioni del fenomeno che stiamo esaminando laddove l'evento estintivo sopraggiunga in un'istanza superiore. Supponiamo che avverso la sentenza di primo grado che abbia assolto l'imputato per provata insussistenza del fatto appellino la parte civile e il pubblico ministero in via principale, e che a fronte di tale iniziativa impugnatoria intervenga l'appello incidentale dell'imputato; e ipotizziamo che l'imputato muoia nel corso del giudizio di secondo grado dopo l'assunzione di una prova testimoniale che abbia insinuato dubbi sulla prospettazione assolutoria della sentenza impugnata. Se non fosse intervenuta la situazione estintiva, una simile soluzione dovrebbe condurre a una pronuncia *ex* art. 530 co. 2 Cpp; ma proprio per la sopraggiunta morte del reo tale esito sarebbe precluso dalla tradizionale lettura dell'art. 129 co. 2 Cpp, il quale imporrebbe così una riforma della pronuncia assolutoria con la conseguente emanazione di un proscioglimento *ex* art. 531 Cpp.
Possiamo ritenere ragionevole tale risultato? Apparentemente sì, in forza della clausola di salvezza contenuta nell'art. 531 Cpp. Ma, anche a prescindere da letture più progressiste dell'art. 129 co. 2 Cpp nell'ottica dell'art. 530 co. 2 o dell'interpretazione qui problematicamente proposta, abbiamo visto come lo stesso Cordero abbia linearmente dimostrato quanto irragionevole sia dar prevalenza, ad accertamento concluso, alla declaratoria estintiva di un reato rispetto al quale la responsabilità penale dell'imputato sia stata esclusa in forza delle consuete regole decisorie dell'art. 530 Cpp. E se ciò vale dopo il completamento del ciclo istruttorio quando il giudizio di primo grado non sia ancora approdato a una decisione sul merito, come non dovrebbe vale *a fortiori* in una situazione, quale quella appena ipotizzata, in cui l'accertamento di responsabilità penale è già stato escluso con la sentenza di prima istanza? Sulla base di quale argomento logico o di quali indicazioni di diritto positivo l'imputato, che abbia conquistato un verdetto assolutorio in primo grado dopo che sia stata conclusa un'istruzione che attesti l'insufficiente o contraddittoria prova della sua colpevolezza, dovrebbe, morendo in seconda istanza, essere assoggettato a un regime diverso e deteriore?
Né un simile risultato potrebbe mai essere giustificato in forza del divieto di *reformatio in peius*, che nell'ipotesi considerata non opera per via dell'appello del pubblico ministero. Proprio tale iniziativa impugnatoria apre sì le porte alla *reformatio in peius*, ma pur sempre sul piano potenziale, come possibile esito decisorio: e come potrebbe accettarsi una declaratoria estintiva di un reato la cui sussistenza, negata in primo grado, non è stata neppure provata in secondo per l'intervenuta morte dell'imputato?
Del resto l'ipotesi considerata ben potrebbe presentarsi in modo del tutto incompatibile con la stessa possibilità di una *reformatio in peius*: come avverrebbe laddove la morte dell'imputato sopraggiungesse nel contesto di un giudizio d'appello da lui solo attivato con appello principale presentato avverso una sentenza di primo grado che l'avesse assolto con formula non pienamente

favorevole (ad es., perché il fatto non costituisce reato). Tutto ciò dimostra ulteriormente quanta poca consistenza abbia l'opinione prevalente secondo cui il giudizio dovrebbe cedere alla decisione estintiva in ogni caso di non raggiunta prova della responsabilità penale, salve le sole ipotesi di provata innocenza o mancanza assoluta di prova della colpevolezza. E ciò in fondo hanno finito per riconoscere anche le Sezioni Unite nella sentenza *Tettamanti* che – pur promuovendo, come si è visto, una lettura disgiunta degli artt. 129 co. 2 e 530 co. 2 Cpp – hanno ammesso che in appello un ponte tra queste previsioni possa eccezionalmente realizzarsi, allorquando il giudice sia chiamato a valutare il materiale probatorio anche in vista delle statuizioni civili, ovvero quando ritenga infondato nel merito il ricorso del pubblico ministero avverso l'assoluzione pronunciata in prima istanza *ex* art. 530 co. 2 Cpp.

Quest'ultima situazione esaminata dalla Suprema Corte ci porta poi a estendere ulteriormente l'indagine, e a rivisitare la conclusione raggiunta in forma interrogativa. La domanda, nuda e cruda, è la seguente: può il giudice dell'impugnazione verificare, o meglio può sempre verificare, la fondatezza del ricorso presentato avverso una sentenza assolutoria nell'ipotesi di morte del reo? E conseguentemente la possibilità che il processo si concluda con un'assoluzione *ex* art. 530 co. 2 Cpp è sempre condizionata all'esito negativo di una simile disamina? Certo, nell'eventualità di un appello del pubblico ministero, non possiamo *a priori* esimere il giudice d'appello da un simile controllo; ma non sembra che la conclusione possa essere sostenuta in termini assoluti. Riconsideriamo appunto il caso che avverso la pronuncia di primo grado presenti appello il solo imputato, sul presupposto – in sé non poco discutibile, seppur sostenuto dalla giurisprudenza dominante[75] – che l'assoluzione *ex* art. 530 co. 2 Cpp, quand'anche intervenga a conclusione del giudizio, non contenga alcun accertamento e non sia pertanto idonea a sprigionare alcun vincolo in sede extrapenale. Possiamo ritenere che anche in una simile evenienza permanga il potere del giudice dell'impugnazione di valutare la fondatezza dell'accusa nonostante l'intervenuta morte del reo? La domanda, se non m'inganno, reca con sé una risposta ancora affermativa: poiché, sebbene il divieto di *reformatio in peius* escluda qualsivoglia conclusione peggiorativa, nulla vieta al giudice di rivalutare le prove esistenti e di assolvere l'imputato defunto con formula più favorevole o, rimanendo nella stessa formula, con una decisione per provata innocenza *ex* art. 530 co. 1 Cpp. Sennonché cosa sarà questa decisione del giudice d'appello? Sarà una sentenza impugnabile come le altre e, se sì, con quale prospettiva? Qual è il valore autenticamente decisorio di una simile pronuncia? Sul piano formale non c'è dubbio che sia ancora una sentenza soggetta a impugnazione e, come tale, ancora non definitiva. Ma su quale base potrebbe essere contestata la sua portata

[75] Tale interpretazione – propugnata dalla prevalente giurisprudenza civile con riguardo alla vincolatività del giudicato penale non solo nel processo civile (per tutte Cass. civ. 14.5.2004 n. 17401, Z. c. P., in *CEDCass*, m. 576392) ma anche nel procedimento disciplinare (Cass. civ. 9.5.2000 n. 5885, De Renzo c. Ordine prov. medici chirurgici odontoiatri, in *D&G* 2000(19), 48) – è stata condivisa anche dalla Corte di Conti (C. Conti, Toscana, sez. giur., 4.12.1999, n. 1286, proc. gen. c. Maccagnini, in *RCC* 1999(6), 121). Quanto alla giurisprudenza penale, pur non essendo mancate posizioni vòlte a tutelare appieno il *favor innocentiae* anche in sede extrapenale (Cass. 24.11.2005 n. 842, F.F., in *ANPP* 2007, 244), le Sezioni Unite, come è noto, si sono uniformate all'orientamento dominante, movendo alquanto assiomaticamente dall'assunto che l'equiparazione delle situazioni probatorie in forza delle regole di giudizio stabilite dall'art. 530 Cpp penale, e con essa anche la presunzione di non colpevolezza alla cui tutela esse sono rivolte, valgano solo all'interno dell'ordine penale. Cfr. Cass. 29.5.2008 n. 40049, p.c. in proc. Guerra, in *CEDCass*, m. 240814. La letteratura processualpenalistica è in larga misura orientata nello stesso senso, pur con qualche significativa apertura: così, ad es., per L. Iafisco, *Osservazioni in tema di accertamento "dubbioso", efficacia in altri giudizi* ex *art. 654 c.p.p. e uso come prova della sentenza penale irrevocabile*, in *RIDPP* 2002, 607, occorrerebbe condurre un'indagine sull'accertamento effettuato in sede penale poiché, se la prova piena dell'innocenza fosse incrinata dalla mancata o da una non completa dimostrazione di specifici profili pur essenziali, quale l'elemento soggettivo, "sarebbe illogico escludere ogni rilevanza giuridica ai fatti accertati".

decisoria, e da chi? Non certo ovviamente dall'imputato defunto, né dal suo difensore, che ha conseguito in appello un risultato decisorio pienamente favorevole, nonostante la morte del proprio assistito. Ma può il pubblico ministero impugnare l'assoluzione con formula ampiamente liberatoria ottenuta a séguito di riforma della pronuncia di primo grado? Qui ci si avvede di quanto difficile sia accettare e giustificare un simile risultato: e questo non per ragioni sostanziali, posto che la valutazione del giudice d'appello ben potrebbe essere erronea, ma per ragioni che derivano dalla stessa struttura e conformazione del processo. Riesce infatti pressoché impossibile concepire un'iniziativa impugnatoria del pubblico ministero, che null'altro è se non una nuova istituzione di azione[76] vòlta ad attivare un nuovo ciclo del giudizio, nei confronti di un imputato defunto, per promuovere una diversa valutazione di sostenibilità dell'accusa finalizzata a un accertamento di responsabilità ormai impossibile.

In una simile, e sia pur particolarissima, evenienza sembra perciò rafforzarsi la convinzione che il fenomeno del giudicato non possa essere interamente costruito attorno alla costruzione della cosa giudicata formale. E mi tornano in mente le riflessioni che quasi un secolo or sono condusse uno studioso della levatura di Francesco Carnelutti, ragionando attorno alla diatriba, già vivacemente esplosa nella letteratura processualcivilistica dell'epoca, sulla condizione della sentenza soggetta a gravame a partire da un caso significativamente vicinissimo alla questione da cui abbiamo preso le mosse in questo studio: un caso riguardante la morte dell'interdicendo nel corso del giudizio di cassazione a séguito di due gradi di giudizio conclusi con pronunce ambedue reiettive della domanda d'interdizione. Riflessioni di strabiliante lucidità e modernità, quelle condotte dal Carnelutti a commento di una decisione della Corte di Cassazione del 1927, che dichiarò la cessazione della materia del contendere e con essa l'estinzione del processo per cessazione dello scopo[77]. Ma esse forniscono spunti utilissimi per una ricostruzione anche del problema da ultimo posto, e più in generale per un corretto approccio teorico-generale al complesso istituto del giudicato, movendo da un interrogativo di fondo: se la formazione differita del giudicato dipende da un duplice evento potenziale, ovvero dalla possibilità di modificazione del regolamento sostanziale contenuto nella decisione dovuta alla possibilità d'impugnazione, cosa accade nel "caso in cui *la impugnazione non esclude la immutabilità*? Se cioè una sentenza, per quanto impugnata, potesse tuttavia essere immutabile?"[78].

Ovviamente la diversità della struttura del processo rende per definizione non attagliata all'esperienza penale la conclusione raggiunta dalla Suprema Corte: il processo penale non può estinguersi per definizione ma, per quanto finora rilevato sulla scia delle riflessioni corderiane, l'intervento di una causa estintiva impone comunque una conclusione di merito. Tuttavia non per ciò solo risulta inadeguato in materia penale il quesito posto da Carnelutti, che in sé conserva anzi tutta la sua attualità e rilevanza, specie se alla domanda posta al caso poc'anzi considerato si risponde affermativamente: escludendosi così che la decisione pienamente assolutoria pronunciata in grado d'appello nei confronti di un imputato deceduto possa essere impugnata dal pubblico ministero, e direi anzi da qualsiasi parte[79], per ottenere un accertamento sulla responsabilità penale ormai precluso. Ma se così è, possiamo anche concludere col Carnelutti che, ogniqualvolta l'impugnazione non rechi con sé la possibilità di mutare le statuizioni sostanziali decise, o

[76] … per riprendere una definizione di S. Satta-C. Punzi, *Diritto processuale civile*, cit., 421.

[77] Cass civ., 30.6.1927, in *RDPC* 1928, II, 189 ss.

[78] F. Carnelutti, *Riflessioni sulla condizione giuridica della sentenza soggetta alla impugnazione*, in *RDPC* 1928, II, 192.

[79] Il difensore, quand'anche gli si riconosca astrattamente una legittimazione impugnatoria nonostante la morte del proprio assistito, non vi avrebbe evidentemente interesse in una situazione del genere. Quanto alla parte civile, la questione sarà affrontata *infra*, § 7.

addirittura ogni possibile impugnazione, in astratto praticabile, sia a monte preclusa: ogniqualvolta, insomma, una di quelle due possibilità venga meno, nonostante la formale impugnabilità per le vie ordinarie, il ciclo del giudizio si sia già concluso, e dunque il giudicato si sia già formato, ben prima del passaggio in giudicato formale della decisione.
Del resto le analogie col caso vagliato dalla Cassazione in quell'antico precedente si fanno ancor più evidenti laddove la morte dell'imputato sopraggiunga successivamente a una conclusione pienamente assolutoria, durante il decorso dei termini per impugnare. Qui la domanda che dovremmo porci non è se l'impugnazione sia astrattamente possibile, cosa che nessuno si sentirebbe di smentire, bensì chi potrebbe proporla, con quale prospettiva, e conseguentemente, ancora una volta, quale sia la portata decisoria del provvedimento assolutorio. Naturalmente, ancora una volta, la valutazione del giudice che pervenne a tale risultato ben potrebbe essere erronea; possiamo anzi ipotizzare che fosse a tal punto erronea che a un'analisi superficiale un accertamento positivo di responsabilità fosse più che evidente. Ma tutte queste considerazioni restano appunto sul piano ipotetico, rivelano cioè una considerazione astratta e *ab esterno* del fenomeno decisorio, il quale tollera una contestazione solo per mezzo degli strumenti impugnatori e nei limiti da essi tracciati. Sennonché, per riprendere le parole del Carnelutti, "basta la impugnazione *per mettere in dubbio la autorità legale della sentenza*"?[80]. La mia opinione è che non basti, sebbene per ragioni diverse da quelle acutamente sottolineate dal Carnelutti, e che discendono dalla stessa rigida prospettiva d'immediatezza promossa dall'art. 129 co. 2 Cpp. Ancora una volta, se, morto l'imputato durante la decorrenza dei tempi per impugnare, il suo legale non ha evidentemente interesse a dolersi dell'esito assolutorio ampiamente favorevole, come potrebbe il pubblico ministero sollecitare un diverso esame del merito promuovendo l'instaurazione di un giudizio impugnatorio in un processo che, per l'avvenuto intervento della causa estintiva, e ancor più di questa particolare causa estintiva, non potrà mai concludersi con un esito condannatorio, e che proprio deve immediatamente concludersi, anzi deve ritenersi già concluso?
In non meno di un decennio da quelle riflessioni Francesco Carnelutti sarebbe approdato a riconoscere in via generale che "giudicato materiale e giudicato formale non sono soltanto due facce, ma due fasi del giudicato, così che la imperatività si possa avere senza e prima della immutabilità"[81]: poiché, se "la cosa giudicata materiale non sorgesse che insieme con la cosa giudicata formale, la decisione immutabile non avrebbe alcuna efficacia (equivarrebbe a un progetto di decisione) e la lite rimarrebbe aperta fino a che non ne sia precluso il mutamento"[82]. E sebbene tale impostazione, a quanto mi consta, non abbia avuto pressoché alcun séguito nella dottrina processualcivilistica, probabilmente per via della parziale rettificata del suo stesso autore[83], e nessuna accoglienza abbia ricevuto sul terreno del processo penale, non possiamo dubitare che essa fosse foriera di non pochi frutti nella letteratura processuale. Certo la ricerca di un valore sempre costante della sentenza soggetta a gravame perse progressivamente rilevanza negli studi sul processo civile; ma non possiamo non scorgere una chiara eco di quelle antiche meditazioni carneluttiane nell'approccio di un altro straordinario Maestro, Salvatore Satta, il quale, nell'ambito di una suggestiva interpretazione dell'art. 2909 c.c., riconobbe che "solo assumendo

[80] F. Carnelutti, *Riflessioni*, cit., 193.
[81] F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 288.
[82] *Ibid.*, 286.
[83] Ufficialmente in *Diritto e processo*, Napoli 1958, 276 nt. 2.

che il giudicato esiste soltanto quando sia immutabile si può negare che gli effetti che il giudicato produce anteriormente siano effetti del giudicato, cioè con una autentica petizione di principio"[84]. Tali conclusioni continuano a sembrarmi quelle metodologicamente più feconde per un corretto approccio al multiforme fenomeno del giudicato: il quale, come non può essere rinchiuso all'interno delle mura del giudicato formale, così non può essere rigidamente anticipato a questa o quell'altra soglia decisoria, e neppure può essere attribuito sempre e comunque alla sentenza soggetta a impugnazione ordinaria. La quale, per riprendere ancora le parole del Satta, "resta né più né meno che una sentenza soggetta a gravame: vale a dire una sentenza che determina il concreto non a tutti gli effetti ma a determinati effetti; più concretamente attraverso la sentenza si ha un concreto che può essere rimosso attraverso l'impugnazione, e come tale vale quello che vale, cioè per quello che vuole la legge"[85]. E non vediamo, onestamente, come potergli dar torto.

7. Le conclusioni appena raggiunte devono ora comunque essere saggiate da un'ulteriore prospettiva, la quale attiene al problema dell'accertamento del fatto a fini diversi da quelli penali: e proprio la complessa questione delle conseguenze extrapenali del reato ci consente così di riconsiderare l'obiezione che Antonio Pagliaro, come abbiamo visto, sollevò alla configurazione di un'efficacia preclusiva sostanziale della declaratoria estintiva: che il reato come tale resti un'entità accertabile in altra sede e per fini diversi da quello penale, e che a questi effetti appunto l'accertamento di responsabilità penale resti impregiudicato e nient'affatto precluso.
Nessun dubbio sulla correttezza in linea generale di questa conclusione, che è sicuramente in linea col principio della separazione delle giurisdizioni ed è confermata dalla chiara lettera della pur eccezionale previsione dell'art. 652 Cpp, la quale non assegna alcuna portata vincolante non solo al proscioglimento estintivo ma, più in generale, a nessuna pronuncia proscioglitiva. Sennonché possiamo dire che ciò valga a fronte di qualsiasi situazione estintiva? Più a fondo, anzi, una così radicale soluzione può essere mantenuta per qualsivoglia decisione che possa essere adottata a fronte di una situazione estintiva?
La risposta a quest'ultimo quesito parrebbe ovvia, ogniqualvolta nonostante l'intervento di un fattore estintivo il processo si concluda con una soluzione assolutoria rientrante in una delle situazioni per le quali il giudicato è sì vincolante in sede extrapenale. Tuttavia la linearità di una simile conclusione è inficiata, come abbiamo constatato, dalla diffusa accettazione, specie nell'applicazione giurisprudenziale, di una lettura dell'art. 129 co. 2 Cpp che confina l'accesso alle alternative assolutorie a situazioni di provata innocenza o evidente assenza di qualsiasi prova della colpevolezza. D'altra parte, quand'anche si condividesse un'esegesi diversa, e si riconoscesse la diretta operatività delle regole decisorie previste nell'art. 530 co. 2-3 Cpp o, come qui proposto, un giudizio prognostico formulato in termini d'ipotesi dell'irrealtà giuridica, dovremmo comunque fare i conti con quella linea interpretativa che nega la portata di accertamento a ogni ipotesi di assoluzione che, seppur rientrante nelle formule astrattamente idonee a generare il vincolo di giudicato in sede extrapenale, non rispecchi una situazione di provata innocenza.
Non è questa la sede per approfondire l'argomento, ma non possiamo esimerci dal rilevare nuovamente che il presupposto da cui muove tale linea esegetica è discutibile non solo sul piano teorico-generale ma anche sul terreno del diritto positivo, soprattutto per le implicazioni sistematiche che essa comporta rispetto a un modello di giustizia orientata alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Anche nella prospettiva dei rapporti tra giurisdizioni non possiamo infatti fare a meno di osservare che la scelta di disconoscere una valenza autenticamente cognitiva

[84] S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*[2], II, Milano 1962, 27.
[85] *Ibid*., 28.

alla pronuncia assoluzione cui si è giunti al termine del giudizio dibattimentale o abbreviato, se non è stata provata pienamente l'innocenza dell'imputato, riflette una visione distorta dell'accertamento penale che, per le ragioni anzidette, assolve comunque al fondamentale compito di fornire certezza giuridica, quale che sia l'esito decisorio raggiunto. L'accertamento può anche essere ipotetico, se il processo si conclude con certe pronunce proscioglitive nel corso del giudizio; ma deve comunque dare certezza giuridica sia per le libertà fondamentali delle persone implicate sia per il messaggio di orientamento culturale che trasmette ai consociati, e che altrimenti rimarrebbe umbratile e vago. Non c'è spazio, in altri termini, per un accertamento dubbioso a conclusione del giudizio, poiché il giudicato è "il mirabile tentativo dell'ordinamento di dare staticità al concreto", e in questo senso precisamente si può pertanto parlare di "*utilitas* dell'ordinamento, la quale non è altro che la sua logica, perché senza la cosa giudicata né l'azione, né la giurisdizione, né il giudizio sarebbero concepibili"[86]. Ma proprio per ciò è appunto col giudicato che il giudizio soddisfa l'aspirazione dell'ordinamento alla certezza, ed essa, in materia penale, è tale sia se si raggiunge oltre ogni ragionevole dubbio la prova della responsabilità dell'imputato sia se si accerta che tale soglia non si è raggiunta.

Del resto è chiaro che, pure nel delicato ambito dell'efficacia extrapenale del giudicato penale, postulare un accertamento dubbioso al termine del giudizio, quale che sia il sostrato motivazionale del risultato probatorio ottenuto, significa più a fondo concepire in termini non tanto dualistici quanto addirittura triadici l'oggetto dell'accertamento stesso, siccome aperto a tre alternative: la provata colpevolezza, la prova piena dell'innocenza e la non pienamente provata colpevolezza. Ma basta riflettere sul fatto che il secondo termine è presunto per un imperativo che, come abbiamo visto, discende dalla Costituzione e dalle Carte internazionali dei diritti per avvedersi dell'errore prospettico in cui si ricadrebbe con una simile ricostruzione, nella quale si trascura il fatto che il primo e principale tema dell'attività probatoria nel processo penale è l'imputazione, e cioè l'ipotesi criminosa, che costituisce il dovere decisorio del giudice e, a un tempo, ne perimetra i confini. L'ipotesi della colpevolezza, coi suoi molteplici temi e proposizioni, rappresenta il fulcro dell'attività dimostrativa e dell'accertamento penale: e in ciò risiede forse la differenza più consistente rispetto ad altre esperienze processuali, nelle quali l'accertamento muove da una base d'incertezza tra situazioni delle cui esistenza giuridica nulla può dirsi se non nei termini della contestazione di parte[87].

Se poi, ridiscendendo sul piano del diritto positivo, volessimo seguire fino alle implicazioni ultime il ragionamento sottostante all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, dovremmo per coerenza escludere ogni portata vincolante anche all'accertamento assolutorio che rifletta un dubbio circa l'esistenza di una delle due situazioni dell'adempimento del dovere o dell'esercizio di una facoltà legittima. Ma con ciò incapperemmo in un'aporia forse ancor più grande, finendo per assegnare la stessa valenza al dubbio sulle cause di giustificazione e sugli elementi costitutivi del fatto: trasmetteremmo così il messaggio che, per elidere il giudizio di antigiuridicità obiettiva, pure l'ipotesi relativa all'esistenza di una scriminante vada provata pienamente, laddove è pacifico che oltre ogni ragionevole dubbio va provata la colpevolezza, non la liceità dell'azione criminosa. Né potrebbe essere invocato un argomento di carattere storico, ipotizzando che il codice Vassalli avesse voluto esigere un accertamento assolutorio pieno nei rapporti tra giudicato penale e altre giurisdizioni, per il fatto che non venne riprodotta la soluzione adottata dall'art. 25 del codice Rocco, che precludeva l'esercizio dell'azione civile pur nei casi di proscioglimento per

[86] Così, con estrema efficacia, S. Satta-C. Punzi, *Diritto processuale civile*, cit., 209 s.

[87] Sempre attuali le riflessioni svolte da Angelo Falzea sulle fondamentali categorie del dubbio e dell'incertezza nella voce *Accertamento*, cit., 9 ss.

insufficiente prova che il fatto sussistesse o che l'imputato lo avesse commesso. Se la conoscenza della storia delle codificazioni è d'indubbio ausilio per comprendere l'evoluzione di un sistema complesso, quale quello di giustizia penale, essa non può tuttavia sempre apportare indicazioni vincolanti per definire l'esatta portata di una data previsione, che va ricostruita attraverso una considerazione complessiva della normativa al cui interno s'iscrive. Piuttosto, proprio un esame diacronico di questa materia mostra quanto poco conducente sia invocare una giustificazione fondata sulla diversità dei criteri di prova e delle regole di giudizio valevoli per l'accertamento in sede penale ed extrapenale: difatti, quantunque anche prima della codificazione della regola BARD e persino sotto la vigenza del codice Rocco, tali regole fossero ben differenti, ciò non impediva una soluzione quale quella appunto prevista dall'art. 25 Cpp 1930. Ma anche in questo – come nella aprioristica soluzione, che il codice Vassalli ha inteso riprodurre, disconoscendo forza vincolante all'accertamento assolutorio perché il fatto non costituisce reato in relazione all'elemento soggettivo – non sembra che la prospettiva sia quella corretta: poiché la diversità concerne i criteri che governano la prova della responsabilità, non dell'innocenza.

Del resto appare degno di nota il fatto che, sebbene una simile giustificazione sia stata accolta anche dalla Corte europea, proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo possiamo ricavare un chiaro monito ad evitare che la decisione sull'azione civile non sfoci in una dichiarazione, seppur incidentale, di responsabilità penale, che finirebbe per confliggere con la presunzione d'innocenza. Come efficacemente è stato rimarcato in *Allen c. Regno Unito*, la presunzione d'innocenza implica infatti che, "*where there has been a criminal charge and criminal proceedings have ended in an acquittal, the person who was the subject of the criminal proceedings is innocent in the eyes of the law and must be treated in a manner consistent with that innocence*": ed è significativo che per i giudici europei l'esigenza che la presunzione d'innocenza permanga anche dopo la conclusione del processo penale si giustifichi proprio in ragione dell'obiettivo di assicurare che l'innocenza sia pienamente rispettata in relazione a "*any charge which was not proven*"[88]. Il che sembra dunque rafforzare la convinzione che, ogniqualvolta tale situazione si realizzi, la pronuncia assolutoria, all'interno delle situazioni alle quali il legislatore ha ritenuto di riservare valenza di giudicato *ultra fines*, debba vincolare il giudice competente nel giudizio di danno derivante da reato, quand'anche ad essa si sia pervenuti pur in presenza di una causa estintiva che non sia riuscita a prevalere per la mancanza dei presupposti di una fondata prognosi di responsabilità penale. Ciò, naturalmente, purché ricorrano tutte le condizioni stabilite dalla legge per assicurare il pieno rispetto del diritto al contraddittorio dei soggetti nei cui riguardi venga fatto valere il vincolo del giudicato.

D'altro canto anche quest'ultima prospettiva, la quale guarda a uno dei pilatri di "ogni processo" che voglia considerarsi autenticamente equo conformemente ai dettami generali dell'art. 111 Cost., ci consente di riesaminare, dall'ottica dei rapporti con l'azione civile, la questione riguardante la formazione e i limiti del giudicato penale quando intervenga un fattore estintivo così peculiare quale la morte dell'imputato. La prima ipotesi concerne l'eventualità che l'imputato defunto esca dalla scena processuale con una decisione assolutoria rientrante in una classe compresa fra quelle per le quali il giudicato vincola il giudice extrapenale competente per la questione riguardante la responsabilità da danno derivante da reato. Qui non si vede francamente perché dovremmo adottare soluzioni diverse da quelle cui siamo giunti nei rapporti fra procedimenti distinti. L'opinione prevalente, e non solo in giurisprudenza, parte dall'assunto che il proscioglimento non impugnato dal pubblico ministero divenga irrevocabile ma, nonostante questa premessa, ammette che l'impugnazione della parte civile possa intaccare tale giudicato: non ovviamente incidendo

[88] C. eur. GC, 12.7.2013, *Allen c. Regno Unito*, ric. n. 25424/09, opportunamente richiamata da M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, cit., 865.

sulla stabilità del provvedimento proscioglitivo né sulla sua forza preclusiva all'interno del sistema penale, bensì rimuovendo il vincolo che esso sprigiona in sede extrapenale. Questa la finalità dell'impugnazione della parte civile, che in essa anzi – secondo un primo e più rigoroso orientamento, del quale proprio Franco Cordero è stato forse tra i più strenui sostenitori nella dottrina processualistica[89] – troverebbe la sua esclusiva fonte di legittimazione, non potendosi identificare alcun interesse impugnatorio in una parte che non rischiasse di subire le conseguenze del vincolo del giudicato nel giudizio di danno[90]. È noto peraltro che tale orientamento sia oggi in buona misura superato da quella giurisprudenza che estende la legittimazione della parte civile a impugnare la sentenza di proscioglimento anche al di fuori delle ipotesi in cui essa spieghi un vincolo nel giudizio di danno, col solo limite delle pronunce proscioglitive per improcedibilità dovuta a difetto di querela[91].

Insomma, allo stato attuale, e con questa sola eccezione, la parte civile potrebbe impugnare, ovviamente ai soli effetti civili, il giudicato proscioglitivo formatosi agli effetti penali: e ciò dunque ben oltre i casi di assoluzione vincolante in sede extrapenale, anzi partendo proprio da questi. Sennonché com'è possibile che ciò avvenga? Finanche un esame superficiale dell'art. 576 Cpp, sia pur riletto in una prospettiva che non si arresti al dato formale della riforma operata dalla l. 46/2006, rivelerebbe qualche dubbio sulla più rigorosa linea interpretativa: se la legittimazione della parte civile concernesse l'impugnazione delle sole pronunce assolutorie capaci di vincolare in sede extrapenale, perché il legislatore avrebbe parlato di "proscioglimento"? D'altra parte, se muoviamo dall'ineccepibile premessa che la mancata impugnazione delle parti principali segni l'irrevocabilità della decisione proscioglitiva agli effetti penali, ed essa abbia pertanto già tutte le condizioni per essere efficace in sede extrapenale, come può avvenire che l'impugnazione di una parte eventuale, che in tesi si dirige solo agli effetti civili, possa recidere il vincolo di tale pronuncia nel giudizio di danno? Se essa non è vincolante, proscioglitiva o assolutoria che sia, tale resta, e non c'è nulla da recidere; ma se invece la formula assolutoria la rende vincolante, e non sussistono ostacoli legati al contraddittorio del danneggiato in sede penale, non si vede come l'iniziativa della parte civile possa sortire un simile risultato, rimuovendo un effetto vincolante per il giudice civile o amministrativo che è legato ai presupposti definiti dalla fattispecie dell'art. 652 Cpp[92]. In questa seconda evenienza, in effetti, proprio la mancanza di iniziative impugnatorie delle parti necessarie fa sì che la sentenza assolutoria che soddisfi tutti i requisiti stabiliti dall'art. 652 Cpp acquisti, con

[89] F. Cordero, *Procedura penale*[9] (2012), cit., 1097 s., 1102 s.

[90] Cfr. Cass. S.U., 29.9.2016, n. 46688, in *CEDCass*, m. 267886, che ha ritenuto inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per cassazione proposto dalla parte civile, ai soli effetti civili, avverso una sentenza di assoluzione per un reato abrogato e qualificato come illecito civile, sul presupposto che, in assenza di efficacia vincolante nel giudizio civile del giudicato assolutorio, non fosse ravvisabile un interesse della parte civile alla impugnazione finalizzata ad impedirne l'operatività.

[91] Per tutte v., di recente, Cass. S.U., 28.3.2019, n. 28911, p.c. in c. Papaleo, in *CEDCass*, m. 275953, per la quale è ammissibile l'impugnazione della parte civile nei confronti della sentenza di primo grado che abbia dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione (così come nei confronti della sentenza di appello che abbia confermato tale decisione), laddove col ricorso si censuri l'erroneità della declaratoria estintiva.

[92] È interessante notare come Franco Cordero, riferendosi alla peculiare ipotesi dell'art. 622 Cpp, abbia sostenuto, in linea con quanto sostenuto con riguardo all'appello della parte civile, che la Corte di cassazione, laddove accolga il ricorso proposto dalla parte civile avverso il proscioglimento, giudichi "con un dispositivo molto atipico, togliendo al proscioglimento irrevocabile l'effetto extrapenale". Tuttavia lo stesso Cordero riconosce l'anomalia di una simile conclusione, posto che "il rinvio implica un annullamento; e qui manca l'annullabile: i capi penali sono intangibili; non esistono decisioni sul danno". Rileggendo queste affermazioni si potrebbe essere indotti a credere che il problema concerna il rinvio, che a sua volta rientra solo tra le alternative praticabili (la legge precisa "quando occorre"); ma non è così, poiché "né annullamento né rinvio" sono possibili secondo Cordero: il quale conclude che si tratti di una "norma non applicabile". Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*[9] (2012), cit., 1166.

la formazione del giudicato sul capo penale, a un tempo quell'efficacia vincolante che, come vale per il giudice extrapenale, così non può non valere anche per il giudice dell'impugnazione penale[93]. Ma se così è, non sembra azzardato sostenere che l'impugnazione della parte civile trovi legittimazione in tutti i casi diversi da quelli cui l'impostazione più tradizionale vuol invece confinarla, e cioè in tutte, anzi solo in quelle ipotesi in cui l'assoluzione, divenuta irrevocabile, *non* sia vincolante sul piano extrapenale[94]. E l'obiettivo dell'impugnazione consisterebbe sempre in ciò, nel fornire alla parte civile l'opportunità di ottenere un accertamento incidentale del fatto da parte del giudice dell'impugnazione penale, finalizzato a risolvere la questione risarcitoria e restitutoria, come del resto riconosciuto dalla stessa giurisprudenza[95].

---

[93] Per queste ragioni non sembra si possa accogliere la tesi secondo cui la particolare importanza della legittimazione della parte civile a impugnare la sentenza di proscioglimento si apprezzerebbe in ragione dell'"interesse a evitare il formarsi del giudicato a fini civilistici" (così P. Tonini, *Manuale di procedura penale*[21], Milano 2020, 910), tesi che, come abbiamo visto, è condivisa da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U., 29.9.2016, n. 46688, cit.). Difatti, se nessuna impugnazione è stata proposta agli effetti penali, dobbiamo coerentemente ritenere che il giudicato si sia già formato, e con esso il vincolo nei confronti del giudizio di danno, al ricorrere di tutte le condizioni stabilite dall'art. 652 Cpp; altrimenti dovremmo pervenire alla conclusione che l'efficacia vincolante della sentenza, ai sensi di tale disposizione, non si produca con l'irrevocabilità del capo penale conseguente alla mancata impugnazione delle parti necessarie, ma solo a séguito dell'acquiescenza o comunque della mancata impugnazione della parte civile, cosa che però nessuna disposizione di legge autorizza a sostenere. In questo appare ineccepibile la ricostruzione proposta da Cordero che, col postulare un effetto risolutivo del vincolo extrapenale del giudicato assolutorio, presuppone per definizione che tale vincolo si sia già prodotto. E tuttavia anche questa ricostruzione, per gli argomenti indicati nel testo, sembra condurre a conclusioni difficilmente accettabili, se non addirittura ancora più sconcertanti: non solo l'iniziativa impugnatoria della parte civile attiverebbe un giudizio impugnatorio vòlto a conseguire un effetto risolutivo dell'efficacia del giudicato penale nel giudizio di danno, del quale non c'è traccia nella legge, ma soprattutto farebbe dipendere tale risultato dall'esito del giudizio d'appello penale: finendo dunque per convertire un'impugnazione penale ordinaria in uno strumento straordinario agli effetti civili, in quanto rivolto alla rimozione di effetti *ultra fines* del giudicato assolutorio.

[94] *Contra* per tutte Cass. 23.1.2017, n. 3083. In una prospettiva diversa si muove anche la giurisprudenza costituzionale (v., di recente, C. cost., 12.7.1919 n. 176). Le conseguenze della tesi qui problematicamente avanzata, che finisce per lasciare non soddisfatta la pretesa risarcitoria del danneggiato, privandolo del potere impugnatorio, a fronte di un'assoluzione emanata con una delle formule pienamente liberatorie, possono considerarsi forse mitigate dal fatto che la parte civile può sempre richiedere al pubblico ministero d'impugnare tale provvedimento agli effetti penali, richiesta cui deve conseguire un decreto motivato laddove l'attore pubblico ritenga di non proporre impugnazione (art. 572 Cpp). E tale previsione sembra assumere particolare significato nella prospettiva della riforma del potere d'appello del pubblico ministero ad opera del d.lgs. 11/2018, posto che ai sensi dell'art. 593-*bis* co. 2 Cpp proprio l'acquiescenza del pubblico ministero legittima un'iniziativa impugnatoria del Procuratore generale presso la Corte d'appello.

[95] Cfr. per tutte Cass. S.U., 11.7.2006, n. 25083, Negri e altro, in *CEDCass*, m. 233918, nella quale è stato notoriamente riconosciuto il potere del giudice d'appello, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o amnistia, di pronunciare una condanna al risarcimento del danno a favore della parte civile che abbia impugnato la sentenza proscioglitiva emanata in primo grado: sul presupposto, appunto, che l'art. 576 Cpp conferisca al giudice dell'impugnazione il potere di decidere sul capo della sentenza anche in mancanza di una precedente statuizione sul punto.
Questione ulteriore, emersa in tempi più recenti, è se tale risultato, che ovviamente presuppone l'idoneità dell'appello della parte civile a costituire, in capo al giudice dell'impugnazione penale, il dovere di realizzare un accertamento incidentale del reato finalizzato alla risoluzione della questione risarcitoria, possa prodursi in base a una cognizione puramente cartolare. La questione è stata affrontata anch'essa dalle Sezioni Unite nella nota sentenza *Dasgupta* (6.7.2016, n. 27620, in *PPG* 2016(6), 41), le quali hanno esteso all'ipotesi di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado su appello della parte civile il principio, stabilito per il caso d'impugnazione proposta dal pubblico ministero, secondo cui l'affermazione di responsabilità dell'imputato in appello, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione, integri di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello ai sensi dell'art. 606 co. 1 lett. *e*) Cpp, per mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio": impostazione, questa, ribadita da Cass. S.U., 14.4.2017, n. 18620, Patalano, con specifico riguardo al caso di riforma della sentenza assolutoria agli effetti civili, emessa all'esito di giudizio abbreviato, a seguito di accoglimento dell'appello proposto dalla parte civile.

Ciò conferma anche quanto già rilevato con riferimento alle ipotesi di morte del reo: che cioè, laddove l'imputato defunto sia assolto con una formula avente efficacia extrapenale, la decisione diventi immediatamente fonte di giudicato, non potendo il pubblico ministero contestare la fondatezza di tale verdetto coltivando un'azione penale con un'impugnazione promossa nei confronti di un soggetto ormai morto, né avendo la parte civile alcuna legittimazione a impugnare tale pronuncia. Ma possiamo anche osservare un fenomeno ancor più complesso, e scoprire così l'esistenza di un giudicato già formatosi, laddove l'esito assolutorio con formula pienamente favorevole ma raggiunto per insufficiente o contradditoria prova della responsabilità penale venga impugnato dall'imputato con proposito di dimostrare appieno la propria innocenza, e la morte lo colga nel corso di un giudizio impugnatorio che in nessun modo potrebbe concludersi con un esito peggiorativo, fosse pure una declaratoria estintiva per morte: un giudizio dunque sostenuto, per riprendere le argomentazioni del Carnelutti, dalla sola impugnazione, incapace ormai di apportare alcuna modifica della realtà giuridica rispetto a quanto appunto già giudicato.
Ma cosa accade invece se l'imputato defunto viene prosciolto con una declaratoria estintiva, perché sorretta da una qualificata valutazione di fondatezza del reato o addirittura la morte sopraggiunga a uno stadio ormai avanzato di un accertamento già conclusosi con la prova della responsabilità penale? Possiamo dire che questa pronuncia, pur essendo ovviamente dotata di forza preclusiva (al di fuori dell'eccezione dell'art. 88 Cpp), sia invece sprovvista di qualsivoglia capacità vincolante in sede extrapenale? La risposta negativa sembrerebbe addirittura ovvia, emergendo dalla stessa lettera dell'art. 652 Cpp che non distingue tra causa e causa estintiva, negando efficacia vincolante di giudicato nel giudizio di danno a qualsiasi proscioglimento. Non possiamo tuttavia trascurare le indubbie particolarità di questa specifica situazione estintiva, che pone bruscamente sul tappeto una questione che tocca il cuore dell'assetto legislativo vigente, nel quale il vincolo del giudicato penale *ultra fines*, quale che sia la giurisdizione sulla quale dovrebbe ricadere e a prescindere dall'esito decisorio del giudizio penale, è rigorosamente imperniato sul presupposto che il soggetto che da quel vincolo possa subire un pregiudizio abbia avuto almeno l'opportunità di partecipare all'accertamento in sede penale. È una conquista culturale il cui merito va certamente tributato alla nota giurisprudenza costituzionale degli anni Settanta[96], dalla quale l'attuale normativa ha tuttavia ereditato un'attenzione rivolta pressoché esclusivamente nei confronti del danneggiato dal reato e del responsabile civile. E l'imputato, verrebbe da chiedersi se consideriamo il fenomeno a parti invertite? Se il giudizio extrapenale verte su un danno derivante da reato *ex* art. 185 Cp, come può ritenersi soddisfatto il diritto al contraddittorio dell'imputato defunto prima della conclusione del giudizio penale rispetto all'accertamento incidentale che il giudice civile o amministrativo è chiamato a compiere per risolvere la questione rientrante nella sua competenza? Se la responsabilità penale è personale, non è tale anche il diritto al contraddittorio, e a partecipare all'accertamento sulla propria responsabilità penale?
Nel dicembre 2015, schierandosi apertamente contro la dottrina *Melloni*, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco promosse un inedito approccio sostanzialistico al problema dei procedimenti *in absentia* e della loro proiezione sul piano delle procedure di consegna internazionale[97]. Muovendo dalla premessa che l'accertamento della punibilità presupponga un

[96] C. cost., 27.6.1973 n. 99; C. cost., 26.6.1975 n. 165.
[97] BVerfG, 15.12.2015, Az. 2 BvR 2735/14.

sozial-ethischer Vorwurf, i giudici di Karlsruhe hanno concluso che la possibilità di muovere all'imputato un giudizio di *individuelle Vorwerfbarkeit* implichi che il giudizio si svolga, come regola generale, alla sua presenza: col risultato che un indiscriminato uso di procedure internazionali vòlte all'esecuzione di una sanzione comminata al termine di un giudizio *in absentia* finisce per frustrare i fondamentali valori della dignità umana e della *rule of law*, che fondano l'inalienabile *Verfassungsidentität* dell'ordinamento tedesco. Naturalmente si potrà immediatamente replicare che qui il problema non è quello della partecipazione personale al giudizio, e che il giudizio non è neppure penale. Ma non si può ignorare il messaggio culturale che tale impostazione trasmette, e che, se non vado errato, mette in profonda crisi l'idea che l'accertamento del reato, *rectius* della responsabilità penale, possa realizzarsi in sede extrapenale senza che l'imputato e il suo difensore possano minimamente contribuirvi. Nel caso di morte del reo, non abbiamo né l'uno né l'altro, e solo al prezzo di un'intollerabile finzione possiamo ammettere che il reato venga accertato incidentalmente nella sua cruda oggettività per risolvere la questione risarcitoria. Ma in realtà non è neppure così, posto che il reato non esiste senza un rimprovero soggettivo: e per quanto diverse siano le regole decisorie e i criteri probatori, anch'esso va dimostrato in sede extrapenale sulla base di un'ipotesi criminosa, alla cui verificazione il destinatario non può ovviamente più partecipare e l'erede, altrettanto ovviamente, non ha alcun titolo per partecipare.

L'obiezione più piana a una simile ricostruzione, che lascia irrimediabilmente insoluta la questione risarcitoria, è che, quand'anche non sia stato possibile provare la responsabilità per danno derivante da reato, in ogni caso l'azione civile si fonda su presupposti sostanziali ben diversi, quali risultanti dalle clausole generali di responsabilità dell'art. 2043 Cc e dell'art. 2059 Cc. E se la prima palesemente non contempla alcun legame con un illecito penale, quanto alla seconda financhè l'impostazione tradizionale, che ne ha condizionato l'applicazione alla sussistenza di un illecito penale[98], non osta, in linea di principio, a un accertamento indipendente del reato da parte del giudice civile proprio a causa della mancanza di efficacia vincolante nel giudizio di danno della declaratoria estintiva emanata in sede penale[99].

Ma un simile inquadramento della problematica, che certo ha il pregio di consentire il soddisfacimento alla pretesa di chi ritenga di aver subito un danno in conseguenza di un'azione criminosa che non come tale non si è potuto accertare, lascia non poco perplessi nella specifica situazione della morte del reo, e potrebbe persino dar luogo ad insuperabili aporie di fronte a situazioni processuali plurisoggettive. Immaginiamo che il processo penale instaurato nei confronti di A e B si concluda con una condanna penale e con la conseguente condanna al risarcimento *ex* art. 185 Cp in capo a entrambi gli imputati in solido, e che solo A impugni, ottenendo un'assoluzione *ex* art. 530 Cpp in appello. Supponiamo a questo punto che avverso tale esito decisorio ricorra la Procura generale, e che nel corso del giudizio in cassazione A muoia e la Corte, valutati oculatamente gli atti e giudicato fondato il ricorso del pubblico ministero, concluda il processo con un annullamento senza rinvio contenente una declaratoria estintiva nei confronti di quest'imputato. Possiamo seriamente affermare che il giudice civile possa affrontare la questione risarcitoria in base all'art. 2043 o all'art. 2059 Cc, disancorandola per A dall'accertamento

[98] Come è noto, tale impostazione ha da anni lasciato il campo a una concezione della responsabilità per danno non patrimoniale autonoma e non necessariamente dipendente dalla sussistenza di un'azione criminosa (v. per tutti E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino 1996, 238 ss.), autonomia che difende ormai anche la prassi applicativa. Cfr. Cass. civ. S.U., 11.11.2008, nn. 26972 e 26975.

[99] Secondo Cass. civ. 18.2.2010, n. 3903, peraltro, la possibilità per il giudice civile, in caso di amnistia, di accertare l'illecito penale ai fini dell'art. 2059 Cc trova un suo limite nel caso in cui nel giudizio penale sia stato necessario un accertamento di merito per l'applicazione della amnistia.

realizzato in sede penale, quando la responsabilità civile – in forza di una previsione, quale l'art. 185 Cp, che, comunque la si interpreti, postula una "relazione fra diritto al risarcimento e reato nel campo della pregiudizialità in senso proprio"[100] – è stata affermata in sede penale per B?
Personalmente non avrei esitazioni a propendere per una risposta negativa: e pur nella consapevolezza dei vuoti di tutela che tale ricostruzione comporta, ritengo che la problematica vada affrontata con la massima coerenza che dobbiamo al principio del contraddittorio e alla tutela dell'innocenza di chi, uscito dalla scena del processo penale senza una condanna, non è né materialmente né giuridicamente in grado di poter contribuire all'accertamento dell'ipotetico reato in altra giurisdizione.

8. Questo lungo percorso argomentativo ci ha condotto molto lontano dalle premesse legate alla tesi del giudizio ipotetico sviluppata da Franco Cordero. Un riesame della problematica dall'angolo prospettico della peculiare situazione estintiva della morte del reo ha svelato non pochi punti deboli dell'interpretazione prevalente della fondamentale previsione dell'art. 129 Cpp: e di qui ha richiesto una riconsiderazione delle dinamiche legate all'accertamento del fatto e alle regole che presiedono il delicatissimo giudizio sulla responsabilità penale, specie quando questo giudizio s'impone in corso d'opera e più forte emerge l'esigenza di preservare il più possibile la tutela dell'innocenza, dentro e fuori l'esperienza del rito penale. L'apparentemente angusta visuale di questa causa estintiva ha così dischiuso uno scenario d'indagine enorme, e dalle enormi potenzialità esplorative, nella misura in cui sospinge a una riflessione profonda sulle categorie essenziali del giudizio, dell'accertamento e del giudicato. L'insegnamento di Cordero resta un passaggio obbligato per chi desideri anche solo accostarsi a simili problemi: e sebbene lo svolgimento delle sue argomentazioni mi abbia portato a discostarmi talvolta dalle sue conclusioni, sento che il mio debito nei suoi confronti aumenta con gli anni, e difficilmente sarò in grado di ripagarlo anche solo in minima misura.

[100] M.A. Zumpano, *Rapporto tra processo civile e processo penale*, cit., 203.

DE ALBO NIGRUM. IL GIUDIZIO GIURIDICO COME SEQUENZA DI ATTI LINGUISTICI

di Angela Condello
Ricercatrice in Filosofia del diritto presso l'Università di Messina

SOMMARIO: 1. La decisione sul reato estinto come caso esemplare del giudizio giuridico; 2. La forza illocutoria del giudizio giuridico; 3. Il giudizio giuridico come sequenza di atti linguistici orientati allo scopo.

1. In queste pagine sono rielaborate alcune riflessioni emerse durante uno scambio intellettuale iniziato circa un anno fa, in occasione di un seminario interdisciplinare molto ricco di spunti[1]. Durante l'evento, organizzato da Stefano Ruggeri pochi giorni dopo la scomparsa di Franco Cordero nel Maggio del 2020, studiosi del processo penale e civile, da una parte, e filosofi del diritto, dall'altra, hanno letto, sia individualmente sia collettivamente, alcune pagine di Cordero dedicate alla decisione sul reato estinto[2].
Com'era consuetudine nella *scientia iuris* medievale, a partire da una *quaestio* singolare (nel nostro caso, il senso e la funzione della decisione sul reato estinto), la lucidità corderiana ci ha permesso di spostarci su altri livelli di analisi, problematizzando l'ontologia del giudizio giuridico in senso ben più ampio rispetto all'ambito di competenza della *quaestio* iniziale. Come in un *cas limite*[3], le riflessioni sulla decisione sul reato estinto hanno mostrato una forza peculiare lavorando, nella conversazione interdisciplinare fra giusitizia penale e filosofia del diritto, funzionando da cartina al tornasole. A partire dalle pagine sulla decisione sul reato estinto, il dibattito è così

[1] Sono molto grata a tutti i relatori per l'occasione di scambio, ricca e proficua, che ancora prosegue a interrogarmi. In special modo, ringrazio Stefano Ruggeri, per aver pensato quel seminario e per avermi coinvolta.
[2] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 91-125. Sebbene non sia questa la sede per affrontare (come invece si dovrebbe) una valutazione tanto complessa, non si può trascurare il carattere eclettico, geniale e dall'intuito raffinato del pensiero di Franco Cordero. Questo carattere, segno distintivo del suo pensiero e causa principale del suo proverbiale vigore e della sua libertà nel prendere parola pubblicamente, permette di rileggere oggi, quasi sessant'anni dopo la loro pubblicazione, delle pagine ancora capaci di illuminare in egual maniera il giurista positivo e il teorico generale. È per via dello stile ampio, inclusivo, che dipinge il diritto come parte del mondo e suo fondamentale dispositivo, come linguaggio e pensiero vivo - che queste pagine hanno permesso uno scambio tanto proficuo nonostante le intervenute riforme ordinamentali. Come a dimostrare, anche a noi studiosi di alcune generazioni più giovani di lui, che non vi è alcuna ragione per eccedere nell'invocazione dell'esigenza di un *nuovo* discorso interdisciplinare nel diritto o intorno al diritto: la scienza giuridica, pensata come fa Cordero e com'era consuetudine intorno alla metà del secolo scorso, come un vero e proprio metodo e strumento attraverso cui avanza il sapere (anche non giuridico), è *naturalmente* eclettica e poliedrica. Ciò che oggi, alla scomparsa di Maestri come Cordero, rischia di stupire le nuove generazioni di studiosi, non dovrebbe insomma stupirci più. La profondità dell'elaborazione di tali Maestri, come ad esempio Bobbio e Scarpelli, ci consegna - al contrario - una testimonianza viva rispetto al fondamento della legalità e della giustizia, e al loro intrecciarsi con la morale e la politica. Un fondamento, questo Cordero è stato forse inarrivabile nel chiarirlo, ancorato alle sfere del diritto «laico» ma sempre debitore della logica del linguaggio teologico. Un fondamento, insomma, nel quale *le normatività* (giuridica, religiosa, e oggi diremmo anche ad esempio quella economica, etc.) coesistono e si coappartengono nelle forme ma anche nei significati.
[3] Y. Thomas, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médièval de la communauté disparue*, in *Penser par cas*, a cura di J.-C. Passeron, J. Revel, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2005, 45-73, in particolare 73. Sia permesso inoltre il rimando anche ad A. Condello, *Analogica. Il doppio legame tra diritto e analogia*, Torino 2018, specialmente alle pp. 53 ss. in cui viene trattato il rapporto fra caso limite e scienza giuridica.

cresciuto e si è ampliato sino alla domanda intorno alla natura delle decisioni giudiziali, intorno alla loro essenza.
Lo scambio ha suscitato riflessioni ampie in ragione del fatto che - nell'affrontare il tema della decisione sul reato estinto - Cordero svolge una vera e propria operazione *metafisica*. A partire da una dinamica processuale determinata, infatti, egli risale attraverso un discorso che si amplia fino a intercettare una riflessione sulla funzione dell'accertamento e della punibilità, e dunque necessariamente della giustizia processuale in senso più vasto, fino a toccare le corde di domande «ultime» quali il senso e la funzione delle norme e del giudizio.
La valenza e l'efficacia della pronuncia che dichiara estinto il reato, scrive Cordero, «non è inferiore a quella d'una condanna o di un'assoluzione»[4]; la differenza è che, nel caso di specie (a differenza di una situazione ordinaria), il reato rimane soltanto presupposto e non viene accertato. Perciò, in questa specifica circostanza, «non ricorrono le condizioni relative a informazioni come: se il fatto non sussista, se l'imputato l'abbia commesso oppure no, se il fatto sia illecito oppure no»[5]. Nel caso del reato estinto, permangono questioni a cui non viene attribuita efficacia di giudicato, ma questo è dovuto al fatto che – acquisito un dato accertamento in diritto e sopravvenuta una nuova condizione – si reputa superfluo verificare fino in fondo che l'accusa fosse fondata in origine.
Tale decisione vede prevalere l'esigenza di accertare in modo positivo o negativo il dovere di punire; per questo, può bastare anche un giudizio ipotetico relativamente all'accertamento, che viene assorbito da una diversa priorità quando il fatto asserito è tale per cui la possibilità di punire dovrebbe comunque essere esclusa. Il congegno, scrive Cordero, «non è perfetto»: a ben vedere, la «decisione che dichiara estinto il reato non è equivalente alla decisione che assolve»[6]. Il fatto estintivo del reato assorbe soltanto la necessità di accertare l'illiceità della condotta: al suo emergere, viene superata l'esigenza della certezza sulla commissione di un illecito penale[7]. Non si sa, dunque, se esista un reato oppure no: ad ogni modo e indipendentemente da ciò, se pure esistesse, il soggetto non sarebbe punibile e questo è ciò che conta. Questa è, insomma, la ragione che viene fatta prevalere. Tale decisione rappresenta un caso-limite, in effetti, poiché rinunciare all'accertamento è un gesto straordinario rispetto all'ordinaria logica processuale: un gesto diverso anche dall'atto di giudicare in ipotesi, il quale – rilevato un fatto estintivo della punibilità (per esempio l'amnistia, la morte del reo o la prescrizione) – interrompe l'indagine istruttoria e apre, a prescindere dalla fase del processo in cui ci si trova, un nuovo percorso.
In ragione di questi suoi aspetti, la decisione sul reato estinto si caratterizza come caso-limite, e persino come caso esemplare, rispetto alla funzione e al senso del giudizio giuridico più in generale. Nell'*Appendice* del suo *Ideologie del processo penale*, Cordero insiste su un aspetto delle sentenze che si applica, a maggior ragione, alla decisione sul reato esinto. Scrive infatti che «nei contesti definiti dal nome 'potere' qualcuno detta norme con atti a forte carica espressiva»[8]. Nel processo, insomma, le parole del giudice possono fare sì che la logica faccia un salto, sfigurando (e superando) il modello prevalente. Grazie a una rimodulazione della celebre frase leibniziana «*natura non facit saltus*» - con la quale si intendeva affermare che, in natura, ogni cosa avviene per gradi e secondo leggi fisse e prevedibili – egli scrive che, al contrario, nel processo «*natura iuris facit saltus*». Il potere dell'organo giudicante, in questo contesto, può arrivare a sconvolgere

[4] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 97.
[5] F. Cordero, *op. cit.*, 97.
[6] F. Cordero, *op. cit.*, 98.
[7] Cordero precisa come la legge ponga una sola condizione negativa: che manchi la prova dell'innocenza (*op. cit.*, 98).
[8] F. Cordero, *I poteri del magistrato*, in *Ideologie del processo*, *cit.*, 219.

il normale equilibrio sistemico su cui si regge il diritto, facendo avanzare un'esigenza (quella di decidere intorno all punibilità) rispetto ad altre (per esempio, all'accertamento). Date alcune condizioni, insomma, l'organo giudicante può anche disporre che si proceda diversamente da quanto prevede la legge. Il giudizio sul reato estinto, nella sua esemplarità, incarna un aspetto *sempre* tipico delle sentenze: ossia, il fatto che attraverso l'ultima parola pronunciata dal giudice si muti una situazione e se ne venga a creare un'altra. Ciò che è vero *sempre* quando si delibera, ma che lo è *ancora di più* nel caso in cui si deliberi – come nel caso del reato estinto – facendo prevalere certi aspetti rispetto ad altri.

I fatti che estinguono la punibilità provocano, quindi, una contrazione dell'accertamento, sebbene in teoria non si potrebbe dichiarare estinto ciò che si ignora se sia esistito oppure no. In questo caso, la decisione segue una logica quasi finzionale: logicamente, infatti, come si può affermare che una cosa è mutata se non si conosce ancora *quale* cosa sia mutata, cioè se lo *status quo ante* è oscuro? Per poter deliberare, il giudice ragiona in ipotesi (come nella finzione, appunto: fa *come se*) e ne risulta una decisione *in jure* per cui, se pure il reato esistesse (*come-se*), il reo comunque non sarebbe punibile.

Questa particolare dinamica, propria del reato estinto, è paradigmatica di qualcosa di più ampio: lo sguardo di Cordero su questo caso determinato porta, come si anticipava, a riflettere su *che cosa significhi decidere*, in senso lato. Non a caso, oltre alla celebre frase di Leibniz (*natura non facit saltus*), rimodulata (*natura iuris facit saltus*), si richiama anche il celebre brocardo latino «*res iudicata facit de albo nigrum*»[9]. Il giudizio, cioè, cambia il bianco in nero, può costituire nuovi punti di riferimento ed eguagliare le cose diverse; esso può – in sostanza – dire anche che *ciò che non è in realtà è* (o deve essere), e viceversa che *ciò che è in realtà non è* (o non deve essere). L'esercizio della facoltà di giudizio, nel diritto, *fissa* una cosa *in quanto*[10] vera e produttiva di effetti, al di là della sua esatta corrispondenza al vero[11].

In quel gioco di argomenti, repliche, nuovi argomenti, precisazioni e ribaltamenti che è il contraddittorio, il giudizio provoca un'interruzione e segna un compimento, un punto d'arrivo. Le cose, scrive Cordero, «vanno qui come nello svolgimento di una partita di scacchi: le regole del gioco sono note, ma si ignora ogni volta come ogni partita sarà condotta al suo termine; il processo sta al diritto come la partita di scacchi sta alla regola: nei due casi, bisogna andare fino in fondo per conoscere la conclusione»[12]. Sospendendo l'alea processuale, il giudizio (quello sul reato in particolare) rappresenta ed esprime la forza del diritto *dicendo, affermando* il senso di ciò che è giusto in una situazione singola.

Quanto prodotto dai fatti estintivi della punibilità, insomma, porta a dichiarare *come* (si legga: *in quanto*) «estinto» qualcosa di cui non abbiamo piena conoscenza, e questa *impasse* logica (il dire estinto qualcosa di cui ignoriamo l'esistenza) è superata dall'autorità che agisce ipoteticamente (il giudice). Il caso-limite, esemplare, della decisione sul reato estinto mostra quale sia la natura del giudizio giuridico, e lo fa ancora più chiaramente di un'ordinaria decisione: si tratta, cioè, un atto *necessario*, con cui si apre (e si attraversa) uno scarto fra quanto si sa e quanto si vuole[13]. Lo

[9] Per intero: *res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat* (La cosa giudicata cambia il bianco in nero, crea un punto di partenza, eguaglia le cose quadrate a quelle rotonde, trasforma i vincoli di sangue naturali e il falso in vero).

[10] Vedremo, nel prossimo paragrafo, come questa dinamica (del definire qualcosa «in quanto») sia conseguenza tipica di ciò che la filosofia del linguaggio definisce «performatività», un carattere dei cosiddetti «atti linguistici».

[11] C'è un altro brocardo a tale proposito: *res iudicata pro veritate habetur* o *accipitur*.

[12] F. Cordero, *op. cit.*, 191.

[13] A. Lo Giudice, *Giudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino 2019, 249-272.

sconvolgimento dell'*ordo decidendi* che sembra essere rappresentato dal giudizio sul reato estinto è, in realtà, un *ordinario* sconvolgimento (e dunque, nei fatti, non lo è affatto). Questo caso-limite è esemplare poiché rivela la natura del giudizio giuridico in senso ampio; per di più, nel suo carattere straordinario, riesce a rappresentare l'esperienza giuridica nella sua complessità, come esperienza anzitutto intertemporale e rivolta a realizzare valori il cui contenuto trascende il processo e, soprattutto, è ambiguo e dev'essere fissato caso per caso.

Come anticipato, la decisione sul reato estinto acuisce un carattere proprio della decisione in senso lato: si tratta del fatto che mai, in special modo nel diritto, si decide fuori da una «zona ipotetica». La conoscenza totale, completa, delle informazioni necessarie per giudicare è infatti impossibile, sempre: dunque, una decisione straordinariamente ipotetica, eppure ugualmente efficace, come quella sul reato estinto, testimonia di una vocazione universale dell'atto di giudicare. Tant'è vero che, infatti, si è sostenuto che la logica sottostante il giudizio giuridico non sia mai perfettamente deduttiva, né perfettamente induttiva. Si tratta invece di una logica di abduzione, in cui le premesse sono costruite gradualmente e in cui persiste una certa dose di ipoteticità[14], per cui è fondamentale comprendere che tipo di forza sia quella che, nell'atto di giudicare, permette di compiere il «salto» di cui si è detto, pervenendo così a una conclusione e producendo infine delle conseguenze.

2. Cordero ricorda come la decisione, in generale e maggior ragione quella sul reato estinto, intervenga sempre a interrompere – o comunque a modificare – l'armonia della kelseniana *Stufenbau*, cioè dell'ordinamento giuridico costruito per gradi. Se osserviamo una qualsiasi decisione, appunto, «notiamo subito come l'armonia della *Stufenbau* sia rotta dai poteri del giudice; qui *natura facit saltus*: infatti, una sentenza vale anche quando sfiguri i modelli legali»[15]. In un contesto pregno di potere com'è il processo, e in termini più ampi in contesti come quello giuridico, gli atti delle autorità (legislativa, giudiziaria) hanno sempre una *forte carica espressiva*[16]. Nei contesti caratterizzati da una forte carica di potere, infatti, la carica attiva, operativa e poietica del linguaggio è diffusa «lungo l'intero asse verticale dell'ordinamento, dai canoni costituzionali all'autonomia privata; vi sono coinvolti legislatore, pubblica amministrazione, giudici, privati»[17].
I piani della riflessione intorno alla decisione sul reato estinto, per Cordero, sono dunque diversi: la questione riguarda, infatti, tanto l'assorbimento dell'accertamento nel giudizio, quanto la forza e le conseguenze della pronuncia del giudice. In special modo rispetto a questo secondo carattere, le elaborazioni corderiane sembrano rimandare alla trattazione filosofica del rapporto fra linguaggio e azione. Detto altrimenti, sembrano rimandare a quell'ambito della filosofia del linguaggio che studia il rapporto fra il dire e il fare. Le pagine di Cordero, dunque, conducono a riflettere sulla natura della decisione *in quanto* azione: decidendo, nel caso di specie sul reato estinto, il giudice produce delle conseguenze, *fa* letteralmente qualcosa.

[14] Per un approfondimento sul tema dell'abduzione come possibilità «terza» fra deduzione e induzione, si vedano soprattutto i classici del pragmatismo e in primo luogo C. S. Peirce. Per quanto riguarda la trasposizione di questo ragionamento e il suo utilizzo in campo giuridico, si veda invece S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, in Harvard Law Review, Vol. 109, No. 5, 1996, 923-1028, soprattutto 943 ss. E pure, più recentemente, G. Tuzet, *Le prove dell'abduzione*, in Diritto & Questioni Pubbliche, n. 4, 2004, 275-295.
[15] F. Cordero, *I poteri del magistrato*, in *Ideologie del processo*, *cit.*, 219.
[16] F. Cordero, *op. cit.*, 219.
[17] F. Cordero, *op. cit.*, 219.

Per comprendere la lettura del giudizio giuridico in quanto atto linguistico, è necessario prima di tutto spiegare sinteticamente il significato dell'espressione «atto linguistico». Atti linguistici sono quelle azioni che si eseguono attraverso il proferimento di alcune precise parole. Nella tradizione oxoniana di filosofia del linguaggio, due studiosi in particolare – Austin e Searle[18] - ci hanno consegnato riflessioni fondamentali che permettono di sistematizzare anche differenti tipologie di azioni diverse, che possono compiersi proferendo delle parole e usando dei verbi specifici. Prima di passare a una breve ricognizione delle diverse tipologie di atti, è importante sottolineare che *quando dire è fare*, le parole pronunciate hanno il valore di una convenzione tacitamente accettata: pronunciando una certa parola, si dà esecuzione a un atto che va al di là della semplice parola e soprattutto che comporta degli effetti. Atti di questo tipo, detti propriamente nei termini di Austin e Searle «*illocutionary acts*», cioè atti *illocutori*, sono il promettere, il comandare, l'affermare.
Sebbene Searle distingua quattro tipi di atti – l'atto del proferire, l'atto proposizionale, l'atto illocutivo e l'atto perlocutivo – l'illocuzione è l'unico atto linguistico *completo*. Si possono, infatti, pronunciare espressioni grammaticalmente corrette, ma queste possono restare prive di senso o riferimento; allo stesso modo, si possono dire delle cose dotate di senso e riferimento, ma senza alcuna ragione che si possa riconoscere da parte di chi ascolta. In questi casi, l'att0 linguistico non produce conseguenze perché è, in qualche modo, incompleto. Solo quando all'ascoltatore, o al pubblico cui è rivolto l'atto (come nel caso di una decisione in giudizio), risulta chiaro che gli si sta facendo una promessa o gli si sta dando un ordine, allora la comunicazione è aperta e proficua, cioè è in grado di produrre delle conseguenze.
La tipologia di atto linguistico rilevante nella nostra lettura del giudizio giuridico in generale, e della decisione sul reato estinto in particolare, è quindi soltanto l'illocuzione: con una pronuncia, infatti, un giudice *proferisce* parole, *trasferisce* informazioni, e tali informazioni *producono* delle conseguenze in virtù di convenzioni accettate.
In un ordinario giudizio giuridico, anche la costruzione delle premesse ha un carattere performativo: fissare una determinata premessa anziché un'altra, infatti, così come presentare il fatto in una maniera anziché in un'altra, sono gesti che direzionano l'argomentazione e, così, trasmettono i propri effetti su ciò che segue. Le premesse, all'interno del sillogismo giudiziale, sono tutte atti illocutori. La decisione è l'ultimo atto di una serie di atti simili[19], tutti direzionati alla dichiarazione: si costruisce la decisione gradualmente, e tale decisione ha forza illocutoria.
Nella sentenza passano molte *figure*, dice Cordero richiamando la Prima Lettera di San Paolo ai Corinzi, «*per speculum in aenigmate*»: la decisione che interrompe un accertamento è come uno specchio che mostra degli enigmi. Nell'atto illocutorio non si svolge «soltanto l'analisi tecnica» come mera «glossa agli articoli del codice». Lo specchio, invece, «riflette culture sommerse, tensioni attuali, futuribili»[20]. L'enigma è l'incerto, l'ignoto, ciò che è a-venire: se il passato è più

[18] Mi riferisco in particolare a J. L. Austin (1962), *How to do things with words*, Harvard University Press, 1994 e a J. R. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969 [trad. it. *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, 1992]. Scrive Austin nella *Lecture I* di *How to do things with words* (*cit.*, 1): «*It was for too long the assumption of philosophers that the business of a 'statement' can only be to 'describe' some state of affairs, or to 'state some fact', which it must do either truly or falsely*». Per troppo tempo, è sopravvissuta la convinzione che la funzione di un'affermazione fosse soltanto quella di descrivere uno stato di fatto, sul quale ci si poteva esprimere nei termini della sua verità o falsità. Anche le prime righe di *Atti linguistici*, sebbene in maniera diversa, indirizzano il lavoro di Searle sul rapporto fra le parole e il mondo (*Atti linguistici*, *cit.*, in particolare 25).
[19] La gradualità del percorso che conduce al giudizio è un'intuizione che si trova anche chiaramente formulata nelle pagine di Ricoeur intorno al *giusto*, a cui a breve sarà fatto riferimento.
[20] F. Cordero, *op. cit.*, 225.

statico, il futuro è aperto a diverse possibilità. Di fronte a questa apertura, il giudizio corrisponde all'istante in cui si prende una posizione rispetto al flusso cognitivo che caratterizza l'accertamento processuale e da tale istante può dipendere sia una riconfigurazione del tempo passato, sia una proiezione sul tempo futuro. Rispetto a questo ordinario carattere del giudizio, la decisione sul reato estinto incarna una presa di posizione anche su ciò che è stato, e non soltanto su ciò che sarà: la punibilità, da un lato, e le mutate condizioni, dall'altro, assorbono l'esigenza di pervenire a un verdetto, aprendo il campo a una possibilità altra e non ancora contemplata – cioè l'affermazione della prevalenza di un'esigenza attuale rispetto a un'esigenza sistemica più ampia.
Leggere il giudizio (in genere, e dunque a maggior ragione quello sul reato estinto) attraverso la sua natura di atto illocutorio riporta, quindi, la questione della giustizia alla sua matrice essenzialmente intersoggettiva e comunicativa. Detto con le parole di Ricœur, il giudizio e la sua progessiva costruzione vanno ricondotti a una questione di *reciprocità*[21]. Sebbene si potrebbe essere tentati di leggere un dispositivo come la decisione sul reato estinto nei termini di un segno del carattere essenzialmente teologico del giudizio in senso lato e in campo giuridico, in verità Cordero conduce a leggerne soprattutto il carattere umano, vitale e finanche utilitaristico, un carattere che dipende dalla matrice anzitutto vitalistica e relazionale del processo. Poiché la giustizia è una questione di reciprocità, il giudizio risponde a un'esigenza risolutiva: nel riconoscere il senso del processo e dunque nell'optare per una risposta agile che assorbe l'accertamento nella priorità dell'esito corretto rispetto a un *nuovo tempo*, la decisione sul reato estinto è un dispositivo che riporta in equilibrio – nei termini Ricœuriani[22] - etica, politica e diritto. Attraverso la lente della sua forza illocutoria, il giudizio rappresenta la condensazione di molte questioni fondamentali del diritto (il rapporto norma-caso, l'argomentazione, l'interpretazione). In ultima istanza, e seguendo la lettura di Ricœur, esso testimonia di quanto il diritto sia «un luogo concettuale, […] speculativo irriducibile, a un tempo, al morale e al politico»[23]. Il giudizio è un'intersezione fra queste dimensioni poiché, proprio come la morale e la politica, esso riguarda la soluzione di conflitti. La forza performativa del giudizio è resa possibile dal suo esistere nella reciprocità che fonda il tessuto intersoggettivo sul quale poggia la funzione (*Folge*) dell'istituzione giudiziaria. Essa è, anzi, resa *necessaria* da questa sua caratteristica. Come si dirà nel prossimo paragrafo più specificamente, ciò caratterizza il giudizio giuridico nella sua struttura finalistica (nel suo essere *Folgenorientiert*)[24]: esso è un atto linguistico e, *in quanto tale*, è un atto orientato verso uno scopo.
Non vi è giudizio, questo è dunque il punto, che sia sganciato dalla finalità più ampia e a lungo raggio dell'istituzione giudiziaria, la quale tende alla realizzazione della pace sociale, superando il conflitto attraverso il giudizio. Non potrebbe *che* essere illocutorio, quindi, un gesto la cui primaria finalità è stabilire (o ristabilire) il rapporto con l'altro.
Secondo Ricœur, come scrive Zaccaria, «in ogni applicazione della norma una comunità è già sempre presupposta. In ogni rapporto triadico io-tu-terzo, quest'ultimo, nella misura in cui stabilisce un discorso pubblico, non identifica una relazione interpersonale, ma si pone come la condizione istituzionale – con l'aspetto fiduciale che implica – di ogni relazione interpersonale. Nel diritto il terzo è, da un lato, rappresentato dai giudici e dai tribunali, in cui si esercita

[21] P. Lacour, *Le jugement et sa logique dans la philosophie de Ricœur*, in Études Ricœuriennes / Ricœur Studies, Vol 8, N. 1, 2017, 140-154.
[22] Qui il riferimento è, in special modo, all'ultimo Ricœur e al suo lavoro sulla giustizia, in cui molte pagine sono dedicate alla peculiarità del giudizio giuridico: P. Ricœur, *Il Giusto*, Vol. I, Effatà ed., 2005 [ed. or. *Le Juste I*, Ésprit, 1995].
[23] P. Ricœur, *La critica e la convinzione*, trad. a cura di D. Iannotta, Jaca Book, 1997, 167.
[24] Termine tedesco che significa «orientato verso il risultato».

l'imparzialità del giudizio e in cui è pronunciata l'ultima parola nei confronti della struttura fondamentale dell'esistenza umana che è il conflitto; da un altro lato, esso è rappresentato dalla posizione della regola giuridica tra gli interessi, le pretese legittime, i diritti individuali. La funzione del terzo consiste nell'orientare dei soggetti separati e distinti verso una determinazione discorsiva unitaria di senso. Il diritto è lo spazio del conflitto e, nello stesso tempo, quello dell'interazione e della cooperazione, talvolta incoscienti, senza che queste siano meno effettive e reali[25]. Essendo ogni giudizio un nuovo, diverso, atto linguistico con cui si prende posizione su un conflitto (anche per Ricœur, infatti, si tratta di un «*acte de discours*»[26]), ogni decisione corrisponde a una sequenza unica di premesse e conseguenze, ciascuna delle quali ha a sua volta carattere performativo. Il *giusto*, attraverso questo schema giudiziale, è il *risultato* di un processo argomentativo nel quale la sentenza conduce a dire il diritto e nel quale il giudice è, nei termini di Blanchot, *maître du langage*.
Ogni presa di posizione all'interno del processo fissa un punto di vista rispetto a uno scambio di argomenti: ciò rende appunto unico ogni «taglio», ogni atto di giudicare («*juger, c'est trancher*»[27]). La decisione mette un limite all'esercizio del processo.
Come si è tentato di affermare nelle pagine precedenti, inoltre, la decisione sul reato estinto è però caratterizzata da un carattere performativo diverso rispetto a una decisione ordinaria. La pronuncia sull'estinzione del reato, infatti, non produce soltanto conseguenze rispetto alla punibilità di un soggetto, ma anche rispetto al rapporto fra la realtà che è stata e la funzione dell'accertamento. Come chiarito magistralmente nelle pagine di Cordero, la decisione sul reato estinto produce un assorbimento dell'accertamento nelle ragioni dell'estinzione: siano, queste, di carattere esterno al singolo accertamento, come nel caso dell'amnistia che si àncora a una dimensione trascendente rispetto al processo, oppure di carattere temporale, come nel caso della prescrizione. In entrambi i casi, il giudizio assorbe una ragione – quella dell'amnistia o quella del tempo, ad esempio – che sembra dire: non ha più senso cercare la verità per poi trovarne *una o un'altra*, non ha più senso ricostruire una realtà passata che – qualunque essa fosse – comunque sarebbe irrilevante. In questo caso, il carattere performativo della decisione non agisce soltanto su ciò che sarà (futuro – conseguenze della decisione), ma anche su ciò che è stato (passato – evento o comportamento).

3. Il giudizio giuridico viene dunque *fatto*, gradualmente. Esso non ha luogo automaticamente, e certamente non lo si trova già predisposto: è, piuttosto, l'esito di un processo, in cui è fondamentale la continuità fra l'accertamento, la decisione e gli effetti che ne conseguono. Tale è la rilevanza di questa continuità, peraltro, che nell'ordinare questa successione si può finire per dare priorità, com'è il caso della decisione sul reato estinto, a un ragionamento ipotetico - fino ad attribuirvi precedenza rispetto alla ricerca profonda e definitiva della verità, perché si riconosce un'esigenza più stringente come la decisione intorno alla punibilità.
Abbiamo visto che il giudizio giuridico non consiste in una sola azione. Esso non è mai un gesto unitario, ma una successione di azioni, come quelle volte a fissare le premesse; la logica sottostante

[25] G. Zaccaria, *Expliquer et comprendre, argumentation et interprétation dans la philosophie du droit de Paul Ricœur*, in Barash Jeffrey, Del Braccio Mireille (a cura di), *La sagesse pratique. Autour de 75 l'œuvre de Paul Ricœur*, Amiens, 1998, 133-142, trad. *Sulla filosofia del diritto dell'ultimo Ricœur*, in Antonino Rotolo, Bernardo Pieri (a cura di), *La filosofia del diritto dei giuristi*, vol. II, Il Mulino, 2003, 135-146, in particolare 135-136.
[26] P. Ricœur, *Le Juste I, op. cit.*, *avant-propos*, 26.
[27] Infatti, per Ricœur, al diritto si applica il modello del giudizio riflettente ben più di quello determinante, perché in quest'ambito sono la singolarità e l'unicità di ogni processo e di ogni conflitto a caratterizzare l'atto linguistico (lui dice: discorsivo) con cui si attribuiscono nuovi significati.

questa successione è ipotetica, e implica sempre dei salti fra livelli discorsivi diversi, anzitutto fra norme e fatti, che sono eterogenei e dunque richiedono sempre in qualche modo di agire in ipotesi. Eppure, sebbene in ipotesi, una decisione come quella sul reato estinto – ad esempio – è una pronuncia di merito il cui *decisum* produce conseguenze rilevanti. A fronte di una simile pronuncia, può darsi che sia stata verificata l'esistenza di tutti gli elementi nei quali risiede il *prius* della situazione giuridica, o che, invece, la conclusione discenda da un ragionamento in cui figurano soltanto premesse ipotetiche. Seppure la differenza fra i due casi sia importante, il proscioglimento per estinzione del reato rimane ugualmente un atto a contenuto sostanziale in cui la natura degli effetti del *decisum* ha la priorità.

La progressione di atti linguistici su cui si basa il processo può caratterizzarsi nel modo appena descritto poiché essa è *prioritariamente* orientata a uno scopo «essenziale»: per dirla con la distinzione tedesca, un conto è la *Sache* in discussione (l'oggetto in generale), e un conto è la *Hauptsache* (l'oggetto principale, essenziale). La domanda che il giudice si pone è: qual è la *res disputatata*, la *Streit-* o *Haupt- Sache* in gioco? *Cosa* prevale su *cosa*? Il processo è la sede in cui, attraverso successioni di atti linguistici, si determina per esempio la priorità fra accertamento e punibilità, fra il flusso cognitivo e la determinazione rispetto a ciò che (più) rileva rispetto a un quadro di riferimento contingente. È come se, di fronte all'esigenza di giudicare sulla *Streitsache* (la *res disputata*, cioè il *reale* e più stringente oggetto del contendere), altre sezioni affidate al flusso cognitivo del processo venissero tralasciate per dare precedenza a ciò su cui ci si *deve* pronunciare. Attraverso un *dire* che è anche un *fare* (atto illocutorio), è possibile assorbire l'accertamento nella decisione relativa all'estinzione del reato, una decisione che paradigmaticamente rappresenta il funzionamento del giudizio giuridico anche al di là di questo caso-limite.

L'assorbimento del flusso cognitivo dell'accertamento in un'altra priorità è reso possibile dal fatto che nel processo nessun passaggio è, in assoluto, prevalente su altri: anche l'accertamento, infatti, rientra in uno schema convenzionale che è subordinato al senso che il processo, nel suo insieme, mira a realizzare. La materia del processo, detto altrimenti, «consiste in una somma di conoscenze indefinitamente perfettibili, ma l'inadeguatezza degli strumenti e gli stessi bisogni pratici per i quali si giudica fissano un limite»[28]. Questo limite non va inteso in senso negativo, ma piuttosto nel suo significato matematico: è qualcosa a cui il processo *tende*. Ecco perché, dunque, possiamo intendere la lettura corderiana della decisione sul reato estinto come una conferma dell'identificazione fra processo e (serie di) atti linguistici orientati a uno scopo (*Folgenorientiert*). Lo scopo è pervenire al giudizio e, a un tempo, fare sì che tale giudizio rispetti l'orientamento e il fine del processo, perciò, in ultima istanza, del diritto nel suo complesso.

Nel costituire una finale corrispondenza tra fatti e norme, il giudizio giuridico è un atto illocutorio di carattere dichiarativo che *aggiunge* o *modifica* qualcosa nella realtà: la sentenza, come esito della successione di altri atti linguistici (volti, per esempio, a fissare le premesse) crea un *nuovo* fatto istituzionale e *muta* le condizioni delle parti dicendo l'ultima parola su una controversia[29].

[28] F. Cordero, *op. cit.*, 101.

[29] Si veda, sul rapporto fra teoria degli atti linguistici e decisione giudiziale (specialmente per il ricco apparato bibliografico), C. Bernal, *A Speech Act Analysis of Judicial Decisions*, European Journal of Legal Studies, Vol. 1 N. 2, 2007, 1-20. Sia, inoltre, consentito rimandare ad A. Condello e J. R. Searle, *Some Remarks about Social Ontology and Law: An Interview with John R. Searle*, Ratio Juris, Vol. 30 No. 2, 2017, 226–231. Di Searle, come già sostenuto nel paragrafo precedente, va considerato trasversalmente il lavoro sugli atti linguistici e quello in ambito di ontologia sociale, che a sua volta è basato sulle tesi relative agli atti linguistici e al carattere performativo del linguaggio. L'influsso di *Speech Acts* (1969) è stato molto vasto e si è espanso oltre la filosofia del linguaggio, a partire dalla

Nel processo, il giudice ha – nei termini di Searle – uno *status* e una *funzione* che gli sono attribuite convenzionalmente e, grazie al riconoscimento collettivo di questo *status* e *funzione*, la sua pronuncia non è una mera *utterance* (cioè un semplice proferimento di una frase o di più frasi), ma è uno *speech act* che produce effetti sulla realtà[30]. Ciò è possibile perché gli è stata conferita la capacità di *fare* attraverso il *dire*.
Possiamo, dunque, ritenere che l'atto del giudizio sia l'esito di una precisa funzione di status, cioè di un potere che viene conferito a certi soggetti o istituzioni con un fine determinato e convenzionalmente stabilito. Nel giudizio troviamo, dunque, prova della matrice essenzialmente linguistica del diritto, inteso *come istituzione* che assolve a determinate funzioni e mira a realizzare determinati valori. Sebbene, quindi, apparentemente una decisione potrebbe suonare come una frase qualsiasi, essa agisce su livelli diversi poiché è legata allo status del parlante che la proferisce, il quale ha il potere di risolvere le dispute a partire dalle leggi in vigore.
Non è un caso, è bene sottolinearlo, che il diritto abbia fornito un ricco bacino di esempi nell'elaborazione della teoria degli atti linguistici, già a partire dagli anni Sessanta[31]: ovunque, fra le operazioni del diritto, vi sono *speech acts* che costituiscono associazioni fra segni e significati. Il processo e il giudizio rappresentano, insomma, un terreno esemplare di come, nel diritto in senso più generale, siano costantemente associati segni e significati.
Le decisioni, i giudizi giuridici, sono lunghe sequenze di atti illocutori o, ancora più precisamente, di atti linguistici con molte forze illocutorie[32]; tali forze illocutorie risultanto dalla combinazione fra il carattere illocutorio delle proposizioni proferite, e delle condizioni esterne che permettono collettivamente di riconoscere tale forza come valida. Decisioni come quella sul reato estinto stanno, dunque, a testimoniare di questa forza caratteristica del linguaggio giuridico, un linguaggio che lavora non solo in relazione alla realtà futura ma anche in relazione a quanto è stato, attribuendo valori diversi a fatti diversi, in ragione delle esigenze. Quali, esigenze? Questa è la domanda sottostante le pagine di Cordero da cui queste riflessioni sono iniziate ed è questo il motivo per cui si è detto che Cordero fa un lavoro quasi «metafisico» sul giudizio giuridico inteso in quanto *ente*. A costituire la relazione fra diverse premesse, all'interno del ragionamento del giudice, sono nessi di carattere pragmatico ed è, soprattutto, l'interazione fra il caso da decidere e un sistema di valori che lo trascende.

---

linguistica contemporanea di area anglofona in particolare, e poi ampliandosi nell'area della semantica generativa e oltre.

[30] Secondo la teoria di Searle, tutta la realtà sociale è costruita attraverso l'attribuzione di cosiddette «funzioni di status» (*status functions*) a determinati soggetti istituzionali (giudici, sindaci, professori, etc.) che, attraverso la forza illocutoria delle loro dichiarazioni, creano o modificano quella che il filosofo americano definisce appunto «realtà sociale», cioè l'insieme di enti artificiali creati e riconosciuti dagli uomini, che hanno poteri che noi stessi attribuiamo loro attraverso un'intenzionalità collettiva. Si veda in particolare, a tale proposito, J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Free Press, 1995. La teoria degli atti linguistici è stata proficuamente usata per leggere la creazione e la modulazione dei concetti giuridici; si vedano, a tale proposito, D. W. P. Ruiter, *Legal Institutions*, Kluwer, 1993; id., *Legal Powers*, in S. Paulson e B. L. Paulson, *Normativity and Norms*, Oxford University Press, 1998, 471-492; id., *Institutional Legal Facts: Legal Powers and Their Effects*, in Artificial Intelligence and Law, 1997, 377-385. Si veda, inoltre, H. Conison, *The Pragmatics of Promise*, in Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 1997, 273 e ss.; P. H. Dunn, *How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis*, in Yale Law Journal, 2003, 493.

[31] Si veda, per esempio, J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, *cit.*, 82 e ss; J. L. Austin, *How to do Things with Words*, *cit.*, 7 e ss.; nel suo lavoro, Austin riconosce esplicitamente, inoltre, l'influenza di H. L. A. Hart nello sviluppo della teoria degli atti linguistici.

[32] C. Bernal, *A Speech Act Analysis of Judicial Decisions*, *cit.*, 2.

Carlos Bernal, per spiegare il modo in cui sono definite queste relazioni fra diversi livelli dell'ordinamento attraverso la forza performativa delle decisioni, richiama il noto caso *Riggs vs. Palmer* (1880)[33]. La *quaestio*, in quel caso, riguardava il diritto di un nipote a ereditare il patrimonio del nonno, a seguito dell'omicidio dell'anziano per mano proprio del nipote (che conosceva l'entità del patrimonio da ereditare). La domanda, esemplificativa di molti simili contrasti giurisprudenziali, vedeva opporsi due linee interpretative: da un lato, ciò che era previsto dalla legge; dall'altro, ciò che sarebbe stato *giusto* in ragione di alcune considerazioni ulteriori (come il fatto che colui che rivendicava il diritto a ereditare fosse il responsabile della morte dell'anziano: una morte volontariamente causata). La conclusione della *Court of Appeals* di New York stabilì che il giovane non potesse ereditare, in ragione dell'atto volontariamente commesso.
In quella decisione, così come in altre simili, sottolinea Bernal, non solo la decisione finale ma anche le premesse (sulle norme e sullo stato dei fatti[34]) sono atti illocutori, tutti in sequenza. Ciascuno di essi richiede di essere fondato e giustificabile[35]. Il gesto illocutorio dei giudici della *Court of Appeals* di New York ha la forza per mutare una precedente condizione e per crearne una nuova: nonostante la legge assecondi il passaggio di eredità, in realtà finisce per non trasferirla poiché vi sono principi o interessi prevalenti.
Ciò è conseguenza del fatto che il giudizio giuridico è costituito da una serie concatenata di atti illocutori orientati allo scopo, per cui il giudizio finale è l'esito di una graduale successione di passaggi – atti illocutori – con cui viene aggiunto qualcosa o comunque viene variata (più o meno sensibilmente) la condizione di applicabilità delle norme. Nella teoria degli atti linguistici, questo è possibile in ragione essenzialmente di due elementi: (i) l'intenzionalità collettiva che dirige le predisposizioni individuali verso i singoli atti linguistici, permettendo di riconoscerli in quanto validi; (ii) lo sfondo, o *background*, un concetto introdotto da Searle e più complesso dell'intenzionalità (soprattutto, se possibile, filosoficamente ancora più oscuro): si tratta dell'insieme di principi e valori che contribuiscono a definire un orizzonte di senso comune, che permette di riconoscere determinate istituzioni come valide e autorevoli.
La tesi comune in queste riflessioni, in conclusione, è che la ricostruzione della struttura logica di un giudizio giuridico non sia sufficiente per svolgerne un'analisi completa. Tale analisi, proprio come ha dimostrato Cordero, necessita invece di considerare vari aspetti che concorrono a fare di una semplice proposizione un *decisum*: fra questi aspetti, come si è tentato di argomentare, vi sono l'autorità dell'istituzione giudicante, l'*ambiente* e l'orizzonte di *senso* che sostengono tale autorità, nonché gli *effetti* a essa convenzionalmente riconosciuti.

---

[33] C. Bernal, *A Speech Act Analysis of Judicial Decisions*, *cit.*, 3 e ss.
[34] Dei cosidetti «*brute facts*» (fatti bruti), come li chiama Searle seguendo un importante lavoro di G. E. M. Anscombe, *On Brute Facts*, in Analysis, Vol. 18, No. 3, 1958, 69-72.
[35] Scrive Bernal: «*this shows that a judicial decision involves a logical sequence of speech acts. The final speech act is the decision (D). This decision is justified by means of an argument leading from premise (1) to a conclusion (5), through a finite number of premises (2), (3), and (4). Nevertheless, this structure does not make it explicit what kinds of illocutionary act the judge performs by uttering the premises (1) and (2), and the decision (D)*» (*op. cit.*, 10). Ad esempio, con un divorzio, il giudice modifica lo statuto giuridico degli agenti e questo cambiamento produce degli effetti: ad esempio, possono nuovamente sposarsi. Va precisato inoltre che tanto la promulgazione di una legge, quanto una decisione al termine di un processo, sono tecnicamente degli atti linguistici: sono, cioè, dichiarazioni che hanno valore diverso in ragione delle diverse istituzioni che li promulgano (cfr. A. Condello e J. R. Searle, *Some Remarks about Social Ontology and Law: An Interview with John R. Searle*, in Ratio Juris, Vol. 30 No. 2, 2017, 226–231. Alcune «*propositions*», peraltro, hanno carattere meramente regolativo (come «guidare a sinistra»); altre, invece, hanno carattere costitutivo («formiamo oggi la presente società per azioni…»). In entrambi i casi, si tratta di proposizioni che, proferite dall'organo adeguato, acquisiscono valore, sebbene abbiano una forma logica diversa.

Quando dire è fare, dunque, attraverso il proferimento di una frase si possono valutare anche la veridicità e la falsità di un'affermazione; e, allo stesso tempo, si possono *creare* nuovi fatti istituzionali grazie al loro specifico statuto giuridico[36].

[36] A. Condello e J. R. Searle, *Some Remarks about Social Ontology and Law: An Interview with John R. Searle*, *cit.*, 227.

CORDERO E IL *LAPSUS* NORMATIVO DI CUI ALL'ART. 622 CPP*

di Elena D'Alessandro
Ordinaria di diritto processuale civile, Università degli studi di Torino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ambito di applicazione dell'art. 622 Cpp - 3. L'impossibilità di trovare la quadratura del cerchio. - 4. Conclusioni e prospettive *de jure condendo*.

1. L'art. 622 Cpp istituisce una cooperazione tra giudice penale e civile nella parte in cui prevede che "fermi gli effetti penali della sentenza, la corte di cassazione, se ne annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile, ovvero se accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, rinvia quando occorre al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile"[1].
Recentemente, l'art. 622 Cpp è stato oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite penali[2] ed ha altresì attratto l'attenzione della Commissione istituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia incaricata di elaborare proposte di riforma al d.d.l. n. 2435 (c.d. Commissione Lattanzi).
All'esame di tale complessa disposizione è destinato anche il presente saggio, che tratterà il tema dall'angolo visuale del processualcivilista.

2. Nel suo prestigioso manuale di *Procedura penale*[3], Franco Cordero segnala il *lapsus* normativo in cui, a suo avviso, è incorso il legislatore nel redigere il testo dell'art. 622 Cpp.
Secondo Cordero, il *lapsus* normativo di cui all'art. 622 Cpp consiste nell'aver sussunto fattispecie tra di loro eterogenee sotto la sfera di operatività della disposizione oggetto di questo saggio.
Si tratta, per quel che qui rileva, di quattro fattispecie.
La prima fattispecie a cui l'art. 622 Cpp si applica (*fattispecie A*) non presenta differenze rispetto a quanto previsto dal codice Finocchiaro-Aprile del 1913 e successivamente dal codice di rito del

[1] Segnatamente, in base alla previsione dell'art. 622 Cpp, il rinvio è operato a favore della corte d'appello civile ovvero del tribunale (a seconda dell'entità del risarcimento da reato di cui si chiede ristoro) nel cui distretto/ circondario si trova il giudice penale che emise la decisione impugnata. Sono, cioè, applicabili i criteri di competenza per valore previsti dagli artt. 7 e 9 Cpc. Tali criteri, tuttavia, in questo caso insolitamente applicati al giudice d'appello, anziché al giudice di prime cure. Così, se l'entità del risarcimento richiesto rientra nella competenza per valore del giudice di pace, perché è inferiore a 5000 euro, il rinvio sarà fatto al tribunale, in quanto giudice d'appello competente, in base al Cpc, per l'impugnazione delle sentenze del giudice di pace. Viceversa, se la controversia risarcitoria sarebbe spettata alla competenza per valore del tribunale civile, si rinvierà alla corte d'appello.
La competenza funzionale spetta al giudice d'appello anche qualora si tratti di decisione di prime cure che, in base all'applicazione delle norme processualcivilistiche sul giudizio di rinvio (art. 383, 1° comma, Cpc), avrebbe dato luogo ad un rinvio al giudice di primo grado. Per ulteriori approfondimenti sul punto v. G. Canale, *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili* ex *art. 622 Cpp*, in *RDPr* 2018, 1008 ss., spec. 1011 s.
[2] Cass. pen. S.U., 4.06.2021, n. 22065, *Cremonini*.
[3] F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 1166 s.

1930[4]. Segnatamente, stante la perdita di rilevanza penale della vicenda[5], si prevede che la Corte di cassazione, quando cassi unicamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile e sia possibile rimediare al vizio riscontrato tramite lo svolgimento di una fase rescissoria (questo il significato attribuibile all'espressione "quando occorre"), lasciando al contempo fermi gli effetti penali della sentenza di condanna (presupposto necessario per la decisione dei capi civilistici in base al disposto di cui all'art. 538, 1° comma, Cpp [6]), debba rinviare al giudice d'appello civile per la corretta quantificazione del danno ovvero per stabilire quali siano le restituzioni dovute[7].
In tal caso, soltanto il profilo del *quantum debeatur* sarà oggetto di nuova valutazione da parte del giudice civile d'appello. Per contro l*'an debeatur*, ossia l'esistenza del reato che, ai sensi dell'art. 185 Cp, costituisce il presupposto necessario per l'ottenimento della tutela risarcitoria ovvero per le restituzioni, resta definitivamente accertato dalla sentenza penale di condanna. Quest'ultima si atteggerà come una sentenza di condanna generica per il giudice civile.
In altri termini: la condanna penale irrevocabile vincolerà il giudice civile del *quantum debeatur* all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della sua riferibilità al condannato, restando (per effetto della cassazione del capo risarcitorio/restitutorio) il giudice civile libero di valutare, applicando le regole vigenti nel processo civile, l'intensità del danno, quantificandone l'ammontare. Il giudice civile dovrà anche provvedere sulle restituzioni, se richieste[8].
A questa prima fattispecie applicativa dell'art. 622 Cpp, che si caratterizza per la sussistenza di un accertamento posto in essere dal giudice penale sull'esistenza del reato (*an*) nel contesto di una sentenza irrevocabile di condanna vincolante in sede civile come sentenza di condanna generica (e anche per il giudice civile di un diverso processo ai sensi dell'art. 651 Cpp) se ne affiancano

[4] *Amplius* A. Bonafine, *Il giudizio di «rinvio» al giudice civile dopo l'annullamento della sentenza penale*, in *RTDPC* 2020, 923 s.
[5] Come chiarito da Cass. pen., S.U., 30.11. 1974, n. 306, *Buzzi*, in *RIDPP* 1975, 618 s. e confermato dalla giurisprudenza di legittimità successiva (ad es. da Cass. pen., S. U., 28.3.2019 n. 28911 nonché dalla già citata Cass. pen., S. U., 4.06.2021, n. 22065) poiché a rimanere in piedi è solo il giudizio civilistico, il giudice penale non può continuare ad esercitare una giurisdizione che non gli è propria e che gli era attribuita solo in conseguenza della *vis attractiva* prodotta dall'azione penale. Da qui la necessità del rinvio al giudice civile. Sul punto v., da ultimo, Corte cost. 12.7.2019, n. 176, in GC, 2019, 2053 s. con nota di M. Bargis, *L'impugnazione della parte civile* ex art. 576 Cpp *ritorna sotto la lente della corte costituzionale*. In dottrina, per tutti G. Di Chiara, voce *Parte civile*, in *DDP*, IX, Torino 1995, 250 s.
[6] M. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2001, 200 ss. si esprime, in proposito, in termini di pregiudizialità della sentenza penale di condanna e di dipendenza dell'azione civile. Sul tema v. anche V. Zeno Zencovich, *La responsabilità civile da reato*, Padova 1989, 10 s.
[7] In questo saggio non ci occuperemo di stabilire se l'art. 622 Cpp sia utilizzabile anche in riferimento ai casi in cui davanti al giudice civile si tratterebbe solo di decidere la domanda avente ad oggetto la rifusione delle spese processuali riguardanti la costituzione di parte civile. Sul tema si rinvia a B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino 2009, 145 ss. (favorevole all'utilizzo) e F. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova 2002, 231 s. (contrario all'utilizzo, argomentando dal tenore letterale della disposizione).
[8] In arg., tra gli altri, cf. M. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 200 ss.; L. Anghileri, *Un'occasione persa per meglio definire l'efficacia esterna della condanna generica* ex *art. 539 Cpp nel giudizio civile di liquidazione del danno*, in *Sistema penale* 12/2020, 5 s.; M. Scaparone, voce *Rapporti tra processo civile e processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, 1 ss.

altre tre, assai più problematiche, in cui difetta tale accertamento vincolante per il giudice civile. Non a caso, siffatto accostamento è considerato un *pastiche*[9] da Franco Cordero.
In queste tre ulteriori fattispecie, tramite il meccanismo di cui all'art. 622 Cpp, viene sottoposto a nuova valutazione da parte del giudice civile non soltanto il profilo del *quantum debeatur* ma anche, ed *in primis,* quello relativo all'*an debeatur*[10]. Trattasi di fattispecie ricondotte alla sfera applicativa dell'art. 622 Cpp in base alla convinzione per cui l'attrazione alla giurisdizione penale della domanda civile risarcitoria o restitutoria originata dalla costituzione di parte civile e giustificata da ragioni pubblicistiche di coerenziazione con la decisione dell'azione penale, è ormai venuta meno in quanto a rimanere pendente è la sola domanda civilistica. La conseguenza, in un sistema, quale quello attuale, in cui la sede naturale dell'azione risarcitoria o restitutoria è considerata quella civile[11], è che ci si sposti avanti a quest'ultima giurisdizione.
Segnatamente, la seconda fattispecie a cui si applica l'art. 622 Cpp (*fattispecie B*) è quella in cui alla pronuncia della sentenza penale di condanna di primo grado faccia seguito, in grado d'impugnazione (*i.e.* in appello), una dichiarazione di non doversi procedere per estinzione del reato, per amnistia o prescrizione (art. 578 Cpp). L'accertamento vincolante dell'esistenza del reato (*an*), già compiuto dal giudice penale di prime cure ormai "posto nel nulla" sul versante penalistico dalla successiva dichiarazione di non doversi procedere, rimarrà però valido e vincolante per il giudice penale dell'impugnazione ai soli fini civilistici, *i.e.* per la decisione della domanda risarcitoria o restitutoria in base al parametro normativo di cui all'art. 185 Cp[12].

---

[9] F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1166, il quale aggiunge che si tratta di fattispecie anomale anche dal punto di vista del funzionamento della Cassazione con rinvio, posto che "il rinvio implica un annullamento; e qui manca l'annullabile: i capi penali sono intangibili; non esistono decisioni sul danno".

[10] Si tratta di fattispecie che non erano state prese in considerazione dall'art. 541 del previgente codice di rito (che, infatti, non conosceva un corrispondente dell'odierno art. 578 Cpp) come esplicitato nella Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale del 1988, reperibile per esteso all'indirizzo https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario.
Il codice Rocco sanciva un espresso divieto del giudice penale di pronunciare sulla domanda civile quando il giudizio penale si fosse concluso con l'assoluzione o con una sentenza di non doversi procedere. Solo grazie all'intervento della Corte costituzionale (Corte cost. 22.1.1970, n. 1, in GC, 1970, 378) questa limitazione venne meno, con ciò inducendo il legislatore del 1988 ad ampliare i confini applicativi dell'art. 622 Cpp.

[11] Interessante notare come il sistema attuale abbia invero operato una decisa inversione di tendenza rispetto all'antica visione (più antica del codice Rocco) secondo cui azione penale e azione civile costituivano "un'azione unitaria che poteva essere esercitata dall'offeso solamente in sede penale e comprendeva, allo stesso tempo, sia la pena che il risarcimento dei danni": ne tratta in maniera approfondita M. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 279 ss. In quell'epoca l'unica sede a venire in gioco era quella penale. Con il tempo, invece, l'azione civile risarcitoria o restitutoria derivante da reato si è venuta autonomizzando da quella penale fino a far divenire, nell'attuale sistema, la giurisdizione civile la sua sede naturale. Ferma restando la possibilità per il danneggiato dal reato di optare per la giurisdizione penale.

[12] Sul tema, restano di fondamentale importanza gli studi di F. Cordero, *La decisione sul reato estinto, in Ideologie del processo penale,* Roma 1966, 91 s., liberamente accessibile al seguente link: https://www.dsge.uniroma1.it/testi_di_libera_consultazione.
Preme tuttavia segnalare che l'operatività dell'art. 622 Cpp rispetto a quella che qui abbiamo denominato "*fattispecie B*" (ma lo stesso vale anche per le "*fattispecie C e D"* di cui si dirà a breve nel testo) rischia di essere messa in crisi:
a) a livello nazionale, dalla questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 578 Cpp. Segnatamente si dubita della conformità dell'art. 578 Cpp alla presunzione di innocenza sancita dall'art. 27 della

In un siffatto contesto, quando il capo riguardante l'azione civile sul quale si sia pronunciato il giudice d'appello ai sensi dell'art. 578 Cpp sia cassato dalla corte di legittimità, si dovrà rinviare al giudice d'appello civile per la corretta quantificazione del danno, "quando occorre", ossia quando ai fini della pronuncia sulla domanda risarcitoria o restitutoria siano necessari nuovi accertamenti in fatto preclusi al giudice penale di legittimità.
Pacifico essendo che, dopo la cassazione, il profilo del *quantum debeatur* sia sottoposto a valutazione da parte del giudice civile d'appello, non è invece chiaro quali siano i poteri del giudice civile in ordine all'accertamento dell'*an debeatur*.
La risposta dipende da come si qualifica il giudizio "di rinvio" in sede civile *ex* art. 622 Cpp: se lo si considera un giudizio di rinvio in senso proprio in cui si svolge la fase rescissoria del giudizio penale di cassazione, il giudice d'appello civile sarà vincolato all'accertamento dell'*an debeatur* effettuato, ai meri fini civilistici, dal giudice penale. Si tratterà, per la precisione, di un vincolo endoprocessuale a tale accertamento, trattandosi di unico giudizio. Il giudice d'appello civile, se e in quanto giudice di rinvio, sarà altresì tenuto all'osservanza del principio di diritto affermato dalla Cassazione penale.
Diversa la conclusione, qualora si consideri il rinvio *ex* art. 622 Cpp (non già la fase rescissoria dell'impugnazione penale ma, piuttosto) una rimessione che, su impulso di parte, determina la trasmigrazione dell'azione risarcitoria avanti al giudice civile. La trasmigrazione comporta la proposizione di una nuova domanda giudiziale risarcitoria o restitutoria avanti al giudice civile, tuttavia con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della originaria domanda giudiziale risarcitoria o restitutoria avanzata in sede penale [13] e con facoltà, per il giudice civile, di ricostruire

---

Costituzione, nella parte in cui prevede che, quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna anche generica alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello, nel dichiarare estinto il reato per prescrizione, decida sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli effetti civili sulla base di un accertamento in via incidentale della responsabilità penale dell'imputato (ordinanza 14 del 2021, pubbl. nella GU del 17/02/2021 n. 7 e ordinanza 29 del 2021, pubbl. nella GU del 10/03/2021 n. 10). Il dubbio si pone perché, come segnalato nel testo e chiarito dalla Cassazione penale (v. Cass. pen. S. U. 7.2.2019, n. 6141), l'imputato a fronte di situazioni di tal fatta assume lo *status* di "condannato", sebbene in riferimento alle sole restituzioni e/o risarcimento del danno, da valutare sulla base del parametro di cui all'art. 185 Cp; norma, quest'ultima, che presuppone l'esistenza di un fatto di reato;
b) a livello sovranazionale, dal fatto che l'operatività di una disposizione analoga all'art. 578 Cpp, all'interno dell'ordinamento di San Marino, è stata ritenuta dalla Corte di Strasburgo contraria all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Segnatamente la Corte ha ritenuto che il diritto alla presunzione di innocenza del ricorrente sia violato dal provvedimento con cui il giudice d'appello, dopo aver prosciolto l'imputato per intervenuta prescrizione del reato di appropriazione indebita del quale era stato riconosciuto colpevole in primo grado, decide il risarcimento a favore della parte civile ricorrendo ad argomentazioni non coerenti con il venire meno delle accuse in ragione della scadenza del termine di prescrizione; Corte EDU, 20 ottobre 2020, *Pasquini* v. *San Marino* (Ricorso n. 23349/17). Al processualpenalista spetta stabilire se, ed eventualmente quale sia la portata di questa decisione all'interno del processo penale italiano.
I problemi interpretativi appena indicati, che sembrano inscindibilmente connessi al tenore dell'art. 185 Cp, il quale lega la risarcibilità del danno all'esistenza di un fatto di reato, riverberandosi consequenzialmente sulla operatività dell'art. 622 Cpp (che presuppone l'avvenuta applicazione ovvero la erronea mancata applicazione dell'art. 185 Cp), non si pongono invece quando l'azione sia esercitata in sede civile, posto che cambia il paradigma sostanziale di riferimento. Gli artt. 2043 e 2059 Cc infatti prescindono dall'esistenza di un reato e fanno venir meno ogni rapporto problematico con la presunzione di innocenza.
[13] Per maggiori dettagli si rinvia a quanto si dirà nel paragrafo successivo.

liberamente sia l'*an* che il *quantum debeatur*. Infatti, trattandosi di un distinto giudizio aperto da una nuova domanda giudiziale, in base agli artt. 651-652 Cpp la sentenza di non doversi procedere emanata dal giudice penale non eserciterà alcuna efficacia vincolante extraprocessuale per il giudice civile d'appello[14].
Se si tratta di un distinto giudizio, neppure il principio di diritto affermato dalla Cassazione penale al momento del rinvio *ex* art. 622 Cpp potrà essere vincolante per il giudice civile, considerato che in sede civile cambiano sia le norme sostanziali che le norme processuali applicabili[15].
La terza fattispecie ricondotta *sub* art. 622 Cpp[16] (*fattispecie C*) è quella in cui in primo grado sia stata pronunciata una sentenza di assoluzione, la pronuncia sia stata impugnata dalla parte civile e si sia giunti così (all'esito dell'appello) in cassazione. In quest'ultimo caso, la pronuncia del giudice d'appello sulla domanda risarcitoria o restitutoria è emessa sulla base di un mero accertamento incidentale della colpevolezza *ex* art. 185 Cp effettuato a meri fini civilistici (art. 576, comma 1, Cpp[17]). Ma può anche accadere che la corte di cassazione, avanti a cui si discuta

[14] In arg. v., in luogo di molti, M. Bargis, *Impugnazioni*, in Compendio di procedura penale[10], a cura di M. Bargis, Padova 2020, 880 s.; M. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 283 ss.
[15] Per ulteriori approfondimenti v. quanto si dirà nel paragrafo successivo.
[16] Delineata, già sotto la vigenza del previgente Cpp, da Cass. pen, sez. un., 30.11. 1974, in *RIDPP* 1975, 618 s. con nota critica di A. Giarda, *Ricorso per cassazione della parte civile, annullamento del «capo penale» e competenza del giudice «di rinvio»*, dopo che la Corte costituzionale, *in primis* con il già citato intervento del 1970, sancì il diritto della parte civile di ricorrere in cassazione anche contro la sentenza di proscioglimento di primo o di secondo grado.
[17] La giurisprudenza prevalente ritiene infatti che il giudice penale dell'impugnazione abbia il potere-dovere di pronunciarsi anche sulla condanna e sulle restituzioni. In questo caso, a differenza di quello di cui all'art. 622 Cpp, pur essendo cessata la rilevanza pubblicistica della vicenda, rimanendo l'impugnazione in piedi ai soli fini civilistici, la *vis attractiva* esercitata dalla giurisdizione penale continua a sprigionarsi. Per i riferimenti alla giurisprudenza prevalente, qui considerati ultronei, si rinvia a G. De Liberis, *Sentenze di proscioglimento irrevocabili e regime delle impugnazioni della parte civile,* in L. Luparia, L. Marafiori, G. Paolozzi, *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, Torino, 2020, 301 ss., spec.306 ss. La giurisprudenza prevalente "configura" una pronuncia che indossa le "vesti del proscioglimento, ma contiene un'implicita, quanto ineludibile, affermazione di responsabilità dell'imputato in relazione al fatto reato causativo del danno" (G. De Liberis, *op. cit.*, 307); pronuncia che suscita, secondo alcuni Autori (G. De Liberis, *op. cit.*, 315), problemi di compatibilità con la presunzione di innocenza corrispondenti a quelli indicati alla nota 12.
Per contro, F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1093, offre una interpretazione restrittiva dell'art. 576 Cpp, ritenendo che il giudice penale d'appello, qualora ritenga erronea la sentenza di assoluzione, debba limitarsi a caducare tale pronuncia a meri fini civilistici, impedendone il passaggio in giudicato, in modo da consentire alla parte civile di azionare susseguentemente le proprie pretese in sede civile senza essere pregiudicata dalla sentenza di assoluzione *ex* art. 652 Cpp. La lettura offerta da Cordero appare coerente con l'idea per cui il venir meno della vicenda penale fa venir meno la *vis attractiva* che giustifica il mantenimento dell'azione civile in sede penale.
In una prospettiva *de jure condendo* si segnala che la possibilità, per la parte civile, di proporre il solo ricorso per cassazione avverso la sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 606 Cpp – che diviene inappellabile anche dal p.m. – è la soluzione contemplata dalla Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello (di seguito: Commissione Lattanzi). I lavori della Commissione

della sola domanda civilistica, accolga il ricorso della parte civile avverso la sentenza di proscioglimento confermata in sede d'appello e, per l'effetto, in applicazione dell'art. 622 Cpp, rinvii al giudice civile. In tal caso, il giudice d'appello civile si troverà a dover decidere un'azione civile da reato senza poter contare su un precedente accertamento processualpenalistico concernente l'*an debeatur*. Ciò indipendentemente dalla natura che si attribuisca al "rinvio" al giudice civile *ex* art. 622 Cpp, posto che l'unica pronuncia che è stata emessa dal giudice penale è una sentenza irrevocabile di assoluzione che, per effetto della cassazione, ha perso la sua valenza vincolante ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria o restitutoria. Pertanto, l'accertamento dell'a*n debeatur* dovrà essere compiuto, per la prima volta, dal giudice civile di secondo grado in base all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il rinvio al giudice civile *ex* art. 622 Cpp non presuppone né necessita un definitivo accertamento della responsabilità penale compiuto dal giudice penale.
Infine, la quarta ed ultima fattispecie a cui si applica l'art. 622 Cpp (*fattispecie D*) concerne i casi in cui ad essere accolto in cassazione sia il ricorso (non già della parte civile, come si verificava nelle fattispecie precedentemente illustrate, ma, invece) del responsabile civile avverso la sentenza della corte d'appello che, ai soli fini civilistici, abbia ritenuto la responsabilità civile dell'imputato assolto in primo grado[18]. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui il giudice d'appello non abbia motivato[19] ovvero non abbia applicato la regola secondo cui, quando il giudice di appello riforma, anche ai soli fini civili, la sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, è obbligato a rinnovare l'istruzione dibattimentale, anche d'ufficio. Come recentemente chiarito dalle S. U. penali[20], benché si tratti di rinvio restitutorio[21], anche in questo caso il giudice penale di legittimità dovrà cassare con rinvio al giudice d'appello civile *ex* art. 622 Cpp, al quale spetterà poi decidere sia sull'*an* che sul *quantum debeatur*. Tuttavia, paradossalmente [22], quando il vizio che ha dato luogo alla cassazione della sentenza consiste nella mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale secondo le regole del Cpp, non v'è modo che nella fase avanti al giudice civile tale vizio sia sanato, posto che, come si dirà al paragrafo successivo, in tale sede saranno applicabili le norme del Cpc.

3. Quando il danneggiato civile sceglie di esercitare l'azione civile all'interno del processo penale, lo fa perché quest'ultima sia oggetto di decisione contestualmente all'accertamento del reato, secondo le regole processuali penali. Il giudice penale liquiderà il danno ovvero condannerà alle

sono consultabili al link https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf.

[18] Previa impugnazione della parte civile *ex* art. 576 Cpp, la cui conformità a Costituzione è stata recentemente ribadita da Corte cost. 12.7.2019, n. 176, cit. In arg. v. le recenti riflessioni critiche di A. Cabiale, *La parte civile nei giudizi penali di impugnazione: una presenza sempre gradita (almeno per la Corte costituzionale)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 15.01.2020.

[19] Cass. pen., S. U., 18.7.2013, n. 40109.

[20] Cass. pen. S.U., 4.06.2021, n. 22065, *Cremonini*.

[21] Che ha luogo quando la Cassazione accerta che una precedente fase processuale non possedeva i requisiti minimi essenziali per essere considerata conclusa.

[22] Come osserva A. Nappi, *Paradossi giurisprudenziali*, in *www.giustiziainsieme.it/it/processo-penale/1786-paradossi-giurisprudenziali*, 9.06.2021 la soluzione è paradossale "laddove impone alla Corte di cassazione di annullare la decisione d'appello per la violazione di una norma che non dovrà essere osservata nel giudizio di rinvio. Non v'è infatti alcuna utilità né alcuna logica nel censurare la violazione di una norma che non si pretende poi di vedere osservata".

restituzioni civili se e nella misura in cui siano integrati gli estremi dell'art. 185 c.p., quando pronuncia sentenza penale di condanna (art. 538 Cpp) ovvero nei casi eccezionali, in cui manca una sentenza penale di condanna, di cui agli artt. 576 e 578 Cpp.
Viceversa, quando l'azione risarcitoria sia avanzata in sede civile, i presupposti sostanziali che debbono essere soddisfatti affinché la domanda sia accolta, sono quelli indicati all'art. 2043 c.c.[23] (e/o 2059 c.c.), così come le norme processuali applicate saranno quelle del Cpc[24].
Nel momento in cui il danneggiato dal reato deve scegliere avanti a quale giudice esercitare l'azione risarcitoria o restitutoria, sono questi i due profili - di rito e di merito - che egli terrà in considerazione[25].
Ma cosa accade quando il danneggiato sceglie di percorrere la via della costituzione di parte civile e poi, non per sua scelta bensì in virtù dell'applicazione dell'art. 622 Cpp, si trova a dover concludere il giudizio in sede civile?
Ebbene, a prescindere da come si qualifichi la fase davanti al giudice d'appello civile ai sensi dell'art. 622 Cpp (se come fase rescissoria dell'impugnazione penale ovvero come trasmigrazione dell'azione risarcitoria in sede civile), l'unica fattispecie che non suscita particolari dubbi interpretativi è la prima che delineammo al paragrafo precedente (*fattispecie A*), quella che Franco Cordero non a caso considera fisiologicamente riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 622 Cpp. Facciamo riferimento al caso in cui al giudice d'appello civile sia lasciato soltanto il compito di quantificare il danno risarcibile ovvero le restituzioni da porre in essere in conseguenza di una sentenza penale irrevocabile di condanna (*quantum*). L'attività di quantificazione sarà compiuta facendo applicazione delle norme processualcivilistiche, in una situazione in cui, tuttavia, sull'*an* (sentenza di condanna generica) si è già statuito in sede penale sulla base del paradigma dell'art. 185 Cp, come voleva il danneggiato.
L'art. 622 Cpp, nella parte in cui dispone che la Cassazione penale, dopo aver cassato il capo civilistico impugnato, rinvii le parti avanti al giudice civile d'appello, suscita invece annosi problemi interpretativi con riferimento ai casi in cui al giudice d'appello civile non sia demandata soltanto la mera quantificazione del danno risarcibile ma, prima ancora, gli si chieda di accertare l'*an debeatur*[26] (*fattispecie B, C, D*).
In proposito, almeno fino al recente intervento delle Sezioni Unite penali compiuto con la sentenza *Cremonini*, sussistevano dubbi in ordine alla individuazione delle norme, non soltanto processuali, ma anche (*recte: in primis*) sostanziali che il giudice d'appello civile deve applicare ai fini della decisione sull'*an debeatur*. In particolare, vi era un contrasto tra le sezioni civili e penali della Cassazione.

[23] Non è chiaro, poichè manca ancora una presa di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità, quale sia il rapporto tra le fattispecie risarcitorie richiamate nel testo, ossia l'art. 185 Cp e l'art. 2043 Cc (e/o l'art. 2059 Cc). In particolare, non è chiaro se si verta in presenze di un concorso astratto di fattispecie normative applicabili al medesimo diritto risarcitorio invocato prima in sede penale e poi in sede civile, ovvero se si verta in presenza di un concorso di diritti (l'uno disciplinato dall'art. 185 Cp e l'altro dall'art. 2043 Cc), di cui l'uno invocabile in sede penale e l'altro in sede civile. In dottrina opta per la prima soluzione M. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 203.
[24] Per tutti v. Cass. civ., 12.9.2019, n. 22729.
[25] *Amplius* B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, cit., 155 ss.
[26] Si tratta delle fattispecie seconda, terza e quarta illustrate al paragrafo precedente.

Secondo un orientamento della Cassazione penale[27], altresì sostenuto dalla giurisprudenza della Cassazione civile anteriormente al 2019[28] davanti al giudice d'appello civile *ex* art. 622 Cpp avrebbe luogo la fase rescissoria del giudizio di impugnazione iniziato con la fase rescindente avanti alla Cassazione penale. Il giudizio si svolgerebbe avanti al giudice d'appello civile poiché la giurisdizione penale non può continuare ad attrarre a sé la causa civile, essendosi ormai definita l'intera vicenda penale, con consequenziale venir meno della relativa *vis attractiva*. Il processo di impugnazione, infatti, rimane aperto per la sola domanda civilistica. Segnatamente, si riteneva che il giudice d'appello civile operasse come giudice della fase rescissoria penale, con la conseguenza che:
i) il principio di diritto formulato dalla cassazione penale sarebbe vincolante per il giudice civile del rinvio;
ii) la norma sostanziale in base a cui valutare la risarcibilità del danno sarebbe l'art. 185 Cp;
iii) l'accertamento dell'*an debeatur* compiuto dal giudice penale a fronte di una sentenza di proscioglimento impugnata "a soli fini civilistici"[29], sarebbe vincolante per il giudice d'appello civile, essendo il rinvio una fase dell'unico giudizio di impugnazione penale. A venire in gioco sarebbe la mera valenza endoprocessuale dell'accertamento penale vincolante sull'*an debeatur*, e non già quella extraprocessuale disciplinata, invece, agli artt. 651 ss. Cpp.
In riferimento al rito utilizzabile avanti al giudice d'appello civile – ancora una volta fino alla recente sentenza *Cremonini* – sussisteva contrasto nello stesso ambito della giurisprudenza penale. L'impostazione tradizionale era nel senso di ritenere che il giudice d'appello civile fosse tenuto ad applicare le norme del Cpp, con la conseguenza che la regola di giudizio da utilizzare sarebbe quella dell''oltre ogni ragionevole dubbio', piuttosto che quella, civilistica e più blanda, 'del più probabile che no'.
Anche le regole probatorie da applicare si reputava fossero quelle del Cpp che, ad esempio, ammettono la testimonianza del responsabile e danneggiato civile, esclusa, invece, dal Cpc[30]. Parimenti, si consideravano inutilizzabili in sede civile le prove inutilizzabili nel processo penale, perché assunte in violazione di un espresso divieto probatorio, diversamente realizzandosi una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto in sede penale.
Dal punto di vista processualistico, questa impostazione (c.d. tradizionale) ha il pregio di consentire che la fase rescissoria si svolga, sebbene avanti al giudice civile, secondo le medesime regole di giudizio applicate nella fase rescindente dell'impugnazione[31]. Tuttavia, come è stato notato, essa aveva il non indifferente difetto di costringere il giudice civile, ossia il giudice della sede naturale del giudizio risarcitorio o restitutorio, a decidere applicando regole processuali differenti da quelle con cui solitamente si misura e che non è avvezzo ad applicare[32]. Si consideri,

[27] V. da ultimo Cass. pen. 20.10.2020, n. 30858 e le pronunce ivi citate in motivazione.
[28] V. per tutti Cass. civ. 10.12.2018, n. 32929; Cass. civ. 9.08.2007, n. 17457.
[29] V. le fattispecie seconda, terza e quarta illustrate al paragrafo precedente.
[30] V., a titolo esemplificativo, Cass. pen., 17.1.2019, n. 5898. In dottrina, in luogo di molti e senza alcuna pretesa di completezza, cfr. G. Canzio, G. Iadecola, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali* regole *di giudizio in sede civile*?, *www.sistemapenale.it*, 20.4.2020; P. Proto Pisani, *Note in tema di annullamento della sentenza ai soli effetti civili*, in *FI* 2020, 679 s.
[31] Sottolinea questo aspetto B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, cit., 129 s.
[32] V. in proposito A. Cabiale, *op. cit.*, 13, il quale efficacemente osserva che "il supposto giudice "naturale" del processo *de damno* sarebbe costretto a operare – appunto – del tutto "innaturalmente", ossia con strumenti e discipline che non gli sono di regola propri".

peraltro, che la sentenza emessa dal giudice d'appello civile *ex* art. 622 Cpp è a sua volta ricorribile avanti alla Cassazione civile, ed è da escludere che quest'ultima decida il ricorso in base alle regole di procedura applicabili avanti alle sezioni penali.
Le Sezioni Unite penali, nella sentenza *Sciortino*[33], non a caso richiamata dalla più recente sentenza *Cremonini*, hanno tentato di porre rimedio a siffatti criticità affermando che il rinvio alla corte d'appello civile "rende inevitabile l'applicazione delle regole (di giudizio, n.d.a.) e delle forme della procedura civile"[34].
Si è aggiunto che il danneggiato dal reato, in sede civile, potrebbe anche sollecitare il risarcimento dei danni non patrimoniali "negli ampi termini definiti dalla giurisprudenza civile".
Sennonché anche la ricostruzione effettuata nella sentenza *Sciortino* presenta dei punti deboli, che la dottrina non ha mancato di evidenziare[35]. In base a questa lettura, infatti, fase rescindente e fase rescissoria dell'impugnazione penale si svolgerebbero secondo regole sostanziali e regole processuali differenti, in contrasto con il disposto di cui all'art. 573, comma 1, Cpp, secondo cui l'impugnazione per i soli interessi civili è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale. Siffatto mutamento farebbe nascere la necessità, in capo a danneggiante e danneggiato, di adattare le loro richieste o le loro difese al mutato contesto processuale. Circostanza, quest'ultima, tuttavia, impedita dalle regole che reggono il giudizio civile di rinvio, qualora si consideri tale fase il momento rescissorio dell'impugnazione penale; momento rescissorio nell'ambito del quale ci si limita a compiere le attività necessarie per arrivare ad una decisione di merito, senza poter assumere conclusioni diverse da quelle già formulate nella fase precedente del giudizio[36]. Il giudizio di rinvio è altresì chiuso alle nuove allegazioni e richieste istruttorie (arg. *ex* art. 394, 3° comma, Cpc[37]).
Consapevole di queste problematiche, parte della giurisprudenza penale aveva tentato un'interpretazione restrittiva dell'art. 622 Cpp, basata sulla valorizzazione della circostanza per cui il rinvio al giudice civile deve essere disposto, in base alla lettera della norma citata, "quando occorre". Segnatamente, si riteneva che, in presenza una sentenza penale irrevocabile di proscioglimento e in caso di cassazione dei capi civilistici della sentenza, il rinvio fosse da effettuare al giudice penale. Si credeva che permanesse l'attrazione alla giurisdizione penale in ragione di un permanente interesse penalistico alla decisione civilistica della vicenda, nonostante l'irrevocabilità della sentenza penale di proscioglimento. L'interesse penalistico era costituito dalla necessità di applicare anche in sede rescissoria i principi del "giusto processo penale" aventi valenza costituzionale ovvero, più in generale, le regole proprie del processo penale[38]. Ad esempio si riteneva che in caso di cassazione della sentenza d'appello che, in riforma della sentenza assolutoria di primo grado, avesse dichiarato civilmente responsabile il danneggiante senza procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in sede d'appello, la cassazione con rinvio dovesse essere disposta avanti al giudice penale. Questo tentativo, da taluni criticato perché forzava il principio dell'accessorietà dell'azione civile nel processo penale, nonché il disposto di

[33] Cass. pen., S. U., 18.7.2013, n. 40109.
[34] In proposito, per approfondimenti v. G. Garofalo, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, in *CP* 2020, 3882 s.
[35] Per tutti P. Proto Pisani, *Note in tema di annullamento della sentenza ai soli effetti civili*, cit., 679 s.
[36] G. Canale, *op. cit*., 1014 s. L'unica eccezione è quella relativa al caso in cui si tratti di esigenza di modifica sorta dalla pronuncia della Corte di cassazione ovvero da una sopravvenienza in diritto.
[37] Cf. B. Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano 2019, 648 s.
[38] V., da ultimo, Cass. pen., 9.1.2020, n. 142299. V. altresì le decisioni citate al punto 5 della motivazione di Cass. pen. 20.10.2020, n.30858.

cui all'art. 538 Cpp e, poiché, per l'effetto, costringeva il giudice penale (le cui risorse sono evidentemente limitate) ad investire tempo ed energie nella decisione di una impugnazione avente ad oggetto il solo capo civilistico[39], è stato di recente neutralizzato dalle Sezioni Unite penali con la sentenza *Cremonini.*

Per meglio comprendere la sentenza *Cremonini*, occorre tuttavia ricordare che diversa è stata la strada percorsa dalla Cassazione civile – in particolare dalla terza sez. della Cassazione civile già a partire dal 2017 – per tentare di risolvere i problemi suscitati dall'art. 622 Cpp in riferimento alle fattispecie in cui al giudice civile sia demandato anche l'accertamento dell'*an debeatur*.

Sviluppando l'idea, contenuta nella sentenza *Sciortino*, secondo cui il giudizio davanti al giudice d'appello civile si deve svolgere secondo le regole e le forme del giudizio civile, la terza sezione civile della Cassazione[40], per superare le restrizioni imposte dalle norme che disciplinano il giudizio di rinvio in sede civile, ha ritenuto che l'art. 622 Cpp non avvii la fase rescissoria dell'impugnazione penale, determinando, piuttosto, il trasferimento dell'azione civile nella sua sede naturale, ossia quella civile. Venuto ormai meno l'interesse pubblicistico a mantenere l'azione civile in sede penale, *i.e.* essendo venuta meno la *vis attractiva* esercitata dalla giurisdizione penale sull'azione civile[41], quest'ultima tornerebbe al giudice civile. Quella che si apre davanti al giudice civile d'appello per effetto dell'operare dell'art. 622 Cpp e dell'impulso di parte[42] sarebbe, dunque, una nuova litispendenza[43], tuttavia con salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda di costituzione di parte civile in sede penale. Secondo questa lettura, davanti al giudice d'appello civile si svolge un procedimento autonomo strutturalmente e funzionalmente da quello penale, avente ad oggetto la pretesa risarcitoria o restitutoria, introdotto con atto di citazione notificato alla controparte personalmente e non con atto riassuntivo. Avanti al giudice civile il parametro sostanziale di riferimento è costituito dagli artt. 2043 e 2059 Cc (e non già dall'art. 185 Cp), mentre le norme processuali di riferimento sono quelle del Cpc, in base a quanto previsto dall'art. 394, 1° comma, Cpc.

Ne deriva, secondo la Cassazione civile, che:

i) è possibile, nei limiti del sistema generale delle preclusioni fissato dall'art. 183 Cpc[44], l'*emendatio* della domanda risarcitoria o restitutoria proposta *ex novo* avanti al giudice civile

---

[39] In questi termini C. Citterio, *Rivive il principio di accessorietà dell'azione civile nel processo penale, www.giustiziainsieme.it*, 2.2.2021.

[40] V. *in primis* Cass. civ., 12.4.2017, n. 9358 e, successivamente, tra le altre, Cass. civ., 1.4.2021, n. 9128; Cass. civ., 13.01. 2021, n. 457; Cass. civ., 15.1.2020, n. 517; Cass. civ., 10.9.2019, n. 22520; Cass. civ., 25.6.2019, n. 16916. A tale orientamento si è conformata anche la prima sezione civile della Cassazione: v. infatti Cass civ., 12 maggio 2021, n. 12661. In merito a questo orientamento giurisprudenziale. v., con toni critici, G. Ruffini, *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 Cpp,* in L. Luparia, L. Marafiori, G. Paolozzi, *Processo penale e processo civile: interferenze e questioni irrisolte*, Torino, 2020, 285 ss., spec. 291 ss. Per un commento adesivo v. invece A. Bonafine, *Il giudizio di «rinvio» al giudice civile dopo l'annullamento della sentenza penale*, cit., 929 s.

[41] Poiché ad essere pendente è ormai la sola domanda civile risarcitoria o restitutoria.

[42] Sulla nozione di trasmigrazione o, se si preferisce, di trasferimento dell'azione dalla sede penale a quella civile (e viceversa) v. M. Zumpano, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla rinuncia agli atti del giudizio civile per "trasferimento" dell'azione civile nel processo penale*, in *AP*, 2014, n. 3, 1 s.

[43] Del resto, come già si è fatto notare *supra* alla nota n. 9, lo stesso F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1166 osservava che quelle esaminate nel testo sono fattispecie anomale dal punto di vista del funzionamento della Cassazione con rinvio.

[44] Norma che la Cass. civ. reputa applicabile avanti al giudice d'appello, al posto delle preclusioni di cui all'art 345 Cpc. In proposito v. anche quanto si dirà a breve nel testo.

d'appello, ai fini della prospettazione degli elementi costitutivi dell'illecito civile parametrato sulle norme risarcitorie del codice civile (artt. 2043 e/o 2059 Cc) e non più sull'art. 185 Cp. La cassazione civile si esprime in termini di *emendatio* in quanto evidentemente compara il contenuto della nuova domanda risarcitoria o restitutoria avanzata avanti al giudice d'appello civile con quella a suo tempo avanzata in sede penale, ritenendo che si tratti del medesimo bene della vita; circostanza, questa, che giustifica la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della precedente domanda proposta in sede penale;
ii) trattandosi di un diverso processo, la decisione del giudice civile sull'*an debeatur* sarà affrancata da ogni valutazione in proposito posta in essere dal giudice penale[45]. Il giudice civile potrà valutare autonomamente, in base alle regole di giudizio proprie del processo civile, la sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo dell'illecito (colpa o dolo) e non sarà vincolato al rispetto del principio di diritto enunciato dalla Cassazione penale;
iii) le regole probatorie saranno quelle del processo civile, per cui non sarà possibile, ad esempio, attribuire efficacia di piena prova alla testimonianza già resa dalla parte civile nel processo penale stante il divieto di cui all'art. 246 Cpc (divieto di assumere come testimoni chi ha interesse in causa) e non opererà il principio di inutilizzabilità delle prove assunte in violazione di un espresso divieto proprio del processo penale neppure per le dichiarazioni auto-indizianti in quanto la categoria della inutilizzabilità – secondo la Cassazione civile – è propria soltanto del processo penale e non quello civile[46].
La prospettiva della Cassazione civile è stata condivisa dalle Sezioni Unite penali nella recentissima sentenza *Cremonini.* La pronuncia, che ha il merito di aver composto il conflitto tra cassazione civile e penale in ordine alla natura del giudizio avanti al giudice d'appello civile ai sensi dell'art. 622 Cpp, si riferisce alla *fattispecie D*, ossia è stata originata da una vicenda concreta in cui in appello non era stata rinnovata una prova dichiarativa ritenuta decisiva (*i.e.* la testimonianza della persona offesa), ragion per cui la cassazione ha annullato con rinvio la sentenza di secondo grado che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, aveva condannato l'imputato al risarcimento dei danni senza disporre la rinnovazione della prova. Al contempo, è stato enunciato il principio di diritto secondo cui, in tali casi, il rinvio per il nuovo giudizio va disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado d'appello.
Le Sezioni Unite penali, facendo leva sul disposto dell'art. 584 Cpp (derogato eccezionalmente solo dagli artt. 576 e 578 Cpp) ritengono che l'attrazione a favore della giurisdizione penale si sprigioni soltanto a fronte dell'emanazione di una sentenza penale di condanna. Nel caso in esame, viceversa, la *vis attractiva* esercitata dall'azione penale su quella civile avrebbe dovuto considerarsi venuta meno per effetto dell'emanazione della sentenza di assoluzione, con consequenziale necessità del ritorno dell'azione civile avanti al suo giudice naturale. In tal modo viene respinta la tesi, prospettata da una parte della giurisprudenza penale che, come segnalato, era propensa ad adottare, in questi casi, un'interpretazione restrittiva dell'art. 622 Cpp che avrebbe condotto allo svolgimento del giudizio di rinvio avanti al giudice penale.

[45] V., in particolare, la seconda delle fattispecie illustrate al paragrafo precedente.
[46] Sebbene il Cpc non tratti dell'inutilizzabilità, vi sono però delle norme speciali, quali ad esempio l'art. 9 del d.lgs. 28/2010 che impiegano tale espressione. Per tale ragione, in dottrina vi è chi ritiene di poter utilizzare tale categoria anche nell'ambito del processo civile. V., ad esempio, F. Ferrari, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *RDPr* 2013, 348 s.; L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino 2017, 186 ss.

Dunque, in base a quanto stabilito dalla sentenza *Cremonini*, il rinvio va disposto avanti al giudice civile di fronte al quale si svolgerà un nuovo processo, in cui i parametri sostanziali di riferimento saranno gli artt. 2043 e/o 2059 Cc e dove le regole di giudizio saranno quelle disciplinate da Cc e Cpc che, ad esempio, contemplano le presunzioni non previste dal Cpp.
Anche la lettura dell'art. 622 Cpp offerta dalla Cassazione civile e poi accolta dalle Sezioni Unite penali in *Cremonini* suscita, però, alcune perplessità.
La prima perplessità attiene alla mancanza di prevedibilità, da parte del danneggiato dal reato, del trasferimento officioso dell'azione alla sede civile, con consequenziale perdita dell'applicabilità dell'art. 185 Cp e delle regole del Cpp. Trattasi di perplessità che, come è stato notato[47], in linea di principio potrebbe essere superata facendo leva sul fatto che, quando il danneggiato dal reato sceglie di costituirsi parte civile nel processo penale accetta il rischio che, al venir meno dell'interesse pubblicistico a mantenere l'azione civile in sede penale (*vis attractiva*), l'azione civile torni nella sua sede naturale, con consequenziale applicazione delle regole sostanziali e processuali civilistiche. Peraltro – sottolinea la sentenza *Cremonini* – siffatta diversità di regole sostanziali e processuali, non consente "di individuare agevolmente un regime deteriore per l'una o l'altra parte". In effetti, concentrandosi sulla figura del danneggiato dal reato, la dottrina processualcivilistica[48] ha fatto notare che la parte civile, sia nel caso di annullamento ai soli effetti civili della sentenza di proscioglimento, sia nel caso di annullamento delle statuizioni civili contenute nella sentenza penale di condanna (o di proscioglimento per particolare tenuità del fatto) potrebbe ottenere dal giudice civile, grazie al rinvio *ex* art. 622 Cpp, l'accoglimento di una domanda risarcitoria che in sede penale non avrebbe ottenuto ristoro, essendo applicabili l'art. 185 Cp e più rigorosi criteri di giudizio.
Sta di fatto, però, che il danneggiato civile aveva liberamente scelto di avanzare la propria pretesa in sede penale. Per parte sua l'imputato – come ricorda ancora la sentenza *Cremonini*[49] – ha invece la possibilità di scegliere la sede in cui mantenere l'azione civile, in quanto in caso di amnistia o prescrizione ha la possibilità di evitare la trasmigrazione dell'azione in sede civile rinunciando a giovarsi di siffatti istituti.
Soprattutto, l'aspetto di questa ricostruzione che a nostro avviso non convince risiede nel fatto che il venir meno della *vis attractiva*, a ben vedere, ha uno strano modo di operare, nel senso che l'interesse pubblicistico al mantenimento dell'azione civile in sede penale sembra venir meno nel solo caso in cui vi sia un *error in procedendo* commesso dal giudice e rilevato in sede di legittimità. Ad esempio: se nella vicenda che ha originato la sentenza *Cremonini* il giudice d'appello, a seguito della impugnazione operata dalla sola parte civile della sentenza di assoluzione emessa in primo grado, non avesse commesso errori e avesse disposto la rinnovazione della prova, la domanda di parte civile sarebbe stata decisa dal giudice penale, come scelto da colui che ha deciso di costituirsi parte civile e benché il giudizio di impugnazione avesse ormai rilevanza soltanto civilistica. Il che sembra contraddire l'assunto su cui si basa il ragionamento delle Sezioni Unite penali secondo cui, al cessare della rilevanza penale della vicenda, viene immediatamente meno anche la *vis attractiva* che attrae le domande risarcitorie o restitutorie alla giurisdizione penale.

[47] Da Cass. pen. S.U. in *Sciortino* e *Cremonini* (punto 10.1 della motivazione). Le medesime argomentazioni sono riprese da A. Bonafine, *Il giudizio di «rinvio» al giudice civile dopo l'annullamento della sentenza penale*, cit., 929 s.
[48] G. Ruffini, *La giurisprudenza civile in tema di giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 Cpp*, cit., 294, esprimendo al contempo perplessità avverso la posizione della terza sez. della Cassazione civile in ordine alla qualificazione del giudizio da svolgersi avanti al giudice civile d'appello.
[49] Cass. pen. S.U., 4.06.2021, n. 22065, *Cremonini*, punto 10.1 della motivazione.

Ciò che, inoltre, appare difficilmente spiegabile è perché il ritorno dell'azione civile nella sua sede naturale determini, per il danneggiato dal reato, la perdita di un grado di giudizio di merito. Si può solo immaginare che non si volessero ulteriormente dilatare i tempi per la conclusione del giudizio civile[50]. La stessa giurisprudenza della Cassazione civile prima richiamata, nella parte in cui afferma l'applicabilità, avanti al giudice civile d'appello, delle preclusioni di cui all'art. 183 Cpc, piuttosto che quelle, più rigorose, previste per il giudizio di gravame dall'art. 345 Cpc, mostra di configurare quello in questione come un giudizio in unico grado di merito. Vero è che il doppio grado di giurisdizione di merito non ha copertura costituzionale e che la parte civile non può attendere all'infinito prima di ottenere giustizia. Non appare però ragionevole che, a fronte di situazioni quali quelle che abbiamo qui preso in esame, il giudizio si trasferisca in sede civile con consequenziale cambiamento sia del paradigma sostanziale che delle regole processuali da applicare, senza che l'interessato abbia a disposizione un doppio grado di merito civile[51].
Non a caso la corposa motivazione della sentenza *Cremonini* omette di rispondere compiutamente all'obiezione secondo cui " la parte civile, ove rinviata innanzi al giudice civile di appello, perderebbe un grado di giurisdizione se non fossero mai state emesse decisioni sui danni, perché l'imputato risultava prosciolto", limitandosi telegraficamente ad affermare che si tratta di "obiezione non fondata"[52].
Veniamo, infine, al profilo probatorio, con riferimento al quale la sentenza *Cremonini*[53] afferma che "il mutamento delle regole probatorie a seguito dell'annullamento *ex* art. 622 Cpp, contrariamente a quanto sostenuto dall'ordinamento minoritario, non pone problemi sotto il profilo delle esigenze difensive delle parti, danneggiato e danneggiante, che fino a quel momento hanno scelto e commisurato la loro attività difensiva a regole probatorie diverse". Le Sezioni Unite penali ritengono che le prove assunte in sede penale possano continuare ad avere valenza nel nuovo giudizio civile, posto che nel processo civile è ormai pacifica l'ammissibilità delle prove atipiche, quali sarebbero quelle assunte nel processo penale e fatte valere in sede civile a seguito della *translatio* del giudizio risarcitorio/restitutorio. Nella medesima ottica sembrano muoversi i lavori della c.d. Commissione Lattanzi, nella parte in cui si propone di elaborare una legge delega in cui

[50] V. in proposito il punto 13 della motivazione di Cass. pen. S.U., 4.06.2021, n. 22065, *Cremonini*.
[51] Una terza perplessità, relativa alle ipotesi di correità, è formulata da S. Ruggeri, *Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato*, in *Legislazione penale* 2021, 22.4.2021, 52-53: "Immaginiamo che il processo penale instaurato nei confronti di A e B si concluda con una condanna penale e con la conseguente condanna al risarcimento *ex* art. 185 Cp in capo a entrambi gli imputati in solido, e che solo A impugni, ottenendo un'assoluzione *ex* art. 530 Cpp in appello. Supponiamo a questo punto che avverso tale esito decisorio ricorra la Procura generale, e che nel corso del giudizio in cassazione A muoia e la Corte, valutati oculatamente gli atti e giudicato fondato il ricorso del pubblico ministero, concluda il processo con un annullamento senza rinvio contenente una declaratoria estintiva nei confronti di quest'imputato. Possiamo seriamente affermare che il giudice civile possa affrontare la questione risarcitoria disancorandola per A dall'accertamento del reato e giudicarlo in base all'art. 2043 Cc o a una lettura esasperatamente autonomistica dell'art. 2059 Cc, quando la responsabilità civile *ex* art. 185 Cp è stata affermata in sede penale per B?"
Ebbene, in maniera assai peculiare, in base alla posizione della Cassazione civile e delle Sezioni Unite penali in *Cremonini*, la responsabilità risarcitoria di A (sembra) sarà da valutare in base ad un parametro sostanziale distinto rispetto a quello in base a cui è stata valutata quella dell'altro coobbligato solidale (B).
[52] Cass. pen. S.U., 4.06.2021, n. 22065, *Cremonini*, punto 11.1 della motivazione.
[53] Cass. pen. S.U., 4.06.2021, n. 22065, *Cremonini*, punto 17. 4 della motivazione.

si preveda che il giudice civile del rinvio abbia l'obbligo di valutare le prove raccolte nel processo penale[54].
Sennonché, come segnalato dalla dottrina processualcivilistica[55], se è vero che in linea di principio le prove atipiche hanno ingresso nel processo civile e che il giudice civile ne valuta l'attendibilità e rilevanza, è altrettanto vero che le prove raccolte nel processo penale saranno utilizzate con valenza di prova atipicamente assunta dal giudice civile soltanto "ogniqualvolta si tratti di prove previste in entrambi i riti". Tutte le volte in cui, invece, si verta in presenza di prove che il processo civile non conosce (ad esempio: la testimonianza del danneggiato dal reato), ovvero la cui ammissibilità è diversamente disciplinata rispetto al Cpp, le prove assunte nel processo penale saranno sì valutate dal giudice civile, ma non già come prova bensì con valenza degradata, *i.e.* alla stregua di meri argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 Cpc.
A ciò si aggiunga che, nello scenario configurato dalla sentenza *Cremonini*, il giudice civile potrà valutare il materiale probatorio già formatosi in sede penale ma certamente non potrà provvedere alla rinnovazione di mezzi di prova non previsti dal Cpc, come ad esempio la testimonianza della persona offesa. Con la conseguenza, già prontamente segnalata[56], che nella vicenda *Cremonini* la cassazione penale ha cassato una sentenza per mancata rinnovazione di una prova decisiva ma la conseguenza di siffatta cassazione non sarà lo svolgimento di una fase rescissoria in cui si compie l'attività necessaria per sanare il vizio riscontrato. Si avrà, piuttosto la trasmigrazione del giudizio in sede civile, laddove saranno applicabili differenti regole sostanziali per la valutazione della sussistenza di una pretesa risarcitoria o restitutoria e differenti regole processuali. In altri termini, si rinvia al giudice civile non perché sani il vizio riscontrato, bensì perché avvii, in secondo ed unico grado di merito, un giudizio risarcitorio/restitutorio retto dalle regole civilistiche.

4. All'esito di questa breve disamina, l'unica certezza che abbiamo acquisito è che, per le ragioni che speriamo di essere riusciti ad esplicitare, non risulta pienamente convincente nessuna delle soluzioni che sono state prospettate dalla giurisprudenza a proposito dell'art. 622 Cpp applicato ai casi in cui al giudice civile sia demandato anche l'accertamento dell'*an debeatur*.
Come segnalato con lungimiranza da Franco Cordero già all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Cpp, il *lapsus* normativo in cui è incorso il legislatore quando ha scritto l'art. 622 Cpp non cessa di creare pasticci. Pasticci che, sembra, potranno essere risolti solo per mezzo di un intervento del legislatore, a meno di non voler interpretare l'art. 576 Cpp proprio nel modo suggerito da Cordero[57].
Non spetta al processualcivilista indicare quali siano le modifiche da apportare al Cpp per rimediare ai problemi che in questa sede abbiamo soltanto tentato di evidenziare.
Il processualcivilista, però, sommessamente si domanda se, in una prospettiva *de jure condendo*, non sia possibile immaginare che la *vis attractiva* esercitata dalla giurisdizione penale possa avere valenza ultrattiva fino alla conclusione del giudizio di rinvio "ai soli effetti civili"[58]. Ci si domanda, cioè, se non sia possibile evitare che la parte che ha scelto di esercitare l'azione civile in sede

[54] Si veda, in particolare, la proposta di riformulazione dell'art. 7 d.d.l. A.C. 2435 contenuta nella Relazione finale della Commissione Lattanzi, consultabile al link https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf, 34.
[55] G. Canale, *Riflessioni sul giudizio di rinvio ai soli effetti civili ex art. 622 Cpp*, cit., 1022 ss.
[56] *Supra*, nota n. 22.
[57] *Supra*, nota n. 17.
[58] Così B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale*, cit., 157.

penale sia costretta a trasferirsi in sede civile non per sua volontà, bensì per un evento accidentale, ossia in conseguenza di un *error in procedendo* commesso dall'autorità giudiziaria, quantomeno nelle *fattispecie B, C, D* che illustrammo al par. 1. Il risultato potrebbe forse essere ottenuto limitando l'operatività dell'art. 622 Cpp ai casi in cui sussista una sentenza penale di condanna che vincoli il giudice civile all'*an debeatur*. Nel formulare questa ipotesi si è tuttavia consapevoli che si tratterebbe di strada percorribile solo dopo aver risolto in senso positivo la questione di compatibilità tra la presunzione d'innocenza e l'operare dell'art. 185 Cp avanti al giudice penale. Quest'ultima è difatti di una norma che, per l'ottenimento della tutela risarcitoria presuppone l'accertamento di un reato anche in relazione alle fattispecie in cui la sentenza penale sia di assoluzione ovvero di prescrizione del reato[59].

[59] *Supra*, nota n. 12.

CONCORSO FORMALE ETEROGENEO, *NE BIS IN IDEM* E LIMITI OGGETTIVI DEL GIUDICATO PENALE

di Diego Foti
Dottore di ricerca presso l'Università degli studi di Messina e Avvocato del foro di Messina

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L*'idem factum*. – 3. Il concorso formale eterogeneo. – 4. Il percorso seguito dal giudice delle leggi. - 5. Considerazioni conclusive.

1. Davvero difficile descrivere la pregnanza e i raffinati estetismi giuridici che caratterizzavano le riflessioni del maestro Franco Cordero, così come la capacità di incasellare ogni passaggio logico dei suoi scritti in uno sconfinato panorama di conoscenza, allo stesso tempo, storico e tecnico-giuridico.
Probabilmente, non esiste via migliore che ricordarli e da essi partire nello studio di argomenti che come nessun altro ha saputo analizzare, fornendo critiche, indicazioni e, financo, soluzioni tuttora utili a qualunque operatore del diritto.
Quale esempio più calzante potrebbe, perciò, utilizzarsi se non quello della vicenda che vede protagonista Raymond Vassal, assolto dall'ipotesi di "escroquerie" e, poi, imputato quale falsario, sul presupposto che lo stesso avvenimento costituisca due delitti, per introdurre l'argomento relativo ai limiti oggettivi del giudicato, e, nello specifico, la complessa e controversa tematica attinente al concorso formale eterogeneo?
Ancora oggi si registrano approdi dottrinali confliggenti e lontana pare la soluzione di annose problematiche che, nella volontà di trovare un valido equilibrio tra corretta interpretazione del dato normativo e ragioni di giustizia sostanziale, continuano ad alimentare incertezze a causa di percorsi solutori non omogenei, spesso disancorati da stratificazioni dogmatiche storicamente maturatesi, tanto nella dottrina sostanzialistica, quanto in quella processualistica.
In questo quadro gli scritti di Cordero costituiscono non solo un punto di partenza ma, sovente, un faro, in grado per un verso di fornire gli strumenti idonei ad una corretta esegesi normativa e, per altro, di offrire una chiave di lettura alle recenti novità che in argomento emergono dalle motivazioni delle sentenze di legittimità e della Consulta.

2. Fondamentale requisito, oltre all'identità soggettiva, per l'effettività della garanzia del *ne bis in idem* è l'identità del fatto, così come evidenziato dalla lettera dell'art. 649 Cpp. Non si può dubitare che il concetto di *idem factum* di cui alla richiamata norma non abbia alcun collegamento con la nozione che il legislatore prende in considerazione in tema di correlazione tra accusa e difesa[1].
Risulta necessario individuare il concetto di fatto ai sensi dell'art. 649 Cpp, trattandosi di analisi preliminare per trattare la problematica oggetto del presente contributo.

[1] G. Lozzi, *Lezioni Di Procedura Penale, XIV ed*.,Torino 2020, 839, per il quale "ai sensi dell'art. 521 comma 2 c.p.p., si realizza la diversità del fatto e, quindi, sorge per il giudice l'obbligo di disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero anche se la diversità tra il fatto, così come emerge a conclusione dell'istruttoria dibattimentale ed il fatto contestato nel decreto che dispone il giudizio (ovvero nelle contestazioni effettuate in sede dibattimentale ai sensi degli artt. 516, 517, 518 Cpp), concerne una semplice modalità cronologica o topografica, mentre siffatte variazioni non rilevano ai fini del *ne bis in idem".*

Un punto fermo nella dottrina tradizionale è dato dall'equivalenza tra il termine fatto e il termine condotta[2], sulla considerazione che l'art. 649 Cpp esclude chiaramente i dati variando i quali muterebbero "titolo", "grado" e "circostanze", lasciando così fuori il nucleo identificato dalla condotta[3].
La giurisprudenza si è pronunciata in senso diametralmente opposto: alcuni orientamenti includono invero tra i parametri significativi ai fini della valutazione dell'*idem factum* anche altri elementi, determinando, per tale via, la restrizione delle ipotesi in cui è ravvisabile il rapporto di identità tra *res iudicata* e *res iudicanda.*
Un primo filone interpretativo ritiene rilevanti, oltre alla condotta, il rapporto di causalità e l'evento, perciò, potrà esservi corrispondenza tra i fatti in oggetto solo in caso di identità di tutti gli elementi costitutivi dell'ipotesi delittuosa[4]. Sarebbe ad esempio esclusa l'operatività del *ne bis in idem* tutte le volte in cui, a seguito di una condanna definitiva per lesioni colpose, si proceda nei confronti dello stesso imputato per l'ipotesi di omicidio colposo in seguito alla morte della persona offesa a causa delle ferite per effetto della medesima condotta precedentemente oggetto di giudizio, ovvero, par citare altro esempio, escludendo l'*idem factum* nel caso in cui il secondo giudizio si riferisca alla stessa fattispecie coperta dal primo ma nella forma tentata e non consumata.
Secondo altro orientamento tra i parametri interpretativi del *ne bis in idem* dovrebbero essere inclusi anche elementi storico - naturalistici come le condizioni di tempo, di luogo e di persona[5].
Tali soluzioni, frutto di commistioni tra dogmatica e politica criminale, verosimilmente allo scopo di dare una risposta punitiva piena, si caratterizzano per un marcato contrasto con il dato normativo, che ne risulta neutralizzato, in particolare, come nei casi sopra richiamati, vanificandosi la previsione dell'irrilevanza del grado e del titolo[6].
Il conflitto in parola trova invero una sua fisiologica composizione attraverso la pregevole considerazione offerta per primo da Cordero: ″Fatto significa condotta: e questa struttura nucleare include l'oggetto fisico, dove ne esista uno (reati cosiddetti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono″[7].
Occorre cioè tenere in considerazione che la condotta, unico elemento considerato nella lettera dell'art. 649, va comunque rapportata all'oggetto su cui incide, potendosi così evitare soluzioni palesemente illogiche, come nel caso di assoluzione dalla contravvenzione per eccesso di velocità e divieto di un secondo giudizio per il reato di omicidio fondato su quell'elemento di colpa[8].
È opportuno sottolineare che i concetti di fatto, condotta ed evento non sono che il prodotto di un'astrazione e, quindi, della (talvolta arbitraria) scomposizione della realtà, con il rischio che

[2] A. Pagliaro, *Fatto, Diritto Processuale Penale*, in *ED*, XVI, Milano 1967, 964. Secondo l'autore, che pur si rivolge al testo dell'art. 90 del vecchio codice, «fatto è soltanto la condotta esteriore (movimento corporeo o inerzia) che fu presa in considerazione nella precedente sentenza».
[3] "La decisione irrevocabile impedisce nuovi giudizi sulla "*res*", comunque venga poi rievocata: non importa che giorno o luogo siano diversi; e così i motivi dell'aggressione, nonché l'arnese (…), purché i rispettivi enunciati descrivano lo stesso avvenimento". F. Cordero, *Procedura Penale*, *IX ed*, Milano 2012, 1206.
[4] Tra le tante possono prendersi in considerazione Cass. Pen. S.U., 28.06.2005 n. 34655, Donati, in *CP* 2006, 28 ss.; Cass. pen., 7.03.2014 n. 32352, in *CED Cass*., n. 261937.
[5] Si veda in questo senso tra le molte Cass. pen., 27.05.2010, Rapisarda, in *CP*, 2011, pag. 1846 ss.
[6] Da ultimo D. Grosso, *Ne bis in idem e concorso formale eterogeneo*, in *Studi e ricerche di scienze umane e sociali* (a cura di) R. Delle Donne, fedOAPress, Napoli, 2014, 154.
[7] F. Cordero, *op. cit.*, 1206.
[8] F. Caprioli – D. Vicoli, *Procedura Penale Dell'Esecuzione*, Torino 2011, 87 ss.

astraendosi più del consentito le conclusioni finiscano col cadere nell'assurdo[9]. Tale ultima precisazione, invece, conduce a una contestualizzazione del concetto di fatto, mediante la valorizzazione di una caratteristica fisiologica dello stesso.
Appunto allo scopo di elidere soluzioni irragionevoli, come quelle di cui si è detto, deve così ribadirsi la non necessità di aderire a una concezione normativa del "fatto" che tenga conto, ai fini della valutazione dell'*idem*, di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, potendosi raggiungere il medesimo risultato grazie alla considerazione di tale suo connotato strutturale. Ciò permette una applicazione del principio contenuto nella norma in commento che tenga fede alla interpretazione tradizionale, e, allo stesso tempo, un concreto bilanciamento tra pretesa punitiva e tutela soggettiva che è vera *ratio* del fondamentale principio del *ne bis in idem*.
Fin dagli anni settanta del secolo scorso la dottrina ha evidenziato come lo stesso art. 90 del codice Rocco (confluito nel testo dell'art. 649 Cpp) abbia risolto il problema relativo al se il giudicato debba identificarsi con l'efficacia di accertamento della decisione ovvero con il *ne bis in idem*. L'effetto preclusivo connaturato a tale garanzia è invero collegato unicamente alla irrevocabilità della sentenza pronunciata con riferimento a un determinato fatto e nei confronti di un determinato soggetto indipendentemente dall'accertamento contenuto nella decisione stessa[10].

3. Individuato il concetto di identità del fatto, potrà adesso affrontarsi la problematica relativa alle ipotesi in cui il soggetto agente *ex uno actu* violi contemporaneamente più norme dell'ordinamento, risultando evidenti i risvolti pratici che si collegano all'adesione all'una o all'altra delle due interpretazioni menzionate. Trattasi dei casi di concorso formale di reati, logicamente scindibile dalle ipotesi di concorso apparente di norme nelle quali ad una condotta dovrà applicarsi, facendo buon governo dei principi previsti dall'art. 15 Cp e di quelli elaborati dalla giurisprudenza sul punto, un'unica norma penale sostanziale.
Nelle ipotesi in discorso, chi afferma la stretta equivalenza tra il fatto e la condotta ha, in modo coerente con le premesse, escluso che possa esserci un secondo giudizio vertente sulla medesima condotta, tanto nei casi di concorso formale omogeneo, quanto in quelli di concorso formale eterogeneo[11], versandosi in entrambe le ipotesi in una diversa considerazione del medesimo fatto sotto il profilo del titolo.
Qualora si consideri che la condotta va qualificata anche in ragione dell'oggetto materiale, il divieto non opererà nei casi di concorso formale omogeneo, col risultato che a fronte di un unico comportamento si sostanzieranno più fatti, data la pluralità di oggetti fisici, così come in alcuni casi di concorso formale eterogeneo, allorquando la condotta provochi un unico evento in senso naturalistico[12] pur integrando due diversi reati.

[9] D. Siracusano – A. Galati – G. Tranchina - E. Zappalà, *Diritto Processuale Penale*, Ed. (a cura di) G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Milano 2018, 876.
[10] G. Lozzi, *Giudicato (diritto penale)*, in *ED*, Milano 1969, XVIII, 913, a parere del quale non può accogliersi la tesi per la quale il *ne bis in idem* non rientrerebbe nella nozione di giudicato in quanto inidoneo a spiegare il vincolo sussistente per i giudici di successivi procedimenti a conformarsi al contenuto dell'accertamento di una precedente decisione e, pertanto, il suo significato dovrebbe trovarsi al di fuori dell'art. 90. Per l'autore n tal modo (…) si scambia l'effetto con la causa dal momento che si determina un'inversione dei termini del problema».
[11] A. Pagliaro, *op. cit*., 964 ss., secondo il quale: «La medesima condotta non può formare oggetto di un nuovo giudizio penale neanche quando si tratti di addebitare un reato in concorso con il reato precedentemente giudicato. Ciò, perché l'attribuzione di un reato diverso importa una diversa considerazione del «fatto» (inteso come condotta) «per le circostanze», contro l'esplicito disposto dell'art. 90».
[12] Vale precisare che l'accezione di evento naturalistico viene ricostruita da Cordero sulla scorta dell'incidenza che la condotta ha nella realtà fenomenica a causa della transitività di alcune condotte. Può, perciò, affermarsi che per l'autore un nuovo evento naturalistico si realizza nel caso in cui la condotta attinga un nuovo oggetto.

Proprio in tale prospettiva si colloca il pensiero di Cordero che ricostruisce la questione attraverso il percorso di formazione del vecchio articolo 90, intitolato "inammissibilità di un secondo giudizio", e, trattando dei lavori preparatori di quel codice, mette in luce come per scelta legislativa venne soppresso quel terzo comma che prevedeva proprio il riferimento al concorso formale eterogeneo escludendo dalla regola i reati concorrenti[13]. Forte in tal senso la sua critica rispetto alle posizioni della giurisprudenza che intesero "riesumare, *contra legem*, l'idea lanciata in quel terzo comma".
In effetti, tanto la giurisprudenza della Corte di cassazione, quanto quella costituzionale, come chiarito precedentemente, attraverso il riferimento al concetto dell'*idem legale*, hanno applicato all'art. 649 Cpp in modo totalmente opposto, al punto da ritenere con una sorta di automatismo la inapplicabilità del divieto di un secondo giudizio ogni qual volta si versi in ipotesi di concorso formale eterogeneo.
Il rigore di tale ermeneutica ha però dovuto affrontare il diverso orientamento maturato nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, interpretando il dettato dell'art. 4, protocollo 7 C.e.d.u., e prescindendo dalla locuzione *same offence* in esso contenuta, ha nei più recenti e significativi arresti sostenuto una posizione diversa dando rilievo alla componente storico-naturalistica del fatto in luogo di quella che risulta dalla previsione legale che lo caratterizza[14]. Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di Strasburgo, si attribuisce rilievo al fatto inteso nella sua accezione storico-materiale, ritenendo violato il divieto di un secondo giudizio nel caso in cui la *res iudicanda* concerna una contestazione vertente sulle "medesime circostanze concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio".
Non deve sorprendere che il contrasto appena riferito abbia reso necessario l'intervento della Corte costituzionale alla quale la questione è stata correttamente rimessa mediante il richiamo dell'art. 117 Cost.[15]
La Consulta, appurata la divergenza tra la nozione di medesimo fatto adottata dal diritto vivente interno (fondata sul concetto di *idem legale*) e quella fatta propria dai giudici di Strasburgo (criterio dell'*idem factum*) ha inteso allinearsi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dichiarando "l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 Cpp nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale eterogeneo tra il reato giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale"[16].
Assai interessanti le motivazioni della sentenza in parola nella parte i cui individua un profilo di contrasto fra l'accezione interna e quella convenzionale dell'*idem factum* in ragione del persistere di un orientamento seguito dai giudici italiani che richiede la coincidenza dei tre elementi costitutivi del reato (condotta, nesso di causalità ed evento) dando rilievo al mutamento dell'ultimo non solo in senso naturalistico, ma anche giuridico. Siffatta ricostruzione, a parere del giudice delle

[13] F. Cordero, *op. cit.*, 1183, vale citare le parole con le quali si riporta la posizione dello stesso Alfredo Rocco: «" questa disposizione parve non equa alla commissione parlamentare, perché, quando i vari reati derivano da un unico fatto, è opportuno che vengano tutti imputati e giudicati con un unico procedimento"; e convinto del rilievo, "l'ho soppressa"».
[14] C. eur., GC, 10.02.2009 Zolotukhin v. Russia; C. eur., 4.03.2014, Grande Stevens c. Italia. Entrambe consultabili in www.echr.coe.int
[15] Il meccanismo è quello delineato dalle c.d. sentenze gemelle, Corte Cost., 24.10.2007, n. 348 e n. 349 del medesimo giorno, entrambe consultabili in www.giurcost.org.
[16] Corte Cost., 31.05.2016, n. 200, in *PPG*, Torino 2017, n. 1, con commento di B. Lavarini, *Il ´fatto ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*.

leggi, allontanandosi dalla dimensione storico-naturalistica del fatto, determina un evidente conflitto con la Cedu e con gli artt. 24 e 111 Cost., posta la immanenza nel nostro sistema interno del principio del ne *bis in idem*, pur in assenza di esplicita enunciazione.

4. Si rende dunque opportuno affrontare alcune delle problematiche che sono insorte a causa dei non sempre chiarissimi passaggi motivazionali della sentenza da ultimo citata. I giudici costituzionali hanno, infatti, preso le mosse da una analisi delle posizioni maturatesi in seno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di meglio decifrare il concetto di fatto ivi analizzato. Particolare rilievo assume la considerazione fatta dalla Corte costituzionale per la quale secondo i giudici di Strasburgo non deve escludersi la rilevanza dell'evento e del nesso di causalità, in chiave strettamente naturalistica, oltre che dell'oggetto su cui incide la condotta, tale rilievo deve apprezzarsi in considerazione della impossibilità di cogliere argomenti *a contrario* dagli arresti giurisprudenziali citati nella ordinanza di rimessione, a partire dalla sentenza *Grande Stevens*, trattandosi in essi di reati di mera condotta e non potendo, pertanto, l'indagine fare altro che coinvolgere solo quest'ultima[17].

Tale affermazione non appare a ben vedere condivisibile sulla scorta delle numerose sentenze nelle quali la Corte europea, pur ponendo a confronto reati di mera condotta e reati di evento, ovvero due reati di evento, ha continuato a dare rilevanza alla medesimezza della "condotta"[18]. Del resto, già a partire dalla decisione della Grande Camera nel caso *Zolotukhin*, i giudici europei hanno posto l'accento sugli accadimenti concreti da cui derivano le imputazioni oggetto dei plurimi giudizi, ravvisandosi *l'idem factum* a condizione che riguardino il medesimo imputato e siano inscindibilmente legati nel tempo e nello spazio. Solo le discontinuità spazio-temporali apprezzabili tra le *res* oggetto di giudizio valgono a determinare il mutamento del fatto, non potendosi riconoscere alcun rilievo alla circostanza che il primo giudicato copra alcuni segmenti delle condotte, eventi e relativi nessi causali[19].

Pare che la Corte costituzionale non abbia colto appieno le ricadute dell'interpretazione patrocinata dalla giurisprudenza di Strasburgo, concludendo per una rilevanza dell'evento inteso in senso naturalistico, unitamente al corrispondente nesso di causalità, che lascia margini incerti e forieri di applicazioni concrete nel senso di una inaccettabile riduzione della garanzia del *ne bis in idem*.

Emblematico, in proposito, l'esempio più volte considerato delle lesioni e della successiva morte del soggetto attinto dalle condotte valutate in un precedente giudizio. In questo caso per certo si determinerà un nuovo evento in senso naturalistico, *id est* la morte della vittima, come tale distinta dal primo evento costituito dalla lesione di un organo; altrettanto nuova sarà l'indagine che riguarderà il nesso tra la condotta e la *causa mortis*, legame all'evidenza "nuovo" e "altro" rispetto a quello che collega la condotta alle conseguenze lesive dell'incolumità individuale. Il rilievo dell'evento in tal modo considerato dovrebbe, così, condurre alla possibilità di un nuovo giudizio anche nell'ipotesi di formazione progressiva del reato con ingiustificabile violazione dell'art. 649 Cpp in riferimento alla irrilevanza del grado dell'offesa.

Le stesse valutazioni possono effettuarsi anche in riferimento a reati che nella loro forma base non sono di evento, ma che lo diventano in ragione della clausola generale di incriminazione

[17] L'ordinanza di rimessione può essere letta su www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2015, con commento di I. Gittardi, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*.

[18] Cfr. C. eur., 14.04.2014, Mulija c. Bosnia Herzegonina e C. eur., 23.05.2015, Butnaru e Bejan – Piser c. Romania. Entrambe consultabili in www.echr.coe.int.

[19] Così, B. Lavarini, *op. cit.*, 3 ss.

suppletiva di cui all'art. 40, comma 2 Cp, i c. d. delitti commissivi mediante omissione. La questione riguarda, come noto, titolari di posizioni di garanzia cui vengano contestate in separati processi le medesime condotte omissive, nella misura in cui non avrebbero impedito eventi fattualmente diversi. Oltre alle valutazioni critiche sopra effettuate, sarebbe opportuno chiedersi se per la medesima attività, magari riguardante ampi frammenti di vita, l'esposizione reiterata al rischio di plurimi processi in relazione a eventi diversi costituisca un costo accettabile o inevitabile[20].

5. Alla luce delle suesposte considerazioni, l'unica interpretazione plausibile dell'art. 649 Cpp, in grado di cogliere gli spunti derivanti dall'esperienza sovra-nazionale e di fornire risposte logiche in chiave di bilanciamento tra pretese di punizione e garanzie soggettive, è quella che tiene conto oltre che della condotta in senso stretto, anche del relativo oggetto materiale. L'unico nuovo evento che può consentire un secondo giudizio è pertanto quello concernente un differente oggetto materiale (si pensi, rispetto alla vicenda eternit, a nuove vittime di lesioni – o peggio nuovi morti - a causa delle omissioni che in materia anti-infortunistica furono attribuite agli imputati nel primo processo.
Foriera di interpretazioni contrastanti si presenta, invece, la soluzione cui è giunta la Corte costituzionale nella sentenza più sopra richiamata. E non sorprende, pertanto, che autorevole dottrina abbia ritenuto operante il divieto di un secondo giudizio, posta la rilevanza della diversità di evento, solo in ipotesi di concorso apparente di reati[21].
Come anticipato, pare improbabile individuare un orizzonte giurisprudenziale che tenga conto delle reali esigenze sottese alla garanzia soggettiva del *ne bis in idem,* come può notarsi proprio nella vicenda che ha occasionato l'intervento del giudice delle leggi. La via per proseguire con il secondo giudizio avente ad oggetto le medesime condotte omissive, anche in riferimento ad eventi già verificatisi durante la pendenza del primo, è stata rinvenuta in ragione della necessità di indagare il nesso di causalità tra le omissioni in oggetto e le morti, posta l'imputazione di queste ultime quali (mere) aggravanti delle ipotesi delittuose contestate nel precedente giudizio, *id est* disastro doloso e omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro.
In una evidente eterogenesi dei fini, si finisce col premiare l'operato di chi, per scelta, intendeva evitare di fornire (piena) prova di quei nessi, mediante le iniziali contestazioni, col sacrificio della garanzia soggettiva prevista dal nostro codice di procedura penale.
Nel ricordo di Franco Cordero, è opportuno concludere con le sue parole.
Esiste un corso ciclico del giuridicamente opinabile e data la concorrenza di due reati commessi *uno actu* niente vieta che, giudicatone uno, l'autore sia perseguito per altro. "Tipico esempio del sofisma detto *ignoratio elenchi,* ossia addurre premesse irrilevanti; i testi non limitano il *ne bis in idem* a chi rischi un indebito sdoppiamento della pena (…) Non esiste addirittura questione: l'art. 649 vieta un secondo giudizio sul medesimo fatto, anche sotto titolo diverso; ed è quanto succede nel concorso formale eterogeneo; un fatto cade sotto due titoli. *Ne bis in idem*, senza il minimo dubbio"[22].

[20] In questo senso, D. Pulitanò, *La Corte Costituzionale sul Ne Bis In Idem*, in *CP*, 1, 2017, 73.
[21] P. Ferrua, La Sentenza costituzionale sul caso eternit: Il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente, in *CP*, n. 1, 2017, 84 ss. Contra, F. Caprioli – D. Vicoli, *op. cit*., 89.
[22] F. Cordero, *op. cit*., 1029.

GIUDICARE IN IPOTESI E RINUNCIARE AL GIUDIZIO NON SONO LA STESSA COSA. A PARTIRE DAL CASO LIMITE DEL REATO ESTINTO

di Alessio Lo Giudice
Professore Ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Messina

SOMMARIO: 1. Il caso limite del reato estinto; 2. Il presunto sconvolgimento dell'*ordo decidendi*; 3. Disordine decisionale?; 4. Sulla questione filosofica del giudizio; 5. I limiti della logica sillogistica; 6. Il giudizio giuridico come giudizio riflettente; 7. Il giudizio come ipotesi necessaria.

1. Le pagine di Franco Cordero dedicate alla "Decisione sul reato estinto"[1] sono in grado di ispirare molteplici riflessioni teorico-generali e filosofico-giuridiche. Riflessioni che, per la varietà e l'importanza dell'oggetto, meriterebbero certamente un approfondimento di carattere sistematico. In questa sede, ritengo però più opportuno limitare deliberatamente il raggio d'azione dell'analisi, focalizzando l'attenzione sul tema del giudizio e su alcuni spunti di riflessione che, rispetto a tale tema, scaturiscono in maniera significativa dalle considerazioni di Cordero.
Del resto, è lo stesso Cordero ad "autorizzare" una tale impostazione considerando quanto afferma nella nota voce "Giudizio", scritta per il Novissimo Digesto e aggiornata nel 1991 per il Digesto, intendendo spiegare in che termini lo schema del giudizio consenta di rappresentare l'intera esperienza giuridica: «si guardi alle categorie formali d'ogni immaginabile discorso giuridico ovvero alle concrete previsioni che rappresentano il contenuto delle norme, alla prescrizione dei comportamenti od alla statuizione degli effetti, la vita del diritto si risolve in un'inesauribile trama di giudizi, del legislatore, dell'interprete, del subditus, degli organi preposti all'applicazione delle norme»[2]. Mi limiterò, dunque, a mostrare "soltanto" come il caso limite del reato estinto, per come è affrontato da Cordero, il quale, non a caso, lo associa ad una situazione in cui il giudizio è ben presente, riveli profili estremamente significativi della struttura del giudizio giuridico in sé.

2. Cordero sottolinea più volte come i fatti estintivi della punibilità provochino una contrazione dell'accertamento perché conducono a dichiarare l'estinzione di ciò di cui non abbiamo conoscenza. Non sappiamo cioè se le condotte in oggetto configurino, oltre ogni ragionevole dubbio, il reato di cui occorre dichiarare l'estinzione. L'evidente impasse logica (dichiaro estinto ciò di cui ignoro l'esistenza) si affronta tecnicamente con il ragionamento ipotetico del giudice: anche qualora il reato esistesse il reo non potrebbe essere punito. Si affronta, o si supera, quindi, con una decisione *in jure* che, secondo Cordero, deve fondarsi su una norma incriminatrice della cui validità non possa dubitarsi. Resta il fatto che il sillogismo a cui è chiamato il giudice in caso di decisione sul reato estinto, quale presupposto stesso del proscioglimento, vede nella sua premessa minore non un fatto ma un'ipotesi di fatto che, naturalmente, rientra nell'ordine delle possibilità. È possibile, cioè, ma solo possibile, che se si fosse proceduto con l'acquisizione probatoria, si sarebbe giunti ad affermare la sussumibilità della condotta in oggetto entro la fattispecie di reato per cui si è palesata una causa di estinzione. Con assoluta chiarezza, afferma Cordero che «se il fatto sussista, se l'imputato lo abbia commesso, se quel fatto sia illecito, sono

[1] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, cap. V, Milano 1966, 91-125.
[2] F. Cordero, *Giudizio*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1961 (ora *Digesto*, 4ª ed., vol. V Penale, 1991), 2 (edizione online).

questioni alle quali non è stata data una risposta con effetto di giudicato […] Si dica piuttosto che, acquisito un dato accertamento in diritto, il legislatore reputa superflua l'indagine sulla fondatezza dell'accusa: il processo mira ad accertare in modo positivo o negativo il potere di punire, e per venire a capo della questione basta un giudizio ipotetico, quando l'asserito fatto è tale che la possibilità di infliggere una pena dovrebbe comunque ritenersi esclusa»[3].

La decisione, dunque, sul reato estinto, equivale a un salto cui corrisponde un vuoto cognitivo evidente. Sulla base di un'ipotesi fattuale e non di un accertamento, e sempre che manchi la prova dell'innocenza dell'imputato, si pronuncia il proscioglimento per estinzione del reato. Il salto del giudizio, in questo caso, copre evidentemente lo scarto che separa una cognizione necessariamente insufficiente dall'atto di volontà del giudice. E che si tratti di un caso limite, è Cordero stesso ad evidenziarlo quando sostiene che saremmo di fronte allo sconvolgimento dell'*ordo decidendi*, anche perché vi è una chiara differenza, alla luce delle diverse conseguenze giuridiche, tra la decisione che assolve e quella che dichiara estinto il reato. Basti pensare al cortocircuito concettuale che pare innescarsi di fronte a un proscioglimento infondato sul piano fattuale a cui, nondimeno, possono seguire conseguenze e responsabilità giuridiche, ad esempio di tipo patrimoniale. Di fronte al fatto estintivo, l'azione può, infatti, rimanere penalmente illecita sebbene non sia stato compiuto, per ragioni giuridiche, un accertamento adeguato. La questione, d'altra parte, si complica ulteriormente se seguiamo, come ci sembra ragionevole fare, la tesi di Cordero circa il carattere sostanziale della decisione che genera il proscioglimento per estinzione del reato. Ribadisce, infatti, Cordero, come «dichiarare l'estinzione del reato equivalga a decidere la più appariscente fra le questioni per risolvere le quali si fa un processo: non si sa se un reato esista ma è certo che, se esistesse, il reo non sarebbe punibile»[4]. Siamo cioè innanzi ad un giudizio sostanziale privato di un fondamento decisivo, e cioè l'accertamento del dovere di punire. Accertamento che non ha luogo perché è vietato procedere, per accertare, in presenza di un fatto estintivo.

3. Ma il salto del giudizio, chiaramente evidente nel caso della decisione sul reato estinto, è davvero, come afferma Cordero, uno sconvolgimento, in qualche modo delimitato, dell'*ordo decidendi*. O rappresenta un caso limite in grado di rivelare un tratto di fondo del giudizio giuridico, specie del giudizio per antonomasia qual è quello del giudice? Se optassimo per questa seconda soluzione non saremmo di fronte a un reale sconvolgimento dell'*ordo decidendi*, piuttosto avremmo innanzi la rappresentazione dell'inesistenza stessa di un tale ordine o, per meglio dire, dell'impossibilità di ridurre il giudizio ad un'operazione logicamente ordinata e quindi razionalmente necessaria. Bisognerebbe allora chiedersi, come fa Francesco Carnelutti, non a caso definito da Cordero come "lo scrittore a cui si deve il più penetrante tentativo d'analizzare questa materia"[5] (la materia del giudizio), fino a che punto il giudice, per decidere, debba cercare di ampliare il presente davanti ai suoi occhi?

Il giudice, nei casi ordinari, diversi da quelli dell'estinzione di reato, sarebbe, naturalmente, tentato di proseguire all'infinito proprio perché ha sì ascoltato i testimoni e valutato le tracce del delitto, ma il delitto non lo ha visto e non può vederlo. Nonostante questo, egli deve andare avanti, deve giudicare: «Il giudizio, così, è un salto nel buio: dal noto all'ignoto; dal passato del giudice al passato dell'imputato, e poscia, al futuro. Ora la sua natura unitiva comincia a svelarsi: il giudizio

[3] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, *cit*., 97.
[4] Ivi, 99.
[5] F. Cordero, *Giudizio*, *cit*., 4

unisce, mediante il presente, il passato al futuro. Un compito sovrumano»[6]. Con altre parole, meno enfatiche sull'abisso che separa, nel giudizio, intelletto e volontà, lo stesso Cordero sottolinea i limiti del giudicare giuridico: «La materia del processo consiste in una somma di conoscenze indefinitamente perfettibili, ma l'inadeguatezza degli strumenti e gli stessi bisogni pratici per i quali si giudica fissano un limite, fissato dalla ragionevole convinzione che non si possa progredire oltre sulla via dell'approssimazione della verità»[7]. Ma il limite, la ragionevole convinzione che non si possa progredire oltre, risponde a un parametro oggettivo, indiscutibile? Risponde ad una necessità logico-razionale?
In realtà, risponde, come Cordero confessa, a un'esigenza pratica, tanto più evidente, come egli ci ha magistralmente insegnato nei suoi scritti, in un modello accusatorio che rinuncia per principio alla ricerca della verità con la V maiuscola. Un modello per il quale, come scrive Cordero nel suo *Manuale di Procedura Penale*, «l'unico valore sta nell'osservanza delle regole»[8], un modello per cui «un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto»[9]. Questo limite di natura pratica, dunque, non è in grado di nascondere il problema filosofico del giudizio. E cioè lo scarto tra intelletto e volontà o, per essere più precisi, quello tra necessità e libertà.

4. Il salto del giudizio, quale spazio volitivo in cui l'operazione intellettualmente creativa prende forma, è, in realtà, strutturalmente presente nella decisione del giudice. Non solo quando, come nel caso del reato estinto, l'accertamento sul fatto è necessariamente limitato. Non solo quando, come nel caso del reato estinto, il salto c'è ma è guidato poiché la direzione della volontà è già predeterminata dal legislatore attraverso l'individuazione delle cause di estinzione del reato. Il salto è presente anche nella pratica ordinaria del giudizio poiché esprime la natura stessa del giudizio e la questione filosofica che esso porta con sè
E non è certo casuale che tale questione si ponga con particolare vigore nella modernità, cioè nell'ambito di quel complesso e tortuoso processo di secolarizzazione come disincantamento[10]. La secolarizzazione, infatti, al netto di tutte le interpretazioni possibili, pone in discussione i tradizionali criteri trascendenti, universali e oggettivi di giudizio, facendo ricadere sulla ragione dell'uomo tutto il peso e la responsabilità del giudizio, sia esso morale, politico o giuridico.
La portata di questo peso, e quindi del problema conseguente, è ben presente nelle *Meditazioni metafisiche* di Cartesio. Nella quarta meditazione, dedicata al vero e al falso, egli, riflettendo sulla causa degli errori, individua il problema del giudizio: «Venendo a considerare più dappresso me stesso, e ricercando che natura abbiano i miei errori [...] mi rendo conto che dipendono da due cause che vi concorrono insieme: dalla mia facoltà di conoscere e dalla mia facoltà di scegliere, o libertà dell'arbitrio, ossia dall'intelletto e, congiuntamente, dalla volontà»[11]. Conoscere e volere sarebbero, dunque, le cause dell'errore di giudizio che spesso ci accompagna. Errore apparentemente inspiegabile, per Cartesio, considerando la sua concezione del soggetto razionale quale unico fondamento di verità. E infatti, per il padre del razionalismo moderno, la causa dell'errore non risiede nell'intelletto in sé o nella volontà in sé, bensì va colta nella difficile congiunzione tra queste facoltà della mente.

[6] F. Carnelutti, *Cosa è il giudizio?* (1948), in Id., *Arte del diritto*, Torino 2017, 56.
[7] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, *cit*., 101.
[8] F. Cordero, *Procedura penale. Nona edizione*, Milano 2012, 97.
[9] Ivi, 101.
[10] Per la celebre interpretazione del processo di secolarizzazione come disincantamento si rinvia, naturalmente, a M. Weber, *La scienza come professione* (1919), Milano, 2008.
[11] R. Descartes, *Meditazioni metafisiche* (1641), Roma-Bari 2007, 92-93.

L'intelletto non è colpevole dell'errore: «Attraverso il solo intelletto, difatti, mi limito a percepire le idee sulle quali posso poi pronunciare un giudizio; e in questo percepire, considerato rigorosamente a sé, non si trova alcun errore, in senso proprio»[12]. Ma anche nella volontà, che si esprime attraverso la libertà dell'arbitrio, non si annida la causa evidente dell'errore. Essa, infatti, consiste semplicemente: «nel procedere a affermare oppure negare, o a perseguire oppure aborrire, quanto c'è proposto dall'intelletto, senza sentirsi determinati da una forza esterna»[13]. La libertà strutturale del giudizio, giudicare senza essere determinati da una forza esterna, è sublimata nell'espressione di Cartesio, a conferma del fatto che non è nella libertà del volere che può essere individuata la causa dei nostri errori.
Ma allora da dove provengono gli inevitabili errori di ciascuno, si chiede ancora Cartesio? Ecco da cosa: «dal solo fatto che, dato che la volontà è più ampia dell'intelletto, io non la trattengo nei medesimi limiti di questo, bensì la estendo anche a quel che non intendo; e, poiché rispetto a ciò essa è indifferente, facilmente deflette dal vero e dal buono, ed è così che mi inganno o pecco»[14]. L'errore dipende dalla sproporzione che esiste tra l'ampiezza degli oggetti dell'intelletto e quelli della volontà. L'intelletto ha dei limiti, posso conoscere qualcosa, non posso conoscere tutto. La volontà è tendenzialmente illimitata, invece, nella scelta dell'oggetto del suo volere. Da questo scarto nasce l'errore. Precisamente quando la volontà si posa su ciò che non intendo e, si badi bene, non soltanto su ciò che non conosco assolutamente ma anche su ciò che non conosco sufficientemente. In tutti questi casi, per Cartesio, siamo di fronte a un vero e proprio salto nel buio che conduce fatalmente all'errore. In tutti questi casi, per Cartesio, la soluzione sarebbe astenersi dal giudizio.
Ma, al di là della soluzione proposta, se così si può chiamare, ciò che conta è la questione che Cartesio pone. Una questione che va intesa in senso radicale oltre la riflessione di Cartesio. Infatti, esiste davvero la possibilità di coniugare perfettamente intelletto e volontà? In altre parole, è possibile giungere a un grado di conoscenza quantitativamente e qualitativamente certa e definitiva in modo da determinare con altrettanta certezza e definitività il mio giudizio e la mia volontà? In particolare, è possibile questo quando si tratta di giudicare la condotta di un'altra persona o comunque situazioni storiche che comprendono fatti sociali? A ben vedere, nella quarta meditazione Cartesio coglie il problema ontologico del giudizio in quanto presa di posizione sul particolare. Infatti, tra intelletto e volontà c'è comunque uno scarto che, a volte, assume la forma di un abisso. L'abisso del giudizio. È questo il senso filosofico della questione del giudizio, reso palese, in un modo o nell'altro, dalla riflessione moderna. Ma, se così stanno le cose, è possibile ignorare la portata di un tale abisso pretendendo di ridurre la pratica del giudizio ad un'operazione esclusivamente logico-deduttiva? O, al contrario, occorrerebbe assumere la consapevolezza dello scarto e dell'abisso che è in gioco nel giudizio per affrontarlo come problema esistenziale e quindi, inevitabilmente, giuridico?

5. La prima possibilità, tra quelle appena indicate, è stata, entro certi termini, rappresentata dalla teoria e dalla pratica del sillogismo giuridico. Dal XVIII secolo sino alla prima parte del Novecento, la teoria generale del giudizio è stata infatti dominata dalla teoria del sillogismo giudiziale. Si tratta, come è noto, di una forma di sillogismo pratico che individua nella norma generale e astratta la premessa maggiore, nel fatto accertato la premessa minore, e nella decisione del giudice, logicamente necessaria alla luce delle premesse, la conclusione. Il rinvio a questa

[12] Ivi, 93.
[13] Ivi, 95.
[14] Ibi.

struttura concettuale ha origine nella pretesa illuminista di razionalizzare il processo decisionale del giudice attraverso formule logiche presuntivamente adeguate a rendere oggettivamente valida la decisione stessa. Esemplare, da questo punto di vista, è la configurazione del sillogismo penale nelle parole di Cesare Beccaria: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena»[15]. Secondo il positivismo giuridico classico, che sostenne il modello sillogistico parallelamente ai processi moderni di codificazione anche a salvaguardia dell'esclusiva prerogativa normativa del potere sovrano, il giudice dovrebbe già possedere gli strumenti necessari a individuare la premessa maggiore (tramite il sistema delle fonti) e la premessa minore (tramite le regole probatorie).

A partire dai primi decenni del Novecento, la nascita di importanti dottrine antiformalistiche in Europa (la *Giurisprudenza degli interessi* e la *Scuola del diritto libero* ad esempio), e negli Stati Uniti (basti pensare agli esponenti del *Realismo giuridico*), mise seriamente in discussione il monopolio teorico della concezione sillogistica[16]. Nel prosieguo del Novecento, e anche dopo la seconda guerra mondiale, tanto l'evoluzione della logica nell'ambito della metodologia scientifica, quanto la rilevanza che venne sempre più attribuita ai profili di ordine valoriale, personale e psicologico per comprendere il processo decisionale del giudice, contribuirono alla crisi della pretesa stessa di addivenire a teorie logico-razionali definitive in relazione alla decisione giudiziaria[17].

A ben vedere, ciò che tali tendenze mettono in discussione non è soltanto il modello sillogistico ma la possibilità stessa di elaborare una teoria generale del giudizio. Del resto, una critica interna alla struttura sillogistica consente di comprendere la natura problematica delle stesse premesse, in senso stretto, su cui essa si fonda. La costruzione delle premesse del sillogismo giudiziale è infatti un'operazione irriducibile a uno schema logico-teorico definitivo. Basti pensare, nel caso dell'individuazione della premessa maggiore normativa, alle variabili di ordine tecnico, morale, politico e psicologico che presiedono alla scelta tra più disposizioni possibili, all'individuazione del significato normativo della disposizione adeguata al caso concreto (interpretazione in senso stretto), alla possibile combinazione tra diverse scelte normative parimenti appropriate. D'altra parte, le difficoltà sono presenti, e forse in misura maggiore, anche nella costruzione della premessa minore fattuale. Si pensi al margine di inevitabile discrezionalità che condiziona la valutazione degli elementi probatori, come nel caso della testimonianza. Ma si pensi anche a come il regime probatorio, determinando quali prove, quando e come possono essere acquisite, e separando tendenzialmente la legittimazione delle prove stesse dalla loro efficacia, incida sull'accertamento del fatto minando l'ideale oggettività della decisione a cui mira il modello sillogistico.

[15] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Roma 1994, 22.

[16] La letteratura sull'antiformalismo giuridico è, naturalmente, sterminata. In questa sede ci si limita a segnalare, per il suo taglio ricognitivo, il lavoro di A. Tanzi (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano 1999.

[17] Ampia è la letteratura critica nei confronti del modello sillogistico. Tra le più celebri analisi critiche si annoverano, secondo percorsi naturalmente diversi, quelle, ad esempio, di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), Padova 1964; H. Kelsen, *Teoria generale delle norme* (1979), Torino 1985; Ch. Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica* (1976), Milano 1979. Si segnalano, tra le altre, per il loro carattere anche critico-ricostruttivo, le riflessioni di M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XLV, 2015, 163 ss.; M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino 2014.

Del resto, i limiti strutturali che incontra l'operazione di costruzione delle premesse hanno a che vedere con quella che Giuseppe Capograssi definiva come la doppia magia del processo: «far rivivere quello che non vive più, che è oramai spento, e farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all'esperienza che deve risorgere»[18]. La presenza, rispetto a ciò che è accaduto, è, nel processo, e nel giudizio in cui esso si risolve, letteralmente impossibile. È proprio questa necessità di rendere presente ciò che non è, e non può esser, tale, a determinare l'esigenza di costruire le premesse di fatto e di diritto, che non possono essere date poiché nel presente del giudizio non vi è nulla di dato in relazione all'oggetto della decisione. Come ancora sostiene Capograssi riferendosi al giudice «Non gli è presente l'azione, perché oramai è passata; e, si può dire, non gli è presente nemmeno la legge, perché la legge è generale e l'azione da giudicare è, più che particolare, puntuale, di un assoluta puntualità […] Così si può dire che il giudice non ha nulla, deve procurarsi tutto»[19]

Alla luce della necessità del giudice, da una parte, di "procurarsi tutto", e, dall'altra, di addivenire ad una decisione che non possa essere accolta come arbitraria, la declinazione delle teorie generali del giudizio contemporanee, nel senso dell'analisi del ragionamento giuridico, esprime la necessità di individuare un orientamento equilibrato tra i poli estremi del modello logicistico-sillogistico, da una parte, e dell'irrazionalismo e intuizionismo giudiziario dall'altra[20]. Si spiegano in questo senso i tentativi di elaborare la teoria del giudizio attraverso l'analisi logica e semantica del linguaggio giuridico, l'analisi dei giudizi di valore nell'attività interpretativa, l'analisi delle argomentazioni in senso retorico.

Ma, a ben vedere, data la diversità di presupposti teorici e metodologici che tali approcci comprendono, è impossibile affermare che esista oggi una teoria generale del giudizio giuridico. Inoltre, le teorie del ragionamento giuridico, come ha ben mostrato Michele Taruffo, sebbene rilevanti quali contributi per la teoria del giudizio, non possono essere considerate vere e proprie teorie del giudizio: «esse sono infatti teorie dell'interpretazione, idonee quindi nelle ipotesi migliori a costituire teorie del "giudizio di diritto", ma non ad esaurire la complessa struttura della decisione come sintesi di giudizi di diritto e giudizi di fatto. Anche l'elaborazione di una "logica del giudizio di fatto", che pure conosce rilevanti contributi, soffre del limite uguale e contrario»[21].

Il modello sillogistico ha comunque avuto il merito di isolare la distinzione di carattere orientativo, nell'ambito dell'attività giuridica decisoria, tra giudizio di diritto e giudizio di fatto. Ma, seppur importante sul piano conoscitivo, la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto non assume, nella pratica del giudizio, un carattere rigido. Al contrario, la costruzione di entrambi i giudizi avviene parallelamente, secondo un gioco di rimbalzo, che conduce colui che giudica ad analizzare i fatti per farsi un'idea sulla norma da applicare e ad analizzare le norme per farsi un'idea sulla configurazione del fatto da accertare. Questo andirivieni tra fatto e norma non segue un ordine di precedenza. Ha natura dialettica e procede secondo l'esigenza di avvicinare semanticamente

[18] G. Capograssi, *Giudizio Processo Scienza Verità*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1, 1950, 5.

[19] Ivi, 7.

[20] In relazione alle molteplicità di questioni posta dall'analisi del ragionamento giuridico, si rinvia, tra gli altri a A. Aarnio, *On legal reasoning*, Turku 1977; N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), Torino 2001; R. Guastini, *Giuridico, ragionamento*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Treccani, Roma 2001 (https://www.treccani.it/enciclopedia/ragionamento-giuridico_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/); L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento* giuridico, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino 2008; F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma 2016; G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza e* ragionamento, Roma 2010; D. Canale, G. Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino 2019.

[21] M. Taruffo, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma 1989, 2.

l'enunciato generale che descrive la fattispecie astratta con l'enunciato particolare che descrive la fattispecie concreta.
Con diversa intensità, da caso a caso, il processo interpretativo a cui qui si fa riferimento riguarda la pratica decisoria nel suo complesso. Al punto tale che quest'ultima non coincide mai con un puro giudizio determinante del tipo: data la norma si opera la sussunzione del fatto. Per questa ragione, sono ancora oggi oltremodo significative le perentorie considerazioni svolte da Francesco Carnelutti nel suo celebre articolo pubblicato nel 1949 nel terzo numero della "Rivista di Diritto Processuale", e intitolato *Torniamo al* «*Giudizio*»: «La cosiddetta scienza giuridica, risolvendo il giudizio nel sillogismo, continua, purtroppo, a fondarsi sull'ignoranza»[22]. L'ignoranza, per Carnelutti, ha per oggetto proprio il giudizio, la facoltà del giudicare e la sua traduzione giuridica di carattere necessariamente esistenziale: «Le nostre idee sono molto meno chiare intorno a *che cosa sia giudicare*»[23]
Come sostiene Taruffo, il giudizio giuridico è un procedimento complesso e delicato «nel quale giocano un ruolo essenziale i giudizi di valore formulati dal giudice: la categorizzazione dei fatti in vista della loro sussunzione nella fattispecie astratta non è infatti operazione puramente logica, ma implica spesso valutazioni e scelte intorno ai concetti generali da usare, la concretizzazione della fattispecie astratta implica, a sua volta, scelte valutative per la definizione del significato "concreto" dei relativi enunciati»[24].
Il giudizio giuridico equivale quindi strutturalmente a un'operazione intellettuale creativa ma non arbitraria, che comporta un inevitabile margine di drammatica, sebbene limitata, discrezionalità, e che non ammette una riduzione logicistica[25]. Come sostiene Carnelutti, riferendosi ancora al giudizio, «quello, che noi dobbiamo conoscere, è un dramma»[26]. L'esigenza di creatività è, naturalmente, variabile, ed è maggiore quando la fattispecie concreta si colloca non tanto entro il nucleo di luce e di significato della norma quanto invece nella sua zona di penombra. In un'area, dunque, dove è incerta la possibilità di applicare la norma stessa[27]. Questa dinamica, del resto, si riproduce anche nell'operazione di esatta individuazione delle conseguenze giuridiche della sussunzione effettuata. In tale caso, si tratterà comunque di interpretazione della norma, nella parte in cui prescrive gli effetti giuridici del verificarsi della fattispecie astratta, e di esercizio di un ampio margine di discrezionalità nell'esatta quantificazione delle conseguenze previste.
In ultima analisi, la complessità del giudizio giuridico deriva dal fatto che le premesse su cui esso si costruisce non sono date. Al contrario, si formano in occasione del procedimento decisionale. Un particolare, un fatto, pur informe, polisemico e ingannevole, si presenta sempre agli occhi del giudice. Il giudizio, la sua urgenza, non nasce dalla norma generale. Al contrario, il giudizio nasce e procede dal particolare alla ricerca della regola.

6. Tanto le considerazioni critiche sui limiti del sillogismo, quanto le magistrali riflessioni di Carnelutti e Capograssi, consentono di esplorare la seconda possibilità individuata in precedenza a conclusione dell'analisi sul giudizio come problema filosofico. Una possibilità che presuppone

[22] F. Carnelutti, *Torniamo al* «*Giudizio*», in *Rivista di Diritto Processuale*, 3, 1949, 169.
[23] Ivi, 168.
[24] M. Taruffo, *Giudizio (teoria generale)*, *op. cit.*, 6.
[25] Per un'analisi del tema della discrezionalità giudiziaria, nella quale si prende posizione a favore della discrezionalità limitata, e mai assoluta, del giudice, si rinvia a A. Barak, *La discrezionalità del giudice* (1989), Milano 1995.
[26] F. Carnelutti, *Torniamo al* «*Giudizio*», *cit.*, 170.
[27] Una classica riflessione sul significato da attribuire al margine di discrezionalità del giudice nella soluzione dei casi cosiddetti difficili o poco chiari si trova in H.L.A Hart, *Il concetto di diritto* (1961), Torino 2002, cap. VII.

la coscienza dello scarto tra conoscere e volere, e che, sulla base di tale consapevolezza, conduce a interrogarsi sulla sensibilità che andrebbe coltivata ai fini del giudizio. Sulle ampie prospettive che andrebbero prese in considerazione nell'atto del giudicare.
Per Carnelutti, ciò equivale a comprendere il carattere proiettivo del giudizio. Il passato reso presente, il fatto davanti agli occhi del giudice, è solo una parte di ciò che si cerca nel giudizio. L'unica parte accessibile alla conoscenza. Il futuro, cioè il significato che si attribuisce al passato (il contratto o il delitto), reso presente nel processo, e in grado di regolare la vita a venire, non è, invece, dato. Come già sottolineato, la norma, dunque, quale significato della disposizione giuridica adeguato a inquadrare la fattispecie concreta, non è mai veramente data. Di conseguenza, per giudicare a partire necessariamente dal particolare, ci sarebbe bisogno, sostiene Carnelutti, del *senso del tutto*. Cioè del senso dell'ordine. Dell'ordine delle cose, delle relazioni umane, e quindi del bene, che ci consentirebbe di trovare la regola a partire dal fatto perché è dal fatto stesso dei rapporti tra gli uomini che possiamo ricavare i principi che devono governare il loro stare assieme. Pragmaticamente, il senso del tutto, per Carnelutti, si risolve dunque nel buon senso: «tale è la disposizione dello spirito indispensabile al fine di giudicare. Così si volge la fatica del giudice quando non ha le mani legate. La libertà del giudicare non è se non la facoltà di regolarsi secondo il buon senso»[28].
Per Capograssi, la sensibilità che occorre maturare, al fine di poter affrontare adeguatamente il salto del giudizio, trae linfa tradizionalmente dalla capacità di cogliere la struttura del normale andamento delle relazioni intersoggettive. Dalla possibilità di intercettare e rappresentare il senso di fondo della vita pratica degli individui, e cioè la logica ordinaria della vita, e di quella in comune in particolare, sulla quale si costruisce la logica stessa dell'esperienza giuridica. Perché è dalla vita che il diritto prende forma, è dalla vita che apprende la struttura e l'articolazione dell'esperienza ordinaria oggettivata nella ragione e nella volontà della legge. Dunque, secondo questa prassi tradizionale della scienza giuridica: «Era la vita che doveva interpretare la vita, la vita che doveva suggerire la ricostruzione della vita»[29]. E, secondo la medesima concezione, il bisogno del giudizio giuridico nasce dalla crisi puntuale dell'esperienza giuridica, oggettivata dalla legge, desumibile dalla ricostruzione delle azioni intorno a cui ruota il processo. La crisi nasce perché non è stata seguita la ragione pratica, intrinseca dell'esperienza giuridica, contenuta nella legge. Per questa ragione, il giudizio dovrebbe essere in grado di riannodare i fili interrotti dell'esperienza giuridica che è esperienza di vita; dovrebbe garantire la ripresa del flusso dell'esperienza arrestato dalle condotte dei soggetti coinvolti nel processo. Di conseguenza, nel giudicare, «La ricerca della verità prende la via faticosa e lenta della logica obiettiva, appunto perché lo scopo finale è la riparazione la reintegrazione la rimessa in marcia dell'esperienza»[30]. Ma Capograssi sottolinea proprio come la crisi della possibilità stessa di affermare la verità dell'esperienza produca la crisi del giudizio. Nel momento in cui vengono a mancare le condizioni per affermare credibilmente l'esistenza di un senso comune dell'esperienza, come direbbe anche Carnelutti, viene, allo stesso tempo, a mancare la possibilità di affrontare il salto necessario del giudizio, l'atto di libertà in cui il giudizio consiste nella misura in cui possa però ancorarsi a tutte le mediazioni della vita (della legge e del processo), a tutti i dati di senso desumibili dalle diverse prospettive esistenziali delle parti. Quando mettersi nei panni degli altri, rimanendo terzi, diviene arduo, per l'incomunicabilità intersoggettiva che caratterizza le società complesse, e per lo sfilacciamento etico delle società frammentate, giudicare non equivale più a reintegrare un'esperienza collettiva. Il giudizio rischia di trasformarsi

[28] F. Carnelutti, *Cosa è il giudizio?*, *cit.*, 60.
[29] G. Capograssi, *Giudizio Processo Scienza Verità*, *op. cit.*, 8.
[30] Ivi, 9.

nell'imposizione di una scelta. In questo caso, come scrive Capograssi: «il fine che una forza storica vuole imporre, l'interesse della forza storica dominante, diventano se si vuole 'la verità': è 'vero' tutto quello che favorisce questo fine, 'falso' tutto quello che l'ostacola. In ultima analisi la forza, solo la forza, diventa la 'verità'»[31].

La crisi del giudizio che Capograssi sottolinea nel 1950, e che oggi è ancora più alimentata dall'aumentata complessità sociale, è comunque comprensibile soltanto attraverso consapevolezza del carattere parzialmente alogico del giudizio. Della natura soggettiva (non soggettivistica) di qualsiasi giudizio. Soltanto attraverso la comprensione del giudizio giuridico come giudizio riflettente, sulla scorta della nota concezione di Immanuel Kant relativa al giudizio di gusto. Al giudizio determinante, «se è dato l'universale (la regola, il principio, la legge), il Giudizio che opera la sussunzione del particolare [...] è determinante»[32], Kant oppone una modalità di giudizio profondamente differente, a cui attribuisce l'appellativo di riflettente, «se è dato invece soltanto il particolare, e il Giudizio deve trovare l'universale, esso è semplicemente riflettente»[33]. Una modalità che non è riconducibile a nessuno schema logico a priori in grado di inquadrare (e guidare) l'atto del giudicare. Una strada, quella indicata dal giudizio riflettente, che suggerisce di procedere dal fatto alla regola. Per un caso dato bisogna cercare la regola adeguata all'interno della quale inquadrare la singola esperienza. È questo il senso di fondo del giudizio riflettente, il quale, da una parte, non è volto a determinare un'oggettività universale e, dall'altra, comporta la necessità di un modo di pensare largo che tenga conto del *sensus communis*, quindi di una sorta di intelligenza comune intesa come sano intelletto, in modo da rendere possibile un confronto tanto con i giudizi possibili quanto con quelli effettivi degli altri. Un pensiero largo che si manifesta quando il singolo è in grado di elevarsi «al disopra delle condizioni soggettive particolari del giudizio, tra le quali tanti altri sono come impigliati, e rifletta sul proprio giudizio da un punto di vista universale (che può determinare soltanto mettendosi dal punto di vista degli altri)»[34].

Ed è proprio attraverso la chiave di lettura del giudizio riflettente che può essere compresa anche la posizione di Salvatore Satta, oltremodo emblematica per indagare ulteriormente la possibilità di pensare il giudizio giuridico a partire dalla consapevolezza dell'abisso del giudizio, dello scarto tra la cognizione e la volizione. Anche in questo caso il giudizio esprime il nucleo dell'esperienza giuridica quale esperienza intersoggettiva, quale riflesso della vita stessa. Per queste ragioni, lo *ius dicere* non esprime soltanto conoscenza ma anche creazione; esprime «l'atto veramente creativo della conoscenza, il trovare il diritto non fuori di noi, ma in noi»[35]. Riecheggia, non a caso, la concezione kantiana del giudizio riflettente. Il soggetto che giudica, come uno specchio, attraverso il rapporto con il fatto, riflette sulla realtà esterna (il fatto appunto) la sua realtà interiore (il senso del tutto a cui si riferisce Carnelutti o la verità dell'esperienza a cui allude Capograssi).

Di conseguenza, il diritto si scopre in noi attraverso la riflessione. Ma l'operazione del giudizio non esiste senza la pressione del fatto, e quindi dell'esperienza. Il giudizio giuridico procede, nel suo senso più intimo, dal fatto. Per questo è eminentemente giudizio riflettente. Satta condensa magistralmente questa concezione nella sua riflessione sull'intuizione del giudizio: «è nel giudizio, cioè nel trovare nel fatto il diritto, il diritto che è dentro il fatto (*ex facto oritur jus*), che è il fatto stesso, il suo essere come sopra abbiamo detto. È stato ormai chiarito che il giudizio procede da una intuizione, anche se, procedendo a sua volta l'intuizione da una secolare, millenaria esperienza

[31] Ivi, 21.
[32] I. Kant, *Critica del Giudizio* (1790), Roma-Bari 1997, 28.
[33] Ivi, 28-29.
[34] Ivi, 267.
[35] S. Satta, *La vita della legge e la sentenza del giudice* (1952), in Id., *Il mistero del processo*, Milano 1994, 45.

giuridica, sembra assumere le forme esteriori del sillogismo: intuizione che deriva da *intus*, ciò che è dentro, vale a dire la legge, il principio che il fatto reca in se stesso. La decisione giudiziaria manifesta al massimo grado questa realtà»[36].
Le riflessioni di Carnelutti, Capograssi e Satta, unitamente ai rilievi critici, mostrati nei paragrafi precedenti, nei confronti del modello logicistico di giudizio e della rigidità della distinzione tra fatto e diritto, ci conducono alla corretta comprensione filosofica del giudizio giuridico come giudizio prevalentemente, se non esclusivamente, riflettente[37]. In particolare, questa prevalenza si spiega nella misura in cui si comprende come il giudizio giuridico non sia mai risolvibile in un giudizio puramente tecnico e conoscitivo. Questo perché il giudizio giuridico ha per oggetto diretto o indiretto la condotta degli uomini. Di conseguenza, al di là delle concezioni del diritto che si prediligono, la pretesa del giudizio giuridico non è mai esclusivamente di tipo descrittivo-conoscitivo (le cose sono andate così). Il giudizio giuridico è destinato a valutare le condotte e formulare delle prescrizioni (dover essere) con la pretesa di fare giustizia. La pretesa di giustizia, a prescindere dalla specifica accezione del termine, è costitutiva del giudizio giuridico e, di conseguenza, determina l'allontanamento di tale giudizio dalla logica del giudizio conoscitivo e determinante. La pretesa di giustizia si comprende proprio perché si tratta sempre di giudicare il particolare umano senza, del resto, possedere un concetto universale di giustizia sotto il quale si possano sussumere i casi. È questa la sfida del giudizio giuridico.
Il giudizio non si risolve dunque nella verifica conoscitiva della legalità o meno di un comportamento. C'è qualcosa di più. C'è la pretesa di giustizia, di individuare la giustizia nella legalità. Non bisogna contrapporre giustizia a legalità ma comprendere come il giudizio di legalità non soddisfi necessariamente la pretesa di giustizia che è implicita (e socialmente attesa) in ogni giudizio giuridico. Il processo che si risolve nel giudizio va dunque inteso come uno strumento che è pensato per cogliere la giustizia nella legalità. Questa affermazione, lungi dal ridimensionare la rilevanza dei procedimenti e dei canoni interpretativi e argomentativi che conducono a giustificare la decisone giudiziaria, intende invece porre l'accento sulla necessaria sensibilità etica che deve accompagnare l'utilizzo di tali procedimenti. Una sensibilità che induce a dirigere razionalmente il volere che affronta il salto del giudizio (che nessun canone interpretativo può colmare) verso l'esigenza di giustizia traducibile spesso, almeno, in esigenza di ragionevolezza, così come sostiene Chaïm Perelman: «Nella misura in cui il giudice ricerca una soluzione accettabile per i litiganti, per i suoi superiori gerarchici e per l'opinione pubblica illuminata, egli deve conoscere i valori dominanti nella società, le sue tradizioni, la sua storia, la metodologia giuridica, le teorie che vi sono accettate, le conseguenze sociali ed economiche di questa o quella presa di posizione, i meriti rispettivi della certezza del diritto e dell'equità in una data situazione»[38].

7. Queste riflessioni generali ci consentono di tornare con ulteriori chiavi di lettura alla questione dischiusa dalle pagine di Cordero sul reato estinto. In particolare, ci permettono di comprendere come il salto verso il futuro regolato dal giudizio stesso sia nitidamente esemplificato, in maniera quasi abnorme, dal caso limite della decisione sul reato estinto. In tal caso, infatti, viene attribuito un significato nel futuro a ciò che è avvenuto nel passato senza che questo passato sia stato efficacemente indagato. È un salto così ampio da comportare inevitabili rischi rispetto alla pretesa

[36] Ivi, 49.
[37] Sulla rilevanza del concetto di giudizio riflettente per la teoria del diritto cfr. V. Mathieu, *Luci e ombre del giusnaturalismo ed altri studi di Filosofia giuridica e politica*, Torino 1989; B. Romano, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino 2013.
[38] Ch. Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica*, *op. cit.*, 15-16.

di giustizia che ciascun giudizio porta con sé. Il problema del giudizio, dato dalla sua natura, dallo scarto di cui si nutre, è proprio il rischio dell'ingiustizia. Come non manca di rilevare Cordero, infatti, nel caso della decisione sul reato estinto, l'incompletezza della ricostruzione probatoria potrebbe nascondere la non riconducibilità del fatto in oggetto al reato per cui va dichiarata l'estinzione o, d'altra parte, l'innocenza stessa dell'imputato. In entrambi i casi saremmo di fronte a un'ingiustizia.

Le pagine di Cordero sul reato estinto ci consegnano, dunque, una riflessione liminare, sul limite del giudizio, che ha donato a noi la possibilità di ragionare sulla natura del giudizio stesso. Tutto questo – si potrebbe certamente sostenere – va al di là delle intenzioni di Cordero stesso. Nella voce sul *Giudizio*, precedentemente citata, Cordero prova infatti ad ancorare la dinamica del processo ad una struttura prevalentemente logica, sebbene sia consapevole, naturalmente, delle componenti non logiche, che non significa irrazionali, del giudizio. E nel fare questo, prende, di conseguenza, le distanze tanto da Carnelutti quanto da Satta (quest'ultimo definito, in una bella intervista del 2002 con Antonio Gnoli su "La Repubblica", come uno scrittore alogico). Ma prende le distanze anche da Guido Calogero, quando cita, criticamente, uno splendido passo de *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* che così recita: «quel che fa il giudice di 'logico' è cosa da nulla; e quel che fa veramente, non è logico»[39]. Io credo che una tale posizione abbia a che vedere con la concezione che Cordero ha dello scopo del processo. In un passo citato in precedenza (*supra* § 2), e tratto dalle pagine sul reato estinto, egli sostiene che «il processo mira ad accertare in modo positivo o negativo il potere di punire». Se questo è lo scopo (accertare il potere di punire), è necessario un ancoraggio prevalentemente logico-normativo che indirizzi necessariamente la potestà punitiva, che la razionalizzi immunizzandola dalle intuizioni inevitabilmente soggettive o dalle percezioni personali della giustizia.

Questa concezione è, a monte, derivata dai concetti specifici di esperienza e fenomeno normativi che Cordero elabora nei suoi testi più propriamente filosofico-giuridici. Nella voce *Diritto*, che scrive per l'Enciclopedia Einaudi, afferma che «Il fenomeno normativo assume un'identità distinta in quanto l'adempimento costi qualcosa in repressione, distogliendo l'osservante da una linea di preferenze istintive»[40]. Il diritto è, quindi, uno strumento di civilizzazione, una sovrastruttura, che attraverso la repressione e la punizione, consente all'uomo che lo crea, che se lo autoimpone, di progredire, di formarsi una coscienza, di essere padrone di se stesso reprimendo la sua natura istintuale. Ne *Gli Osservanti*, Cordero scrive infatti che «La vera grandezza dell'uomo sta nel reprimere [la natura], violentarla, modellarla senza pause, reinventando i modelli a ogni passo»[41]. Ma il giudizio rappresenta l'intera esperienza giuridica, usando le parole di Cordero, perché è attraverso di esso che il diritto svolge la sua funzione civilizzatrice e di repressione degli istinti, quali, ad esempio, quelli vendicativi. Si pensi a come le cause di estinzione del reato rispondano proprio a tale funzione (amnistia, morte del reo, prescrizione etc.). Ciò avviene sempre giudicando, attribuendo un significato, per il futuro, alle azioni del passato. Ma si può comunque ben comprendere, grazie anche a Cordero, come decidere giuridicamente implichi sempre giudicare in ipotesi. Come questo sia cosa diversa dal rinunciare a giudicare. Come questo sia, inevitabilmente, ciò in cui consiste il giudizio pratico per noi in quanto uomini.

[39] G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, *op. cit.*, 51
[40] F. Cordero, *Diritto*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino 1978, 900.
[41] F. Cordero, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Milano 1967, 14.

IL "SENTIMENTO PER GLI ANIMALI": CRITICA DI UN BENE GIURIDICO (TROPPO) UMANO E (COMUNQUE) INUTILE*

di Carlo Ruga Riva
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli studi di Milano Bicocca

L'Autore sottopone a critica la tesi – prevalente in dottrina e in giurisprudenza – che vede il bene giuridico tutelato dai reati contro gli animali nel sentimento umano, o, secondo altra ricostruzione, nel rapporto interspecifico uomo-animale. Secondo l'Autore le varie fattispecie tutelano, a seconda dei casi, l'integrità fisica, la salute e il benessere degli animali. L'Autore critica poi la tesi che esclude taluni animali (ripugnanti per l'uomo) dai soggetti passivi dei delitti in commento; per evitare esiti irragionevoli (ad es. l'incriminazione dell'uccisione di zanzare) è sufficiente valorizzare la clausola "senza necessità", senza selezionare tra tipologie di animali e senza chiamare in causa supposti sentimenti umani.
The author criticizes the thesis - prevailing in doctrine and jurisprudence - which sees the interests protected by crimes against animals in human feelings, or, according to another reconstruction, in the interspecific man-animal relationship. According to the author, the various crimes protect, depending on the case, life, health or welfare of animals. The Author then criticizes the thesis that excludes certain animals (repugnant to humans) from the passive subjects of the commented crimes; to avoid unreasonable outcomes (e.g. the criminalization of killing of mosquitoes) it is sufficient to enhance the defence of necessity, without selecting between types of animals and without calling into question supposed human feelings.

SOMMARIO: 1. Casi e norme. – 2. La tesi del sentimento per gli animali quale bene giuridico tutelato –. 2.1. La rubrica. – 2.2. L'assenza di necessità e l'art. 19-*ter* disp. att. Cp – 2.3. L'assenza di diritti in capo agli animali. – 2.4. Le conseguenze pratiche irragionevoli –. 2.5. La tesi degli interessi animali quali oggetto di tutela. – 3. La tesi di Claudia Mazzucato: il rapporto uomo/animale quale bene giuridico. 3.1. Critica. 4. Conclusioni.

1. Aragoste vive *on ice*, cani costretti ad accoppiarsi sessualmente con attrici (umane); volpi legate e sguinzagliate a mo' di tirassegno per migliorare la mira di cacciatori perfezionisti; caprioli colpiti, caricati e lasciati agonizzare sul cassone di un furgone; delfini costretti in vasche piccole, cani uccisi per vendetta a seguito di razzia di pecore.
Il bestiario dolente ricavabile dall'analisi della giurisprudenza è ampio e segnala il talento fantasioso degli uomini nel (mal) trattare e uccidere animali.
D'altra parte le cronache riportano sovente episodi truci: cigni sgozzati, cani legati al bagagliaio di auto e trascinati per strada, bovini, suini e polli allevati in condizioni dis-umane.
Dal punto di vista legislativo gli animali sono oggetto di una tutela penale ormai variegata: il cuore della disciplina è rappresentato dal titolo IX-bis libro III del codice penale.
Nel codice trovano spazio anche l'ipotesi ormai residuale di uccisione di animali altrui (art. 638), l'abbandono di animali (art.727) e l'uccisione, cattura ecc. di specie animali selvatiche protette (art. 727-*bis*).
Vi sono poi discipline speciali in tema di caccia (l. 157/1992), di pesca (r.d. n. 1604/1931 e l. n.963/1965), di commercio di specie animali protette (l. n. 150/1992), nonché fattispecie penali riferite a particolari categorie di animali (Traffico di animali da compagnia, art. 4 l. 201/2010; Utilizzo di cani, gatti e foche per pelli e pellicce e divieto di relativa commercializzazione, artt. 2 e 2-*bis* l. 189/04).

A fronte di un quadro legislativo notevolmente mutato, la dottrina, in netta prevalenza[1], continua a individuare il bene giuridico tutelato dalle varie fattispecie nel sentimento (umano) per gli animali.
D'altro canto la giurisprudenza dominante[2] rimane ferma nel riportare massime tralatizie che negano dignità di autonomo bene giuridico alla vita e alla salute degli animali.
In questo scritto, dopo avere sintetizzato gli argomenti portati a sostegno della tesi del sentimento per gli animali, proveremo a contestarli analiticamente (cfr. *infra*, 2.5), a favore della tesi opposta: le diverse fattispecie penali in commento tutelano, come si confida di "dimostrare", a seconda dei casi, la vita, l'integrità fisica, la salute, il benessere dell'animale, a prescindere dal sentimento nutrito nei suoi confronti dagli uomini o da relazioni biunivoche uomo/animale.

2. La tesi che individua nel sentimento per gli animali il bene giuridico tutelato nelle varie fattispecie contenute nel titolo IX- *bis* del Cp poggia su quattro argomenti principali.

2.1. In primo luogo si muove dalla intitolazione del titolo IX-*bis*, dedicato al "Sentimento per gli animali", espressivo della chiara volontà del legislatore di non proteggere gli animali in quanto

* Contributo destinato agli Scritti in onore di Antonio Fiorella.
[1] Tra i molti, cfr. P. Ardia, *La nuova legge sul maltrattamento di animali: sanzioni e ammende per i combattimenti clandestini e per chi abbandona*. *Il commento*, *DPP*, 2004, 1464; S. Basini, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, in Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa. *Trattato di diritto penale*. *Parte speciale* VI, *I delitti contro la moralità pubblica, di prostituzione, contro il sentimento per gli animali e contro la famiglia*, Torino 2009, 192; F. D'Alessandro, in Forti-Seminara-Zuccalà. *Commentario breve al codice penale*, VI ed., Milano 2017, sub *Nota introduttiva al Titolo IX bis*, 1772; G. L. Gatta, in Dolcini-Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Milanofiori Assago, IV ed., 2015 sub art. 544-bis, 2628 s.; F. Marenghi, *Nuove disposizioni in tema di maltrattamento di animali (l. 20.7.2004 n. 189)*, *Leg. pen.* 2005, 19 s.; P. Mazza, *I reati contro il sentimento per gli animali*, *DGA* 2004, 742; V. Napoleoni, sub *art. 544-bis*, in Lattanzi-Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, Vol. VI, *Aggiornamento 2015*, Milano, 2016, 744 ss.; A. Natalini, *Animali (tutela penale degli)*, *DDP*, Aggiornamento, Torino 2005, 17; L. Pistorelli, *Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta*, *Guida dir.* 2004, n. 33, 20. Per l'opposta tesi che individua il bene giuridico in vari interesso animali (vita, integrità fisica, salute, benessere) v. diffusamente ; F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, *RIDPP*, 2017, 717 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, II ed., Torino 2013, 222 e ss. e III ed.,Torino, 2016 306 ss.; C. Ruga Riva, Killing me softly. *Quale è il bene giuridico tutelato nella fattispecie di maltrattamento di animali*?, in *Lexambiente. RTDPA*, n. 4/2020, 79 ss.; A. Valastro, in Castignone-Lombardi Vallauri (a cura di), *La Questione animale*, in Rodotà-Zatti, *Trattato di biodiritto* (diretto da), *La tutela penale degli animali: problemi e prospettive*, 646 s., nonché sinteticamente Donini, *Danno e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1577 s., nota 80; T. Giacometti, *Tutela degli animali*, in Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino 2019, 182 s.; Madeo, in Pelissero (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, II ed, Torino 2019, 432 s.; D. Pulitanò, *Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, 42. Per una posizione intermedia, che individua il bene tutelato nel rapporto uomo-animale v. C. Mazzucato, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in Castignone-Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà- Zatti, Milano 212, 716 ss. e, adesivamente, F. Bacco, *Aragoste esposte sul prima della vendita al mercato: maltrattamento di animali*?, *DPC*, 5.11.2015. Per una sintesi delle due diverse impostazioni v. F. Bacco, *Tra sentimenti e eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino 2018, 76 ss. In generale si vedano le monografie di P. Mazza, *I reati contro il sentimento per gli animali*, Padova 2012; Muttini-Pavich, *La tutela penale degli animali*, Milano 2015.
[2] Si vedano ad es., in relazione al maltrattamento per gli animali Cass. sez. III, Cass. sez. III, 15.11.2018, n. 16755, in *DeJure*: sentimento per gli animali; Cass. sez. V, 4.02.2020, n. 8449, in *DeJure*, "*pietas*" per gli animali. Rispetto all'uccisione di animali v. ad es. Cass. sez. III, 15.11.2018, n. 16755 e Cass. sez. III, 26.54.2018, n. 49672, entrambe in *DeJure*: sentimento per gli animali.

tali, come pure era stato proposto nel corso dei lavori preparatori, laddove in prima lettura alla Camera la disciplina era contenuta in un titolo dedicato ai "Delitti contro gli animali"[3].
Si tratta di un criterio formale debole, in quanto – come vedremo subito – appare contraddetto dal contenuto sostanziale delle singole fattispecie penali, poste a protezione di interessi animali.
In generale, la rubrica dei titoli non è criterio vincolante né dotato di particolare attitudine ermeneutica: si pensi ai previgenti delitti di violenza carnale e atti di libidine violenta, che pure inquadrati nel titolo del Cp relativo alla moralità pubblica, nessuno dubitava essere posti a protezione della dignità e integrità psicofisica della vittima[4].
Più nello specifico, alla rubrica del titolo IX-*bis* potrebbe comunque contrapporsi la rubrica della legge che lo ha introdotto nel codice penale, dedicata a "Nuove disposizioni in tema di maltrattamenti di animali".
Se davvero la rubrica del titolo fosse argomento decisivo, allora l'abbandono di animali dovrebbe ritenersi offensivo della polizia dei costumi al pari dell'uccisione di animali selvatici protetti, fattispecie questa ultima pacificamente orientata, viceversa, alla tutela della conservazione della specie.

2.2. In secondo luogo la prospettiva di tutela antropocentrica risulterebbe dall'emergere, nella disciplina, di formule quali "per crudeltà o senza necessità"[5], o da determinate soglie di offesa ("comportamenti o fatiche o lavori insopportabili"); più in generale l'art. 19-*ter* disp. att. Cp, escludendo l'applicazione delle fattispecie penali del titolo IX-*bis* ecc. ai casi disciplinati dalle leggi speciali, dimostrerebbe l'arretramento della tutela animale rispetto agli interessi umani[6].
L'argomento non persuade. La clausola evocante lo stato di necessità indica semplicemente un bilanciamento, che certo va a determinate condizioni a favore dell'uomo, ma che presuppone appunto il suo prevalere su di un interesse che è dell'animale; del resto l'art. 54 Cp consente l'uccisione di uomini da parte di uomini, senza che nessuno consideri coinvolto nel bilanciamento il sentimento di pietà per l'uomo sacrificato (il mitico naufrago, oggi purtroppo divenuto esempio realistico).
Nessuno dubita che l'ambiente sia bene giuridico direttamente tutelato dagli artt. 452 ss. Cp[7], anche se diverse fattispecie delittuose subordinano la punibilità dei relativi fatti alla loro realizzazione *illegittima o abusiva*, ovvero non autorizzata dall'uomo per interessi umani (ad es. economici).
Analogamente, l'art. 19-*ter* disp. att. Cp fa salve corpose esigenze sociali, culturali ed economiche (la macellazione, gli zoo, la sperimentazione farmacologica, l'esercizio venatorio ecc.), ma appunto le considera prevalenti su beni come l'integrità psico-fisica e la salute degli animali.
Sia la clausola "senza necessità" che l'art. 19-*ter* disp. att. Cp configurano cause di giustificazione[8], attraverso le quali trovano spazio, a date condizioni, interessi umani (economici, di difesa

[3] Per una ricostruzione dell'*iter* legislativo v. A. Natalini, *Animali,* cit., 15 s.; V. Napoleoni, sub art. 544-*bis*, cit., 744; a sostegno della tesi *pro* sentimento per gli animali imperniata (anche) sulla rubrica del titolo IX-*bis* v. tra i molti G. L. Gatta, sub *art. 544-bis*, cit.; 2629; D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., 1772; V. Napoleoni, sub *art. 544-bis*, cit., 744; S. Basini, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, cit., 192.
[4] Su tale ultimo esempio v. D. Pulitanò, *Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, 52.
[5] V. Napoleoni, sub *art. 544-bis*, cit., 744; L. Pistorelli, *Così il legislatore*, cit., 22; A. Natalini, *Animali,* cit., 19;
[6] G. L. Gatta, sub *art. 544-bis*, cit.; 2630; F. D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., 1772; L. Pistorelli, *Così il legislatore*, cit., 21.
[7] C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., cit., 5.
[8] C. Ruga Riva, 308 s.; F. Fasani, *La selezione e la graduazione dell'ingiusto nella tutela penale degli animali. Tecniche normative e bilanciamento degli interessi politico-criminali*, *Ius-online* 5/2020, 89 ss., specie 119 ss.

personale, financo ludici), reputati prevalenti su quelli animali. Ma tale giudizio, che attiene alla antigiuridicità, presuppone appunto il conflitto tra interessi umani e interessi animali (vita, integrità fisica, salute delle bestie), che il legislatore assume come meritevoli di tutela in sé.
Mutatis mutandis – e senza voler minimamente mettere sullo stesso piano le due vicende – , l'uccisione del naufrago innocente è – a date condizioni – giustificata, così come l'uccisione di un vitello da allevamento o di un topolino che funga da cavia di laboratorio.
Deve essere ben chiaro che quelle uccisioni sono fatti tipici, lesivi di interessi in sé degni e meritevoli di tutela, salvo la contingente loro soccombenza di fronte a pari o superiori interessi in date circostanze.
La vittima agli occhi dell'ordinamento è, nell'esempio, il vitello o il ratto, non una impalpabile collettività di umani che, si ipotizza, non proverebbe grandi sentimenti di pietà per animali che la grande maggioranza delle persone mangia o il cui sacrificio a fini di ricerca scientifica è generalmente ammesso.
Ciò rileva anche sul piano processuale; titolari dell'interesse protetto non saranno singoli individui il cui sentimento di pietà sia vulnerato dall'uccisione o dal maltrattamento[9], bensì le associazioni animaliste che tutelano gli interessi, appunto, degli animali, non potendo come noto le bestie, nemmeno le più intelligenti, difendere i propri diritti[10].
Ancora, il riferimento ai "comportamenti o fatiche o lavori insopportabili" dimostra che questi devono essere insopportabili per le *caratteristiche etologiche dell'animale*, e non per il buon cuore di eventuali spettatori umani.
Infine, "per crudeltà" è requisito che sembra alludere ai motivi dell'azione[11], e non a determinate sue modalità (sevizie, torture); sicché tale clausola non rappresenta un argomento a favore della tesi *pro* sentimento per gli animali: non è richiesto alcun supplizio nel senso foucaultiano di strazio destinato al pubblico.

2.3. In terzo luogo, pure con argomentazioni non sempre coincidenti, si tende a muovere dalla constatata assenza di diritti in capo agli animali (e di simmetrici doveri nei loro confronti in capo agli uomini) traendone come conseguenza, *de jure condito*, la negazione dell'animale (la sua vita, salute ecc.) come interesse o valore protetto in sé dalla disciplina penale in commento[12].
Come talvolta precisato dagli stessi sostenitori della tesi qui avversata, l'individuazione del bene giuridico tutelato prescinde dall'affermazione o dalla negazione di diritti in capo agli animali[13], essendo come noto pienamente legittimo tutelare anche altro dai diritti soggettivi (valori, interessi).

[9] *Contra* V. Napoleoni, sub *art. 544-bis*, cit., 745; S. Basini, *I delitti*, cit., 204, in riferimento alla previgente versione dell'art. 727 c.p., ma con argomenti spendibili più in generale; sulla titolarità del bene protetto v. anche A. Massaro, *I reati "contro gli animali" tra aspirazioni zoocentriche e ineliminabili residui antropocentrici*, in *Cultura e diritti*, n. 1-2/2018 84.
[10] Anche l'ambiente, o il paesaggio, sicuri beni giuridici, vengono processualmente "difesi" da associazioni di umani. Del resto anche i minori o gli incapaci vengono giudizialmente rappresentati da soggetti diversi da sé. Sulla scissione tra interessi protetti e loro azionabilità giuridica v. J. Feinberg, *Gli animali possono avere diritti*, in Regan-Singer (a cura di), *Diritti animali, obblighi umani*, Edizioni Gruppo Abele, 1987, specie 194 s.
[11] G. L. Gatta, sub *art. 544-bis*, cit.; 2632s; per una lettura più problematica v. F. D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., 1774.
[12] E' questa se non ci inganniamo la posizione ad es. di F. D'Alessandro, *Nota introduttiva*, cit., 1772 e G. L. Gatta, sub *art. 544*-bis, cit., 2629.
[13] Sul relativo dibattito anche filosofico, e sulla irrilevanza del riconoscimento di diritti in capo agli animali in rapporto alla individuazione del bene giuridico tutelato dal legislatore penale, v. per tutti F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 733 ss.

L'esistenza o meno di diritti soggettivi in capo agli animali è dunque neutrale rispetto all'adesione all'una o all'altra tesi.
Peraltro, come già osservato (supra, 2.1.), l'alternativa è tra un bene afferrabile ed empiricamente accertabile (vita, integrità fisica, salute, benessere animale), da un lato, e un bene sfuggente e labile, (sentimento per gli animali), problematico sia in astratto (dal punto di vista della sua legittimazione) che in concreto (dal punto di vista del suo accertamento processuale)[14].

2.4. Infine, la tesi del sentimento *di pietas* per gli animali sarebbe preferibile per gli effetti pratici più ragionevoli che essa produrrebbe, evitando assurde incriminazioni per uccisioni o lesioni di animali (ad es. scarafaggi) i quali appunto ripugnano alla gran parte degli uomini[15].
Quest'ultima tesi incappa secondo il nostro sommesso parere in una inversione metodologica: l'individuazione del bene giuridico dovrebbe risultare dal combinarsi dei requisiti del "tipo" penale, e non viceversa[16], né dipendere dai suoi risvolti pratici.
E' pacifico che nei delitti contenuti nel titolo IX-*bis* il legislatore non ha selezionato determinate tipologie di animali, come pure ha fatto in altri casi (es. animali da compagnia o d'affezione, o domestici). Da qui si dovrebbe partire per ricostruire il bene giuridico, e non viceversa muovere da un supposto interesse tutelato per circoscrivere la nozione di animale penalmente rilevante.
Ad ogni buon conto risultati irragionevoli (come l'incriminazione di chi uccide zanzare o scarafaggi), come sopra sostenuto, consegue pianamente alla corretta applicazione della clausola "per crudeltà o senza necessità", da intendersi latamente (e, certo, antropocentricamente) come necessità di evitare fastidi, disagi, problemi igienici ecc., pur tenendo ferma l'idea della integrità e benessere dell'animale come bene giuridico.
A ben vedere, tutti i commentatori giungono alla stessa soluzione rispetto ai citati casi-limite[17], a dimostrazione, forse, che il (legittimo) sacrificio di insetti e topi dimoranti *invito domine* nelle abitazioni non dipende dalla individuazione del bene giuridico tutelato, bensì dalla causa di giustificazione "senza necessità".

2.5. Gli argomenti a favore della tesi che individua il bene giuridico tutelato in alcuni interessi dell'animale in sé (vita, integrità fisica, salute, benessere) sono, molto sinteticamente, i seguenti.
a) I delitti contro gli animali non esigono – diversamente da quanto previsto in disposizioni previgenti – che il fatto sia avvenuto pubblicamente[18], o comunque sia venuto a conoscenza di terzi, sicché l'ipotetico sentimento per gli animali potrebbe non venire minimamente in rilievo;

[14] Sulla problematica legittimità delle incriminazioni dei sentimenti, e senza poter dar conto in questa sede dell'amplissima letteratura, v. per tutti F. Bacco, *Tra sentimenti e eguale rispetto*, cit., *passim*, il quale comunque sottolinea (p. 79) talune peculiarità della tutela del sentimento per gli animali rispetto ad es. alla tutela del sentimento del pudore o del sentimento religioso.
[15] Per una convincente difesa dell'idea che tutti gli animali siano tutelati dagli artt. 544-bis ss. c.p., potendosi se mai modulare diversamente, in relazione alle distinte tipologie di animali, l'interpretazione del concetto di assenza di necessità, v. da ultimo F. Fasani*, La nozione di "animale" nel diritto penale, in Criminalia,* consultato in *disCrimen* il 15.4.2021.
[16] D. Pulitanò, *Introduzione alla Parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, 51.
[17] A titolo esemplificativo, tra i sostenitori della tesi del benessere animale: C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., cit., 309; a sostegno della tesi contraria G. L. Gatta, *sub art. 544-bis*, cit., 2630. Vi è poi chi (A. Massaro, *I reati "contro gli animali"*, cit., 86) arriva esattamente allo stesso risultato muovendo da presupposti diversi: il bene tutelato sarebbe il benessere animale, ma il sentimento (umano) per gli animali rileverebbe in funzione selettiva delle tipologie di animali protette (quindi già a livello di tipicità), escludendo appunto gli animali ripugnanti.
[18] Si pensi ad es. all'art. 685 del codice sabaudo del 1859, il quale, al n. 7, puniva soltanto coloro che "in luoghi pubblici" incrudelissero contro animali domestici, configurando una contravvenzione che trovava collocazione tra

b) il sentimento, pur richiamato nella rubrica del titolo IX-*bis*, non compare in alcun modo nel testo delle singole fattispecie; al contrario, nei delitti in questione compaiono termini come "morte" (art. 544-*bis*; art. 544-*ter* co. 3) "lesioni" (art. 544-*ter* co. 1), "danno alla salute" (544-*ter* co. 2), "sevizie o comportamenti o fatiche o lavori insopportabili per le «*sue*» [dell'animale] caratteristiche ecologiche" (art. 544-*ter* co. 1), "sevizie o strazio per gli animali" (art. 544-*quater*), "integrità fisica" (art. 544-*quinquies*), esplicitamente riferiti a beni dell'animale (vita, integrità fisica, salute) in quanto tale, in quanto essere senziente;
c) la struttura dolosa, e di reati a forma libera[19] e di evento dei principali delitti (uccisione e maltrattamenti) ricorda il delitto di omicidio e lesione di uomini, qui sostituiti, come soggetti passivi, dagli animali;
d) la cornice edittale (pena detentiva alternativa a quella pecuniaria; il discorso vale *a fortiori* per l'uccisione di animali ex art. 544-*bis* c.p., punita con sola pena detentiva) è più robusta di quella prevista per delitti che offendono il sentimento, pure oggetto di riforme coeve alla introduzione della l. n. 189/2004 (si vedano i reati di vilipendio e in materia di sentimento religioso)[20];
e) i delitti contenuti nel titolo IX-*bis* – a differenza di altre disposizioni[21] – non distinguono tra tipologia di animali protetti (domestici, mammiferi, "di compagnia", di affezione, vertebrati[22] ecc.), e dunque li tutelano tutti, compresi quelli che pure ripugnano a tanti o pochi (topi, insetti, rettili ecc.). Non sembra dunque praticabile il riferimento ad un non meglio concretizzato (e assai sfuggente) "sentimento" degli umani nei confronti degli animali;
f) come noto, e più in generale, è assai controversa la stessa legittimazione di incriminazioni rivolte a tutelare sentimenti, quali che siano i relativi oggetti (simboli della nazione, defunti, religione ecc.).[23]

---

quelle riguardanti l'ordine pubblico. L'art. 491 co. 2 del Codice Zanardelli puniva tra l'altro colui il quale "…anche per solo fine scientifico o didattico, ma fuori dei luoghi destinati all'insegnamento, sottopone animali ad esperimenti tali da destare ribrezzo". Analogamente l'originario testo dell'art. 727 c.p. incriminava chi "anche per solo fine scientifico o didattico, in un luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, sottopone animali vivi ad esperimenti tali da destare ribrezzo. La pena è aumentata se gli animali sono adoperati in giuochi o spettacoli pubblici, i quali importino strazio o sevizie". Per ulteriori riferimenti storici v. F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 716; S. Basini, *I delitti*, cit., 170 ss.

[19] Le formule linguistiche "per crudeltà o senza necessità" non alludono a modalità della condotta: la prima riguarda il motivo dell'azione; la seconda rinvia a cause di giustificazione (contenute in leggi, provvedimenti ecc.) esterne al tipo.

[20] Cfr. C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Milano, III ed., 2016, 307.

[21] Si veda ad es. l'art. 727 Cp ("animali *domestici* o che abbiano *acquisito abitudine della cattività*"); l'art. 4 l. 201/2010 che incrimina il traffico di "*animali da compagnia*"); l'art. 2 della l. n. 189/2004, il quale vieta l'utilizzo a fini commerciali di pelle o pellicce di cani, gatti e foche; l'art. 189 co. 9-*bis* del codice della strada, così come modificato dalla l. n. 120/2010, che punisce come illecito amministrativo l'omesso soccorso ad *animali d'affezione, da reddito o protetti*. Per riferimenti alla disciplina penale portoghese che distingue tra tipologie di animali v. C. Ruga Riva, *A tutela penal dos animais no ordenamento juridico italiano: dos cae que amam os seres humanos as lagostas que odeiam ficar no frigorifico,* in *Anatomia do crime. Revista de Ciencias juridico-criminais,* 2016, n. 4 , 133 ss. Per ulteriori riferimenti comparatistici v. F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 731, nota 82.

[22] Ricorda P. Ardia, *La nuova legge sul maltrattamento*, cit., 1467, nota 24, come il *TierschutzGesetz* del 1986 tedesco abbia ad oggetto gli animali vertebrati. Più precisamente, si può aggiungere, talune disposizioni (es. par. 4) si riferiscono ai vertebrati, e al loro interno distinguono ulteriori categorie: ad es. animali a sangue caldo/freddo rispetto alla macellazione. L'unica disposizione penale (par. 16j, uccisione di animali senza giustificato motivo) è circoscritta ai vertebrati. Altre offese sono sanzionate come *Ordnungswidrigkeiten*.

[23] La letteratura sul tema è troppo ampia per darne conto in modo esaustivo. A titolo meramente esemplificativo si vedano M. Donini, *"Danno" e "offesa" nella c.d tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria di* "offence*" di Joel Feiberg*, *RIDPP* 2008, 1546 ss.; G. , *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberal" e paternalismi giuridici,* in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi*

Se poi il richiamo al "sentimento" servisse ad evitare irragionevoli incriminazioni di massa per l'uccisione di animali ripugnanti a molti (zanzare, serpenti, topi, scarafaggi, meduse ecc.), i suoi sostenitori potrebbero rinunciarvi senza patemi: l'uccisione di tali animali, nelle situazioni realmente "a rischio penale", rientrerebbe sì nel "tipo" penale[24], ma sarebbe giustificata dalla necessità di evitare danni o pericoli o fastidi agli uomini: così l'uccisione di scarafaggi, topi o formiche dimoranti nelle abitazioni, delle zanzare ronzanti intorno a corpi umani, delle meduse sguazzanti in luoghi dove ci si bagna.
Al contrario, l'uccisione di vipere fuori dai sentieri, o di topolini di campagna nel loro habitat, o l'incendio di formiche operose lontano da insediamenti umani, o il taglio della coda di lucertole, per rimembrare sciagurati giochi giovanili, rientrano perfettamente nelle ipotesi di uccisione e maltrattamento di animali.

3. Merita infine di essere approfondita la suggestiva tesi di Claudia Mazzucato[25].
L'Autrice sottopone a critica sia la tesi del sentimento per gli animali[26], ritenuto bene non afferrabile, sia quella dell'animale in sé (dei sui interessi), reputato gravato da pregiudiziali animaliste[27], per poi prospettare una terza via: il bene giuridico tutelato viene individuato nel rapporto uomo-animale[28].
Mazzucato sostiene che il rapporto dell'uomo con l'animale è (per l'uomo) un bene giuridico[29]; uomo da intendersi come *Mensch*, e non evidentemente come singolo uomo in rapporto a singoli animali[30].
Si tratterebbe di un bene giuridico *sui generis*, frutto di un intreccio, di una relazione con l'uomo che non vale per altri beni, ambiente compreso[31]: l'uomo sarebbe incluso nell'orizzonte di tutela che abbraccia (anche) l'animale.
Un bene giuridico relazionale e interspecifico[32], capace di cogliere il valore dell'unione uomo-animale[33], "all'interno di una relazione («asciutta», non emotiva, non sentimentale, dunque non arbitraria) con l'uomo, affinché quest'ultima sia corretta"[34].

3.1. La tesi, pur suggestiva, non persuade.

---

in onore di Giorgio Marinucci, I, Milano 2006, 283 ss.; con riferimenti specifici alla questione animale G. Fiandaca, *Prospettive possibili di maggior tutela penale degli animali*, in Mannucci-Tallacchini, *Per un codice degli animali*, Milano, 2001, 81 s. In generale v. F. Bacco, *Tra sentimenti e eguale rispetto*, cit., *passim*.

[24] Distingue opportunamente tra dimensione del fatto tipico (e dell'offesa) e cause che giustificano morti o maltrattamenti dell'animale, assunto quest'ultimo come bene giuridico in sé, pur soccombente a date condizioni rispetto a interessi umani, F. Fasani, *La selezione e la graduazione dell'ingiusto*, cit., 89 ss.; nello stesso senso già C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, III ed., cit., 308 s.

[25] C. Mazzucato, *Bene giuridico e "questione sentimento" nella tutela penale della relazione uomo-animale. Ridisegnare i confini, ripensare le sanzioni*, in Castignone-Lombardi Vallauri (a cura di), *La questione animale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà- Zatti, Milano, 212, 697 s.s

[26] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit. 698 ss.

[27] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit. 700, ove si riferisce alle posizioni animaliste più intransigenti come espressive di un diritto penale militante, equiparabile al diritto penale di lotta.

[28] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit. 715.

[29] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., 708.

[30] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., p. 708, nt 64.

[31] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., 703.

[32] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., 715.

[33] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., 716.

[34] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., 703.

Sta e cade con l'idea di un uomo-Noè, artefice (tramite divino) del destino degli animali, privi di una loro autonoma esistenza degna fuori dell'orizzonte dell'uomo (inteso come Mensch).
L'Autrice sottolinea condivisibilmente talune peculiarità dell'animale come valore, che lo distinguerebbero dagli altri beni giuridici (ambiente compreso) riferiti più o meno espressamente solo all'uomo, ma ne trae ulteriori argomenti che non risultano persuasivi.
Proprio ambiente e animali, a nostro parere, segnano una cesura concettuale con la prospettiva classica dell'uomo che tutela beni direttamente o indirettamente "umani".
La vita (umana), il patrimonio, l'onore e la reputazione, la trasparenza dei mercati, chiamano in causa interessi umani, fisici, "morali" o economici.
Ciò non vale per l'ambiente e gli animali, entità che prescindono dall'uomo, e che – salvo credere al creazionismo – addirittura preesistono alla comparsa dell'uomo sulla Terra.
Si tratta di rari casi in cui non si dovrebbero nutrire dubbi scientifici sull'esistenza di beni pre-dati all'esperienza umana e dunque giuridica.
La gran parte degli animali (anfibi, rettili, dinosauri, mammiferi, uccelli) preesiste alla comparsa della specie *homo* sulla terra, databile circa 2,5 milioni di anni fa[35].
La Terra come ecosistema preesiste, ad es., all'homo Sapiens (circa 300.000 anni fa[36]) di Neanderthal (tra i 200.00 e 40.000 anni fa[37]) e di Cro Magnon (30.000 a.C[38]), per rimanere ad alcuni degli ominidi nostri predecessori: la tesi che avvince l'uomo all'ambiente e agli animali è infondata dal punto di vista della biologia evoluzionista.
L'ambiente e gli animali possono fare a meno dell'uomo, e lo hanno fatto per milioni di anni.
Il Cervino[39], le stelle alpine (o marine), lo stambecco esistono e hanno un valore (per l'ecosistema, per l'habitat o in sé) a prescindere dall'uomo che osserva, scala, coglie e magari spara.
L'ambiente può certo essere inteso come bene strumentale a interessi umani (economici, ludici, di tutela della salute pubblica ecc.), ma, secondo una lettura ormai sempre più accreditata, ben può essere considerato meritevole di tutela in sé, per il suo valore intrinseco: ed è questa la prospettiva abbracciata ad es. dal legislatore penale con la riforma del 2015[40].
Non si tratta, come ovvio, di beni intesi come assoluti, meritevoli sempre e comunque di tutela; è ben possibile che essi – sul distinto piano della antigiuridicità – soccombano di fronte a interessi umani (ancora: economici, ludici, estetici ecc.), ma tale sacrificio – ragionevole o meno nei singoli bilanciamenti legislativi, amministrativi o giudiziali – nulla toglie alla loro autonoma consistenza di beni giuridici.
Clausole come "abusivamente" (nei delitti ambientali) o "senza necessità" (nei delitti contro gli animali") sono funzionali a segnalare la doverosità di bilanciamenti che presuppongo (almeno) due beni giuridici autonomi in conflitto.
D'altra parte che legislatore e giudice siano uomini (non sempre umani…), così come formate da uomini siano le associazioni animaliste che si costituiscono parte civile non significa affatto che il

[35] https://it.wikipedia.org/wiki/Homo
[36] https://it.wikipedia.org/wiki/Homo_sapiens
[37] https://it.wikipedia.org/wiki/Homo_neanderthalensis
[38] https://it.wikipedia.org/wiki/Uomo_di_Cro-Magnon
[39] Non vi è qui spazio per affrontare l'antica questione se una montagna sia un cumulo di rocce senza alcun significato intrinseco o se assuma valore (ad es. estetico/simbolico) solo se guardata/scalata dall'uomo, o per es. assuma valore (religioso) in quanto ritenuta sacra sempre dall'uomo. Senza approfondire dal punto di vista filosofico, la montagna ha sicuramente un valore ecologico (si pensi alla funzione di accumulo di acque e neve e di relativo rilascio a valle, alla funzione di barriera contro il vento ecc., al ruolo di habitat per determinate specie animali e vegetali).
[40] Si vedano tra i molti C. Ruga Riva, in Pelissero (a cura di), *I reati contro l'ambiente il territorio*, II ed., Torino 2019, 20. e 82 ss.; L. Cornacchia-N. Pisani, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna 2018.

bene giuridico tutelato abbia una componente umana coessenziale alla mutua relazione uomo-animale.
Valori, interessi e diritti hanno una loro autonomia concettuale indipendente dai profili operativi (chi li riconosce, chi li fa valere, chi li offende, chi decide sulla loro applicazione).
In passato si processavano e condannavano animali, si leggeva loro la sentenza[41]; in futuro robot (programmati con algoritmi) potranno magari emettere sentenze, ma non per questo i vari beni giuridici muteranno la loro consistenza: ad es. il furto non cesserà di essere reato contro il patrimonio se commesso da una gazza o se giudicato da un robot.
Che la relazione uomo/animale debba essere protetta nell'interesse di entrambi[42] è assai discutibile: la gran parte degli animali – esclusi forse quelli domestici – non ha nessun interesse ad una relazione mutua con gli umani, anzi ne farebbe verosimilmente a meno e con gran vantaggio.
Dietro la suggestiva idea del rapporto animali umani/non umani, ovvero del bene giuridico interspecifico, si cela a ben vedere una prospettiva schiettamente antropocentrica, che funzionalizza la tutela degli animali ad un (co-)interesse umano, dimenticando che eguale interesse non sembra sorgere dall'animale nei confronti dell'uomo, con la ricordata eccezione degli animali domestici.
Altri Autori hanno criticato la tesi di Mazzucato con altri argomenti[43]: in estrema sintesi si sottolinea l'estraneità della prospettiva umana (tutelante) rispetto al bene oggetto di tutela, che rimarrebbe l'animale, essendo la prospettiva umana tutelante comune alla protezione di qualsiasi bene giuridico[44]; in aggiunta, si ritiene che il riconoscimento all'animale di una propria preesistente soggettività, che verrebbe successivamente riconosciuta dall'uomo, sia frutto di una impostazione giusnaturalistica attributiva di diritti per altra via negati e comunque irrilevanti dal punto di vista penalistico[45].

4. In conclusione, i delitti contenuti nel titolo IX-*bis*, per come costruiti dal legislatore, e a dispetto della fuorviante rubrica, tutelano direttamente l'animale nei suoi vari interessi (vita, integrità fisica, salute, benessere).
Le cause di giustificazione dello stato di necessità (artt. 544 *bis* e *ter* c.p.) e la vasta gamma di diritti e facoltà di uccidere/mal-trattare animali cui rinvia l'art. 19 ter disp. att. Cp presuppongono appunto un conflitto tra beni antagonisti (animali/umani), risolvendoli a date condizioni a favore dell'uomo.
Ciò vale a nostro parere anche per altre fattispecie codicistiche.
Così la detenzione di "animali in condizioni incompatibili con la loro natura e produttive di gravi sofferenze" (art. 727, co. 2 Cp) allude esplicitamente ad un interesse animale (alla non sofferenza).

[41] Si veda l'interessante saggio di G. Mazzanti, Qui cum iumento et pecore coierit, morte moriatur: pecus quoque occidite (Lev 20, 15). *Il reato di bestialità e la pena di morte per gli animali nella riflessione giuridica di età moderna*, *Histoira et ius*, n. 16/2019, incentrato sul reato di bestialità e sulle sue giustificazioni. La punizione dell'animale che contro la sua volontà subiva atti sessuali da parte dell'uomo (o della donna) veniva variamente giustificata: prevalentemente a fini di prevenzione generale (deterrenza rispetto agli uomini); a mo' di esempio per gli altri animali; per cancellare la memoria del fatto tra gli uomini; per evitare la nascita di essere mostruosi. Risultano anche casi diversi, riferiti ad es. alla condanna a morte di un maiale che uccise e mangiò un bambino (p. 4); gli animali venivano processati e veniva loro letta la sentenza, prima di essere sottoposti a supplizio (p. 22). L'Autore conclude nel senso che, in età moderna, alle bestie fosse riconosciuta una qualche capacità processuale (p. 23).
[42] C. Mazzucato, *Bene giuridico*, cit., 706
[43] F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 740 ss.
[44] F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 741
[45] F. Fasani, *L'animale come bene giuridico*, cit., 741.

Per altro verso la nuova fattispecie dell'art. 727-*bis* descrive espressamente il bene tutelato nella "conservazione della specie", che nulla ha a che fare con il sentimento umano.
Il sentimento umano per gli animali, o se si vuole il rapporto uomo/animale, può al limite prendersi in considerazione come bene giuridico tutelato nelle fattispecie (costituenti l'eccezione) i cui requisiti rinviano ad animali domestici o di affezione: l'art. 727 co. 1 Cp, il quale vieta l'abbandono di animali domestici o addomesticati; l'art. 2 e 2-*bis* l. 189/2004 che vietano la produzione, commercializzazione ecc. di pelli e pellicce di gatto e cane e di prodotti derivanti dalla foca.
Nel caso dell'abbandono la relazione biunivoca uomo/animale è effettivamente coinvolta, e il fatto si impernia appunto sulla interruzione unilaterale (da parte dell'uomo) dei doveri di cura precedentemente assunti.
Ma anche qui si tratta di un riflesso: il *focus* è appunto sull'animale, sul suo diritto a essere curato e sostentato, direttamente o tramite terzi delegati da chi ne abbia la responsabilità.
Nel reato di produzione e commercializzazione di pelli e pellicce realizzate con determinati animali la *ratio* di tutela è ambigua.
Da un lato essa sembra implicare un sentimento di ribrezzo per l'utilizzo di animali almeno in Europa considerati d'affezione (cani e gatti); ma tale *ratio* viene meno con l'allargamento del divieto alle foche, che non sono in linea di massima animali di affezione.
Peraltro, se è vero che in linea puramente teorica le pellicce potrebbero essere fatte con animali morti per cause naturali, è fin troppo evidente che con tale incriminazione si vuole rafforzare il divieto di uccisione di talune categorie di animali in allevamenti o comunque per fini produttivi.
Si tratta di categorie di animali specialmente tutelate, rispetto alle quali il legislatore ha accentuato la generale tutela attribuita agli animali: se vogliamo lo speciale legame che l'uomo nella nostra cultura nutre per tali animali ha inciso sulla loro selezione: il divieto penalmente sanzionato di loro utilizzazione ha il senso di restringere le cause di lecita uccisione altrimenti evocate dall'art.19-*ter* disp. att. Cp.
Lo speciale legame uomo/animale costituisce insomma il motivo della tutela penale rafforzata, ma non il bene giuridico, che rimane quello della vita dell'animale (cane, gatto, foca).
Infine, il traffico di animali da compagnia (cani e gatti: art. 4, l. 201/2010) coinvolge – come esplicitato dal Regolamento europeo n. 998/2003 del 26 maggio 2003, contenente la lista dei relativi animali – interessi di polizia sanitaria, la salute degli animali e la salute pubblica, non certo il sentimento per gli animali.
A ben vedere la speciale protezione penale accordata agli animali domestici e di affezione (o di compagnia, categorie spesso equivalenti) dimostra in ogni caso, e *a contrario* che, nelle fattispecie nelle quali non si specifica la nozione di animale (ad es. tutte quelle contenute nel titolo IX-*bis* c.p.), essa è da leggersi nel senso più ampio sopra sostenuto, comprensivo di tutte le specie.

I DIECI INSEGNAMENTI DELLA NOVELLA LEGGE SPAGNOLA SULL'EUTANASIA

di Roberto D'Andrea
Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Padova

Lo scopo del presente lavoro è di offrire un quadro sintetico della nuova legge spagnola in materia di eutanasia e di trarne dieci opportuni insegnamenti per il nostro inerte Parlamento: 1) ogni momento è buono per riconoscere diritti fondamentali; 2) non decidere su tali diritti è già una decisione, cioè quella di negarli; 3) ciascun individuo ha il diritto di disporre liberamente della propria vita; 4) non è legittimo sopprimere libertà costituzionali per il timore di abusi: l'unico mezzo per evitarli è regolare i fenomeni con buone leggi; 5) l'eutanasia, in determinate circostanze, non è un pio desiderio ma un diritto costituzionale; 6) non bisogna limitare tale diritto mediante la previsione di requisiti per il suo esercizio immotivatamente rigidi; 7) non deve sussistere alcuna differenziazione normativa fra omicidio del consenziente e aiuto al suicidio; 8) le cure palliative e la sedazione profonda non si pongono in contrasto con l'eutanasia, ma sono un rimedio che si aggiunge alla medesima; 9) l'ultima parola sul proprio percorso terapeutico e sulle proprie scelte esistenziali spetta al paziente, e non al medico; 10) il diritto all'eutanasia non può pienamente esercitarsi se non è previsto un corrispettivo obbligo di garantirlo a carico dello Stato.
The aim of this work is to provide a synthetic picture of the new Spanish law on euthanasia and to draw ten appropriate lessons for our inactive Parliament: 1) there is always time for recognizing fundamental rights; 2) not deciding on such rights is already a decision, that is to deny them; 3) each individual has the right to freely dispose of their own life; 4) it is unlawful to suppress constitutional freedoms for fear of abuses: the only way to avoid them is to regulate phenomena by means of good laws; 5) euthanasia, under certain circumstances, is not a wishful thinking but a constitutional right; 6) such right cannot be limited by excessively and groundlessly stringent requisites; 7) there has to be no differentiation between consented murder and assisted suicide; 8) palliative care and deep sedation shoud not conflict with euthanasia, but they are an additional remedy; 9) the final say on their own course of treatment and existential choices is up to the patients, not the doctors; 10) the right to euthanasia cannot be fully exercised if a corresponding obligation to guarantee it is not provided.

SOMMARIO: 1. Introduzione generale. - 2. Il preambolo. - 3. La normativa. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Il Congresso dei Deputati spagnolo, in data 18 marzo del 2021, ha definitivamente approvato la *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*[1], proposta dal Partito socialista al governo, con 202 voti a favore, 141 contrari e 2 astensioni,[2] non senza sollevare pronte, immancabili polemiche conservatrici, non solo in Spagna[3] , ma anche in Italia.[4] Nondimeno, un altro passo, nel cammino

[1] Per una disamina delle precedenti proposte di legge in materia, v. A. Tigrino, *La riflessione penalistica spagnola in materia di fine vita: dalle elaborazioni d'epoca franchista alla* Ley Orgánica de *regulación de la eutanasia del 18 marzo 2021*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27.4.2021, 4 ss.
[2] Hanno votato a favore della legge tutte le forze politiche, ad eccezione del Partito popolare e del partito di estrema destra *Vox*.
[3] Si pensi soltanto alle dichiarazioni del presidente del Collegio dei Medici di Madrid, Manuel Martínez- Sellés, secondo cui questa legge andrebbe addirittura contro l'"essenza della medicina", e occorrerebbe piuttosto concentrare gli sforzi sullo sviluppo delle cure palliative. Della medesima linea anche la Conferenza episcopale spagnola.
[4] Si consideri soltanto quanto affermato dal presidente della *Accademia per la Vita* Paglia: «Alla diffusione di una vera e propria cultura eutanasica, in Europa e nel mondo, si deve rispondere con un approccio culturale diverso. La sofferenza e la disperazione dei malati non vanno ignorate. Ma la soluzione non è anticipare la fine della vita. La

verso la civiltà, è stato compiuto in Occidente. La Spagna si unisce ai pochissimi Paesi che prevedono l'eutanasia attiva. Lo scopo del presente, breve lavoro è di offrire un quadro sintetico ma sufficientemente dettagliato della nuova legge spagnola, evidenziandone i (molti) pregi e (pochi) limiti e traendone al contempo alcuni importanti insegnamenti per tutti gli odierni Stati costituzionali. Si concluderà il lavoro con un auspicio *de iure condendo* per il nostro Paese.[5]

La legge si articola in un *preambolo* alla base della sua adozione, che opera su di un piano descrittivo, e in cinque capitoli, che costituiscono la parte normativa. Nel preambolo si spiegano, in maniera riassuntiva ma chiara ed esaustiva, i termini del dibattito che da almeno un ventennio sino ad oggi si è sviluppato in Spagna (come in molti altri Stati) in tema di eutanasia, e i relativi approdi. Nel primo dei cinque capitoli, poi, recante disposizioni generali, si delineano l'oggetto della legge (cioè il diritto, *ex* art. 1, di «chiedere e ottenere la prestazione di aiuto a morire»), l'ambito di applicazione della stessa (cioè a tutte le persone fisiche e giuridiche, pubbliche e private, che agiscano o si trovino in territorio spagnolo, *ex* art. 2 della *Ley Orgánica*), e talune definizioni (art. 3, su cui torneremo). Nel secondo capitolo viene sancito il *diritto all'aiuto a morire* (vedremo meglio ciò che si intenda con questa espressione), i relativi *requisiti* e lo strumento di tutela in caso di *diniego* del riconoscimento di tale diritto. Nel terzo capitolo viene disciplinato minuziosamente il procedimento per ottenere concretamente la prestazione eutanasica. Nel quarto capitolo si dettano utili norme per *garantire* il diritto in parola. Nel quinto capitolo si regolano infine struttura e funzione delle cc.dd. Commissioni di Controllo e Valutazione (artt. 17 e 18)[6], e si stabiliscono alcune disposizioni finali, compresa l'entrata in vigore della presente legge, tre mesi dopo la sua pubblicazione nel "Bollettino Ufficiale dello Stato".

Il primo insegnamento che viene dalla Spagna risiede nel fatto stesso di avere approvato una legge, in un ambito usualmente definito assai "delicato" e "divisivo", nonostante i tempi che stiamo tutti

---

soluzione è prendersi cura della sofferenza fisica e psichica. La Pontificia Accademia per la Vita sostiene la necessità di diffondere le cure palliative, non l'anticamera dell'eutanasia, ma una vera cultura palliativa del farsi carico dell'intera persona, in un approccio olistico. Quando non si può più guarire, possiamo sempre curare le persone», cfr. www.alfonsiana.org, 23.3.2021.

[5] Precisiamo da subito che la traduzione di tutti gli articoli che verremo citando è nostra.

[6] Come ben sintetizza F. Lazzeri, *Dum Romae (non) consulitur, la Spagna approva una legge che disciplina l'eutanasia attiva,* in www.sistemapenale.it, 22.3.2021, «si tratta […] di un **organo amministrativo a base territoriale**, poiché ne esisterà uno per ciascuna Comunità autonoma (entità di governo locale assimilabile, almeno per estensione, alle nostre Regioni). Sebbene la concreta regolamentazione venga demandata dalla legge ai Governi autonomi, viene stabilito un **numero minimo di sette membri** di provenienza multidisciplinare, tra cui necessariamente **professionisti sanitari** […] e **giuristi**. Le **funzioni** svolte dalla Commissione hanno anzitutto **natura giustiziale**, operando alla stregua di organo di ricorso al quale […] il paziente può presentare reclamo in caso di provvedimenti sfavorevoli nel corso del procedimento (fermo che per le decisioni della Commissione stessa si prevede espressamente la **possibilità di impugnazione in sede giurisdizionale**); a ciò si aggiungono un **ruolo consultivo** e un **ruolo di monitoraggio** in ordine alle questioni che possono sorgere nella **attuazione della disciplina**, la cui valutazione dovrà essere oggetto di una **relazione pubblica annuale** (a sua volta destinata a confluire in una comunicazione annuale del Ministero della Salute). […] [I]l **compito principale** della Commissione consiste nella **partecipazione alla fase istruttoria** nel procedimento avviato dalla richiesta del paziente e nella titolarità esclusiva della **fase decisoria finale** (art. 10). In particolare, laddove sia il medico responsabile sia il medico consulente abbiano dato parere favorevole, il procedimento prosegue presso la Commissione, che in questi casi opera nella persona di **due membri** – un professionista sanitario e un giurista – cui sono affidate tutte le **attività di verifica** necessarie, a partire dall'analisi della **documentazione** clinica ma potenzialmente estese anche a **colloqui** con l'*équipe* medica che segue il paziente e con il paziente stesso. La valutazione deve essere completata entro sette giorni, all'esito dei quali viene reso un **nuovo parere**: se **favorevole**, esso vale come **determinazione conclusiva** ai fini della autorizzazione dell'eutanasia; in caso di parere negativo o di dissenso tra i due membri sono previsti **meccanismi di risoluzione del conflitto interni alla Commissione** (con possibilità di ricorso all'autorità giudiziaria avverso il diniego, comunque espresso)».

faticosamente attraversando. I promotori della legge, e in generale i parlamentari che hanno espresso voto favorevole, si sono così esposti ad una delle tante obiezioni *infami* mosse dai vari "sostenitori della vita", legata alla inopportunità di istituire un diritto alla *morte* proprio quando disperatamente si lotta per la *vita*, e comunque in un periodo di "emergenza", ossia quando si dovrebbe pensare prima ai problemi più urgenti e solo in un secondo momento, eventualmente, a qualunque altra istanza socialmente sentita. [7] Sono argomentazioni capziose[8]: se emerge un diritto fondamentale, prima lo si riconosce e rende effettivo, meglio è. Occuparsene non esclude certo la possibilità e doverosità di provvedere alle urgenze ed alle crisi. Procrastinare invece non equivale a zelo e premura di risolvere le emergenze, ma a mancanza di volontà e coraggio politico.

2. Il preambolo detta una premessa di carattere culturale prima ancora che giuridico: il legislatore iberico prende atto, infatti, della «secolarizzazione della vita e della coscienza sociale», aspirando a dare «una risposta giuridica, sistematica, equilibrata e garantista ad una forte domanda della società contemporanea qual è l'eutanasia», e ad assolvere così al proprio obbligo di «far fronte alle domande e ai valori della società, preservando e rispettando i suoi diritti e adeguando a questa finalità le norme che regolano e organizzano la nostra convivenza». Dagli spunti appena menzionati si ricava il secondo insegnamento, strettamente correlato al primo: il Parlamento non può disinteressarsi delle pressanti domande che provengono dal tessuto sociale di cui è espressione, ma ha il dovere di *prendere posizione*. Non decidere è già una decisione, e la peggiore possibile: la decisione di perpetuare il diniego dei diritti ed un'assoluta incertezza nei cittadini.[9] Il

[7] La medesima obiezione si è indirizzata dalla Federazione portoghese per la vita contro la legge che legalizza l'eutanasia in Portogallo («scelta scioccante se si legiferasse sulla morte mentre i portoghesi lottano per la vita»), nonché da un gruppo di associazioni a sostegno della vita, per le quali l'approvazione della legge portoghese era da ritenersi una mancanza di rispetto verso tutti i medici e gli infermieri che tentano di salvare vite umane (cfr. www.repubblica.it, 29.1.2021, articolo di Daniele Mastrogiacomo). D'altronde questo tipo di obiezione non si circoscrive esclusivamente al campo del biodiritto, ma viene mossa in generale con riferimento a tutti i diritti *negati* col pretesto della doverosità di occuparsi prima di problemi più urgenti. È ad esempio il linguaggio adottato da alcuni partiti italiani (principalmente Lega e Fratelli di Italia) per scoraggiare la legge istitutiva dello *ius soli*: con tutte le difficoltà che hanno gli italiani, dobbiamo proprio pensare agli stranieri?

[8] La pretestuosità delle riportate obiezioni è stata anche ben segnalata da A. Tigrino, *op. cit.*, 34.

[9] A titolo puramente esemplificativo, si riporta il comunicato dell'Associazione Luca Coscioni del 30.3.2021, reperibile in www.associazionelucacoscioni.it, secondo cui "Mario" (nome di fantasia) si sarebbe opposto dinanzi al Tribunale di Ancona, con procedimento di urgenza, al diniego dell'Azienda Sanitaria Locale di aiutarlo a suicidarsi una volta verificati i presupposti richiesti dalla c.d. doppia pronuncia della Corte costituzionale (C. cost., ord. 207/2018 e sent. 242/2019). Il Tribunale di Ancona tuttavia ha rigettato la domanda del paziente, affermando l'insussistenza di «motivi per ritenere che, individuando le ipotesi in cui l'aiuto al suicidio può oggi ritenersi lecito, la Corte abbia fondato anche il diritto del paziente, ove ricorrano tali ipotesi, ad ottenere la collaborazione dei sanitari nell'attuare la sua decisione di porre fine alla propria esistenza; né può ritenersi che il riconoscimento dell'invocato diritto sia diretta conseguenza dell'individuazione della nuova ipotesi di non punibilità, tenuto conto della natura polifunzionale delle scriminanti, non sempre funzionali all'esercizio di un diritto». Duole rilevare che il Tribunale ha ragione quando sostiene che dalla sentenza della Corte costituzionale non si può ricavare il riconoscimento di un diritto al suicidio assistito. Il giudice delle leggi, difatti, in nessun punto delle due pronunce succitate osa attribuire al sistema sanitario nel suo complesso l'obbligo di garantire al paziente il suicidio assistito, e, al punto 6 del *Considerato in diritto*, addirittura la Corte precisa che «la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato». Il tenore della pronuncia è pertanto inequivocabile. Il diritto al suicidio assistito, comunque, a nostro parere discende direttamente dalla Costituzione, dalla combinazione di alcuni dei suoi principi essenziali: per una critica all'omissione di una considerazione di tal fatta ad opera della Corte, e per il tentativo di dimostrare la sussistenza in Costituzione del diritto ad eutanasia e suicidio assistito, si consenta di rinviare a R. D'Andrea, *La pena della vita,* in *AP*, 9.3.2021.

contenuto della decisione sul tema in questione, poi, non può che informarsi, come ben illustrato nel preambolo, alla *secolarizzazione* e *laicità* dell'ordinamento. Non possono quindi prevalere una visione ed un orientamento *confessionali*[10] a scapito dei diritti e delle garanzie di *tutti*.[11] Eventuali ragioni *contro l'eutanasia* devono attingersi altrove. L'unico vero potenziale ostacolo, superato dalla legge che stiamo esaminando, consiste nella possibilità di abusi e storture. Ne parleremo a breve.

Il preambolo prosegue annoverando i valori in gioco di cui il legislatore ha tenuto conto, tutti beni costituzionalmente protetti: da un lato la vita e l'integrità fisica e psichica, dall'altro dignità, libertà e autonomia della volontà. Si tratta di un bilanciamento[12] in cui però, come si evince dalla parte finale del preambolo, «il bene-vita può cedere in favore degli altri beni e diritti con i quali si deve bilanciare, poiché non esiste un dovere costituzionale di imporre o tutelare la vita a tutti i costi e contro la volontà del titolare del diritto alla vita». In altri termini, il bene-vita, secondo la *scelta di campo* coraggiosamente operata dal Parlamento spagnolo (e, sinora, pavidamente mai assunta da quello italiano in maniera esplicita[13]), è un bene *disponibile* in capo al suo titolare. Questo il terzo insegnamento.

Ancora, nel preambolo si delineano due macro-modelli normativi che accolgono l'eutanasia. Da una parte vi sono «i Paesi che depenalizzano le condotte eutanasiche» (quando si appuri che chi le realizza non è mosso da motivi egoistici: un esempio per tutti, l'ordinamento elvetico), generando però così «spazi giuridici indeterminati che non offrono le garanzie necessarie»; dall'altra si trovano i Paesi (tra i quali oggi figura appunto anche la Spagna) che *riempiono* tali spazi indeterminati e dettano norme sostanziali e procedimentali chiare per garantire l'esercizio del diritto all'eutanasia e per scongiurare degenerazioni.[14] Il quarto insegnamento, una volta ammessa la meritevolezza di tutela di un determinato interesse giuridicamente ancora non tutelato, è allora

---

[10] Cfr. sul punto L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008.

[11] Per una lucida argomentazione in tal senso, si veda T. Padovani, *Dovere di vivere e aiuto al suicidio: un sintagma*, in *BioDiritto*, 15.3.2019, nonché Id., *Note in tema di suicidio ed aiuto al suicidio*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà* (per Francesco Palazzo), a cura di De Francesco Gargani-Notaro-Vallini, Atti del convegno Pisa, 12.10.2018, 139 ss; cfr. L. Risicato, *La dignità nel morire fra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018.

[12] Anche se, a nostro avviso, non è un bilanciamento vero e proprio, considerato che l'ordinamento non può arrogarsi il potere di bilanciare *al posto dell'individuo* i diritti dell'individuo stesso. Si rimanda in proposito a R. D'Andrea, *op.cit.*, 6.

[13] Per una riflessione sulla *disponibilità* della vita, si vedano ad esempio, in senso "disponibilista", P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984; D. Neri, *Eutanasia: le ragioni del sì*, in *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire, Atti del convegno internazionale di studi*, a cura di M. G. Furnari, Messina 2001, 2; F. Paruzzo, *Diritto e diritti di fronte alla decisione di morire*, in *Rivista* AIC, 2019; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *RIDPP*, 1995; da ultimo, G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico-giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Milano 2020; *contra, ex multis*, F. D'Agostino, *Presentazione al parere del CNB del 17 luglio 1998*; D. Pulitanò, *Tutela della vita e dell'integrità fisica,* in *Diritto penale. Parte speciale. Tutela penale della persona*, a cura di Id., Torino 2014; Id. *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *DPenCont*, 2018; A.G. Spagnolo, *Eutanasia: le ragioni del no*, in *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, a cura di M. Gensabella Furnari, Soveria Mannelli (CZ), 2003, vol. II; F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia,* in AA.VV., *Il valore della vita. L'uomo di fronte al problema del dolore, della vecchiaia e dell'eutanasia* (Atti del LIV corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica), Vita e Pensiero, Milano 1985. Per una estrema teorizzazione della indisponibilità della vita, v. T. Scandroglio, *Diritto a morire: tesi giuridiche a confronto*, in www.legislazionepenale.eu, 8.3.2017.

[14] Anche tali ordinamenti naturalmente depenalizzano l'eutanasia. La legge organica infatti, in una delle sue disposizioni transitorie e finali, modifica in tal senso l'art. 143 del codice penale spagnolo.

il seguente: non si danno altri modi per tentare con buone speranze di successo di impedire che si verifichino abusi e storture, se non regolare giuridicamente un fenomeno sul piano sostanziale e procedurale, e così adeguare il fatto al diritto.
Ecco quindi, come anticipavamo, il *vero e unico problema dell'eutanasia*: definirne presupposti sostanziali e procedure, per garantire «che la decisione di porre fine alla propria vita si produca [e, aggiungiamo noi, si esegua] con assoluta libertà, autonomia e consapevolezza, al riparo […] da pressioni di qualunque genere che possano provenire da contesti sociali, economici o familiari sfavorevoli o […] da decisioni affrettate». A questo scopo sono diretti gli articoli (che vedremo meglio più avanti) recanti i requisiti e il procedimento per realizzare la condotta eutanasica.[15]
Il quinto insegnamento si rivela al contempo una *assoluta novità* nel panorama mondiale del fine-vita: per la prima volta[16] un Parlamento ha adottato una legge che "introduce" nel proprio ordinamento giuridico «un *nuovo diritto individuale* [corsivo nostro] qual è l'eutanasia». In nessun altro Paese era mai stato esplicitamente affermato che l'eutanasia è un *diritto*.[17] Tutte le leggi che hanno legalizzato l'eutanasia l'hanno configurata sempre come una mera non punibilità del soggetto competente che intenda praticarla, cosicché la legalizzazione dell'eutanasia, più che uno

[15] Artt. 5, 6, 8 ss. e 14 della presente legge.
[16] Per una rassegna delle previsioni vigenti nei Paesi in cui l'eutanasia è *lecita*, v. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012, 127 ss.
[17] In Italia non solo non esiste alcuna legge che abbia affermato il *diritto* all'aiuto a morire, ma tale diritto non può neppure ricavarsi da alcuna pronuncia giurisprudenziale (a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, come quello tedesco, canadese o colombiano), neppure dalla c.d. doppia pronuncia legata al caso Cappato (ord. 207 del 2018 e sent. 242 del 2019). Fra i plurimi commenti all'ordinanza n. 207 del 2018, cfr. U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare,* in www.diritticomparati.it, 23.11.2018; M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita,* in www.questionegiustizia.it, 19.11.2018*;* E. Canale, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire*, in www.osservatorioaic.it, 7.6.2018; S. Canestrari, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio,* in *DPenCont*, 2019; C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte,* in *DPenCont*, 2018; M. D'Amico, *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale,* in *Corr. giur.*, 2018; S. Gianello, *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di rimessione nel "processo Cappato",* in www.diritticomparati.it, 26.2.2018*;* N. Fiano, *"Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli". Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in www.forumcostituzionale.it, 28.10.2018; F. Giunta, *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito*, in *DisCrimen*, 2019; S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018*;* G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti fondamentali*, 2019; L. Risicato, *L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *DisCrimen*, 2019; Id., *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2020; S. Seminara, *L'art. 580 e il diritto di morire,* in *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018,* a cura di F. S. Marini, C. Cupelli, Napoli 2019; A. Sessa, *Il processo all'art. 580 del Codice penale nella più recente giurisprudenza costituzionale: alle origini di una nuova idea di giustificazione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 11.10.2019; G. Sorrenti, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018; fra i commenti alla sentenza 242 del 2018, si vedano in particolare C. Tripodina, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata,* in *GI*, 2019, e A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito,* in *Giurisprudenza italiana*, 2019. Interessanti spunti si possono poi rinvenire anche in G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con l''altro',* in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2020.

strumento a tutela del paziente, si è risolta in un presidio per chi la somministra. Il paziente si è visto fino ad oggi riconoscere una mera *aspettativa di fatto* a ricevere, da qualche anima pia, il trattamento desiderato.
Il Parlamento spagnolo invece ha scritto a chiare lettere nel preambolo della legge organica che l'eutanasia costituisce un *nuovo diritto individuale*. La legge organica non si limita ad "introdurlo", ma si spinge fino a *riconoscerlo.* L'art. 4, comma 1, prevede infatti che «[s]i riconosce il diritto di tutti coloro che soddisfino i requisiti richiesti dalla presente legge di chiedere e ottenere la prestazione di aiuto a morire».[18] *Riconoscere* il diritto alla eutanasia significa avere contezza del fatto che il diritto *preesiste* all'atto normativo che lo prevede. Dalla affermazione della preesistenza di un diritto ad un dato legislativo discende che il diritto in questione *travalica la sfera di discrezionalità legislativa*, come avviene per tutti i diritti fondamentali, i quali hanno infatti natura addirittura *supercostituzionale.*[19]
Il dettato dell'art. 4 comma 1 consente allora di far luce sul modo in cui va interpretato il preambolo quando dichiara l'introduzione del diritto all'eutanasia: "introdurre" non vuol dire "creare" ma, nel contesto in cui il termine si iscrive, significa "rendere effettivo", "dar vita *in concreto* a", ma anche "regolare" (l'art. 1 infatti sancisce che l'oggetto della legge consiste nel *regolare* il diritto all'eutanasia). Ciò dimostra che quella spagnola non è una legge sull*'an,* ma sul *quomodo.*[20]
Trattasi di una interpretazione sistematica di non poco momento e se ne può avere ulteriore conferma confrontando le disposizioni richiamate con l'art. 11 comma 1, a norma del quale il paziente sarà tenuto a comunicare al medico responsabile «la modalità in cui vuole ricevere la prestazione di aiuto a morire».

3. Sul piano *stipulativo,* di particolare interesse si rivelano tre definizioni normative (*ex* art. 3 della legge organica), due delle quali concernono i presupposti richiesti per ottenere l'aiuto a morire, ed una riguarda il significato stesso della prestazione di aiuto a morire. La prima condizione necessaria per l'eutanasia è la presenza di una «infermità grave, cronica e invalidante», ovverosia situazione in cui versa «una persona affetta da limitazioni che incidono direttamente sulla sua autonomia fisica, così come sulla sua capacità di espressione e di relazione, e che comportano una sofferenza fisica *o* [corsivo nostro] psichica costante e intollerabile, essendovi la certezza o una *grande probabilità* [corsivo nostro] che tali limitazioni persistano nel tempo senza possibilità di guarigione o di apprezzabili miglioramenti».[21] Il sesto insegnamento derivante da questa

[18] Precisando poi al comma 2 i caratteri della decisione di chiedere l'aiuto a morire: autonoma ed informata, con registrazione delle informazioni nella cartella clinica del paziente.
[19] Cfr. sul punto la storica sentenza C. cost., sent. 1146/1988.
[20] Ciò non vuol dire che sia per questo meno importante. Senza il *quomodo,* come tristemente abbiamo modo di constatare ogni giorno in ordine a diritti fortemente affermati ma debolmente tutelati, non è garantito nemmeno l'*an.*
[21] Correttamente osserva F. Lazzeri, *op. cit.*, che «[i]l legislatore sembra così prendere in considerazione anche situazioni di **generica non autosufficienza**, che a prescindere da una precisa connotazione nosografica impongono alla persona di avvalersi della **assistenza altrui anche per i bisogni e le attività più elementari**», e prosegue rilevando che «il '**contesto di fragilità progressiva'** potrebbe rafforzare l'idea che la condizione in esame legittimi la richiesta di aiuto a morire in caso di **patologie cronico-degenerative** (ad es. di tipo neurologico o neuro-muscolare, ma si pensi anche a un tumore maligno dal decorso inarrestabile) **anche se intercettate in uno stadio precoce**, a prescindere dall'attualità di un decadimento fisico tale da richiedere sostegni esterni (meccanici o umani). Sembra invece **indispensabile l'attualità della sofferenza** – che però […] ben può essere anche 'psichica'». Cfr., in ordine alla necessità, anche nell'ordinamento domestico, di tenere in considerazione le condizioni di particolare sofferenza e debilitazione di soggetti affetti da gravissime patologie, G. De Francesco, *op. cit.*

definizione è di non prevedere requisiti eccessivamente e immotivatamente rigidi[22]. Non sarebbe ad esempio sensato richiedere la presenza di sofferenze fisiche *e* psichiche allo stesso tempo o una necessaria *certezza* del persistere delle limitazioni scaturenti dalla infermità, poiché una simile rigidità penalizzerebbe, senza una valida ragione, pazienti egualmente sofferenti ma accidentalmente affetti da diversa patologia.[23]

L'altra condizione *alternativamente* richiesta per potere ottenere l'eutanasia è quella di una infermità «grave ed incurabile», per tale intendendosi una alterazione dello stato di salute provocato da un incidente o da una infermità, originato indipendentemente dalla volontà del o della paziente, che comporta una sofferenza fisica o psichica costante e intollerabile. Da ultimo, la «prestazione di aiuto a morire» si concreta in due modalità: 1) somministrazione *diretta* al paziente di una di una sostanza da parte dell'operatore sanitario competente; 2) prescrizione o erogazione al paziente da parte dell'operatore sanitario competente di una sostanza, in modo che questi se la possa auto-somministrare.

Donde il settimo nostro insegnamento: nel diritto alla eutanasia vanno ricomprese tanto la c.d. eutanasia in senso stresso (sub n. 1) quanto il c.d. suicidio assistito (sub n. 2), ancora oggi sanzionati, salvo il verificarsi di limitati presupposti enucleati dalla Corte costituzionale con riferimento soltanto al secondo[24], dalle fattispecie incriminatrici, rispettivamente, di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Né basta legalizzare o garantire esclusivamente il suicidio assistito, perché altrimenti si lasciano irragionevolmente sprovvisti di ogni tutela i pazienti incapaci di qualsivoglia movimento fisico e bisognosi di una somministrazione *diretta* di un farmaco letale da parte di un soggetto competente: si nega cioè tutela proprio a chi ne ha maggiore bisogno. Non vi è pertanto alcuna ragione (se non legata a ideologie, nel senso peggiore che al termine possa attribuirsi) per riconoscere il diritto al suicidio assistito e non alla eutanasia attiva in senso stretto.

Il profilo su cui si deve ora concentrare la nostra attenzione attiene ai *requisiti* necessari per richiedere e ottenere la prestazione di aiuto a morire, i quali rispondono, unitamente con l'aspetto procedimentale, all'esigenza di assicurare che i pazienti intenzionati a congedarsi dalla vita assumano la loro decisione in maniera libera, informata e sufficientemente ponderata. L'art. 5 dispone infatti che i requisiti *per ottenere* la detta prestazione sono: a) avere la nazionalità spagnola o residenza legale in Spagna, nonché la maggiore età e capacità di intendere e di volere al momento

---

[22] Sotto questo profilo, correttamente critico di C. Cost., ord. 207/2018 (e della successiva sent. 242/2019), A. Tigrino, *op.cit.*, p. 21 ss.

[23] Ci si potrebbe allora domandare perché siano chieste comunque sofferenze *intollerabili* (e non magari semplicemente fastidiose) o sia postulata una grande probabilità di non miglioramento (e non la semplice *possibilità* di non miglioramento). Ogni linea di demarcazione fa inevitabilmente sorgere scottanti problematicità, ma quel che si vuole evitare con la presente legge e con la richiesta di requisiti stringenti è di normalizzare l'eutanasia trasformandola in un normale tipo di cura. Per l'esame di talune di queste problematicità, cfr. C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia,* Napoli 2004.

[24] Si veda la citata c.d. doppia pronuncia della Corte costituzionale, cioè la ord. 207/2018 e la sent. 242/2019. Pur avendo fatto un coraggioso passo in avanti, la Corte costituzionale italiana non si spinge fin dove è arrivata la Corte cost. tedesca, sez. II, 26 febbraio 2020, che fa discendere il diritto a morire dal generale diritto all'autodeterminazione. Per un puntuale commento a quest'ultimo arresto, v. A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2020, nonché N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *DPenCont,* 2020; per un acuto raffronto fra la doppia pronuncia italiana, quella tedesca e la Corte di Strasburgo, cfr. V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte Europea dei Diritti Umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in www.lalegislazionepenale.eu, 12.3.2020

della richiesta; b) disporre per iscritto dell'informazione necessaria sul proprio processo medico e sulle diverse alternative terapeutiche, inclusa la possibilità di accedere alle *cure palliative.*[25] Da questo requisito si ricava il nostro ottavo insegnamento: le *cure palliative,* a differenza di quanto sostengono non pochi autori, devono, come rimedio contro il dolore, *sommarsi all'eutanasia,* e non, invece, eliminare la possibilità di ricorrere a quest'ultima. Il fatto che vi sia la possibilità di usufruire delle cure palliative, semmai, dovrà dissuadere il paziente dal desiderare la propria morte.[26]

Veniamo agli altri requisiti: c) avere formulato *due* richieste *in maniera volontaria* e *per iscritto,* intervallate da almeno quindici giorni di distanza l'una dall'altra (dunque richiesta *reiterata,* contro il pericolo di una mancata o scarsa ponderazione di una scelta irreversibile); d) patire un'infermità grave ed incurabile o grave, cronica ed invalidante come sopra definite, certificate dal medico responsabile; e) prestare *consenso informato,* che andrà documentato nella cartella clinica del paziente. Al comma 2 dell'art. 5 si consente poi di poter sottoscrivere un documento avente valore di testamento biologico o equivalente in cui si dettano disposizioni per l'eutanasia.[27]

L'art. 6 dispone i requisiti della *richiesta* di aiuto a morire: essa deve risultare da documento scritto munito di data e sottoscrizione del paziente (se questi ne è impedito, provvederà altra persona in sua presenza). La sottoscrizione dovrà essere apposta sotto il controllo di un operatore sanitario, che siglerà il documento. Naturalmente la richiesta di aiuto a morire potrà essere *revocata* in qualunque momento, così come si potrà chiedere un *rinvio* della prestazione. L'art. 7 prescrive infine che il medico responsabile potrà, per iscritto e motivatamente (salvo che si avvalga del diritto all'obiezione di coscienza), opporre il *diniego* della prestazione, contro cui il paziente potrà, entro cinque giorni lavorativi, proporre *reclamo* dinanzi alla Commissione di Controllo e Valutazione competente. Come vedremo, il diniego non può ritenersi un potere *discrezionale* del medico, ma solo esercizio di un mero *accertamento tecnico.*

Ricevuta la richiesta da parte del medico responsabile, segue un *iter,* minuziosamente descritto, che conduce dalla richiesta della prestazione alla sua esecuzione. Il profilo metodologico-procedurale non va mai trascurato[28], perché, se ben delineato, è ciò che *rende effettivi* i diritti legislativamente sanciti. Poiché, tuttavia, esso è stato oggetto di approfondita e acuta analisi[29], ci

---

[25] Sul rapporto tra eutanasia e cure palliative, cfr. F. Persano, *Cure palliative in Italia tra etica e diritto,* Edizioni Cantagalli, Siena, 2015; G. Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2014; C. Ripamonti, *Cure palliative,* in *Aggiornamenti sociali,* 2010; U. Veronesi, *Il diritto di non soffrire. Cure palliative, testamento biologico, eutanasia,* Milano 2011.

[26] Se invece un sistema sanitario non riesce ancora a garantire, anche in maniera diffusa sul territorio, l'accesso alle cure palliative a tutti i cittadini che ne abbiano bisogno, questa manchevolezza non può valere come alibi per negare anche il diritto all'eutanasia, con il pretesto che in assenza di cure palliative vi saranno diversi pazienti desiderosi di morire. Anzi, capovolgendo il ragionamento, istituire e regolare l'eutanasia, oltre ad essere doveroso per ragioni costituzionali, finirebbe per sollecitare lo Stato a sviluppare più velocemente le cure palliative: proprio per cercare di evitare che vi siano troppi malati desiderosi di morire e per scongiurare la realizzazione di un numero alto di decessi per eutanasia, si farà sicuramente più pressante l'urgenza di garantire l'alternativa terapeutica delle cure palliative. Altrimenti si continuerà a tenere imprigionati i malati irreversibili nei loro dolori, senza eutanasia e senza cure palliative.

[27] Tale facoltà deve ritenersi esclusa nel nostro sistema, in quanto l'art. 1 co. 6 l. 22.12.2017, n 219 impedisce al paziente di esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali, e tale inserto è stato interpretato dalla dottrina unanime come un implicito divieto, *allo stato,* anche di chiedere l'eutanasia. Per un approfondimento su questa importante legge, v. *ex multis* G. Baldini, *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra,* in www.dirittifondamentali.it, 5.2.2019, e S. Canestrari, *"Una buona legge buona": la l. n. 219 del 2017 e la relazione medico-paziente,* in *CGiur,* 2018.

[28] Come correttamente sottolinea anche F. Lazzeri, *op. cit.*

[29] Si veda Id., *op. cit.*

limiteremo a ripercorrerne celermente i tratti essenziali: dopo la richiesta di aiuto a morire, si svolgerà un «*proceso deliberativo*» (espressivo della moderna *alleanza terapeutica*) fra medico e paziente. Dopo ventiquattro ore dalla sua conclusione, il paziente dovrà decidere se perseverare nel proposito di ottenere l'aiuto a morire o desistervi. Quando decida di continuare, il medico responsabile lo comunicherà al proprio *team* di riferimento e consulterà un altro medico, che dovrà confermare il rispetto dei presupposti legislativi entro dieci giorni; dopo questo passaggio, il medico responsabile, prima di eseguire la prestazione, porterà il caso a conoscenza del Presidente o della Presidenza della Commissione di Controllo e Valutazione competente, affinché effettui il c.d. «*control previo*», evitabile solo in circostanze eccezionali di morte o di imminente perdita di capacità da parte del paziente.

Ai fini del *control previo* saranno designati due membri della Commissione i quali, entro sette giorni, dovranno elaborare una *proposta, non vincolante,* di approvazione o di diniego della richiesta. La Commissione si pronuncerà infine con una *risoluzione definitiva*, messa «nel più breve tempo possibile» (questo è un limite della legge organica: sarebbe stato forse più opportuno prescrivere un termine perentorio inutilmente decorso il quale il medico sarebbe stato tenuto ad eseguire la prestazione) a conoscenza del medico responsabile. Se la risoluzione sarà di segno negativo[30], il paziente potrà ricorrere al giudice amministrativo; in caso di risoluzione positiva, si eseguirà la prestazione, in seguito alla quale il medico responsabile dovrà adempiere a determinate formalità.[31] Ai sensi della prima *Disposizione aggiuntiva*, «la morte derivante dalla prestazione di aiuto a morire si considererà morte naturale a tutti gli effetti».

Anche il *control previo,* come il diniego del medico responsabile (salva l'ipotesi relativa alla obiezione di coscienza) e il successivo controllo consultivo di un altro medico, si concreta in un mero accertamento tecnico, volto esclusivamente a verificare la sussistenza di chiari presupposti *ex lege.* Ecco il nostro nono insegnamento: se sono rispettati i requisiti legislativi (che sostanzialmente non lasciano spazio a discrezionalità), *l'ultima parola spetta al paziente*, e non al medico. Solo così può davvero dirsi rispettato il moderno principio di alleanza terapeutica, e definitivamente superato il modello vetero-paternalista del rapporto medico-paziente. Dopo il percorso deliberativo, deve essere il paziente a stabilire quel che è meglio per lui. Il medico può solo aiutarlo ad assumere una decisione ponderata, e non sostituirsi a lui ed imporgli la propria visione.

Gli artt. 13 ss. dettano talune rilevanti disposizioni finalizzate a *garantire* adeguatamente il diritto all'aiuto a morire. In particolare, 1) la prestazione di aiuto a morire sarà inclusa nella Carta dei servizi comuni del Sistema Nazionale della Salute (il corrispettivo del nostro SSN) e sarà *a finanziamento pubblico;* 2) (art. 14) saranno elaborati dal Consiglio Interterritoriale del Sistema Nazionale della Salute, entro tre mesi, un manuale di buone pratiche ed appositi protocolli per assicurare l'ottimale realizzazione della prestazione; 3) la prestazione in parola dovrà realizzarsi *in tutti i centri sanitari, pubblici, privati e convenzionati*, senza che (disposizione *fondamentale*) l'accesso al servizio e la relativa qualità siano *compromessi a causa dell'esercizio dell'obiezione di coscienza* (riconosciuto ai medici *ex* art. 16) *o del luogo in cui la prestazione deve realizzarsi*.

[30] Si segnala anche che se trascorreranno venti giorni senza che la Commissione si pronunci, opererà un meccanismo di silenzio-diniego, e si aprirà la possibilità di proporre ricorso in sede giurisdizionale. A nostro giudizio si tratta di uno dei pochi limiti di questa legge: sarebbe stato più conforme all'esigenza di aggravare il meno possibile la posizione del malato prevedere un meccanismo di silenzio-assenso, per evitare che il privato abbia, a fronte di una colpevole inerzia della Commissione competente, l'onere di presentare ricorso, sobbarcandosene i costi.

[31] L'articolo 12 stabilisce al riguardo che egli dovrà trasmettere alla Commissione di Controllo e Valutazione due documenti separati contenenti alcune informazioni sul paziente.

Il decimo insegnamento costituisce una vera *lezione di civiltà* impartitaci dagli spagnoli: affinché un diritto di natura prestazionale sia *preso sul serio*, è necessario un corrispettivo *obbligo*[32], e se tale obbligo non ricade sui singoli medici, perlomeno se ne deve far carico il sistema sanitario nel suo complesso. L'obiezione di coscienza o le differenze territoriali non possono *vanificare* il riconoscimento dei diritti, come purtroppo avviene ancor oggi nel nostro Paese in relazione a diritti fondamentali come l'aborto: molte donne sono spesso costrette a ricorrere a cliniche private o a cambiare Regione a causa della *totale ineffettività* del loro diritto.[33] Ciascuna struttura sanitaria deve attrezzarsi per garantire *in ogni caso* i diritti in questione, ad esempio riservando determinati posti a personale sanitario non obiettore. Non ottemperare a questo "obbligo di risultato" è violazione gravissima. La legge organica cerca di bilanciare il diritto all'obiezione di coscienza con il diritto ad ottenere la prestazione di aiuto a morire, *ex* art. 16 u.c., prevedendo che «[l]e amministrazioni sanitarie creeranno un Registro di operatori sanitari obiettori di coscienza […], in cui si iscriveranno le dichiarazioni di obiezione di coscienza»; questo Registro renderà più agevole «la necessaria informazione all'amministrazione sanitaria *affinché possa assicurare una adeguata gestione della prestazione di aiuto a morire*».

4. Concludiamo la nostra breve analisi e riflessione con un auspicio *de iure condendo*: posto che, come abbiamo cercato in altra sede di motivare,[34] il diritto all'eutanasia discende direttamente dal nostro sistema costituzionale (e non solo dal nostro…), sarebbe anche *politicamente opportuno* che i nostri parlamentari si attivassero per dar vita ad una "virtuosa staffetta"[35], approvando sia una legge costituzionale che *espliciti*, per ragioni di certezza del diritto, nel testo della nostra Carta fondamentale quel che giace, sopito e latente, nel suo spirito, cioè la sussistenza del *diritto all'eutanasia*[36], sia, nel solco dell'esperienza spagnola, un'altra legge (ordinaria o costituzionale) che tale diritto faccia *concretamente vivere e operare.*

[32] Proprio quello che, come abbiamo mostrato precedentemente, nega la Corte costituzionale nella sent. 242/2019 al punto 6 del *Considerato in diritto*.
[33] Si veda in proposito ad es. E. Ficco, *Il diritto di abortire: tra previsioni normative e criticità concrete*, in www.diritto.it, 13.11.2020: in Italia ben sette medici su dieci sono obiettori di coscienza…
[34] R. D'Andrea, *op. cit.*
[35] Abbiamo mutuato questa icastica espressione da S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, Milano 2012.
[36] Sulla *sfera di indecidibilità dei diritti costituzionali*, Ferrajoli L., *Giurisdizione e consenso*, in *QuestG*, 2009.

"NOMEN PLURALE TANTUM". LE CONFISCHE TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI. UNA INTRODUZIONE (*)

di Donato Castronuovo
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Ferrara

Il contributo – che fa da introduzione al volume *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo e C. Grandi, in corso di pubblicazione presso l'editore Jovene – ribadisce la necessità di parlare delle confische al plurale, precisando anche come tale carattere di eterogeneità caratterizzi tali istituti da lungo tempo; si sofferma sulle pretese motivazioni efficientistiche che hanno determinato l'espansione del ricorso alle stesse; e ne ripercorre, infine, le difficoltà di fornire delle letture garantistiche da parte della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo.
The contribution - which serves as an introduction to *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, edited by D. Castronuovo and C. Grandi (Jovene, Naples) - reiterates the need to speak of confiscations in the plural, specifying also how such heterogeneity characterizes them, in truth, for a long time. The author dwells on the presumed efficient motivations that have determined the expansion of recourse to them. Finally, the difficulties in providing a guarantee interpretation by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights are described.

SOMMARIO: 1. Confische: "nomen plurale tantum". - 2. Da "il delitto non paga" a "il delitto ha un costo": vertigini efficientistiche. - 3. La faticosa rilettura garantistica delle confische. - 4. Chiusa.

1. Da almeno mezzo secolo ormai, e non da ieri, come potrebbe sembrare leggendo molte ricostruzioni correnti, si deve parlare delle "confische" al plurale[1].
Al plurale perché il concetto base – la confisca come espropriazione di beni connessi a un reato – non si è soltanto *diversificato nelle forme*, ma è già da tempo *semanticamente esploso*, ricomprendendo nel perimetro del suo significato strumenti di ablazione patrimoniale strutturalmente assai lontani da quella nozione di partenza: misure patrimoniali – spesso riconducibili a vere e proprie espressioni del *diritto penale di lotta*, per dirla con Massimo Donini[2] – che, rispetto al prototipo codicistico, presentano morfologie geneticamente modificate, funzioni politico-criminali eterogenee, discipline diversificate. L'adagio "pluralista" può essere ribadito riprendendo le parole di una vecchia sentenza della Consulta: «Ciò che […] spetta di considerare

(*) Si tratta dell'introduzione al volume *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo e C. Grandi, in corso di pubblicazione per i tipi di Jovene editore, Napoli, 2021.
[1] Avvertiva la oggi evidentissima molteplicità di istituti recanti la stessa denominazione già, per esempio, C. cost., 9.12.1961 n. 29, la quale, in merito alla confisca di beni per delitti legati al fascismo, dichiarava non fondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 1 d.lgs. luogotenenziale 26.3.1946 n. 134, *Inquadramento nel sistema tributario dell'avocazione dei profitti di regime*: «È noto che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge», in www.cortecostituzionale.it.
[2] M. Donini, *"Diritto penale di lotta"* vs *"diritto penale del nemico"*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino 2006, 19 ss.

non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge»[3].
Un termine, dunque, da declinare necessariamente *al plurale*, in coerenza con la insostenibile variabilità tipologica di riferimento[4]. La confisca, tuttavia, nel disegno originario del codice Rocco, era – avrebbe dovuto essere – una misura di sicurezza patrimoniale avente, in via tendenziale, tratti unitari. Il modello codicistico di confisca è sempre stato percepito anch'esso come altamente "problematico", e da vari punti vista, perché assai peculiare: un oggetto curioso, non foss'altro perché implica e suppone una pericolosità sociale *insita nelle cose*. Un requisito, quest'ultimo, che mi è sempre parso ispirato a religioni *animistiche*…
Nondimeno, quel modello era fondato su alcune regole, statuite all'art. 240 del codice penale, che restituivano una nozione ancora declinabile *al singolare*:
- la confisca è tendenzialmente facoltativa (così è per le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto) e solo eccezionalmente obbligatoria (per il prezzo del reato e per le cose la cui fabbricazione o detenzione o alienazione o il cui uso o porto costituisce reato);
- la confisca è fondata sul requisito (ontologico) del nesso di pertinenzialità del bene con il reato;
- la confisca richiede normalmente una pronuncia di condanna (l'eccezione riguarda le cose la cui fabbricazione etc. costituisce reato, che sono confiscate anche se non è stata pronunciata condanna).
A questo modello codicistico di confisca si sovrappongono quelle numerose ipotesi speciali, proliferate a dismisura, che rappresentano singolari *modificazioni genetiche di quel modello*, in cui si capovolge il rapporto tra regola ed eccezione[5]. Ed ecco che:
- le ipotesi speciali di confisca, di volta in volta introdotte nell'ordinamento giuridico, sono tutte *obbligatorie*;
- queste fattispecie si fondano su paradigmi di *pericolosità sociale* ancor più sfumati e ambigui, se non inesistenti, rispetto alla confisca dell'art. 240 c.p., o addirittura "invertiti" rispetto allo stesso modello criminologico tradizionale di riferimento: così, se in passato la pericolosità era spesso legata a una condizione di povertà del soggetto, in tempi recenti essa è per lo più legata a una ricchezza ingiustificata o sospetta;
- inoltre, quelle geneticamente modificate sono forme di ablazione in cui si affievolisce grandemente (confisca per equivalente) o non si richiede affatto (confisca di prevenzione e confisca allargata) il *nesso tra bene oggetto di apprensione pubblica e reato*;
- tali tipologie prescindono, infine, in vari casi, dalla pronuncia di una *condanna* (confisca di prevenzione, confisca urbanistica).

2. Non va sottaciuto come la vecchia confisca del codice fascista avesse mostrato la corda, manifestando tutta la sua inadeguatezza rispetto alle esigenze della politica criminale moderna e

[3] Si tratta della già menzionata sentenza: C. cost., 9.12.1961 n. 29.
[4] Si veda, in merito, per es., E. Nicosia, *La confisca, le confische*, Torino 2012. Cfr., altresì, T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova 2011. Per una rassegna completa si può fare riferimento, ad es., a *Codice delle confische*, a cura di T.E. Epidendio, G. Varraso, Milano 2018.
[5] Sulle molteplici questioni poste da alcune ipotesi speciali e settoriali di confisca, si rinvia a diversi contributi al presente volume, tra i quali si segnalano le approfondite trattazioni di: G. Varraso, *Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019*; e A. Perini, *La confisca 231 al banco di prova del diritto penale societario*. Si veda inoltre M. Tebaldi, *Responsabilità degli enti collettivi e reati tributari. Evoluzioni in materia di confisca*, *infra* in questo volume.

ai suoi – non sempre condivisibili – programmi efficientistici di matrice interna o sovranazionale. Inadeguatezza percepita o professata non soltanto – come si potrebbe essere portati a credere – a fronte dei fenomeni criminali organizzati e di più rilevante impatto sul sistema economico, bensì anche rispetto a violazioni di media, dubbia o finanche inesistente rilevanza criminale sul piano dell'accumulazione patrimoniale illecita: vale la pena di ricordare che nei "modernissimi" cataloghi di reati "sensibili" alle confische speciali spuntano, ad esempio, reati insospettabili come quelli sessuali o lo *stalking*…

Il *paradigma efficientistico* della politica criminale contemporanea sembra oramai incline non più tanto alla regola – impeditiva – "*il delitto non paga*"[6], ma a quella – proattiva – "*il delitto (o il sospetto di delitto) ha un costo patrimoniale*": un costo patrimoniale per l'autore, o per un tipo di autore, ma anche per altri soggetti terzi innocenti. Questo paradigma efficientistico – proteso a conseguire la "neutralizzazione patrimoniale" del crimine andando ben oltre la mera ablazione di plusvalenze illecite – ha fatto della confisca, con il sequestro che la precede come un'ombra inquietante, il suo principale ordigno punitivo. Ciò è stato reso possibile svincolando in varia guisa il concetto di confisca dai limiti strutturali sopra evocati (facoltatività, pertinenzialità, condanna) ed estendendone l'area di applicazione molto al di là dei soli settori della criminalità economica o del profitto.

Il *mantra* – per molti versi comprensibile – della politica criminale internazionale contemporanea è diventato: *una efficace strategia di contrasto al crimine deve prendere di mira i patrimoni*[7]. Un imperativo politico-criminale votato, come detto, all'efficienza, ispirato a paradigmi specialpreventivi di neutralizzazione economica, ma non privo di forti accenti di deterrenza e di sfumature retributive. Ecco, dunque, inevitabilmente, la riscoperta delle confische – e del loro antesignano "cautelare", dai modi più spicci e, quindi, se possibile, dagli effetti ancor più devastanti: il sequestro[8].

Si tratta, tuttavia, della "riscoperta" di uno strumento ambivalente, ma anche ambiguo: di cui si avvertono facilmente le virtù di efficace contrasto all'accumulazione di capitali illeciti; ma di cui spesso si trascurano i problemi di potenziale conflitto con i diritti fondamentali riconosciuti sul piano costituzionale e convenzionale[9].

Le confische rappresentano uno di quegli strumenti della politica criminale contemporanea capaci di suscitare l'impressione che, quando l'attenzione si sposta in maniera troppo disinvolta dalla repressione di *fatti* di reato al contrasto a *fenomeni* criminali, i mezzi utilizzati finiscano per autolegittimarsi in funzione degli scopi perseguiti. Insomma, si finisce per ingenerare l'idea che la (sacrosanta) lotta alla criminalità economica o del profitto possa – e dunque debba – usare gli strumenti più efficaci, costi quel che costi in termini di sacrificio (illegittimo) delle garanzie.

---

[6] V., ad es., V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione, in *RIDPP* 2015, 1259 ss.

[7] Sui profili europei di tale politica criminale, si vedano, *infra* in questo volume, le analisi di A.M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*; e di C. Grandi, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (UE) 2018/1805*.

[8] Sul sequestro finalizzato alla confisca nel contesto del delitto di riciclaggio, cfr. S. Bolis, *Sequestro finalizzato alla confisca in materia di riciclaggio*, *infra* in questo volume.

[9] Per talune delle questioni emerse sul piano euro-convenzionale, si rinvia ai contributi di G. Felici, *Confiscation non-conviction based: alcune riflessioni sulla giurisprudenza della Corte Edu*; e di A. Scarcella, *La confisca urbanistica tra interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata: possibile la quadratura del cerchio?*, entrambi *infra* in questo volume.

Le conseguenze in termini di rispetto dei princìpi paiono esiziali, potendo condurre a soluzioni incontrollate e finendo per convalidare apparenti assiomi efficientistici, che sono e restano sbilenchi[10].
Gli obiettivi di politica criminale non possono sovrapporsi completamente agli strumenti sostanziali e processuali escogitati per perseguirli, esaurendosi in essi, senza tenere in conto i limiti posti dai principi di garanzia. Nessun sistema giuridico d'ispirazione liberale può permettersi di *punire fenomeni invece che fatti*, per lo meno non senza tradire sé stesso.

3. A questa *vertigine efficientistica* non sfuggono le giurisdizioni superiori, quella romana così come quella alsaziana. Per la verità, tanto è stato fatto in direzione di una rilettura più garantistica delle confische nella giurisprudenza interna ed europea. Tanto però, senza dubbio, resta da fare.
Si pensi alla perdurante (o pervicace?) tendenza a riconoscere nella confisca *di prevenzione* e in quella *allargata* la natura di misure non sanzionatorie, sia nella giurisprudenza interna sia in quella europea, con conseguente applicazione ad esse di uno statuto di garanzie non penalistico e perciò "dimezzato".
Pragmatismo impone che i postulati del c.d. diritto penale classico richiedano degli adattamenti con riferimento agli strumenti del c.d. diritto penale moderno, allorquando si presentino esigenze di tutela o difesa sociale avvertite come fondamentali per la stessa esistenza di una società democratica o per la salvaguardia di un tessuto socio-economico sano. Una efficace rappresentazione della relatività dei canoni di garanzia è quella che fa ricorso all'immagine della *tirannia dei principi costituzionali in materia penale*, che tendono a massimizzare la loro portata e i loro effetti in presenza della pena per eccellenza, quella carceraria, ovvero, più in generale, quando è in gioco la libertà personale; e, invece, ad affievolirsi al cospetto di misure esclusivamente patrimoniali e non convertibili in sanzioni limitative della libertà personale[11].
È oramai evidente, tuttavia, come, in presenza di "misure reali", si tratti di individuare entro quali limiti l'*allentamento* dei tradizionali vincoli garantistici sia (costituzionalmente e convenzionalmente) ancora legittimo. In questo senso, basti rammentare una considerazione ovvia: misure patrimoniali come le confische non colpiscono soltanto… patrimoni, ma, come dei magli, sono capaci di travolgere l'esistenza stessa delle persone coinvolte.
Da qui la pressante esigenza di comparare con i principi fondamentali la cangiante natura, la diversificata funzione, l'eterogenea struttura di ogni singola tipologia di confisca.
Provo, qui, soltanto ad abbozzare un inventario – ancora incompleto – dei principali "attriti" tra le confische e i principi evocati, catalogo che sarà poi adeguatamente approfondito nei successivi contributi del volume.
Rispetto alla generalizzata previsione della *obbligatorietà* delle confische speciali e alla conseguente scarsa o nulla flessibilità applicativa che le caratterizza, viene in causa il rispetto del principio di proporzione rispetto allo scopo di interesse pubblico perseguito[12].
Le varie forme di *confisca senza condanna* e quindi senza reato accertato (da quella di prevenzione a quella urbanistica), in quanto forme ablative fondate anche solo su indizi o sospetti oppure su un

[10] Per uno spaccato sui possibili effetti della confisca italiana (*sub specie* di confisca allargata) su ordinamenti stranieri, cfr., in relazione al "trapianto" nel diritto elvetico, l'articolato saggio di M. Postizzi, *Trapianti confiscatori di diritto italiano nella recente giurisprudenza svizzera*, *infra* in questo volume.
[11] M. Donini, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova 2006.
[12] Per come messo in luce anche dalla Corte di Strasburgo, con riferimento all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione EDU, dedicato al diritto di proprietà privata, in *Sud Fondi c. Italia* del 2009, *Varvara c. Italia* del 2013 e, infine, dalla Grande Camera in *GIEM c. Italia* del 2018.

reato estinto per prescrizione, mettono in gioco quantomeno il principio di presunzione di non colpevolezza (art. 27 della Costituzione e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)[13].
La *confisca per equivalente* – con la sua funzione di confisca "acchiappatutto", specie là dove nell'applicazione giurisprudenziale si spezzi totalmente il nesso tra reato e bene, o quando il bene sia fungibile, come nel caso del danaro, o corrisponda al risparmio di spesa – mostra carenze in termini di legalità-determinatezza, capaci di neutralizzare le garanzie derivanti dal riconoscimento (operato oramai da parte della stessa giurisprudenza) della sua natura di sanzione[14].
La *confisca allargata* o *per sproporzione*[15] esibisce, dal canto suo, numerose criticità[16].
In primo luogo, il bene è totalmente svincolato da un nesso con il reato per cui è intervenuta, anche in tempi remoti, una condanna o un patteggiamento. In secondo luogo, non si prevede in maniera esplicita un confine cronologico per la presunzione di provenienza illecita (benché la giurisprudenza della Cassazione abbia provato a circoscrivere l'area dei beni confiscabili, limitandoli a quelli acquisiti in un arco temporale ragionevolmente correlato a quello in cui il soggetto risulti essere stato impegnato in attività criminose): da qui problemi notevoli in termini di proporzione/ragionevolezza. Ma soprattutto, questioni importanti si addensano sulla confisca allargata in considerazione della presunzione di illecita accumulazione, della previsione dell'onere di giustificazione circa la provenienza lecita, del riferimento a fatti-reato solo sintomatici di un illecito arricchimento.
I reati presupposto della confisca allargata (in parte coincidenti con quelli della confisca di prevenzione) hanno subito un incremento vertiginoso e incoerente, che ha allontanato l'area di incidenza della misura dal settore originario della macro-criminalità organizzata – che ne aveva motivato l'introduzione nell'ordinamento all'indomani delle stragi di mafia di Capaci e via d'Amelio – verso fattispecie sempre più eterogenee rispetto alla criminalità organizzata e del profitto, nonché tra di esse disomogenee. La legittimità della confisca allargata è precariamente ricavata, in giurisprudenza, attaccandola all'esile filo della sua qualificazione come "misura di sicurezza atipica"…, con possibile applicazione retroattiva.
La *confisca di prevenzione* (art. 24 del codice antimafia), infine, si distingue, a fatica, da quella allargata.
Certo, la confisca allargata è applicata in un procedimento penale, di cognizione o di esecuzione, e ha come presupposto la condanna o il patteggiamento per un novero (ipertrofico) di fattispecie di reato; la confisca di prevenzione è invece applicata nel procedimento di prevenzione, prescinde dalla commissione di un reato, ha come presupposto forme di pericolosità generica o specifica e si accontenta del mero sospetto (basta essere *indiziati* di un novero, anche questo ipertrofico, di reati). Del resto, è applicabile disgiuntamente dalla misura di prevenzione personale (come la sorveglianza speciale) e indipendentemente dalla pericolosità del soggetto proposto (art. 18 del codice antimafia).

[13] Cfr. G. Felici, *op. cit.*; A. Scarcella, *op. cit.*; F. Nicolicchia, *La confisca in assenza di "condanna formale" alla prova dell'ordinamento processuale*, *infra* in questo volume. Sul tema del conflitto con il principio di presunzione di innocenza, più in generale, F. Morelli, *La prova dei presupposti della confisca all'insegna del conflitto radicale con la presunzione di innocenza*, *infra* in questo volume.
[14] Sulle persistenti aporie di tale (famigerato) congenere di misure ablative, L. Sirotti, *La confisca per equivalente: problemi applicativi*, *infra* in questo volume.
[15] Oramai inserita nel codice penale all'art. 240-*bis*, la confisca allargata, come noto, è disposta obbligatoriamente, in caso di condanna o patteggiamento per un catalogo assai esteso ed eterogeneo di reati, sui beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona, risulti avere la disponibilità in valore *sproporzionato* al reddito dichiarato o all'attività economica svolta.
[16] Cfr. M. Postizzi, *op. cit.*

Ma in comune hanno la natura di "*confische di patrimoni sospetti*": sono ipotesi di «confisca dei beni di sospetta origine illecita», come le denomina la Corte costituzionale: hanno lo scopo di recidere il legame tra il reo o, rispettivamente, il sospettato e il suo patrimonio; dunque, prescindono dalla sussistenza di un nesso tra il bene e il reato. Sono entrambe altresì "*confische per sproporzione*": colpiscono beni di cui il titolare (anche per interposta persona) non possa giustificare la legittima provenienza e che risultino sproporzionati al reddito o all'attività (nonché, per l'art. 24 del codice antimafia, beni frutto di attività illecite o loro reimpiego), quindi con presunzione di provenienza illecita. Infine tutt'e due possono caratterizzarsi anche come "*confische per equivalente*"[17].

Vista la notevole somiglianza con quella allargata, anche la confisca di prevenzione appare, dunque, come un condensato di criticità sul piano del rispetto dei diritti fondamentali. Si possono evocare il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica (in relazione alla perdita del nesso di pertinenzialità, all'applicabilità nei confronti di terzi, di eredi etc.); il principio di legalità (determinatezza/prevedibilità); la violazione del principio di presunzione di non colpevolezza (per la presunzione di illiceità), il principio del giusto processo…

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 24/2019 – condividendo la valutazione di eccessiva genericità dei potenziali destinatari delle disposizioni censurate, già espressa nel 2017 dalla Corte di Strasburgo in *de Tommaso*[18]– ha stabilito che è illegittimo sottoporre (alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e) alla misura di prevenzione della confisca le persone che «debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi» (la figura di *pericolosità generica* dell'art. 1 lett. *a*). E ciò per il difetto di determinatezza della norma. La stessa Corte romana ha invece ritenuto, sulla base del diritto vivente, che sia sufficientemente determinata l'altra ipotesi di pericolosità generica di cui alla lett. *b*), riguardante chi vive abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose. Restano *intonse*, quali presupposti della confisca di prevenzione, anche le fattispecie di pericolosità specifica o qualificata: riguardanti gli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose o indiziati di uno dei (tanti) reati associativi o reati scopo, o di reati con finalità di terrorismo, o realizzati in occasione di manifestazioni sportive, o contro la pubblica amministrazione, elencati o richiamati mediante rinvio dall'art. 4 cod. antimafia, fino ad arrivare ai maltrattamenti in famiglia e allo *stalking*.

Quanto al futuro delle misure di prevenzione, si tratta di seguire le possibili conseguenze (indirette) che ancora deriveranno dalla sentenza della Grande Camera in *de Tommaso contro Italia*, attualmente in fase di controllo di esecuzione dinanzi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, deputato a monitorarne la corretta implementazione da parte delle Autorità nazionali[19].

Benché la pronuncia abbia affermato la incompatibilità con il diritto convenzionale (in relazione alla libertà di circolazione *ex* art. 2 Protocollo n. 4, Cedu) delle misure di prevenzione personali fondate sulle fattispecie di pericolosità "generica" oggi contenute nell'art. 1 del codice antimafia, effetti indiretti di questa sentenza della Grande Camera potrebbero ancora riguardare anche le misure patrimoniali (pure fondate sulle fattispecie di pericolosità generica): effetti, come

[17] Si veda C. cost., 27.2.2019 n. 24 in www.cortecostituzionale.it: «La confisca "di prevenzione" e la confisca "allargata" (e i sequestri che, rispettivamente, ne anticipano gli effetti) costituiscono dunque altrettante species di un unico genus, che questa Corte – nella sentenza [n. 33/2018] – ha identificato nella "confisca dei beni di sospetta origine illecita" – ossia accertata mediante uno schema legale di carattere presuntivo –, la quale rappresenta uno strumento di contrasto alla criminalità lucrogenetica ormai largamente diffuso in sede internazionale».

[18] Corte eur. GC, 23.2.2017, *de Tommaso c. Italia*.

[19] Cfr. A. Tarallo, *CEDU e misure di prevenzione: un primo bilancio in vista del controllo sull'esecuzione della sentenza De Tommaso*, in www.archiviopenale.it, 11.6.2020.

accennato, che si sono già manifestati, anche se solo in parte, nella sentenza n. 24 del 2019 della Consulta.
«Vero è» – come aveva scritto il giudice redattore della sentenza n. 24 solo un paio di anni prima, commentando la pronuncia della Grande Camera – «che le misure patrimoniali incidono – per definizione – su un diverso diritto convenzionale: il diritto di proprietà, riconosciuto dall'art. 1 prot. add. Cedu. Ma anche le limitazioni al diritto di proprietà sono legittime in quanto "previste dalla legge"; e anche rispetto all'art. 1 prot. add. Cedu la consolidata giurisprudenza di Strasburgo richiede che la base legale risponda ai medesimi requisiti di qualità – in termini, in particolare, di idoneità della normativa a consentire all'interessato di prevedere la misura limitativa del diritto – che valgono per la limitazione di qualsiasi diritto convenzionale. Di talché è del tutto ragionevole ritenere che la Corte possa giudicare in futuro incompatibili con gli standard convenzionali anche le misure di prevenzione patrimoniali emesse nei confronti dei soggetti di cui all'art. 1 lett. a) [soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi] e b) [coloro che vivano abitualmente con i proventi di attività delittuose], per il tramite di cui all'art. 4 lett. c), del codice antimafia»[20].
Come ben sappiamo, però, la Corte costituzionale è un organo collegiale e la illegittimità costituzionale è stata dichiarata soltanto per la prima e non anche per la seconda ipotesi di pericolosità generica. Per la Consulta, le misure di prevenzione patrimoniali continuano a non avere lo statuto di pene[21].

4. Lo statuto garantistico dimidiato delle confische dipende in gran parte dalla sperimentata incongruenza del criterio di distinzione utilizzato in giurisprudenza: *confische di natura sanzionatoria* vs. *confische di natura preventiva*, là dove solo alle confische-sanzioni (confisca per equivalente) si riconosce una copertura costituzionale più piena; mentre alle confische fondate sul paradigma della prevenzione o della pericolosità, in quanto equiparabili alle misure di sicurezza o comunque a misure "ripristinatorie", si attaglierebbe uno statuto meno esigente sul piano delle garanzie. Statuto che, comunque, andrebbe ricostruito quanto meno al metro del diritto di proprietà, della libertà di iniziativa economica, nonché del giusto processo.
Anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, oltre che in quella interna, tale incongruenza sembra derivare da una sorta di inversione metodologica, in base alla quale si ricava la natura *non penale* della misura - alla quale consegue l'applicazione di uno statuto costituzionale e convenzionale meno rigoroso – non tanto dagli effetti (afflittivi), bensì dalle finalità che ne hanno motivato l'introduzione (contrastare efficacemente la criminalità organizzata e del profitto ed impedire che patrimoni e capitali di origine sospetta inquinino il circuito economico legale). Tale inversione metodologica sembra consistere anche in ciò: proprio l'assenza dei requisiti garantistici che caratterizzano la *matière pénale* (legalità-prevedibilità; presunzione di non colpevolezza; personalità della responsabilità) dovrebbe indurre (attesa la indubitabile afflittività delle confische "per sproporzione") a qualificarle come strumento sanzionatorio: invece, si ha l'impressione che le corti desumano dal mancato rispetto di quei canoni costituzionali e convenzionali la natura di misura a connotazione preventiva e non punitivo-repressiva. In sostanza, il ragionamento sembra

[20] F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *DPC*, 3.3.2017.
[21] C. cost., 27.2.2019 n. 24: «La presunzione relativa di origine illecita dei beni, che ne giustifica l'ablazione in favore della collettività, non conduce necessariamente – come talvolta si sostiene – a riconoscere la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva delle misure in questione; e non comporta, pertanto, la sottoposizione delle misure medesime allo statuto costituzionale e convenzionale delle pene».

seguire un *canone inverso*: se una data tipologia di misura ablativa non ha i requisiti costituzionali e convenzionali della pena, non sarà mica una pena!

In definitiva, l'assenza di requisiti garantistici non rende le confische legittime in quanto, allora, non possono assumere natura penale; inoltre, il fatto che si tratti di *arnesi* oramai indispensabili sul piano delle politiche criminali (nazionali, transnazionali, internazionali, europee), non basta a rendere le confische, per ciò solo, anche – sempre e comunque – legittime sul piano dei diritti fondamentali.

La promessa di efficienza repressiva non può – non deve – essere l'unico criterio di valutazione: salvo non arrendersi alla *vertigine* evocata nelle pagine che precedono. Senza contare che sul giudizio di efficienza di un istituto o apparato incidono anche le conseguenze che lo stesso è in grado di provocare, specialmente in presenza di un suo utilizzo disinvolto: conseguenze sulla vita di individui, famiglie e imprese, quando non su una più vasta comunità, sulle condizioni socio-lavorative di un territorio o, come indicano alcune vicende giudiziarie in tema di macro-sequestri, addirittura sulla stessa economia nazionale.

Molti dei profili qui soltanto sfiorati o passati in fugace rassegna troveranno speciale approfondimento nei cospicui contributi in cui si articola il volume.

Buona lettura!

NUOVI ORIZZONTI PER LE IMPUGNAZIONI PENALI NELLO SCHEMA DI LEGGE DELEGA PROPOSTO DALLA COMMISSIONE MINISTERIALE

di Marta Bargis
Professore emerito di diritto processuale penale - Università del Piemonte Orientale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Princìpi e criteri direttivi in tema di disposizioni generali sulle impugnazioni. – 3. L'innovata fisionomia dell'appello: *a*) le linee di fondo. – 4. Segue: *b*) la legittimazione a impugnare e le sue ricadute sistematiche. – 5. Segue: *c*) lo svolgimento del giudizio di appello. – 6. Le modifiche al ricorso per cassazione. – 7. Il ricorso straordinario per eseguire le sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo e i suoi rapporti con la rescissione del giudicato e l'incidente di esecuzione. – 8. Gli sviluppi futuri.

1. L'art. 7 del nuovo schema di legge delega elaborato dalla Commissione ministeriale nominata con d.m. 16 marzo 2021 dal Ministro della giustizia, e presieduta dal Presidente emerito della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi[1], si connota, rispetto alla versione della c.d. riforma Bonafede (d.d.l. n. 2435, presentato alla Camera dei deputati il 13 marzo 2020), per un più ampio raggio di interventi – alcuni decisamente innovativi e, per certi versi, coraggiosi – nel microsistema delle impugnazioni penali. I princìpi e i criteri direttivi, infatti, non riguardano solo – al netto delle modifiche proposte – le disposizioni generali in materia di impugnazioni e l'appello (al quale è comunque dedicata la maggioranza delle direttive), ma si occupano anche del ricorso per cassazione, del futuribile mezzo di ricorso straordinario al fine di dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo, superando così l'odierna ibrida "revisione europea" (dovuta a C. cost., 7.4.2011 n. 113), e della connessa esigenza di operare un coordinamento di tale ricorso con la rescissione del giudicato (art. 629-*bis* Cpp) e l'incidente di esecuzione (art. 670 Cpp)[2].
Come si potrà constatare nel prosieguo, strettamente collegati all'art. 7 dello schema appaiono l'art. 2 (*Disposizioni per l'efficienza dei procedimenti penali ed in materia di processo penale telematico*) e l'art. 4 lett. *b* n. 2 e 3, quanto all'appello delle sentenze emesse in esito a giudizio abbreviato[3].

[1] La *Relazione finale* della Commissione, con le proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, del 24.5.2021, è stata pubblicata sul sito del Ministero della giustizia il 25.5.2021 (https://www.gnewsonline.it). La riformulazione dell'art. 7 d.d.l. A.C. 2435 è collocata nella prima parte della Relazione (§ 2.11).
[2] Chiude l'art. 7 una direttiva ove si propone di «prevedere che il giudice chiamato a decidere nel corso del processo una questione concernente la competenza per territorio possa, se la questione è seria, anche su istanza delle parti, rimettere la decisione alla corte di cassazione, che provvede in camera di consiglio non partecipata; prevedere che la corte di cassazione, nel caso in cui dichiari l'incompetenza del giudice, ordini la trasmissione degli atti al giudice competente» (lett. *h-octies*). La *Relazione finale*, cit., 40, definisce questo criterio di delega come «[d]ecisamente innovativo», perché il «meccanismo incidentale di rinvio alla Corte», consentendo a quest'ultima di «risolvere in via definitiva la questione relativa alla competenza», risponde «anche al principio costituzionale dell'efficienza e della ragionevole durata del processo». Tuttavia, la questione deve essere «seria», in modo da «responsabilizzare il giudice di merito ed evitare potenziali usi strumentali dell'istituto».
[3] Nel presente scritto non si affronta il profilo della disciplina della prescrizione: la seconda parte della Relazione della Commissione (§ 3) contiene «Proposte in materia di prescrizione del reato e di rimedi per l'irragionevole durata del processo penale». In particolare, sono formulate due ipotesi: l'ipotesi A prevede un meccanismo di sospensione nei giudizi di impugnazione, mentre l'ipotesi B contempla l'interruzione definitiva della prescrizione con l'esercizio

Non disutile, dunque, si rivela un'analisi – sia pure a prima lettura – delle enunciate novità, in attesa di conoscere gli emendamenti alla c.d. riforma Bonafede che il Guardasigilli – ovviamente tenendo conto dei lavori della Commissione – presenterà in Parlamento. Ed è appena il caso di notare che le riforme della giustizia (riforma del processo civile, del processo penale, della giustizia tributaria e dell'ordinamento giudiziario) rappresentano altrettanti nodi nevralgici del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) inviato dal Governo alla Commissione europea[4].

2. Nell'ambito delle disposizioni generali sulle impugnazioni, lo schema introduce una soppressione e una modifica delle corrispondenti direttive presenti nel testo originario.
L'art. 7 co. 1 di quest'ultimo enunciava, alla lett. *a*, il criterio di «prevedere che il difensore possa impugnare la sentenza solo se munito di specifico mandato a impugnare, rilasciato successivamente alla pronunzia della sentenza medesima». Il testo attuale ne propone la soppressione; peraltro, il nuovo art. 2-*ter* (*Processo in assenza*) lo riproduce nel relativo contesto, stabilendo, al co. 1 lett. *h*, di «prevedere che il difensore dell'imputato assente possa impugnare la sentenza solo se munito di specifico mandato, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza; prevedere che con lo specifico mandato a impugnare l'imputato dichiari o elegga il domicilio per il giudizio di impugnazione; prevedere, per il difensore dell'imputato assente, un allungamento del termine per impugnare»[5].
A sua volta, l'art. 7 co. 1 lett. *b* del testo originario prevedeva di «modificare le modalità di presentazione dell'impugnazione e di spedizione dell'atto di impugnazione, con l'abrogazione dell'articolo 582, comma 2, e dell'articolo 583 del codice di procedura penale e la previsione della possibilità di deposito dell'atto di impugnazione con modalità telematiche». Il nuovo testo si caratterizza per analoga abrogazione, raccordandosi però alla disciplina generale sul deposito degli atti: si propone, infatti, di «abrogare l'articolo 582, comma 2, del codice di procedura penale e l'articolo 583 del codice di procedura penale e coordinare la disciplina del deposito degli atti di impugnazione con quella generale, prevista per il deposito di tutti gli atti del procedimento». Qui il raccordo – come anticipato nella Premessa – involge l'art. 2 dello schema (ora rubricato *Disposizioni per l'efficienza dei procedimenti penali ed in materia di processo penale telematico*)[6], il cui co. 1 lett. *a* ipotizza, tra l'altro, di «prevedere che nei procedimenti penali di ogni stato e grado il deposito di atti e documenti, le comunicazioni e le notificazioni siano effettuate con modalità telematiche; prevedere che le trasmissioni e ricezioni in via telematica assicurino al mittente e al destinatario certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché circa l'identità del mittente e del destinatario». Il medesimo art. 2 co. 1 dell'odierno schema, oltre a fissare i criteri ispiratori di una disciplina transitoria (lett. *bb*), si preoccupa, alla lett. *b*, di «prevedere che, con decreto del Ministro della giustizia emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, siano definite le regole tecniche riguardanti i depositi, le

dell'azione penale e, da quel momento, la previsione di termini di fase, per ciascun grado del giudizio, il superamento dei quali produce l'improcedibilità dell'azione medesima (v. *Relazione finale*, cit., 52-56).
[4] Con particolare riguardo alla riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale, v. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 60-62 (il PNRR è pubblicato in https://www.governo.it).
[5] Per l'illustrazione del criterio di delega v. *Relazione finale*, cit., 15, dove si sottolinea che la modifica proposta si accompagna alla «rivisitazione» dell'istituto della rescissione del giudicato *ex* art. 629-*bis* Cpp, che opererebbe «per le ipotesi di sentenza di condanna *in absentia* non impugnata (data la effettiva mancata conoscenza da parte dell'imputato e, dunque, la mancata predisposizione del mandato specifico ad impugnare) e, quindi, passata in giudicato»; per tutti gli altri casi, la previsione del mandato specifico «attesterebbe l'effettiva conoscenza del processo», elidendo così il presupposto del rimedio restitutorio. In proposito v. pure *infra*, § 7.
[6] Sulla riformulazione dell'art. 2 d.d.l. A.C. 2435, v. *Relazione finale*, cit., 9.

comunicazioni e le notificazioni telematiche di cui alla lettera a), assicurando il principio di idoneità del mezzo e quello della certezza del compimento dell'atto» e di «prevedere che le ulteriori regole e provvedimenti tecnici di attuazione possano essere adottati con atto dirigenziale». Inoltre (lett. *c*), detta le regole da seguire «per i casi di malfunzionamento dei sistemi informatici dei domini del Ministero della giustizia» e (lett. *m*) propone di «prevedere che l'imputato e la persona offesa che non abbiano la possibilità di effettuare depositi in modalità telematica li possano effettuare in modalità non telematica».

3. Profonda è la rivisitazione dell'appello che emerge dalle odierne direttive di delega[7]. Non stupisce, quindi, che la Relazione riveli traccia delle diverse "anime" della Commissione, che talora hanno condotto a soluzioni non unanimi, ma espresse dall'orientamento prevalente, talaltra alla rinuncia a percorrere vie alternative rispetto a quella poi prescelta, o, ancora, ad adottare una soluzione, consigliando però di valutare altresì la praticabilità di quella opposta.
I punti focali sono costituiti dall'eliminazione dell'appello per il pubblico ministero e la parte civile (art. 7 co. 1 lett. *c* e *c-ter*, riferite alle sentenze dibattimentali, e lett. *e*, riguardante le sentenze di non luogo a procedere), da cui discendono "a cascata" altre previsioni in tema di conversione del ricorso in appello (lett. *c-quinquies*), di appello incidentale dell'imputato (lett. *h-ter*) e di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (lett. *h-quater*); dall'introduzione di limiti all'appello dell'imputato (art. 7 co. 1 lett. *c-bis*, per specifiche sentenze di proscioglimento, e lett. *d*, per determinate sentenze di condanna) e dalla scelta di strutturare l'appello come mezzo di impugnazione «a critica vincolata, prevedendo i motivi per i quali, a pena di inammissibilità, può essere proposto», nonché «l'inammissibilità dell'appello per aspecificità dei motivi quando nell'atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato» (art. 7 co. 1 lett. *h-bis*).
L'art. 7 co. 1 lett. *c-quater* impone poi di «coordinare le previsioni di cui alle lettere precedenti con la disciplina delle impugnazioni nel procedimento davanti al giudice di pace»; tuttavia, come accennato nella Premessa, le proposte contenute nell'art. 7 dello schema provocano riflessi pure sull'odierna disciplina dei limiti all'appello contenuta nell'art. 443 Cpp, che dovrà esservi coordinata (art. 4 co. 1 lett. *b* n. 3).
Quanto alle modalità di svolgimento del giudizio di appello, si propone di celebrarlo «con rito camerale non partecipato, salva richiesta dell'imputato o del suo difensore» (art. 7 co. 1 lett. *g*), e si allarga l'ambito di operatività del concordato anche con rinuncia ai motivi di appello, proponendo di «eliminare le preclusioni di cui all'articolo 599-*bis*, comma 2, del codice di procedura penale» (art. 7 co. 1 lett. *h*).
Da sottolineare, infine, la proposta – sulla quale si ritornerà più avanti[8] – di sopprimere l'art. 7 co. 1 lett. *f* dell'originario schema di delega, ove si prevedeva «la competenza della corte di appello in composizione monocratica nei procedimenti a citazione diretta di cui all'articolo 550 del codice di procedura penale».

4. Procediamo con ordine, cominciando dalla legittimazione a proporre appello. Secondo l'art. 7 co. 1 lett. *c*, il pubblico ministero perde la legittimazione ad appellare sia le sentenze di condanna

[7] Per le ragioni di fondo v. *Relazione finale*, cit., 35, ponendo in rilievo che il nostro giudizio di appello «si connota per una durata media ben al di sopra delle statistiche europee (secondo l'ultimo rapporto CEPEJ la durata stimata è pari a 851 giorni, a fronte della media europea di 155 giorni)» e per il preoccupante arretrato progressivamente formatosi.
[8] V. *infra*, § 5.

sia le sentenze di proscioglimento, mentre la lett. *c-ter* del medesimo articolo propone «l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e dei capi civili delle sentenze di condanna ad opera della parte civile in sede penale». Pubblico ministero e parte civile non possono proporre appello neppure contro la sentenza di non luogo a procedere (art. 7 co. 1 lett. *e*).
L'esclusione dell'appello per la parte civile, che certo consegue all'identica esclusione per il pubblico ministero e implicherà un adattamento dell'art. 576 Cpp, va letta – come rimarca la Relazione – alla luce di «una più ampia riflessione, che suggerisce una serie di interventi di contorno»[9]: va evidenziato, infatti, che l'art. 1-*bis* co. 1 lett. *c* dello schema prevede di «modificare la legittimazione all'esercizio dell'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno nel processo penale, nel senso di limitarla alla vittima e al soggetto giuridico offeso dal reato che abbia subito dallo stesso un danno diretto e immediato»[10]. La Relazione si sofferma inoltre sulle scelte alternative discusse all'interno della Commissione (appello da proporre direttamente al giudice civile, chiamato ad applicare le regole probatorie e di giudizio del processo penale; intervento sull'art. 75 co. 3 Cpp, eliminando la vigente sospensione del processo civile), la quale, alla fine, è approdata, in prevalenza, a reputare «sufficiente» riconoscere alla parte civile il ricorso per cassazione, «considerato che può anche sfruttare l'immanenza della propria costituzione e sostenere il ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero»[11].
Dalla cancellazione dell'appello del pubblico ministero derivano l'eliminazione dell'appello incidentale dell'imputato (art. 7 co. 1 lett. *h-ter*) e il ripristino della normativa anteriore alla l. 23.6.2017 n. 103, per la disciplina della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, mediante l'abrogazione del comma 3-*bis* dell'art. 603 Cpp (art. 7 co. 1 lett. *h-quater*), che postula l'appello della parte pubblica «contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione di un prova dichiarativa». Ma non avrebbero più ragione di esistere né l'art. 568 co. 4-*bis* Cpp (aggiunto dal d. lgs. 6.2.2018 n. 11), né l'art. 570 co. 3 Cpp, né l'art. 593-*bis* Cpp (aggiunto dal d. lgs. 11/2018 e richiamato dall'art. 570 co. 1 primo periodo Cpp) e il correlato art. 166-*bis* NattCpp (anch'esso inserito dal d. lgs. 11/2018). Il pubblico ministero, non potendo più appellare, non potrebbe neppure proporre ricorso *per saltum* a norma dell'art. 569 co. 1 Cpp.
Passando all'imputato, l'art. 7 co. 1 lett. *c-bis*, in seguito alla scelta di eliminare *in toto* l'appello del pubblico ministero, limita al solo imputato l'inappellabilità «delle sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa»[12], che oggi l'art. 593 co. 3 Cpp (nella versione dovuta al d. lgs. 11/2018) stabilisce quale previsione generale, ma per le sole contravvenzioni. Sul piano della sentenza di condanna, l'art. 7 co. 1 lett. *d* propone, da un canto, di «prevedere l'inappellabilità della sentenza di condanna a pena detentiva sostituita con il lavoro di pubblica utilità» (analogamente alla c.d. riforma Bonafede) e, dall'altro, di «prevedere l'inappellabilità della sentenza di condanna alla sola pena pecuniaria, anche se risultante dalla

[9] *Relazione finale*, cit., 38.
[10] Su questa direttiva, e sulle altre contenute nel nuovo art. 1-*bis* dello schema di delega (in specie, la lett. *a* prevede la definizione di vittima, in rapporto alla direttiva 2012/29/UE), v. *Relazione finale*, cit., 6-8.
[11] Cfr. *Relazione finale*, cit., 38, dove si aggiunge che la previsione di un appello davanti al giudice civile avrebbe comportato, nel caso di sentenza di proscioglimento, «minori rischi di conflitto con il recente orientamento dei giudici di Strasburgo [*Pasquini c. San Marino*], giacché l'approccio del giudice civile, nella rivisitazione dell'innocenza dell'imputato, asserita in primo grado, potrebbe evitare considerazioni apparentemente lesive della presunzione di innocenza». Su C. eur., 20.10.2020, *Pasquini c. San Marino*, v., per i riflessi nel nostro ordinamento, F. Zacchè, *Davvero incostituzionale l'art. 578 c.p.p. per contrasto con l'art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo?*, in www.sistemapenale.it, 9.12.2020.
[12] La previsione non contempla esclusioni per talune tipologie di reati, presenti invece nell'art. 7 co. 1 lett. *c* della c.d. riforma Bonafede (che eccettuava i delitti previsti dagli artt. 590 co. 2 e 3, 590-*sexies* e 604-*bis* co. 1 Cp).

sostituzione della pena detentiva[13], salvi i casi di particolare afflittività della pena e quelli in cui l'imputato impugni anche il capo relativo alla condanna, anche generica, al risarcimento del danno»[14].

Potrebbe fare discutere, perlomeno a un primo sguardo, l'opzione di sopprimere l'appello del pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento, perché il pensiero corre subito alla c.d. legge Pecorella (l. 20.2.2006 n. 46) e alla sentenza della Corte costituzionale 6.2.2007 n. 26[15]. E le discussioni non sono mancate nemmeno all'interno della Commissione, visto che, davanti a «posizioni diverse in seno al collegio»[16], si è alla fine seguito «l'orientamento prevalente», sulla cui base si è ritenuto che «lo strumento a disposizione del pubblico ministero per attivare un controllo di legalità (sulla corretta applicazione della norma sostanziale), di legittimità (su eventuali *errores in procedendo*) e di razionalità del giudizio di fatto (sulla corretta applicazione delle regole della logica) sulla decisione sia il giudizio di cassazione»[17]. La Relazione puntualizza che l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento ad opera del pubblico ministero discende «dallo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che promana dall'art. 27, comma 2, Cost. e rende inconcepibile sul piano logico il raggiungimento della certezza processuale, dopo un giudizio di proscioglimento, se non in presenza di vizi di motivazione che escludano la riproponibilità della valutazione alternativa e a seguito di una articolata e problematica rinnovazione istruttoria»[18].

L'inappellabilità delle sentenze di condanna ad opera della parte pubblica, viceversa, non fa che portare alle estreme conseguenze il percorso già avviato dal d. lgs. 11/2018: il vigente testo dell'art. 593 co. 1 Cpp, infatti, stabilisce che il pubblico ministero può appellare contro tali sentenze «solo quando modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato».

Ne consegue che trattando nello stesso modo – mediante la sua soppressione – l'appello del pubblico ministero, qualunque sia la tipologia della decisione di primo grado, l'articolato di delega supera in radice l'illogicità denunciata a suo tempo dal Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi nel messaggio di rinvio alle Camere della l. 46/2006, laddove si osservava che il pubblico ministero poteva appellare le sentenze di condanna di primo grado, che in sostanza hanno accolto,

---

[13] Superando una assai risalente pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. S.U. 3.2.1995, Bonifazi, in *CP* 1995, 3302), che, in ordine all'inappellabilità delle sentenze di condanna per le quali fosse stata applicata la sola pena dell'ammenda, escludeva l'ipotesi in cui la pena pecuniaria venisse applicata in sostituzione di quella detentiva, data la revocabilità di una simile sostituzione.

[14] L'ultima parte della previsione ricalca quanto stabilito dall'art. 37 co. 1 seconda parte d. lgs. 28.8.2000 n. 274 per l'appello dell'imputato contro le sentenze di condanna del giudice di pace.

[15] V., prima della divulgazione dell'articolato predisposto dalla Commissione, G. Zagrebelsky, *La giustizia e la vita*, in *la Repubblica*, 14.5.2021, 37.

[16] Cfr. *Relazione finale*, cit., 36.

[17] V. ancora *Relazione finale*, cit., 37.

[18] In questi termini v. *Relazione finale*, cit., 37. Va comunque ricordato che C. cost., 6.2.2007 n. 26, punto 7.1 del *Considerato in diritto*, affermava il carattere non "persecutorio" dell'appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento, osservando come «la sussistenza o meno della colpevolezza dell'imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio" rappresenti la risultante di una valutazione: e la previsione di un secondo grado di giudizio di merito trova la sua giustificazione proprio nell'opportunità di una verifica piena della correttezza delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo ciò a negare la ragione stessa dell'istituto dell'appello. In effetti, se il doppio grado mira a rafforzare un giudizio di "certezza", esso non può non riflettersi sui diversi approdi decisori cui il giudizio di primo grado può pervenire: quello di colpevolezza, appunto, ma, evidentemente, anche quello – antitetico – di innocenza».

sia pure non integralmente, le sue richieste, incontrando invece dei limiti nell'appellare le sentenze di proscioglimento, che hanno negato *in toto* la fondatezza dell'ipotesi accusatoria[19].
Resta da considerare la dissimmetria tra pubblico ministero e imputato: qui, oltre alle coordinate costituzionali e sovranazionali, il vero aspetto "compensativo" riposa sulla nuova struttura dell'appello come mezzo di impugnazione a critica vincolata. I diversi "agganci" costituzionali per la parte pubblica e per l'imputato sono stati di recente ripercorsi dalla pronuncia costituzionale 26.2.2020 n. 34[20]: nel ritenere costituzionalmente legittimo l'art. 593 co. 1 Cpp, la Corte ha rilevato come il fatto che «il "peso" della rinuncia venga a gravare solo sul pubblico ministero, senza che sia prefigurata una contrapposta limitazione, di analogo spessore, dal lato dell'imputato, rientra nella logica della diversa quotazione costituzionale del potere di impugnazione delle due parti necessarie del processo penale: privo di autonoma copertura nell'art. 112 Cost. – e, dunque, più "malleabile", in funzione della realizzazione di interessi contrapposti – quello della parte pubblica; intimamente collegato, invece, all'art. 24 Cost. – e, dunque, meno disponibile a interventi limitativi – quello dell'imputato»[21]. In altre parole, dato che la garanzia del doppio grado di giurisdizione non gode, di per sé, di copertura costituzionale, il potere di impugnare nel merito la sentenza di primo grado in capo alla parte pubblica presenta «margini di "cedevolezza" più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che che connotano il simmetrico potere dell'imputato (sentenza n. 26 del 2007)»[22]; non è un caso inoltre che sia l'art. 14 § 5 Pidcp sia l'art. 2 Protocollo n. 7 alla Cedu «prevedano il diritto a far riesaminare la decisione da una giurisdizione superiore, o di seconda istanza, solo a favore della persona dichiarata colpevole o condannata per un reato», cioè «esclusivamente a favore dell'imputato, senza far menzione del pubblico ministero»[23]. Proprio sulla scorta delle fonti internazionali, la Commissione propone di «ridefinire l'appello quale strumento di controllo nel merito della sentenza di primo grado a favore dell'imputato»[24].
Ad ogni modo, come si diceva poc'anzi, la dissimmetria tra pubblico ministero e imputato circa la legittimazione ad appellare – che, come nota la Relazione, deve in ogni caso essere valutata «avuto riguardo ai poteri che l'ordinamento attribuisce alle parti nelle diverse fasi del procedimento»[25] – è assai ridotta dalla nuova struttura che si propone per l'appello: infatti, l'art. 7 co. 1 lett. *h-bis* enuncia chiaramente, nel suo primo periodo, l'intento di «strutturare l'appello quale impugnazione a critica vincolata, prevedendo i motivi per i quali, a pena di inammissibilità, può essere proposto»[26]. La direttiva di delega – nel suo coraggioso obiettivo[27] di realizzare una riforma

[19] Denunciava la «intriseca incoerenza» della c.d. legge Pecorella sul punto anche C. cost., 6.2.2007 n. 26, punto 8 del *Considerato in diritto*.
[20] La pronuncia ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 593 Cpp, come sostituito dall'art. 2 co. 1 lett. *a* d. lgs. 11/2018, sollevate in riferimento agli artt. 3, 27, 97 e 111 Cost.: per un commento v. G. Santalucia, *Il futuro dell'appello nelle ragioni di compatibilità costituzionale della riforma Orlando*, in *SP* 2020, n. 5, 385 ss.
[21] C. cost., 26.2.2020 n. 34, punto 3.7 del *Considerato in diritto*.
[22] C. cost., 26.2.2020 n. 34, punto 3.2 del *Considerato in diritto*.
[23] C. cost., 26.2.2020 n. 34, punto 3.2 del *Considerato in diritto*. V. però le considerazioni di C. cost., 6.2.2007 n. 26, punto 7.2 del *Considerato in diritto*, che valorizzavano l'art. 2 § 2 ultima parte del Protocollo n. 7 alla Cedu.
[24] Cfr. *Relazione finale*, cit., 36.
[25] La *Relazione finale*, cit., 37, rammenta che C. cost., 26.2.2020 n. 34, punto 3.7 del *Considerato in diritto*, ha notato come in altre fasi del procedimento «è il pubblico ministero a fruire di una posizione di indubbio vantaggio».
[26] Privo dell'effettiva conoscenza dell'articolato della Commissione, non coglie la differenza rispetto alla disciplina vigente G. Zagrebelsky, *La giustizia e la vita*, cit., 37, quando rileva che, proponendosi di abolire l'appello del pubblico ministero contro il proscioglimento in primo grado, «[a] quel che si dice si vorrebbe ristabilire l'equilibrio limitando l'appello anche da parte della difesa dell'imputato. Non abolendolo, ma permettendolo solo in casi "rigorosi" stabiliti dalla legge? Quali? Non è già così?».
[27] Non apprezzato, invece, dall'Unione Camere Penali Italiane: v. il Comunicato della Giunta, *La Commissione ministeriale boccia il progetto Bonafede*, 25.5.2021, 1 s., secondo cui non è condivisibile «la previsione di un sistema

ambiziosa, talora ventilata ma mai condotta a compimento[28] – non si è tuttavia spinta a prefigurare i predetti motivi[29], consegnando perciò un'ampia discrezionalità al legislatore delegato, che dovrà individuarli in modo tassativo, assolvendo a un compito tutt'altro che semplice[30].
La cognizione del giudice di appello sarà dunque circoscritta ai motivi fissati dalla legge e non più, come oggi, «ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti» (art. 597 co. 1 Cpp). Ne derivano varie importanti conseguenze: il giudizio di appello viene ricondotto, senza ambiguità, nell'ambito del giudizio di controllo sulla decisione impugnata; si realizza l'esigenza di contenere i tempi del processo, per la correlata delimitazione della cognizione del giudice di appello; l'imputato trae beneficio da una simile delimitazione, potendo organizzare al meglio e con certezza la sua difesa, perché diventano assai ristretti i casi nei quali il giudice di seconde cure può allargare la propria cognizione *extra petita*[31].
Il secondo periodo dell'art. 7 co. 1 lett. *h-bis* contiene poi una previsione ulteriore, proponendo di «prevedere l'inammissibilità dell'appello per aspecificità dei motivi quando nell'atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato». Senza rinvangare le problematiche sollevate dal vigente testo dell'art. 581 Cpp (dovuto alla l. 103/2017)[32], imperfetta traduzione normativa di una precedente pronuncia delle Sezioni Unite[33], alla quale la direttiva *de qua* si riconduce, va riconosciuto che il quadro strutturale in cui «l'inammissibilità dell'appello per aspecificità dei motivi» verrebbe a collocarsi sarebbe radicalmente mutato.
Rispetto alla scelta di struttura appena richiamata è prefigurabile un sicuro "contrappasso": infatti, potendo appellare solo l'imputato, e non essendo stato toccato il divieto di *reformatio in peius*, è plausibile che il difensore sarà indotto a percorrere, di regola, la via dell'appello. Da questo punto di vista, però, non dovrebbe giocare un ruolo decisivo l'istituto della conversione *ex* art. 580 Cpp (che l'art. 7 co. 1 lett. *c-quinquies* impone di coordinare con le nuove previsioni), perché (valendo ancora una assai risalente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione)[34], se il ricorso

casistico per l'appello, destinato a ridurne il significato e la portata quale diritto dell'imputato ad una nuova decisione nel merito sui fatti oggetto di condanna intervenuta all'esito del precedente grado di giudizio». Nel senso che l'art. 14 § 5 Pidcp impone un integrale riesame delle sentenze di condanna v. O. Mazza, *L'appello necessario*, in O. Mazza, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli 2020, 176 ss.

[28] In proposito, con riguardo ai lavori preparatori della c.d. riforma Orlando, v. M. Bargis, *I ritocchi alle modifiche in materia di impugnazioni nel testo del d.d.l. N. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, in www.penalecontemporaneo.it 19.10.2015, 3 e 12 s.

[29] La *Relazione finale*, cit., 37, si limita ad affermare che i motivi di appello «andranno modellati tenendo conto della mutata struttura della sentenza (art. 546 c.p.p.) e dovrebbero riferirsi, a tutto campo, agli errori di fatto e di diritto, agli *errores in iudicando* e agli *errores in procedendo*».

[30] Per un tentativo di individuare tali motivi v. M. Bargis-H. Belluta, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in M. Bargis-H. Belluta, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli 2013, 290-293.

[31] Cfr. M. Bargis-H. Belluta, *Linee guida per una riforma dell'appello*, cit., 293: ci si riferiva alla dichiarazione del difetto di giurisdizione, alla dichiarazione di incompetenza per materia, alla declaratoria immediata delle cause di non punibilità, alla declaratoria delle nullità assolute e alla sentenza di proscioglimento in caso di preclusione derivante dal *ne bis in idem*.

[32] In argomento v. M. Bargis, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.6.2018, 2 s. (cui si rinvia per altre citazioni di dottrina). In senso fortemente critico v. O. Mazza, *L'appello necessario*, cit., 180-182.

[33] Il richiamo è a Cass. S.U. 27.10.2016, Galtelli. La *Relazione finale*, cit., 38, sponsorizza la previsione, affermando che è di «notevole impatto, in chiave di responsabilizzazione della difesa e di potenziale deflazione».

[34] Cfr. Cass. S.U. 18.6.1993, Rabiti, in *CP* 1994, 556.

del pubblico ministero si convertisse in appello, le sue doglianze atterrebbero sempre a profili di legittimità e non di merito.
Circa la sentenza di non luogo a procedere, l'art. 7 co. 1 lett. *e* dello schema di delega ne prevede l'inappellabilità da parte del pubblico ministero e della parte civile, la cui eventuale costituzione deve «avvenire, a pena di decadenza, entro il compimento degli accertamenti relativi alla regolare costituzione delle parti, a norma dell'articolo 420 del codice di procedura penale» (art. 3 co. 1 lett. *i-quater*). Diventerà, pertanto, necessario ricalibrare la disciplina contenuta nell'art. 428 Cpp, eliminando il richiamo al pubblico ministero (art. 428 co. 1 lett. *a* Cpp), il quale potrà ricorrere per cassazione (non *per saltum*) e avvalersi, se del caso, della richiesta di revoca della pronuncia. Anche l'attuale co. 2 dell'art. 428 Cpp (come modificato dalla l. 103/2017), che consente l'appello della persona offesa nei soli casi di nullità previsti dall'art. 419 co. 7 Cpp, andrà rivisto e razionalizzato, secondo quanto prescrive, del resto, l'art. 1-*bis* co. 1 lett. *b* dello schema («modificare e razionalizzare i riferimenti alla persona offesa, alla parte offesa e alla vittima contenuti nel codice di procedura penale e nel codice penale, individuando quelli da limitare alla sola vittima del reato, secondo le indicazioni provenienti dalla direttiva 2012/29/UE»). Per il co. 3-*quater* dell'art. 428 Cpp (aggiunto dal d. lgs. 11/2018), che prevede l'inappellabilità delle «sentenze di non luogo a procedere relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa», si dovrà tenere conto del dettato dell'art. 7 co. 1 lett. *c-bis* («prevedere l'inappellabilità per l'imputato delle sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa»).
Un discorso a sé va condotto per l'appello avverso le sentenze pronunciate in esito al giudizio abbreviato. Due le direttive dello schema di delega che vengono in rilievo: da un lato, l'art. 4 co. 1 lett. *b* n. 3 propone di «modificare la disciplina contenuta nell'articolo 443 del codice di procedura penale, coordinandola con le previsioni di cui all'articolo 7 in tema di impugnazioni»; dall'altro, l'art. 4 co. 1 lett. *b* n. 2 propone di «prevedere che la pena inflitta sia ulteriormente ridotta di un sesto nel caso di omessa proposizione dell'appello da parte dell'imputato, stabilendo che la riduzione sia applicata dal giudice dell'esecuzione».
Sul primo versante, oggi le sentenze di proscioglimento (art. 443 co. 1 Cpp) sono appellabili dal pubblico ministero (C. cost., 20.7.2007 n. 320) e dall'imputato, trattandosi di sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità derivante da vizio totale di mente (C. cost., 29.10.2009 n. 274). Le sentenze di condanna sono appellabili dal pubblico ministero solo se modificano il titolo del reato (art. 443 co. 2 Cpp), potendo invece l'imputato appellarle senza limiti, salvo quanto disposto dall'art. 593 co. 3 Cpp circa l'inappellabilità «in ogni caso»[35] delle «sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda»; la parte civile può proporre impugnazione contro la sentenza pronunciata a norma dell'art. 442 Cpp «quando ha acconsentito all'abbreviazione del rito» (art. 576 co. 1 secondo periodo Cpp). Oltre all'adattamento di quest'ultimo disposto, il legislatore delegato dovrà variamente intervenire sull'art. 443 Cpp, in rapporto alla legittimazione ad appellare che risulterà dal nuovo testo dell'art. 593 Cpp, informato alle già analizzate direttive di delega che lo concernono. Inoltre, l'abrogazione del comma 3-*bis* dell'art. 603 Cpp (prevista dall'art. 7 co. 1 lett. *h-quater*) opererà altresì per il giudizio abbreviato, nel quale le Sezioni Unite l'hanno ritenuto applicabile[36].

[35] Nella versione dell'art. 593 Cpp dovuta al d. lgs. 11/2018, è stata inserita, in esordio del co. 3, la locuzione «in ogni caso», per fugare ogni dubbio – che, a dire il vero, non si era mai posto – sulla portata applicativa della disposizione, riferita a tutte le sentenze, comprese dunque quelle emesse nel giudizio abbreviato.
[36] Il riferimento è a Cass. S.U. 21.12.2017, p.m. in c. Troise, sulla quale v. M. Bargis, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, cit., 15 ss.; N. Galantini, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a*

Sul secondo versante, viene coniato un incentivo per l'imputato a non appellare la sentenza di condanna, con la quale ha già ottenuto uno sconto di pena. Sconto che, nella disciplina del rito speciale delineata dall'art. 4 co. 1 lett. *b* n. 1 dello schema di delega, si identifica con quello odierno (la pena da irrogare in concreto «è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto: art. 442 co. 2 primo periodo Cpp) nel caso di giudizio abbreviato allo stato degli atti (il solo a poter essere richiesto nell'udienza preliminare, nell'udienza predibattimentale davanti al tribunale in composizione monocratica e al giudice per le indagini preliminari, a seguito di notificazione del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna); trattandosi, invece, di richiesta di giudizio abbreviato subordinata a un'integrazione probatoria, possibile – in presenza di determinate condizioni[37] – solo davanti al giudice del dibattimento, nel caso di condanna verrebbe applicata «una riduzione di pena fino a un terzo»[38]. L'incentivo in parola potenzia al massimo il contenimento dei tempi del giudizio abbreviato[39] e nella fase dell'esecuzione, cioè una volta divenuta irrevocabile la sentenza di condanna, l'ulteriore riduzione di un sesto della pena inflitta potrebbe preludere alla sospensione dell'esecuzione medesima (art. 656 co. 5 Cpp).

Lo schema di delega impone – lo si è anticipato – di coordinare le previsioni della inappellabilità per pubblico ministero, imputato e parte civile (contenute nell'art. 7 co. 1 lett. *c*, *c-bis* e *c-ter*) «con la disciplina delle impugnazioni nel procedimento davanti al giudice di pace» (art. 7 co. 1 lett. *c-quater*). Tale disciplina – implicante, dopo la l. 46/2006, una dissimmetria che la Corte costituzionale ha ritenuto non eccedente i limiti della ragionevolezza (C. cost., 25.7.2008 n. 298)[40] – risulta dagli artt. 36 co. 1 (per il pubblico ministero), 37 co. 1 (per l'imputato) e 38 (per il ricorrente che ha chiesto la citazione a giudizio dell'imputato) d. lgs. 274/2000; non comparendo alcun riferimento alle impugnazioni della parte civile, per esse si applica l'art. 576 Cpp. Non si porranno problemi per le sentenze di proscioglimento, già oggi inappellabili sia dal pubblico ministero sia dalla persona offesa che ha chiesto la citazione a giudizio dell'imputato (la cui legittimazione a impugnare è modellata su quella riconosciuta al pubblico ministero). Pertanto, il coordinamento potrà avere ad oggetto, per il pubblico ministero, l'appello contro le sentenze di condanna del giudice di pace che applicano una pena diversa da quella pecuniaria (cioè l'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità), mentre, per la parte civile, le modifiche investiranno, ma in via generale, la norma-madre, cioè l'art. 576 Cpp.

---

margine di Sezioni Unite Troise, in www.penalecontemporaneo.it, 17.4.2018, 3 ss. C. cost., 23.5.2019 n. 124 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 603 co. 3-*bis* Cpp sollevate in riferimento agli artt. 111 co. 2 e 4 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE.

[37] Cioè «sempre che l'integrazione risulti necessaria ai fini della decisione e il procedimento speciale produca un'economia processuale in rapporto ai tempi di svolgimento del giudizio dibattimentale» (art. 4 co. 1 lett. *b* n. 1 secondo periodo).

[38] Cfr. art. 4 co. 1 lett. *b* n. 1 terzo periodo. Per l'illustrazione delle ragioni del *distinguo* tra le due forme di procedimento speciale, a seconda della sede nella quale può essere avanzata la rispettiva richiesta, v. *Relazione finale*, cit., 27 (v. pure *ivi*, 28, per la prospettazione di alcuni rischi di carattere pratico soprattutto nei tribunali di piccole dmensioni). L'Unione Camere Penali Italiane ritiene che debba essere «accuratamente rivista la disciplina ipotizzata in materia di rito abbreviato condizionato»: v. il Comunicato della Giunta, *La Commissione ministeriale boccia il progetto Bonafede*, cit., 1.

[39] La *Relazione finale*, cit., 27, osserva che con questo «dispositivo premiale inedito nell'ordinamento processuale italiano» si mira a «ridimensionare l'incidenza di appelli finalizzati a censurare unicamente l'entità della pena – tanto quella base, quanto, nel caso dell'abbreviato dibattimentale, l'entità dello sconto –».

[40] Come ricorda anche C. cost., 26.2.2020 n. 34, punto 3.7 del *Considerato in diritto*.

5. Per concludere la disamina relativa alla nuova fisionomia del giudizio di appello, vanno ancora considerati due profili. La c.d. riforma Bonafede proponeva, all'art. 7 co. 1 lett. *f*, di «prevedere la competenza della corte di appello in composizione monocratica nei procedimenti a citazione diretta di cui all'articolo 550 del codice di procedura penale»[41]: l'odierno schema chiede di sopprimere la previsione, e la richiesta appare condivisibile perché la garanzia della collegialità si qualifica come essenziale, a fronte di un giudizio di primo grado già svoltosi davanti al giudice monocratico; senza contare che, essendo la legittimazione ad appellare riservata all'imputato, il giudizio di appello è finalizzato alla tutela di quest'ultimo[42]. Da segnalare, tuttavia, che la Relazione della Commissione chiarisce come, nel corso dei lavori, si sia rilevato che «l'alleggerimento degli impegni dei componenti del collegio può rappresentare un'utile razionalizzazione delle risorse disponibili, ai fini della riduzione dei tempi di definizione dei giudizi d'appello», portando ad esempio la recente riforma dell'art. 510 Cpp francese (l. 2019-222 del 23.3.2019), che «consente l'assegnazione del giudizio d'appello ad un giudice monocratico, salva la facoltà delle parti di chiedere, e del giudice di disporre d'ufficio, la rimessione alla composizione collegiale»[43].

Quanto allo svolgimento del giudizio di appello, l'art. 7 co. 1 lett. *g* dello schema allarga e rovescia la corrispondente previsione della c.d. riforma Bonafede: mentre quest'ultima, infatti, proponeva di «prevedere la forma del rito camerale non partecipato nei procedimenti di impugnazione innanzi alla corte d'appello in composizione monocratica, qualora ne facciano richiesta l'imputato o il suo difensore e non vi sia la necessità di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale», il nuovo schema di delega propone di «prevedere la celebrazione del giudizio d'appello con rito camerale non partecipato, salva richiesta dell'imputato o del suo difensore». In altri termini, la previsione del «rito camerale non partecipato» (sulla falsariga di quello contemplato dall'art. 611 Cpp per il ricorso per cassazione) non solo diventa generale – essendosi proposto di sopprimere la competenza della corte di appello in composizione monocratica – ma anche "automatica", visto che unicamente la richiesta dell'imputato o del suo difensore condurrà allo svolgimento dell'appello in pubblica udienza: così, almeno, pare da interpretarsi la clausola di salvezza finale[44], dove sarebbe stato forse opportuno parlare di «salva *diversa* richiesta».

Infine, per il procedimento di appello in camera di consiglio, le previsioni dello schema originario e di quello attuale divergono. Lo schema iniziale (art. 7 co. 1 lett. *h*) proponeva di «prevedere la forma del rito camerale non partecipato, qualora ne facciano richiesta l'imputato o il suo difensore e sempre che non sia necessaria la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, nei casi in cui si procede con udienza in camera di consiglio ai sensi dell'articolo 599 del codice di procedura penale»; oggi ci si limita a proporre di «eliminare le preclusioni di cui all'articolo 599-*bis*, comma

[41] Per considerazioni critiche v., ad esempio, E.N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo, che ora scorre senza contrappesi*, in www.archiviopenale.it, 2020, n. 1, 19; N. Triggiani, *La "Riforma Bonafede" della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (… anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *PPG* 2020, 776.

[42] La *Relazione finale*, cit., 38, sottolinea altresì che, secondo il parere di molti esperti sentiti in sede di audizioni parlamentari, «è dubbio che la previsione del giudice monocratico consentirebbe di aumentare aritmeticamente la capacità di definizione delle corti d'appello».

[43] Cfr. *Relazione finale*, cit., 38, concludendo per l'opportunità di valutare entrambi i profili menzionati. Per una più ampia analisi della riforma francese 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* 2020, n. 4, 190 s.

[44] Cfr., del resto, *Relazione finale*, cit., 39, per l'affermazione che, nel procedimento di appello, «al fine di garantire uno svolgimento in tempi ragionevoli del controllo da parte del giudice di seconde cure, si è preferito affermare che il contraddittorio orale si attivi solo su richiesta dell'imputato o del difensore».

2, del codice di procedura penale»[45]. Si tratta di stabilire se la direttiva dettata all'art. 7 co. 1 lett. *g*, contemplando la generale celebrazione del giudizio di appello con rito camerale non partecipato (fatta salva la diversa manifestazione di volontà dell'imputato o del suo difensore), miri a "coprire" anche la categoria dei procedimenti in camera di consiglio (artt. 599 e 599-*bis* Cpp), che oggi si svolgono in modalità partecipata, con le forme previste dall'art. 127 Cpp. Quanto all'eliminazione delle preclusioni stabilite dall'art. 599-*bis* co. 2 Cpp, l'allargamento che ne consegue potrà aumentare l'efficacia deflativa del concordato anche con rinuncia ai motivi di appello, istituto che per ora non si è mostrato all'altezza delle aspettative[46].

6. Le direttive dello schema di delega dedicate al ricorso per cassazione (sul quale non incideva la c.d. riforma Bonafede) sono solo tre, ma ognuna di esse è molto dettagliata e quindi diventano molteplici le incursioni nella disciplina di questo mezzo di impugnazione[47].
L'art. 7 co. 1 lett. *h-quinquies* si occupa della ricorribilità per cassazione delle sentenze di primo grado ad opera del pubblico ministero e della parte civile; identifica il giudice di rinvio nei casi di accoglimento del ricorso del pubblico ministero e di annullamento della sentenza ai soli effetti civili; propone di intervenire, nella sfera del giudizio di rinvio, sull'art. 627 co. 2 Cpp.
La soppressione della legittimazione all'appello per pubblico ministero e parte civile ha consigliato di mantenere completamente operativo il loro ricorso per cassazione: pertanto, la lett. *h-quinquies* propone di «disciplinare la ricorribilità per cassazione delle sentenze di primo grado da parte del pubblico ministero e della parte civile per tutti i motivi di cui all'articolo 606 del codice di procedura penale»[48]. Nel caso di accoglimento del ricorso del pubblico ministero, si chiede di prevedere che «la corte di cassazione annulli con rinvio al giudice competente per l'appello», mentre, nella ipotesi di «annullamento della sentenza ai soli effetti civili», si propone di prevedere che «la corte di cassazione annulli con rinvio al giudice civile ai sensi dell'articolo 622 del codice di procedura penale con l'obbligo da parte di quest'ultimo di valutare le prove raccolte nel processo penale»[49]. Infine, si richiede di «intervenire sull'articolo 627, comma 2, del codice di procedura penale e prevedere che, in caso di annullamento della sentenza di proscioglimento, sia obbligatoria la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale volta ad assumere prove decisive».
Tirando le somme, è il giudizio di rinvio il principale oggetto della direttiva in esame. Se viene accolto il ricorso del pubblico ministero, il giudice di rinvio è identificato in quello «competente per l'appello» (e non in un'altra sezione del giudice di primo grado, che ha emesso la sentenza contro la quale il pubblico ministero ha presentato ricorso, secondo quanto dispone il vigente art. 623 co. 1 lett. *c* Cpp): probabilmente, l'opzione va rapportata alla parte in cui la medesima direttiva

[45] Quanto alle analoghe preclusioni previste, per il patteggiamento "allargato", dall'art. 444 comma 1-*bis* Cpp, l'art. 4 co. 1 lett. *a* n. 2 propone di eliminarle: sul punto v. *Relazione finale*, cit., 27.
[46] Cfr. P. Curzio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*, Roma, 29.1.2021, 41, che individua le verosimili cause dello scarso funzionamento dell'istituto nelle «limitazioni ed esclusioni oggettive alla sua applicazione (che ricalcano quelle del patteggiamento allargato)» e nella «possibilità di raggiungere l'accordo anche nel dibattimento, senza una effettiva deflazione del lavoro della Corte d'appello poiché l'istanza viene presentata direttamente all'udienza di trattazione».
[47] Come puntualizza la *Relazione finale*, cit., 37, l'esclusione dell'appello da parte del pubblico ministero non è destinata «a riverberarsi in modo preoccupante sulla funzionalità della Corte di cassazione, considerata l'incidenza assai contenuta delle impugnazioni della parte pubblica (nel quinquiennio 2012-2016 pari all'1,8% del totale dei gravami per le impugnazioni del pubblico ministero presso il Tribunale e al 3,4% per quelle del procuratore generale)». In proposito v. M. Bargis, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, cit., 5.
[48] La *Relazione finale*, cit., 39, riconosce infatti che «non sarebbe ipotizzabile circoscrivere le censure – in particolare il vizio di motivazione – nel momento in cui si esclude l'appello del pubblico ministero e della parte civile».
[49] Sul punto v. *Relazione finale*, cit., 38 s.

prescrive un intervento sull'art. 627 co. 2 Cpp finalizzato a prevedere che, se è annullata una sentenza di proscioglimento, «sia obbligatoria la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale volta ad assumere prove decisive». L'intervento *de quo* adombra – *mutatis mutandis* – quel comma 3-*bis* del vigente art. 603 Cpp, che l'art. 7 co. 1 lett. *h-quater* dello schema prevede di abrogare, ripristinando la pregressa normativa in tema di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello; nel contempo, con il richiamo all'assunzione di «prove decisive», incorpora i *dicta* delle Sezioni Unite *in subiecta materia*[50]. Il legislatore delegato dovrà dunque riscrivere l'art. 627 co. 2 secondo periodo Cpp, dove oggi si statuisce che, se «è annullata una sentenza di appello e le parti ne fanno richiesta, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione»: la previsione, che la giurisprudenza prevalente interpreta in senso restrittivo[51], andrà infatti coordinata con l'espressa direttiva di delega, la quale pone l'accento sulla obbligatorietà della rinnovazione.

Nella ipotesi di annullamento ai soli effetti civili, l'aspetto innovativo della direttiva di delega non va colto nella previsione del rinvio al giudice civile, ai sensi dell'art. 622 Cpp, bensì nella specificazione che il giudice civile avrà «l'obbligo» di «valutare le prove raccolte nel processo penale»: in questo modo, infatti, lo schema di delega prende decisa posizione sulla *querelle* che di recente ha visto contrapposte le sezioni civili e le sezioni penali della Suprema Corte, perché numerose pronunce della terza sezione civile, «temporalmente ravvicinate tra giugno e ottobre 2019», hanno affermato, «in termini univoci, che il giudizio di rinvio *ex* art. 622 c.p.p. debba assecondare le regole processuali, sostanziali e probatorie proprie (non già del giudizio penale, come sino ad allora ritenuto, ma) del giudizio civile», venendo a contrapporsi all'opposto e incontrastato indirizzo delle sezioni penali[52].

L'art. 7 co. 1 lett. *h-sexies* dello schema di delega delinea le modalità di trattazione dei ricorsi, ampliando, almeno di regola, l'impiego del contraddittorio cartolare[53]. Si propone, innanzitutto, di prevedere che «la trattazione dei ricorsi davanti alla corte di cassazione avvenga con contraddittorio scritto senza l'intervento dei difensori, salva, nei casi non contemplati dall'articolo 611 del codice di procedura penale, la richiesta delle parti di discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata»; in secondo luogo, e negli stessi casi (cioè al di fuori del procedimento in camera di consiglio *ex* art. 611 Cpp, la cui disciplina rimane ferma), si richiede di prevedere che «il giudice possa disporre, anche in assenza di una richiesta di parte, la trattazione con discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata». La Relazione della

[50] Cfr., in specie, Cass. S.U. 28.4.2016, Dasgupta (in ordine all'appello avverso sentenza dibattimentale) e Cass. S.U. 19.1.2017, Patalano (con riguardo all'appello successivo a giudizio abbreviato anche non condizionato all'integrazione probatoria), sulle quali, per un inquadramento essenziale, v. H. Belluta, sub *art. 603 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], diretto da G. Illuminati-L. Giuliani, Wolters Kluver Cedam 2020, 2948 s. C. eur., 25.3.2021, *Di Martino e Molinari c. Italia*, ha affermato che, sebbene l'interpretazione estensiva dell'art. 603 Cpp, adottata dalle Sezioni Unite per il giudizio abbreviato, non sia ostacolata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quest'ultima consacra un nucleo minimo di garanzie; di conseguenza, non si configura una violazione dell'art. 6 § 1 Cedu in caso di mancata rinnovazione, nel giudizio abbreviato di appello conclusosi con sentenza di condanna, di testimonianze assunte nel giudizio abbreviato di primo grado terminato con sentenza di assoluzione (per un commento v. L. Agostino, Overturning *della sentenza di proscioglimento nel giudizio abbreviato: per la Corte europea non è necessaria la rinnovazione istruttoria*, in www.archiviopenale.it, 2021, n. 2, 1 ss.).

[51] Per un quadro d'insieme, v. R. Fonti, sub *art. 622 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], cit., 3103.

[52] Su questi profili v. G. Canzio-G. Iadecola, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in www.sistemapenale.it, 20 aprile 2020. V. pure R. Del Coco, sub *art. 627 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], cit., 3071.

[53] Sul tema v. G. Fidelbo, *Processo "scritto" e limiti all'oralità in Cassazione*, in www.sistemapenale.it, 23.3.2021.

Commissione dà conto di una soluzione alternativa, che avrebbe coinvolto pure le ipotesi dell'art. 611 co. 1 seconda parte Cpp ma è stata abbandonata[54]; inoltre, suggerisce di «operare un intervento sulle tariffe forensi, parificando il valore delle "memorie" alla partecipazione del difensore all'udienza di discussione in Cassazione», al fine di «bilanciare la contrazione dell'oralità» e, «nello stesso tempo, valorizzare la procedura scritta»[55].
Memore delle problematiche sollevate dal caso Drassich[56], l'art. 7 co. 1 lett. *h-sexies*, per evitare riqualificazioni "a sorpresa", mira poi a «prevedere che, ove il giudice intenda procedere alla riqualificazione, instauri un previo contraddittorio nelle forme previste per la celebrazione dell'udienza»[57].
Infine, l'art. 7 co. 1 lett. *h-septies* dello schema di delega intende potenziare l'operatività dell'attuale comma 5-*bis* dell'art. 610 Cpp, introdotto dalla l. 103/2017: come è noto, tale comma contempla la declaratoria di inammissibilità, «senza formalità di procedura» (in altre parole, senza avvisi e senza contraddittorio cartolare), nei casi previsti dall'art. 591 co. 1 Cpp nelle lett. *a*, limitatamente al difetto di legittimazione, *b* (provvedimento non impugnabile), *c*, esclusa l'inosservanza delle disposizioni dell'art. 581 (dunque, inosservanza delle disposizioni degli artt. 582, 583, 585 e 586), e *d* (rinuncia all'impugnazione). Allo stesso modo la Corte dichiara l'inammissibilità del ricorso contro la sentenza di patteggiamento e contro la sentenza relativa al concordato anche con rinuncia ai motivi di appello *ex* art. 599-*bis* Cpp. A fini compensativi, il provvedimento di inammissibilità è peraltro ricorribile in via straordinaria attraverso lo strumento dell'art. 625-*bis* Cpp. È altrettanto noto che la declaratoria semplificata delle inammissibilità c.d. formali era da tempo negli auspici della Corte di cassazione, preoccupata dagli alti numeri delle declaratorie di inammissibilità ad opera della sezione-filtro e dal conseguente aumento della durata media della definizione del ricorso (si pensi che, anteriormente alla l. 103/2017, i dati forniti dall'Ufficio di statistica della Suprema Corte per il 2016 attestavano che i ricorsi definiti in quell'anno con declaratoria di inammissibilità ammontavano a 36.639, pari al 63,5% del totale, e il 66,8% di questi ricorsi risultava definito dalla settima sezione)[58].
Ora lo schema di delega propone di «estendere la procedura senza formalità di cui all'articolo 610, comma 5-*bis*, del codice di procedura penale a tutti i casi di inammissibilità del ricorso e di ricorso manifestamente fondato». Da un canto, si supera così il *distinguo* relativo alle inammissibilità formali/non formali; dall'altro, si introduce l'inedito riferimento al «ricorso manifestamente fondato» (ricorso che, dunque, va accolto), mutuato dal codice di rito civile, dove, in base al combinato disposto degli artt. 376 co. 1 e 375 co. 1 n. 1 e 5 Cpc, riferito all'operare della c.d. sezione-filtro civile (la sesta sezione), si prevede che tale sezione, procedendo in camera di consiglio *ex* art. 380-*bis* Cpc, debba in specie verificare se sussistono i presupposti per la pronuncia relativa all'accoglimento di ricorsi manifestamente fondati (art. 375 co. 1 n. 5 Cpc)[59].

---

[54] Cfr. *Relazione finale*, cit., 39: la predetta soluzione «avrebbe superato il meccanismo odierno per cui, nei casi dell'art. 611, comma 1, seconda parte, c.p.p. non si può mai dar luogo a discussione orale». Si era perciò ipotizzata «come regola la camera di consiglio non partecipata, salva richiesta motivata di discussione orale del ricorrente o di altra parte, proponibile in ogni caso», individuando quattro parametri che la Corte di cassazione avrebbe dovuto utilizzare per valutare la domanda.
[55] In questi termini *Relazione finale*, cit., 39.
[56] C. eur., 11.12.2007, *Drassich c. Italia*.
[57] Cfr. *Relazione finale*, cit., 39.
[58] Per i dati relativi agli anni 2017-2019 v. M. Bargis, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*[10], a cura di M. Bargis, Wolters Kluver 2020, 850. Nel 2020 i procedimenti definiti con declaratoria di inammissibilità sono stati 26.733 (pari al 71,6% del totale) e il 57,1% di questi ricorsi risulta definito dalla settima sezione.
[59] Per la proposta di trasferire in sede penale la previsione del codice di rito civile v. M. 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*

La direttiva muta inoltre la tipologia del mezzo a disposizione delle parti per dolersi della decisione di inammissibilità o di accoglimento del ricorso, configurando una «opposizione motivata», che «le parti private e il procuratore generale» potranno presentare entro «un termine perentorio»[60]. La decisione sull'opposizione verrebbe demandata alla sezione-filtro (la «apposita sezione» di cui all'art. 610 co. 1 Cpp), la quale, «se non conferma l'inammissibilità, rimette il ricorso alla sezione ordinaria»: il fatto che dell'opposizione venga investita la sezione-filtro indurrebbe a prima vista a concludere che lo schema di delega si sia basato sulle Linee guida elaborate dalla Corte di cassazione (diffuse il 28 luglio 2017 e relative alle principali questioni di diritto intertemporale legate alla entrata in vigore della l. 103/2017), in forza delle quali il provvedimento dichiarativo dell'inammissibilità *de plano* è adottato «non dalla Settima Sezione, ma da appositi collegi delle sezioni ordinarie, con le forme e le modalità organizzative da stabilire con specifiche disposizioni tabellari». Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che se la soluzione contenuta nelle Linee guida aveva senso quando la declaratoria *de plano* delle inammissibilità era più circoscritta, finisce di smarrirlo nell'eventualità di un suo generalizzato allargamento. E infatti la Relazione illustrativa richiama la «procedura da utilizzare per tutti i ricorsi da assegnare alla "settima" sezione»[61]: allora, però, non si può affidare a quest'ultima la decisione sull'opposizione motivata, per l'evidente "pre-giudizio" che connoterebbe il controllo, il quale deve non solo essere ma anche apparire imparziale.
Con specifico riguardo alla declaratoria di inammissibilità, la direttiva *de qua* propone infine di «prevedere che l'opposizione non sospenda l'esecuzione» della relativa ordinanza e «che la corte di cassazione possa disporre, su richiesta di parte, la sospensione in presenza di gravi ragioni».

7. L'art. 7 co. 1 lett. *h-octies* dello schema di delega è dedicato innanzitutto a sostituire l'attuale "revisione europea" tramite l'introduzione di «un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio», e attribuendo alla Suprema Corte «il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo». La Relazione della Commissione si sofferma opportunamente sulla necessità di un intervento normativo, che possa sanare «incertezze e dubbi interpretativi»[62] prodotti dalla coesistenza, nell'alveo giurisprudenziale, di tre distinti rimedi, cioè la revisione europea, il ricorso straordinario per errore di fatto (qualora la violazione sia occorsa nel giudizio di cassazione) e l'incidente di esecuzione *ex* art. 670 Cpp (per le fattispecie di violazioni sostanziali). La direttiva prefigura di affidare alla Corte di cassazione «un vaglio preventivo sulla sentenza europea», destinato a sfociare in un annullamento senza rinvio, qualora

penale a fini nomofilattici?, in M. Bargis-H. Belluta, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, cit., 277 e 279.

[60] La *Relazione finale*, cit., 40, avverte che «l'opposizione viene ritenuta preferibile al ricorso straordinario» perché «non soffrirebbe dei limiti di operatività ricollegati» a quest'ultimo.

[61] Cfr. *Relazione finale*, cit., 40, dove si afferma che l'intervento, definito «incisivo», intende restituire alla settima sezione «la funzione di "filtro" tempestivo e realmente dissuasivo rispetto alle impugnazioni meramente dilatorie».

[62] Così si esprime la *Relazione finale*, cit., 40, con riferimento sia all'ipotesi di riapertura del procedimento a seguito dell'accertamento di un vizio procedurale, dato che la disciplina della revisione «mal si adatta a una riapertura non fondata su un *novum* tale da giustificare una prognosi di proscioglimento», sia al caso di accertamento di «un'illegalità convenzionale (soprattutto per il problema dei cd. "fratelli minori")». Per una panoramica delle problematiche relative all'applicazione pratica della "revisione europea" v. A. Presutti, sub *art. 630 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], cit., 3127 s.; una esauriente trattazione generale sugli "intrecci" dei vari rimedi è offerta da B. Lavarini, *Il sistema dei rimedi* post-iudicatum *in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Università degli Studi di Torino 2019, *passim*.

si trattasse «solo di modificare la pena o di assolvere in tutto o in parte il ricorrente a Strasburgo» o in un annullamento con rinvio, allorché apparisse indispensabile la riapertura del processo[63].
La direttiva in discorso, una volta ipotizzato il nuovo rimedio, richiede di coordinarlo «con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'articolo 670 del codice di procedura penale».
La rescissione del giudicato, in effetti, sconta una collocazione sistematica davvero infelice. Come si sa, la nuova disciplina del processo in assenza (l. 28.4.2014 n. 67) era stata completata dall'art. 625-*ter* Cpp. Si trattava di un rimedio restitutorio, inquadrabile fra le impugnazioni straordinarie: la terminologia impiegata per definire l'istituto rappresentava una novità per il *corpus* codicistico, sebbene l'accoglimento della richiesta si traducesse nella revoca della sentenza.
La l. 103/2017 ha abrogato l'art. 625-*ter* Cpp, trasferendo l'istituto della rescissione del giudicato nel nuovo art. 629-*bis* Cpp[64], inserito nel titolo IV del libro IX, che disciplina la revisione. Tale collocazione – che interrompe in modo bizzarro la sequenza degli artt. 629 e 630 Cpp – ha destato perplessità, se si considera che i rimedi straordinari *de quibus* condividono soltanto l'organo competente in via funzionale (la corte di appello) e due disposizioni in tema di revisione (artt. 635 e 640 Cpp) espressamente richiamate nel co. 4 dell'art. 629-*bis* Cpp: insomma, il legislatore ha perso l'occasione di intervenire in via sistematica, occupandosi nel contempo della c.d. revisione europea, che, al pari della rescissione del giudicato, possiede solo alcuni tratti in comune con la revisione.
I risvolti problematici della rescissione del giudicato sono del resto documentati dal recente lavorio della giurisprudenza, tanto a Sezioni Unite[65] quanto a Sezioni singole[66], da cui scaturisce – come si è notato in dottrina[67] – la tendenza a un radicale superamento del dato normativo, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della nostra Corte costituzionale. A quest'ultimo riguardo, la Relazione della Commissione sottolinea che pure la rescissione del giudicato andrebbe modificata per renderla coerente con la direttiva 2016/343/UE[68]: l'art. 2-*ter* co. 1 lett. *g* propone, infatti, di «ampliare la possibilità di rimedi successivi a favore dell'imputato e del condannato giudicato in assenza senza avere avuto effettiva conoscenza della celebrazione del processo, armonizzando la normativa processuale nazionale a quanto previsto dall'articolo 9» della suddetta direttiva. In sostanza, l'istituto della rescissione dovrebbe divenire «idoneo a risolvere tutti i casi in cui emerga l'effettiva mancata conoscenza del processo, anche nei confronti degli imputati latitanti»[69].

---

[63] Cfr. *Relazione finale*, cit., 40 s., notando che la Corte di cassazione potrebbe sollevare «immediatamente questione di legittimità costituzionale della norma interna interessata dalla decisione di Strasburgo nel caso in cui quest'ultima individui un problema di portata generale dell'ordinamento nazionale», risolvendo così a monte la questione dei c.d. "fratelli minori".
[64] Su cui v. A. Presutti, sub *art. 629*-bis *Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], cit., 3110 ss. (sui rapporti fra rescissione e revisione europea v. *ivi*, 3111 s.; nonché H. Belluta, *La rimozione del giudicato*, in *Procedura penale esecutiva*, a cura di M. Ceresa-Gastaldo, Giappichelli 2020, 227-230; B. Lavarini, *Il sistema dei rimedi* post-iudicatum *in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 81-88).
[65] Cass. S.U. 28.12.2019, Darwish.
[66] Cass. Sez. V 15.9.2020, Ramadze.
[67] Cfr. S. Quattrocolo, *La Corte di cassazione svela il nuovo volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo* in absentia *e dei relativi rimedi*, in *SP* 2021, n. 3, 5 ss. Per un commento a Cass. S.U. 28.12.2019, Darwish, v. anche A. Mangiaracina, *Imputato "assente" e indici di conoscenza del processo: una lettura virtuosa della Suprema Cor*te, in *PPG* 2021, 371 ss.
[68] Così *Relazione finale*, cit., 41.
[69] Cfr. ancora *Relazione finale*, cit., 15. Per la previsione di una disciplina derogatoria per il processo nei confronti dell'imputato latitante v. art. 2-*ter* co. 1 lett. *f*.

Quanto poi al coordinamento del futuro nuovo rimedio con l'incidente di esecuzione a norma dell'art. 670 Cpp, la richiesta contenuta nella direttiva di delega è finalizzata a risolvere gli aspetti problematici che si pongono a livello giurisprudenziale, specialmente per la delicata questione dei c.d. "fratelli minori"[70].
Si aggiunga che anche i rapporti tra rescissione del giudicato e incidente di esecuzione, oggetto di una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite[71], richiederebbero di essere tra loro coordinati.

8. Dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza si ricava che la legge delega dovrebbe venire adottata entro la fine del 2021 e i decreti delegati entro la fine del 2022[72]: può ritenersi possibile una accelerazione nell'approvazione della delega, se saranno risolti i nodi politici[73].
Per quanto concerne la direttiva in tema di impugnazioni (nonché quelle che, come si è visto, vi sono collegate), va formulato un rilievo, per ovvio che esso possa apparire. L'impianto complessivo è dotato di una sua coerenza interna: se qualche direttiva qualificante dovesse venire soppressa, l'effetto domino che rischierebbe di prodursi renderebbe "traballante" l'architettura complessiva. Perciò, la cautela è d'obbligo. E la delicata scelta è nelle abili mani del Guardasigilli.

[70] In proposito, per un quadro recente, v. A Caselli Lapeschi (agg. M. Ruaro), sub *art. 670 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*[3], cit., 3286-3288, anche con riguardo a Cass. S.U. 24.10.2019, Genco, citata dalla *Relazione finale*, cit., 41.
[71] Cass. S.U. 26.11.20, Lobric, sulla quale v. S. Quattrocolo, Actio finium regundorum *tra incidente di esecuzione e rescissione del giudicato*, in www.sistemapenale.it, 18.5.2021; F. Peroni, *Sul controverso confine tra incidente d'esecuzione e rescissione del giudicato*, in www.archiviopenale.it, 2021, n. 2, 1 ss.
[72] *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 62.
[73] Come si sa, uno di questi nodi è rappresentato dalla disciplina della prescrizione, sulla quale ha espresso il proprio dissenso il Movimento 5 Stelle, i cui rappresentanti hanno da poco incontrato il Ministro della giustizia.

LE LINEE PROGRAMMATICHE IN TEMA DI GIUSTIZIA RIPARATIVA: IL QUADRO E LA CORNICE

di Valentina Bonini
Professoressa associata di diritto processuale penale, Università di Pisa

SOMMARIO: 1. Vuoti e pieni nel panorama attuale della giustizia riparativa. – 2. Innesti riparatori con finalità deflative. 2.1. Patteggiamento e risarcimento del danno: una ricalibratura. 2.2. Oblazione con prescrizioni e comportamenti riparatori. 2.3. Tenuità offensiva e postfatto: condotte riparatorie o percorsi riparativi? – 3. La valorizzazione della giustizia riparativa tra ampliamento operativo di istituti noti e introduzione di nuovi strumenti. 3.1. L'ampliamento dei reati perseguibili a querela. 3.2. La deflazione riparativa e la messa alla prova. 3.3. L'introduzione della archiviazione meritata. – 4. I pilastri e la cornice dell'architettura riparativa. 4.1 Il mediatore e i servizi di giustizia riparativa: un'implementazione non più rinviabile 4.2 La cornice della giustizia riparativa: nozione e caratteristiche di fondo. – 5. Le garanzie di contesto del processo riparativo. 5.1 I diritti informativi. 5.2 Il diritto di difesa e il principio di confidenzialità della mediazione. 5.3. *Restorative justice* e presunzione di non colpevolezza.

1. Da tempo la giustizia riparativa è terreno di studi e riflessioni della dottrina penalistica[1], in linea con una sensibilità che ha determinato un incremento trasversale dell'attenzione verso questo diverso paradigma di *redde iustitiam* in molte esperienze nazionali, non solo europee[2], alla ricerca di una reazione all'illecito penale che restituisca alle persone voce e riconoscimento, sostituendo o accompagnando l'incedere e gli esiti della tradizionale giustizia penale con un percorso dialogico che si faccia carico di affrontare e gestire le conseguenze del reato.
L'interesse verso forme di giustizia riparativa non ha trovato riscontro solo nei costrutti dottrinali, filtrando dalla dimensione teorica a quella pratica ora attraverso pertugi normativi, ora attraverso prassi e sperimentazioni sul territorio.
Inizialmente riservato a settori della giustizia penale in cui la ricerca di percorsi e soluzioni differenziate ne rappresenta la cifra distintiva -come avvenuto in seno al procedimento a carico di

[1] La letteratura penalistica in materia si è fatta sterminata: senza alcuna pretesa di completezza, si richiamano gli studi di R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *RIDPP* 2016, pp. 96 ss.; M. Donini, *Il delitto riparato: una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, pp. 236 ss.; Id., *Pena agìta e pena subìta. Il modello del delitto riparato*, in *www.questionegiustizia.it* 2020; G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *www.sistemapenale.it* 2020; G. Mannozzi–A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metod*i, Torino 2017; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli 2017; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano:* de lege lata *e* de lege ferenda, in *PolDir*. 2017, pp. 349 ss. e, *last but not least*, v. G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 2021.

[2] Il rilievo diffuso, le diverse soluzioni offerte, le linee di fondo e gli sviluppi della giustizia riparativa in Europa sono ben rappresentati nel lavoro di costante e capillare studio, formazione e informazione svolto dallo *European Forum for Restorative Justice*, raggiungibile su www.euforumrj.org. In una prospettiva geograficamente ancora più ampia, si tenga conto delle indicazioni metodologiche e programmatiche dello United Nations Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, seconda edizione, Vienna 2020. Per un affresco di sintesi delle tante esperienze di giustizia riparativa anche oltre i confini europei v. D. W. Van Ness, *An overview of restorative justice around the world, paper at the eleventh United Nations congress on crime prevention and criminal justice*, Bangkok 2005, in https://ceja.cl/handle/2015/4767.

imputati minorenni[3] e al procedimento per le competenze penali del giudice di pace[4]-, lo sguardo riparativo si è poi posato su istituti destinati a funzionare da arnesi gestibili nella giustizia ordinaria. Così, alcuni lemmi che rievocano processi riparativi o risultati riparativi sono stati impiegati con crescente generosità dal legislatore, che ha finito per costellare l'universo penalistico e processualpenalistico di riferimenti che partono dal più consueto "risarcimento del danno", per guardare alla "riparazione", alla "rimozione delle conseguenze dannose o pericolose", alle "condotte riparatorie", fino ai più densi richiami alla "mediazione" e alla "conciliazione". Giocando ora in prospettiva ampia e generalizzata[5], ora con specifico riferimento ad alcuni settori della illiceità penalmente significativa[6], i riferimenti a istituti dal sapore riparativo sono divenuti numerosi, seppure puntiformi e collocati nel sistema in modo inidoneo a formare un disegno coerente.

Il multiverso degli istituti a vocazione riparativa si compone così di alcuni meccanismi in cui si richiamano specifiche tipologie di programmi riparativi (mediazione), altri in cui si valorizzano esiti riparativi (conciliazione) e, infine, istituti in cui si concentra l'attenzione su risultati riparatori, che assumono rilievo in modo indipendente dal percorso che li ha preceduti; questo, infatti, può aver seguito le caratteristiche del processo riparativo, ovvero essersi sviluppato con modalità unilaterali e solipsistiche. È evidente come le ipotesi da ultimo menzionate, accomunate dal rilievo assegnato a meri comportamenti risarcitori/riparatori, si collochino lontano dalla giustizia riparativa, come intesa dalle indicazioni sovranazionali e dalla dottrina più attenta alla materia: per apprezzarne la distanza, basti rievocare la definizione con cui la Raccomandazione del Consiglio d'Europa 2018/8 descrive la giustizia riparativa, identificandola con «ogni processo che consente alle persone che subiscono pregiudizio a seguito di un reato e a quelle responsabili di tale pregiudizio, se vi acconsentono liberamente, di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito, attraverso l'aiuto di un soggetto terzo, formato e imparziale»[7].

---

[3] In proposito v. il *Documento di Studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza*, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, Roma 2018.

[4] In materia v. E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa*, cit., pp. 259 ss. Ripercorre la parabola del processo di pace, v. E. Dolcini, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *RIDPP* 2020, p. 1223.

[5] Così è per istituti quali le condotte riparatorie di cui all'art. 162-*ter* Cp e la messa alla prova di cui agli artt. 168 *bis* ss. Cp e 464-*bis* ss. Cpp, che operano per una serie indistinta di fattispecie di reato, pur delimitate in ragione del connotato di gravità individuato per lo più con un rinvio *quoad poenam*.

[6] In questo senso è possibile rievocare la valorizzazione *in bonam partem*, pur con effetti giuridici di varia intensità, di comportamenti di tipo riparatorio nella criminalità ambientale. In proposito v. M.C. Amoroso, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006*, in *DPenCont* 2015. Per un approccio riparativo alla materia v. C. Mazzuccato, *La giustizia riparativa in ambito penale ambientale. Confini e rischi, percorsi e potenzialità*, in AA.VV., *La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, Milano 2016, pp. 134 ss. Analogamente può dirsi per le reiterate occasioni di valorizzazioni di condotte riparatorie da parte dell'ente che debba rispondere di una responsabilità da reato ai sensi del d.lgs. n. 231/2001: sul tema v. P. Severino, *La responsabilità dell'ente* ex *d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano 2018, pp. 1115; nonché A. Presutti-A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*[2], Milano 2018, pp. 210 ss.

[7] Questa la traduzione, pur non ufficiale, del §3 della Raccomandazione CM/Rec(2018)8 sulla giustizia riparativa in materia penale. In termini non dissimili si esprimono anche le altre fonti sovranazionali ed eurounitarie, come la precedente Raccomandazione R(99)19 del Consiglio d'Europa (*any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution or matters arising from the crime through the help of an impartial third party*), la Risoluzione ECOSOC 2000/14, recante Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa nella materia penale (*restorative outcome means an agreement reached as the result of a restorative process*), la Direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime (qualsiasi

Insomma, ci si staglia davanti un panorama disarmonico, dove condotte in certa misura analoghe vengono valorizzate con finalità e metodologie diverse, che sovente sono da ricondursi ad intenti deflativi perseguiti attraverso logiche premiali, mentre solo di rado rispondono ai principi chiave della giustizia riparativa.
La scelta, di per sé, non può dirsi censurabile, nella misura in cui l'ordinamento valorizza comportamenti analoghi (es. condotte risarcitorie e/o riparatorie) perseguendo finalità diverse, che solo in parte possono coincidere con quelle di presa in carico della conflittualità *inter pares* tipiche della giustizia riparativa. Non pare, però, che nella costruzione dei singoli istituti si sia sempre proceduto nella consapevolezza delle caratteristiche distinguenti la *restorative justice*, talora assegnando etichette che lasciano sottintendere una caratura riparativa in realtà assente o travisata.
La mancanza di previsioni che offrano a livello nazionale una cornice entro la quale collocare in modo ordinato, coerente ed efficiente gli istituti funzionali a rispondere alle esigenze fatte proprie dalla giustizia riparativa ha agevolato una produzione legislativa confusa e ibrida, che spesso la prassi ha letto e applicato secondo traiettorie più tradizionali, poco attente alle specificità della *restorative justice*.
Sintomatico della confusione regnante nell'orizzonte riparativo domestico è un istituto anomalo, come quello di cui all'art. 162-*ter* Cp, che assegna rilievo a condotte riparatorie apparentemente idonee a soddisfare gli interessi dell'offeso, finendo in realtà per privarlo di voce proprio in quelle forme di reato la cui procedibilità a querela attesta una prevalenza dell'interesse del privato su quello pubblico all'accertamento e punizione[8]. Ma anche quando le scelte legislative sono state più lineari e coerenti, la mancata individuazione delle coordinate di fondo della giustizia riparativa ha finito per agevolare la nascita e il sedimentarsi di prassi applicative appiattite su letture sviluppate nel solco di una tradizione che non di rado trascura la dimensione più autenticamente riparativa degli istituti: in questa direzione pare essersi mossa per lo più la giurisdizione di pace, ove la caratura conciliativa della mediazione penale di cui all'art. 29 d.lgs. n. 274/2000 ha spesso ceduto il passo a tentativi di conciliazione condotti nel segno dell'omologo istituto civilistico, fondato su reciproche concessioni, piuttosto che su un reciproco ascolto e riconoscimento[9].
Insomma, se il dibattito scientifico si è fatto molto ricco e approfondito, il panorama normativo si presenta informe e fumoso e dà vita ad esperienze applicative che disorientate nel confronto con istituti che necessitano di un più chiaro e organizzato inquadramento sistematico.
La necessità di una cornice giuridica di riferimento, che indichi nozione, principi generali, soggetti, procedimenti e obiettivi della giustizia riparativa, è divenuta urgente di fronte al fiorire di istituti dal sapore ripartivo/riparatorio, che vanno incontro a letture e prassi più o meno aderenti al paradigma che li connota a seconda della maggiore o minore sensibilità e consapevolezza dell'interprete che è chiamato a farne applicazione.
Un'opera di sistemazione diventa preziosa, per restituire coerenza ed armonia ad un insieme normativo dalle interessanti potenzialità rispetto non solo all'obiettivo deflativo, ma anche al fine di recuperare quella credibilità della giustizia penale che talora è stata minata dalla concentrazione dello scommessa deflativa sui riti premiali.

---

procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale).

[8] Da subito è stata rilevata la problematicità dell'istituto; v. in proposito, C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 13.11.2017.

[9] Per un panorama, v., E. Dolcini, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace: non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *RIDPP* 2020, pp. 1219 ss.; nonché, volendo, a V. Bonini, *Giustizia penale di pace e obiettivo conciliativo: una sperimentazione lunga vent'anni*?, in corso di pubblicazione su *CP* 2021.

In questa direzione, la proposta della Commissione ministeriale si articola su tre piani: da un primo punto di vista valorizza comportamenti di carattere *lato sensu* riparatorio, attraverso l'innesto su istituti che hanno funzione di efficientamento del sistema, così coltivando l'obiettivo deflativo che si colloca in primo piano nelle ragioni della riforma della giustizia penale collegata al più ampio piano di ripresa e resilienza; in secondo luogo, si amplia il novero e il perimetro operativo degli strumenti all'interno del può accedersi a percorsi mediativi, offrendo soluzioni agili e a vocazione deflativa che non riposino sul mero scambio premiale; da ultimo, si delinea una cornice di contesto, guardando alle indicazioni sovranazionali in materia e mettendo mano allo "statuto" del mediatore penale e dei servizi di giustizia riparativa, i quali rappresentano una condizione operativa per il concreto ed efficace sviluppo della mediazione e dei percorsi riparativi in genere.

2. Nel proporre una rivisitazione di istituti già sperimentati in funzione di accelerazione e deflazione procedimentale, il progetto di riforma ne suggerisce alcune caute intersezioni con comportamenti di tipo riparatorio/risarcitorio: è quanto avviene nel *restyling* dedicato agli artt. 444 ss. Cpp e nella proposta di ampliamento dei meccanismi estintivi delle contravvenzioni basati sull'adempimento di prescrizioni, nonché - seppure con aperture prospettiche verso la giustizia riparativa - nella parte in cui si suggerisce la riscrittura delle condizioni per decretare la particolare tenuità del fatto.
2.1. Sotto il primo punto di vista, all'interno di una visione più ampia che assegna al lavoro di pubblica utilità veste di sanzione sostitutiva, l'art. 9-*bis* lett. *f* prevede - riecheggiando l'anima originaria dell'istituto patteggiato, come coniato nel 1981[10] - che anche la sentenza di applicazione della pena concordata possa avere ad oggetto il lavoro di pubblica utilità, quando il giudice ritenga di determinare la pena detentiva entro un tetto di tre anni. Analoga possibilità verrebbe accordata anche in occasione della pronuncia del decreto penale di condanna.
A margine di questa riscrittura dal sapore sistematico, tra i ritocchi suggeriti per arricchire il ventaglio delle opportunità *in bonam partem* ed incentivare ulteriormente il ricorso ai riti alternativi[11], si prevede una interazione virtuosa tra «il positivo svolgimento» del lavoro di pubblica utilità e il «risarcimento del danno o [l]'eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ove possibili», dalla quale scaturirebbe «la revoca della confisca che sia stata eventualmente disposta». Così, nelle intenzioni della Commissione, da una parte scompare la rilevanza "settoriale" della condotta restitutoria del prezzo o del profitto del reato oggi compendiata nel comma 1-*ter* dell'art. 444 Cpp in guisa di condizione d'accesso al "patteggiamento" nei procedimenti per taluni delitti contro la pubblica amministrazione, e dall'altra parte si assegna rilievo generalizzato, che traligna un definito ambito criminale, al comportamento risarcitorio che si accompagni all'esecuzione del lavoro di pubblica utilità, seppure ai limitati fini rapporto con la misura della confisca.

2.2. Ancora in una prospettiva che lega la condotta riparatoria con logiche di premialità deflativa si colloca l'idea di assegnare una rilevanza generale (e non più relegata ad alcune aree della criminalità contravvenzionale) a meccanismi di «transazione anticipata con l'organo accertatore»[12]. Si tratta di istituti costruiti sulla falsariga dell'oblazione, che riposano

[10] Sul tema v., per tutti, E. Marzaduri, *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, Milano 1985.
[11] In questo senso si esprime la *Relazione finale e Proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, pag. 66, che richiama, come matrice della proposta, la previsione attualmente operante in materia di guida in stato di ebbrezza e lavoro di pubblica utilità *ex* art. 186, comma 9-*bis* CdS.
[12] Questa l'espressione utilizzata nella *Relazione*, cit., p. 45.

sull'esecuzione di comportamenti fattivi volti a rimuovere gli elementi di pericolo o di danno, individuati da apposito organo accertatore, il quale impartisce a tal fine specifiche e dettagliate prescrizioni: la proposta contenuta nell'art. 10 dell'articolato intende generalizzare esiti estintivi del reato contravvenzionale collegati al pagamento di una parte dell'ammenda[13], unita alla scelta di conformarsi a legalità e di rimuovere conseguenze dannose e/o pericolose, alla luce della positiva sperimentazione sviluppata dapprima nella materia della sicurezza sul lavoro e poi nel settore della criminalità ambientale[14].
È chiara tanto la matrice deflativa di un istituto destinato ad operare nella fase delle indagini preliminari[15], quanto la distanza dalle coordinate tipiche della giustizia riparativa, poiché la cadenza procedurale che precede l'adempimento riparatorio non vede il coinvolgimento dell'offeso ed è improntata al tradizionale rapporto verticale tra accusato ed autorità pubblica (organo accertatore). Anche in questo caso, dunque, l'innesto riparatorio risponde a funzioni premiali e di economia procedimentale, senza riconoscere spazio alla giustizia riparativa propriamente intesa, che del resto, pare di più rara praticabilità nell'universo contravvenzionale[16].

2.3. Se nelle proposte riguardanti il c.d. patteggiamento e l'estensione di meccanismi prescrittivi è evidente la valorizzazione di comportamenti riparatori che non assumono significato autenticamente riparativo, si atteggia come una soluzione aperta a più letture quella caldeggiata in sede di rivisitazione della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp, ove si riconosce spazio sia a condotte riparatorie sia a programmi riparativi.
Con l'art. 9-*ter*, comma 1, lett. *b* si suggerisce di prevedere che il carattere di particolare tenuità sia valutato, non solo tenendo conto della originaria dimensione offensiva della condotta, fotografata nei suoi contorni storici in un'istantanea scattata in concomitanza con la consumazione del reato, ma assegnando rilievo anche «alla condotta susseguente al reato»[17]. Pur senza indulgere in alcuna tipizzazione del *post factum* rilevante, il nesso tra la «condotta susseguente» e la «particolare tenuità dell'offesa» sembra rievocare comportamenti che contribuiscono a ridimensionare la dimensione offensiva del fatto: in questa prospettiva assumono sicuramente

[13] In modo decisamente innovativo la Commissione suggerisce di poter assegnare rilievo, ai fini del maturare dell'effetto estintivo, anche alla prestazione di lavoro di pubblica utilità, in luogo del pagamento dell'ammenda, con la conseguenza che la procedura dovrebbe aprirsi al coinvolgimento di altri soggetti pubblici, non solo dell'organo accertatore, incaricati di articolare in concreto i termini e i contenuti della prestazione lavorativa.
[14] Il riferimento è agli istituti estintivi delle contravvenzioni previsti rispettivamente dall'art. 24 del d.lgs. 19.12.1994, n. 758 e dall'art. 318-*septies* del d.lgs. 3.4.2006, n. 152.
[15] L'effetto deflativo è assai consistente, in quanto questa forma di estinzione del reato contravvenzionale mira ad operare nelle primissime battute delle indagini preliminari, attraverso l'intervento dell'organo accertatore amministrativo che "solleva" il pubblico ministero dalla conduzione delle investigazioni che non debbano dirsi qualificate da urgenza. Sottolinea questo aspetto la *Relazione*, cit., pag. 45, che osserva come lo strumento «interviene in un momento molto precoce del procedimento penale, tanto da vedere un ruolo meramente passivo del pubblico ministero e da non contemplare uno specifico intervento del giudice, che verrà chiamato solo a chiudere il procedimento con l'archiviazione».
[16] La proposta della Commissione invita ad operare una selezione delle fattispecie contravvenzionali, tra le quali, in una prospettiva di maggiore cura verso le logiche riparative, si potrebbero ritagliare quelle ipotesi di reato la cui estinzione mediante meccanismi prescrittivi potrebbe frustrare l'interesse della persona offesa al riconoscimento e alla costruzione concertata di una risposta riparativa che qui, all'evidenza, non trova spazio.
[17] Sul tema si veda, per il necessario inquadramento costituzionale e normativo, S. Quattrocolo, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli 2004. In particolare, per certi versi anticipando profili oggetto dell'odierna proposta di riforma, v. le considerazioni di M. Chiavario, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino 2015, p. 259.

rilievo percorsi di mediazione penale che, favorendo occasioni di incontro e di reciproco riconoscimento, abbiano portato a lenire le conseguenze offensive patite dalla vittima, alla luce di esiti riparativi che le parti hanno individuato e costruito in modo da attenuare il disvalore della vicenda di reato valutata nel suo divenire.
La genericità dell'espressione coltivata nella bozza di riforma, che fa riferimento a qualsiasi «condotta susseguente al reato» pare consentire, d'altro canto, di riconoscere significato anche a situazioni in cui, a valle del processo mediativo o al di fuori di questo, non possa dirsi raggiunto un esito positivo. Mentre possono assumere rilievo i comportamenti fattivi proposti lungo il percorso ripartivo, ma rifiutati ostinatamente dall'offeso, restano al di fuori dell'orbita riparativa propriamente intesa le condotte riparatorie/risarcitorie eseguite in modo unilaterale e senza alcun previo tentativo di incontro tra indagato ed offeso.
A ben guardare, peraltro, la mera prestazione risarcitoria difficilmente potrebbe assumere rilievo in sede di valutazione della dimensione offensiva del fatto, sol che si osservi che ha ad oggetto il danno patrimoniale e non l'offesa patita: non ogni condotta susseguente al reato che sia segnale di ravvedimento fattivo può per ciò solo incidere sull'intensità dell'offesa, che, anzi, può risultare addirittura amplificata a fronte di una unilaterale e sprezzante monetizzazione della condotta penalmente rilevante.

3. Se le inserzioni proposte al fine di assegnare valore a condotte risarcitorie e riparatorie si risolvono in ritocchi normativi, la cui portata è tutto sommato abbastanza circoscritta, deve invece riconoscersi che il prodotto della Commissione ministeriale attribuisce un ruolo di spicco alla giustizia riparativa: nell'ambito codicistico gli spazi per i percorsi riparativi si ampliano in modo consistente attraverso interventi che ruotano intorno alla perseguibilità a querela, guardano ad un ricorso importante alla messa alla prova ed introducono specifiche forme di *probation* per la fase delle indagini sotto la veste della c.d. archiviazione meritata.

3.1. Dal primo punto di vista, l'art. 8 della proposta suggerisce un'estensione della perseguibilità a querela che andrebbe a interessare, oltre alle lesioni stradali gravi e gravissime, anche un novero più ampio di reati da selezionare tra quelli contro la persona o contro il patrimonio, purché edittalmente sanzionati con una pena minima non superiore a due anni. Si tratta, com'è evidente, di un'operazione che ha chiari intenti deflazionistici[18], raggiungibili attraverso il perfezionarsi di accordi sul tema risarcitorio; è da prevedersi, altresì, che, a seguito dell'implementazione di una rete di servizi di giustizia riparativa, l'aumento della fattispecie a perseguibilità condizionata sia in grado di produrre ricadute dirette sulla praticabilità di forme di mediazione penale che possono sfociare in una remissione della querela.
Che proprio la giustizia riparativa possa rappresentare la sede ove coniugare l'esigenza di deflazione processuale con il riconoscimento degli interessi della persona offesa trova conferma in un'altra parte della proposta che attiene al regime di procedibilità: muovendosi su un crinale stretto e di difficile percorribilità, l'art. 8, lett *d-bis* avanza l'ipotesi di una revisione dei casi di irretrattabilità della querela che viene espressamente motivata dall'esigenza di battere i percorsi della giustizia riparativa.

[18] Peraltro, la *Relazione*, cit., p. 44, richiama e fa proprie le osservazioni di Corte cost. 4/11/2020, n. 248, nella parte in cui individua una sintesi felice tra tensione efficientistica della giustizia penale e mancata celebrazione di «processi penali non funzionali alle istanze di tutela della vittima», sintesi che viene ipostatizzata proprio dalla remissione di querela. Ancora, la Commissione osserva che «[f]inalità deflattive analoghe a quelle sopra evocate suggeriscono [...] ulteriori interventi [...] volti ad estendere il regime di procedibilità a querela»

L'effetto deflativo che potrebbe conseguire dall'operazione sarebbe davvero limitato, poiché sono pochissime le ipotesi in cui essa trova utili riferimenti normativi, tra i quali viene richiamato quelol relativo alla violenza sessuale di lieve entità, punita dall'art. 609-*bis*, comma 2 Cp: peraltro, la procedibilità a querela in tale caso rischia di porsi in rotta di collisione con l'art. 55 della Convenzione di Istanbul, il cui dettato non viene ritenuto pienamente soddisfatto neppure dal vigente regime rafforzato dalla irretrattabilità della querela[19].

Obiezioni per certi versi analoghe possono essere sollevate anche riguardo alla proposta di estendere l'operatività della causa estintiva di cui all'art. 162-*ter* Cp ai reati la cui procedibilità sia condizionata ad una querela non soggetta a remissione (art. 8, lett. *d-ter*), seppure con alcuni importanti accorgimenti che sono destinati a realizzare iniezioni di logiche riparative all'interno di un istituto che è altrimenti dimentico della dimensione dell'incontro dialogico tra accusato ed offeso.

L'art. 162-*ter* Cp verrebbe, infatti, ad essere reso applicabile anche ai procedimenti per violenza sessuale rispetto ai quali opera la previsione dell'art. 609-*septies* Cp. La scelta di consentire la praticabilità di questo istituto estintivo anche per reati tipicamente riconducibili all'area della violenza di genere impone, ancora una volta, un confronto con la Convenzione di Istanbul: l'art. 48 di tale documento pone un divieto per gli Stati aderenti di prevedere meccanismi di mediazione obbligatoria per qualsiasi fatto ricompreso sotto l'ombrello della Convenzione medesima. Anche alla luce di questa indicazione normativa era stata spiegata la scelta del legislatore italiano di eccettuare espressamente il rilievo estintivo delle condotte riparatorie per il reato di cui all'art. 612-*bis* Cp[20].

V'è da considerare, dunque, se simili riserve non possano interessare la proposta compendiata nell'art. 8, lett. *d-ter*: a ben vedere, però, il progetto non si limiterebbe ad una mera estensione operativa della causa estintiva, richiedendo altresì che questa sia subordinata al «consenso della persona offesa, adeguatamente valutato dal giudice». L'inserzione del consenso dell'offeso in chiave di presupposto ulteriore per l'estinzione del reato innescata dall'esecuzione di prestazioni riparatorie sposta il baricentro dell'istituto verso logiche di giustizia riparativa che attualmente risultano frustrate dalla gestione squisitamente unilaterale delle condotte riparatorie. Il recupero di una dimensione consensuale del meccanismo consentirebbe di escludere che si versi qui in una situazione riconducibile al divieto di cui all'art. 48 della Convenzione di Istanbul, che, per l'appunto, ha ad oggetto le procedure mediative, conciliative e di risoluzione alternativa che si

[19] In questo senso v. GREVIO, Rapporto di valutazione di base - Italia, GREVIO/Inf(2019)18, § 243 ss., ove l'organismo del Consiglio d'Europa deputato al monitoraggio sullo stato di implementazione della Convenzione di Istanbul «sollecita le autorità italiane affinché modifichino la legislazione per renderla conforme alle norme sulla procedibilità d'ufficio e di parte previsti dall'art. 55, comma 1 della Convenzione di Istanbul, con particolare riferimento ai reati di violenza fisica e sessuale», ritenendo insufficiente rispetto agli obblighi convenzionali subordinare l'avvio del procedimento penale per tali ipotesi di reato alla iniziativa della vittima e richiedendo espressamente che il procedimento possa continuare anche quando la vittima ritratti l'accusa o ritiri la denuncia.

[20] Cfr. sul punto D. Ferranti, *Giustizia riparativa e* stalking*: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche*, in *www.penalecontemporaneo.it* 2017. V., inoltre, la Relazione dell'on. Carfagna alla proposta di legge n. C-4606, che sarebbe poi sfociata nella l. n. 172/2017, dove si fa un generico riferimento alla circostanza per cui «le disposizioni dell'articolo 162-ter del codice penale, con un colpo di spugna, cancellano in un attimo anni di battaglie per il riconoscimento del reato di *stalking*. Si tratta, infatti, di una norma che si scontra con quanto previsto nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica». La Relazione può essere letta in https://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0053920

connotino per l'obbligatorietà, con ciò intendendosi far riferimento a meccanismi che operano anche in mancanza di un atto di volontà dei partecipanti[21].
Anche da questo punto di vista, dunque, la valorizzazione dei principi della giustizia riparativa, pur se sviluppata con l'osservanza di cautele aggiuntive[22], in luogo di soluzioni appiattite su condotte meramente risarcitorie/riparatorie permetterebbe di recuperare spazi operativi oggi interdetti ai percorsi alternativi all'ordinario.

3.2. Accanto a questi ritocchi vi sono altri interventi ben più consistenti tra le proposte della Commissione, che rivelano la preferenza per il paradigma riparativo rispetto alle più arate alternative deflative riposanti sulla mera premialità, le quali non hanno saputo offrire esiti appaganti le esigenze efficientistiche, nonostante la progressiva opera di ampliamento dei riti negoziali realizzata negli anni[23].
Certo, il progetto di articolato non manca di lavorare su una maggiore appetibilità dei tradizionali riti alternativi al dibattimento, aumentando l'incidenza della premialità derivante dalla scelta di coltivare il giudizio abbreviato e il c.d. patteggiamento[24]. Guardando ai contenuti del Libro VI del codice di rito, però, il procedimento speciale sul quale la Commissione pare concentrare le maggiori aspettative è la sospensione del processo con messa alla prova: seppure con contenuti asciutti, l'art. 9-*quater* della proposta volge lo sguardo verso un'estensione davvero significativa dei reati per i quali offrire l'accesso al *probation* processuale, che potrebbe essere reso praticabile per fattispecie punite con una pena non superiore nel massimo a 10 anni, selezionate tra quelle che si prestano «a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto». Chiaro come, in tal modo, si assegni a tale procedura un ruolo da protagonista nel perseguire l'obiettivo deflativo[25].

---

[21] Come noto, l'originaria traduzione in italiano dell'art. 48 Conv. Istanbul recava con sé un errore, nella parte in cui non era stato tradotto l'aggettivo «*mandatory*», che esprime l'attributo di obbligatorietà del percorso conciliativo; a ciò è stato dato successivo rimedio, con un Comunicato di rettifica pubblicato su G.Uff., Serie Generale, n. 278 del 28/11/2017. Sul tema v. A. Lorenzetti - R. Ribon, *Giustizia riparativa e violenza di genere: alla ricerca di un possibile dialogo*, in *www.giudicedonna.it*, 2017, p. 9.

[22] Come noto, gli istituti conciliativi e mediativi sono sottoposti ad uno scrutinio particolarmente severo ai fini della trattazione di casi di violenza domestica e di genere, in ragione del disequilibrio relazionale che si registra nei rapporti tra autore e vittima, che eleva significativamente il rischio di vittimizzazione secondaria, nonché sulla base di una possibile re-privatizzazione della violenza che si realizzerebbe a seguito della fuoriuscita dai percorsi giurisdizionali ordinari. In questo senso, v. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul 11/5/2011, § 252.

[23] Come noto, gli auspici del legislatore del 1988 collocavano il potenziale deflativo delle procedure negoziali su percentuali recuperate dall'esperienza statunitense (che vede una definizione alternativa al *jury trial* collocata stabilmente sopra al 90% dei procedimenti: in proposito, https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/#:~:text=Only%202%25%20of%20federal%20criminal%20defendants%20go%20to%20trial%2C%20and,who%20do%20are%20found%20guilty&text=Trials%20are%20rare%20in%20the,of%20them%20went%20to%20trial). Ben diversa realtà ci restituiscono i numeri presentati nelle ricorrenti Relazioni in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario (leggibili su www.giustizia.it), che vedono il contributo deflativo reso dai riti premiali limitarsi alla soglia del 10%.

[24] Cfr. in proposito le proposte contenute nell'art. 4, che, quanto al patteggiamento, innalzano significativamente la riduzione premiale per il rito, allineandola a quella «fino alla metà della pena» già sperimentata per il decreto penale di condanna, ed escludono la rilevanza della sentenza "patteggiata" nei giudizi disciplinari; quanto al rito abbreviato, invece, se ne ricerca una maggiore appetibilità offrendo un ulteriore abbattimento di 1/6 della pena in caso di omessa proposizione dell'appello.

[25] Viene evidenziato nella *Relazione*, cit., p. 70, come la messa alla prova operi positivamente «in funzione di deflazione processuale e penitenziaria», anche se, a ben vedere, sin qui si sono registrati effetti di alleggerimento del

Al netto del *lapsus* che, nel riferimento ad un «autore» e a «percorsi risocializzanti», travolge i tentativi dottrinali[26] e giurisprudenziali[27] di allineare la messa alla prova processuale con la presunzione di non colpevolezza, la procedura speciale, che già ha ottenuto riscontri più che positivi dalla prassi, viene proiettata verso una criminalità medio-alta: a fronte di un simile innalzamento, elevato è il rischio di una costruzione di programmi in cui le prescrizioni intensificano i connotati afflittivi, alla ricerca di una proporzionalità che impropriamente guardi a parametri sanzionatori.
A contenere questa preoccupante prospettiva dovrebbe intervenire *in primis* una robusta cultura del valore della presunzione di innocenza come criterio di trattamento della persona sottoposta a processo, con l'effetto di inibire qualsiasi architettura prescrittiva che imiti una anticipata risposta sanzionatoria. Un contributo prezioso può provenire, però, anche dalla giustizia riparativa, come percorso condiviso che porta alla costruzione concertata di risultati riparativi, guardando tanto alla vittima quanto alla collettività, così da assumere una forte valenza "socializzante" senza dover essere "ri-socializzante". In questo senso, non è solo il modello della v.o.m. (*victim-offender mediation*) a entrare in gioco, potendosi arricchire il programma di momenti riparativi che coinvolgano attivamente la collettività (*community/family group conferencing* ed altri percorsi partecipati da gruppi sociali e/o familiari)[28].
Del resto, la scelta di ampliare l'ambito operativo della messa alla prova, segnando una deviazione coraggiosa dalle precedenti ipotesi di riforma che puntavano sulla consueta deflazione in chiave premiale offerta dalla procedura patteggiata, è ancorata alla più ampia prospettiva di valorizzazione della giustizia riparativa, così da coniugare l'obiettivo deflativo con forme di premialità rese virtuose dalla dimensione dell'incontro e della fattiva partecipazione a percorsi che attestano l'adesione ai valori socialmente condivisi[29].

3.3. Da ultimo, le logiche e i principi della giustizia riparativa hanno trovato traduzione nella proposta di introdurre un istituto nuovo: l'archiviazione meritata delineata nell'art. 3-*bis*. Se, sul piano contenutistico, il meccanismo presenta una spiccata analogia con la messa alla prova, si apprezzano invece elementi di dirompente novità nella scelta sistematica di costruire un percorso di *probation* che sortisca effetti di *diversion*, conducendo alla chiusura anticipata del procedimento con una pronuncia di archiviazione. La soluzione richiederebbe più di una riflessione nel rapporto

carico processuale, rimanendo pressochè immutate le presenze carcerarie. In proposito v. i dati riportati da M. Bouchard, *Vittime al bivio tra risentimenti e bisogno di riparazione*, Genova 2021, p. 100, ove si osserva come alla crescita numerica della messa alla prova fino a quasi 25.000 procedure non ha corrisposto una diminuzione della popolazione carceraria che, fino alle recenti operazioni resesi necessarie per fronteggiare l'emergenza COVID-19, gravitava intorno alle 60.000 unità in termini analoghi a quelli del 2014. La praticabilità del *probation* processuale per reati puniti con pene che possono raggiungere i 10 anni di reclusione, ovviamente, rappresenterebbe una soluzione che non può mancare di ridurre gli ingressi in carcere.

[26] Tra i tanti contributi, v. L. Parlato, *La messa alla prova dopo il* dictum *della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *DPenCont* 2019, pp. 89 ss.; nell'ambito di un più ampio inquadramento, v., di recente, L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano 2020, pp. 339 ss.

[27] Il riferimento è a C. cost. 27.4.2018, n. 91.

[28] Per una ricognizione dei numerosi programmi di giustizia riparativa, che, peraltro, i documenti sovranazionali svincolano da qualsiasi tipizzazione, v. UNODC, *Handbook on Restorative Justice Progra*mmes, 2 ed., Vienna, 2020, pp. 23 ss.; nonché, per un inquadramento entro un panorama ampio, M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *www.questionegiustizia.it* 2015.

[29] Cfr. *Relazione*, cit., p. 70, ove si osserva in proposito che «in linea con le altre proposte della Commissione, si mira ad ampliare ulteriormente la possibilità di accesso all'istituto che oggi, nel sistema, più valorizza strumenti e logiche riconducibili alla giustizia riparativa».

con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che viene qui chiamato in causa direttamente, nella misura in cui si propone di offrire una «"terza via" tra l'archiviazione semplice e l'esercizio dell'azione penale», che si ritiene praticabile proprio alla luce di «una lettura più elastica del canone di obbligatorietà dell'azione penale»[30]. Non è questa la sede per tentare di sviluppare considerazioni di simile rilievo, anche se preme sottolineare come la proposta così confezionata presenti l'indubbio merito di superare costruzioni normative che, non senza una certa ipocrisia, tentano di sgombrare il campo da ogni criticità, prevedendo un esercizio dell'azione penale funzionale al mero innesco di un meccanismo di fuoriuscita dal processo[31].

Piuttosto, è agevole da rilevare la marcata analogia strutturale con il rito di cui agli artt. 464-*bis* ss. Cpp, dal quale l'archiviazione meritata eredita, oltre che una sperimentata e comprovata appetibilità, anche i fragili equilibri nel rapporto con la presunzione di non colpevolezza. Sotto questo punto di vista, l'ulteriore anticipazione del programma alla fase delle indagini richiede che sia esclusa in modo limpido ogni connotazione sanzionatoria dello stesso[32], valorizzando l'elemento della volontà a partire dalla costruzione dell'impegno e fino alla conclusione del percorso: non si presenta facile, in questo senso, il compito del legislatore che, da una parte, deve muoversi nel segno della legalità rafforzata che discende dal precetto *ex* art. 112 Cost., selezionando con sufficiente determinatezza il novero delle prestazioni e degli impegni che possono andare a comporre il programma di prova e, dall'altra parte, è chiamato a valorizzare il ruolo della volontà della persona sottoposta alle indagini non solo nell'adesione alla procedura, ma anche nella costruzione dei percorsi da intraprendere come prova della propria adesione ai valori socialmente condivisi.

Senza la pretesa di offrire una impossibile "quadratura del cerchio", può osservarsi come la giustizia riparativa si presti a coniugare le esigenze di legalità derivanti dall'art. 112 Cost. e la costruzione consensuale dei contenuti della prova: oggi meri ospiti del programma di prova di cui all'art. 464-*bis*, comma 4, lett. *c*, Cpp, i percorsi riparativi possono rappresentare il luogo in cui si costruisce "dal basso" e in ossequio al principio chiave della «dimensione collettiva e consensuale degli accordi»[33] il contenuto della prova, pur entro i confini tracciati dal legislatore.

Del resto, le dinamiche dell'archiviazione meritata sembrano guardare proprio ad una valorizzazione del processo riparativo, nella parte in cui assicurano un coinvolgimento *ab initio* tanto della persona sottoposta ad indagini quanto della persona offesa, accanto al più sperimentato

[30] In questi termini v. *Relazione*, cit., p. 24.

[31] Così è per l'art. 464-*ter* Cpp, che, pur svolgendo anche la funzione di garantire un coinvolgimento del pubblico ministero nell'accesso alla messa alla prova in fase di indagini, al comma 3 prevede che il consenso dello stesso si traduca anche nella formulazione dell'imputazione, così facendo formalmente salvo il principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. In termini non dissimili, del resto, si era disposto sin dal 1988 con riguardo alla procedura patteggiata innescata durante le indagini, ove il consenso (o più raramente la richiesta) del pubblico ministero *ex* art. 447 Cpp vale a segnare il passaggio alla fase processuale e l'acquisizione dello *status* di imputato (art. 60 Cpp).

[32] Ripercorre rapidamente le posizioni, non sempre coerenti, della Corte costituzionale nella ricerca di una identità giuridica del programma di messa alla prova la *Relazione*, cit., p. 24, evidenziando come la Consulta abbia talora respinto la natura di pena delle prescrizioni, sulla scorta del ruolo centrale della volontà dell'imputato lungo tutto lo svolgimento della prova (C. Cost. 27/4/2018, n. 91), altre volte invece riconoscendo in esse una connotazione sanzionatoria, amplificata nel confronto con la disciplina dell'omologo istituto riservato agli imputati minorenni (C. Cost. 20/2/2019, n. 768). In proposito v. L. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., pp. 339 ss.

[33] Questa caratteristica è richiamata, unitamente agli altri principi chiave della giustizia riparativa, nel § 14 della Racc. CM/Rec(2018) 8 sulla giustizia riparativa in materia penale, ed ulteriormente specificata nel § 52 della medesima fonte, ove si prevede che «gli accordi dovrebbero fondarsi su idee proposte dalle parti. I facilitatori dovrebbero intervenire negli accordi delle parti solo quando ricevono una richiesta in tal senso dalle parti stesse, o quando vi siano aspetti dei loro accordi che sono evidentemente sproporzionati, irrealistici o iniqui».

ruolo dell'u.e.p.e.: si gettano, così, le basi per la elaborazione concertata di un programma che possa rispondere agli interessi della collettività e dell'offeso, secondo uno schema che presenta straordinarie affinità con i processi riparativi. Non è solo la caratteristica della prestazione «a favore della vittima o della collettività» (art. 3-*bis*, comma 1, lett. *a*) a connotare il meccanismo, ma anche il percorso partecipato in modo dialogico, con un coinvolgimento dei soggetti protagonisti del conflitto a partire dall'introduzione dell'istituto (art. 3-*bis*, comma 1, lett. *b*) sino alla costruzione del programma (art. 3-*bis*, comma 1, lett. *c* e lett. *d*).
Insomma, la proposta di archiviazione condizionata non si riduce ad un mero *restyling* nominalistico della messa alla prova che, destinata a veder circoscritta la propria operatività alla sola fase processuale, perde una costola a cui si assegna una veste formale diversa per anticiparla alla fase delle indagini preliminari[34]. Il coinvolgimento dell'offeso, accanto a quello dell'u.e.p.e., nel processo costruttivo delle condizioni che rendono «meritata» l'estinzione del reato, rappresenta una scelta che sposta baricentro dell'istituto da una "giustizia di comunità" verso una "giustizia riparativa che guarda anche alla collettività".
Certo, qui come altrove, la previsione normativa dal più o meno intenso sapore riparativo richiederà, –per evitare che il tutto si riduca a prassi appiattite su risposte risarcitorie o para-sanzionatorie– che si ponga finalmente mano ad una architettura solida, coerente e funzionale della *restorative justice*, sia offrendo in modo chiaro la cornice entro la quale si collocano e si muovono gli istituti riparativi, sia creando le condizioni pratiche e organizzative affinché essi possano funzionare.

4. Un particolare rilievo riveste la parte della proposta in cui la Commissione prevede «una disciplina organica della giustizia riparativa, quanto a nozione, principali programmi, garanzie, persone legittimate a partecipare», con lo scopo di colmare un vuoto nel panorama nazionale che ha sin qui fortemente pregiudicato lo sviluppo delle pratiche riparative, anche laddove queste avevano trovato un riconoscimento normativo.
Emblematica, in questo senso, la sorte toccata agli istituti conciliativi del processo penale di pace, tra i quali figura la prima ipotesi di mediazione disciplinata dal legislatore italiano all'art. 29 d.lgs. n. 274/2000 ove si prevede la possibilità per il giudice onorario di inviare le parti a centri per la mediazione: la scarsa consapevolezza della specificità strutturale della mediazione penale rispetto all'omologo civilistico, unita alla rarità della presenza di uffici per la mediazione, ha determinato il sorgere ed il consolidarsi di una prassi che, per lo più, vede il giudice di pace vestire il ruolo del mediatore[35], conducendo le parti verso accordi che attengono agli aspetti civilistici accessori alla vicenda penale[36]. Ben diversa la sorte toccata ad istituti la cui caratura riparativa è assai meno accentuata, ma che sono collocati all'interno di un universo giurisdizionale –come quello del processo penale minorile– ove operano stabilmente figure professionali che hanno maturato una

[34] Suggerisce, infatti, l'art. 3-*bis*, comma 1, lett. *f* di effettuare un coordinamento dell'archiviazione meritata con la messa alla prova, «prevedendo che quest'ultima operi solo dopo l'esercizio dell'azione penale».
[35] La netta differenza che separa il ruolo di giudice da quello di mediatore sconsiglia fortemente di assegnare all'organo della giurisdizione il compito di guidare le parti lungo il percorso riparativo: l'imparzialità in termini di equiprossimità anziché di equidistanza, la posizione paritaria fra e con le parti e l'attitudine non giudicante sono caratteristiche del mediatore che segnano un solco profondo rispetto al giudice. Peraltro, anche laddove il magistrato riuscisse a ben indossare la veste di mediatore, le parti incontrerebbero resistenze ad un'apertura franca e incondizionata davanti alla persona fisica che, in caso di mancato esito positivo della mediazione, è chiamato ad emettere una sentenza di condanna o di proscioglimento.
[36] In tema, volendo, v. V. Bonini, *Giustizia penale di pace e obiettivo conciliativo: una sperimentazione lunga vent'anni*?, cit.

maggiore sensibilità culturale verso forme di virtuosa fuoriuscita dal processo e verso risposte all'illecito penale diverse da quella retributiva: su un terreno così fertile anche disposizioni pensate e costruite per altri fini, come l'art. 9 del d.p.r. n. 448/1988 in materia di inchiesta socio-familiare, hanno aperto canali di ingresso per le pratiche riparative, talora impreziosendo e ammodernando istituti di per sé poco inclini ad "ospitare" risultati riparativi, come, ad esempio, il perdono giudiziale[37], che si è liberato dell'originario *imprinting* paternalistico anche sulla scorta del virtuoso incontro con la *restorative justice*.
L'osservazione delle diverse prassi restituisce, dunque, una realtà in cui la lettura degli istituti in una prospettiva autenticamente riparativa e la disponibilità di servizi qualificati di mediazione penale rappresentano fattori che assumono rilievo determinante: il maturare di una "cultura della mediazione penale" e la costruzione di qualificati e capillari servizi per la mediazione penale rappresentano condizioni necessarie per la effettiva e concreta implementazione della giustizia riparativa. Dove tali pilastri fanno difetto, le previsioni normative, pur se inequivocabilmente tarate sul principio riparativo, sono appiattite su letture vetuste. Al contrario, dove la cultura della mediazione e i relativi servizi hanno radici solide, l'approccio riparativo riesce a filtrare attraverso pertugi normativi strettissimi, irradiando di luce nuova anche istituti ormai desueti.

4.1. Possono dirsi centrali nella proposta di legge delega le previsioni di cui all'art. 9-*quinquies*, comma 1, lett. *b* e lett. *c*, ove si richiede di dare corpo alle condizioni fattuali necessarie per l'avvio e lo sviluppo delle pratiche riparative: formazione dei mediatori/facilitatori e organizzazione dei servizi di giustizia riparativa rappresentano passaggi che non possono più essere rinviati, se si intende trasformare la *restorative justice* da modello teorico a paradigma concreto di intervento sulla conflittualità connessa all'illecito penale.
Infatti, l'operatore della giustizia penale riparativa è figura professionale che, pur potendo essere tratta da aree delle più diverse[38], necessita di una formazione specifica e trasversale: deve possedere competenze teoriche e pratiche che partono dalle conoscenze del quadro giuridico, per passare ad approfondimenti nelle aree delle scienze criminologiche e psicologiche, guardando in modo ravvicinato alle diverse radici e forme di manifestazione della conflittualità, così da apprendere il delicato impiego delle tecniche di gestione del conflitto[39]. Il *range* straordinariamente ampio e diversificato di tipologie di conflitti correlati a vicende penali, che possono interessare i più svariati ambiti criminologici e relazionali, richiede al mediatore una preparazione tanto ampia quanto solida, che lo renda in grado di approcciarsi in termini di ascolto

[37] In proposito si veda ancora il *Documento di Studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, cit., pp. 28 s. In dottrina, G. Di Paolo, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *DPenCont* 2019, p. 4
[38] Prevede il §40 della Raccomandazione del 2018 che i «facilitatori dovrebbero essere reclutati da tutte le categorie della società» nella consapevolezza che il pluralismo offerto da formazioni di base diversificate può rappresentare una ricchezza per la costituzione di servizi di giustizia riparativa in grado di interfacciarsi con forme di criminalità (e dunque di offese) molto diverse.
[39] Il § 42 della Raccomandazione del 2018, dopo aver precisato che gli operatori di giustizia riparativa debbono ricevere una formazione iniziale seguita da una formazione continua, elenca alcune abilità che debbono essere costruite attraverso i *training* formativi, quali le «attitudini nella risoluzione dei conflitti, i requisiti specifici per lavorare con vittime, autori dell'illecito e persone vulnerabili, le conoscenze di base del sistema di giustizia penale». Di particolare rilievo, in materia, è anche il § 43, che richiede una formazione avanzata rinforzata da specifica esperienza del ruolo per quei facilitatori/mediatori che operano in percorsi di giustizia riparativa concernenti casi delicati. La *Relazione*, cit., p. 73 rinvia, per l'individuazione delle materie su cui deve articolarsi la formazione del mediatore, alle Linee Guida per l'implementazione della Raccomandazione 1999/19 del Consiglio d'Europa, poi sostituita dalla Raccomandazione 2018/8.

e di equilibrata prossimità all'accusato e all'offeso, accompagnandoli lungo la strada del dialogo che può essere interrotta da momenti di ostilità ed emotività anche assai intensi, sapendo intervenire e sapendo farsi evanescente per lasciare spazio ai partecipanti sempre con modalità non giudicanti.
Evidenti sono le peculiarità e l'unicità del ruolo, che non può essere accomunato ad altre figure processuali o ad altri operatori della giustizia; al contempo, la complessità e la delicatezza delle attività svolte non possono lasciare spazio all'improvvisazione e al dilettantismo. Da qui la necessità di una disciplina attenta della formazione, che la proposta si premura di collegare alle esigenze delle vittime di reato, in ragione sia della centralità di queste nelle dinamiche riparative, sia della minore attitudine e preparazione che gli operatori della giustizia penale hanno sin qua sviluppato in punto di accoglienza e dialogo con la persona offesa.
Alla formazione del mediatore, poi, deve aggiungersi un'articolata organizzazione dei servizi di giustizia riparativa, necessari per consentirne l'operatività in modo uniforme sul territorio nazionale e rispondere al bisogno di riconoscimento di un "diritto di accesso" alla giustizia riparativa, che non può incontrare limitazioni sulla base delle inefficienze organizzative. La costruzione di centri pubblici e privati accreditati per l'erogazione di percorsi di giustizia riparativa segna, dunque, un passaggio esiziale per la buona riuscita di qualsiasi istituto a vocazione *restorative*, superando l'ostacolo pratico ad oggi più imponente all'accesso alla mediazione penale. Si tratta di un passaggio che richiede uno sforzo economico, ma, d'altro canto, se la giustizia riparativa può sortire effetti di deflazione del carico penale, contribuendo all'economia processuale[40], non può per ciò solo ipotizzarsi che si tratti di una soluzione "a costo zero": è necessario che, tanto a livello centrale quanto a livello periferico, siano destinate adeguate risorse alla costruzione e al funzionamento di agenzie che erogano servizi. In questo senso, il collegamento della riforma della giustizia penale con il piano di ripresa e resilienza diviene un'occasione importante per avviare finalmente l'implementazione di un "servizio giustizia" particolarmente vicino ai bisogni del cittadino.
Peraltro, proprio nella direzione di un accesso generalizzato alla giustizia riparativa si muove la proposta della Commissione, nella parte in cui, collocandosi nel solco della normativa sovranazionale[41], all'art. 9-*quinquies*, comma 1, lett. *e* esclude la previsione di limitazioni operative generali ed astratte modulate in relazione alla gravità dei reati e/o allo stato e grado del procedimento. La discrezionalità legislativa potrà segnare di volta in volta perimetri operativi diversi per i vari istituti a vocazione riparativa, senza tuttavia che questi perimetri possano trovare giustificazione in limiti ontologici della giustizia riparativa: questa, in chiave di paradigma generale, si presta ad intervenire nelle indagini, nel processo e nella fase esecutiva ed è in grado di fornire risposta alla conflittualità collegata a qualsiasi ambito criminologico, in modo indipendente

[40] La prospettiva servente l'obiettivo di una riduzione complessiva dei tempi del processo penale è esplicitamente posta alla base della riforma; in proposito v. l'intervento della Ministra Marta Cartabia, *Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del paese*, in *www.sistemapenale.it* 2021.
[41] La Risoluzione ECOSOC 2002/12, recante Principi base nell'uso della giustizia riparativa, stabilisce al § II, punto 6, che i programmi di giustizia riparativa possono essere usati in qualsiasi momento interno al sistema di giustizia penale, in osservanza della legge nazionale. In termini ancora più puntuali si esprime la Raccomandazione 2018/8, il cui § 18 prevede che la giustizia riparativa dovrebbe essere un servizio generalmente disponibile e che «il tipo, la gravità o la localizzazione geografica di un illecito non dovrebbero, di per sé e in assenza di ulteriori considerazioni, precludere alle vittime e agli autori dell'illecito di vedersi offerto un percorso di giustizia riparativa»; sotto il profilo della cadenza procedimentale, poi, il successivo § 19 stabilisce che i servizi di «giustizia riparativa dovrebbero essere disponibili in ogni fase del procedimento penale».

dalla gravità del reato. Compito del legislatore sarà quello di confezionare in modo coerente i meccanismi che danno rilievo a percorsi ed esiti riparativi, segnandone un diverso ambito di applicabilità in ragione della struttura e degli effetti giuridici che se ne fanno derivare, potendo essi portare ad esiti *in bonam partem* di diversa intensità.

4.2 La centralità della dimensione pratica dell'intervento proposto si accompagna, come anticipato, alla necessità di creare una cornice che consenta di comporre in modo coerente il quadro della giustizia riparativa. È un passaggio necessario a creare maggiore consapevolezza delle specificità della giustizia riparativa, a mettere ordine nel panorama normativo e a definire alcune coordinate di fondo, contribuendo al maturare di una *restorative culture* tra gli operatori del processo penale, che funga da volano per l'accesso agli istituti offerti dal legislatore e che limiti il rischio di sminuirne la caratura riparativa.
In quest'ottica, si fa particolarmente preziosa la messa a fuoco di una nozione generale e delle caratteristiche distinguenti la *restorative justice*, come sollecitato dalla proposta di riforma. L'orizzonte sovranazionale offre in proposito utilissimi riferimenti, recuperabili da fonti di *soft law* e di *hard law*, già incidentalmente richiamate: tra le prime assumono un ruolo centrale la Risoluzione delle Nazioni Unite ECOSOC Res.2000/14, recante principi base per l'uso dei programmi di giustizia riparativa, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec2018/8 sulla giustizia riparativa nella materia penale; tra le seconde deve essere menzionata la Direttiva UE 2012/29 sui diritti delle vittime nel procedimento penale. Si tratta, com'è evidente, di documenti che, oltre a presentare provenienza e forza differenti, hanno contenuti che rispondono ad una diversa vocazione: mentre i primi hanno specifico riguardo alla giustizia riparativa, nella Direttiva del 2012 questa assume rilievo indiretto, in quanto è oggetto di regolamentazione nella misura in cui intercetta l'interesse della vittima. Di questo distinto approccio, invero, è utile tenere conto, quando ci si accosti alla lettura di tali testi per trarne indicazioni utili sul piano delle caratteristiche di fondo della giustizia riparativa: infatti, l'attenzione a questa riservata dalla Direttiva del 2012 vale ad evidenziare la spiccata valorizzazione del ruolo della vittima in seno ai percorsi di giustizia riparativa, giustificando la preoccupazione di assicurare che tali percorsi siano costruiti in modo rispettoso dei bisogni e degli interessi della vittima.
Quanto alla nozione, si registra una visione comune all'interno delle fonti sovranazionali che definiscono la giustizia riparativa come quel procedimento che permette alle persone che subiscono un pregiudizio dal reato e a quelle responsabili di tale pregiudizio di partecipare attivamente, laddove ciò corrisponda alla loro volontà formatasi in modo libero e informato, alla risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito, accompagnate e aiutate dal mediatore[42].
Inoltre, le fonti più specificamente dedicate alla giustizia riparativa offrono un'importante selezione di principi chiave riferibili sia al processo riparativo, sia al risultato riparativo[43]:

[42] V. in proposito le definizioni già riportate *retro*, p. 2 e *sub* nota 7. Alcune sfumature lessicali tra le definizioni offerte nei vari documenti trovano valorizzazione in seno alla *Relazione*, cit., p. 71, nella parte in cui privilegiano una dizione meno tecnica, quale quella di «persona responsabile di un pregiudizio» (così la Raccomandazione 2018/8), in luogo di quella di «autore del reato» (in questi termini la Direttiva 2012/29), poiché più adatte a riferirsi alla persona indagata o imputata che può accedere a percorsi riparativi. Peraltro, la maggiore latitudine e aspecificità dell'espressione coltivata nel documento del Consiglio d'Europa assume rilievo anche in quando consente di aprire ad altri soggetti, esponenti dei gruppi familiari o sociali di riferimento, guardando a programmi riparativi più allargati ed inclusivi, quali sono i *circles* e i *conferencing*.
[43] Sulla necessità che entrambi i momenti siano presenti per comporre il programma riparativo, v. le indicazioni contenute nella Risoluzione 2002/12 delle Nazioni Unite, nella parte in cui afferma che è programma di giustizia riparativa quello che impiega processi riparativi per raggiungere risultati riparativi.

volontarietà, dialogo deliberativo e rispettoso, eguale attenzione ai bisogni e agli interessi delle persone coinvolte, correttezza procedurale, dimensione collettiva e consensuale degli accordi, accento su riparazione, reintegrazione e raggiungimento di una comprensione reciproca, assenza di dominio sono le caratteristiche enunciate dal § 14 della Raccomandazione del 2018, che contribuiscono a cogliere in modo immediato le specificità del paradigma riparativo rispetto a strumenti affini che operano in altri settori della giurisdizione. A queste caratteristiche, pertanto, dovrà farsi riferimento nella costruzione e nella concreta implementazione di quegli istituti che si intende ricondurre all'area della giustizia riparativa.

Può essere di qualche utilità, allora, ricercare all'interno di tali fonti le indicazioni che l'art. 9-*quinquies* del progetto richiede nell'atto di strutturare una disciplina organica della giustizia riparativa: persone legittimate a parteciparvi, programmi, garanzie.

Quanto alle persone coinvolte (che interverranno come partecipanti piuttosto che come parti processuali), è la stessa definizione già riportata ad individuare in termini ampi i soggetti che possono entrare nel percorso riparativo, laddove vi acconsentano: l'accusato, l'offeso e il mediatore come protagonisti principali. La geometria apparentemente triangolare così rievocata presenta, però, una flessibilità sconosciuta alla sede giurisdizionale, sia per i rapporti interni ai tre poli[44], sia per la possibilità di costruzioni alternative, nel segno della tendenziale informalità e atipicità che connota l'incedere riparativo[45]. Così, la struttura classica della mediazione può facilmente lasciare spazio ad altre soluzioni, proprio in ragione della diversa dimensione soggettiva, che può aprirsi a soluzioni coinvolgenti i rappresentanti della collettività ovvero forgiarsi in modo tale da consentire lo svolgimento del processo riparativo anche in mancanza della partecipazione fisica della vittima diretta[46].

Difficile, dunque, imbrigliare le dinamiche riparative entro confini soggettivi predeterminati in via astratta, piuttosto dovendosi rigorosamente esigere il rispetto del requisito fondamentale della volontà partecipativa, che può formarsi solo a seguito di adeguata informazione e deve essere resa in modo libero; la centralità della volontà adesiva comporta, inoltre, che questa sia revocabile da parte di ogni partecipante in qualsiasi fase o momento della procedura riparativa[47].

Al netto dell'apertura verso una platea di persone potenzialmente assai variegata, non può omettersi di segnalare come la giustizia riparativa si contraddistingua anche per il riconoscimento di un ruolo significativo alla vittima, recuperandone una centralità impensabile nella giurisdizione di cognizione, che si caratterizza per essere un luogo tendenzialmente inospitale per la vittima. Questa caratura soggettiva è sottolineata a più riprese in seno alla Relazione che accompagna la proposta di riforma, che valorizza gli spunti in tale direzione offerti dalla Raccomandazione del 2018 e dalla Direttiva del 2012: i percorsi riparativi debbono essere preceduti da un'adeguata

[44] Si osserva in proposito come gli assetti gerarchici tipici del processo penale che collocano al vertice la figura del giudice e in posizione paritaria le parti rievocano una figura triangolare che non si presta a rappresentare le dinamiche relazionali interne ai processi riparativi, ove la tendenziale parità tra tutti i soggetti, compreso il mediatore, può essere iconograficamente rievocata dalla figura del cerchio: l'assenza di dominio, infatti, è riferita tanto al rapporto interno alle parti, quanto al rapporto tra queste e il mediatore.

[45] Prevede il § 27 della Raccomandazione 2018/8 che i «servizi di giustizia riparativa dovrebbero essere più inclusivi possibile; dovrebbe essere utilizzato un certo grado di flessibilità in modo da permettere a quante più persone possibile di partecipare».

[46] La prassi testimonia come l'indisponibilità all'incontro da parte della vittima venga talora superata attraverso schemi di mediazione indiretta o di mediazione con vittima aspecifica o surrogata. Del resto, il § 59 della Raccomandazione 2018/8 apre a percorsi dei più vari, purché «portati avanti secondo modalità che aderiscono strettamente ai principi della giustizia riparativa».

[47] V. in proposito quanto previsto dal § 16 della Raccomandazione 2018/8, in merito alla centralità della volontà e alla caratteristica del consenso come libero, informato e sempre revocabile.

informazione delle vittima, così da raccoglierne un'adesione consapevole, per procedere poi ad una strutturazione dello spazio riparativo che possa accoglierne i bisogni e rispondere agli interessi della stessa[48].

La centralità della vittima nelle dinamiche riparative, però, non deve lasciar intendere una prevalenza della stessa sulla posizione dell'accusato, con l'effetto di entrare in collisione con i principi cardine della giustizia riparativa, tra i quali figurano l'eguale attenzione a tutti i partecipanti, l'assenza di dominio, l'equilibrio relazionale, la neutralità dello spazio che accoglie le persone su diverse posizioni[49]. Si tratta, piuttosto, di un richiamo a valutare qui quanto non assume rilievo nell'incedere della giustizia ordinaria: oltre alla sicurezza di tutti i partecipanti, che per l'offeso si declina nella doverosa protezione tanto dalla vittimizzazione reiterata quanto dalla vittimizzazione secondaria[50], si dovrà costruire un ambiente ospitale, funzionale ad un ascolto paritario, che rappresenta il primo passaggio per il riconoscimento in sé della vittima e per la tutela dei suoi interessi a superare le ricadute offensive della condotta patita.

È in questa ottica che deve essere letta la Direttiva 2012/29, il cui art. 12 è dedicato alle garanzie della vittima nel contesto dei servizi di giustizia riparativa, caratterizzandosi per la messa a fuoco, inevitabilmente parziale, sulle ragioni della vittima: così, ad esempio, la prescrizione lì collocata alla lett. *a*, in forza della quale «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza», non segna un connotato funzionale della giustizia riparativa, ma piuttosto ne individua un limite modale. In altri termini, la giustizia riparativa non può dirsi servente soltanto l'interesse della vittima, con l'effetto di creare una sperequazione rispetto alla posizione dell'accusato; piuttosto, è a dirsi che la giustizia riparativa non può coinvolgere la vittima se questa non vi trova tutela dei propri interessi. A differenza del processo penale, dove la vittima interviene in posizione ancillare quella del pubblico accusatore e ottiene voce nella misura in cui questa risponda alla finalità di accertamento, il processo riparativo accoglie, ascolta e tutela gli interessi di tutti i partecipanti in modo equilibrato[51].

Sotto altro punto di vista, l'informalità e duttilità della giustizia riparativa mal si coniuga con una tipizzazione dei programmi di giustizia riparativa: se la mediazione penale rappresenta, almeno

---

[48] Sulla centralità della presa in carico dei bisogni e degli interessi della vittima nelle dinamiche della giustizia riparativa v. G. Mannozzi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di* restorative justice, in *Discrimen* 23.4.2020.

[49] In questi termini si esprime la Raccomandazione 2018/8 al § 14 (equale attenzione ai bisogni e agli interessi delle persone coinvolte; assenza di dominio), § 15 (la giustizia riparativa non deve essere pensata o realizzata allo scopo di difendere gli interessi della vittima o dell'autore dell'illecito a favore dell'uno sull'altro), § 28 (che individua nella disparità tra le parti una causa di blocco dell'invio in mediazione). Anche la *Relazione*, cit., p. 71, richiama questi enunciati per sottolineare la necessità di un riconoscimento dei bisogni e degli interessi della vittima, pari a quello garantito all'autore del reato.

[50] La sicurezza della vittima, e in particolare di quella vulnerabile, rappresenta una preoccupazione di cui non può non farsi carico la giustizia riparativa: in questo senso v. la Raccomandazione 2018/8, § 47, ove si stabilisce che i servizi riparativi hanno la responsabilità di fornire un ambiente sicuro e accogliente e che la fase introduttiva della mediazione deve essere impiegata dal mediatore anche per intercettare la vulnerabilità di ciascuna di esse, che funge da fattore inibitorio l'accesso al percorso riparativo e, se rilevata successivamente, come causa di interruzione del percorso, se necessaria per assicurare la sicurezza di una o più parti. La centralità della sicurezza trova riscontro anche nella Risoluzione 2000/12, al § II, regola 10, dove si legge che la sicurezza delle parti deve essere considerata nell'inviare ogni caso e nel condurre ogni processo riparativo.

[51] In questo senso, può risultare eccentrica, nella misura in cui sembra giustificare una prospettiva sperequata della funzione attribuita alla giustizia riparativa, la previsione contenuta nella lett. *d* dell'art. 9-*quinquies* della proposta che, nel recuperare la lettera della direttiva del 2012, ne enfatizza la portata, chiedendo che sia previsto «lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa nel *prevalente* interesse delle vittime» (il corsivo è nostro).

nell'esperienza europea, l'archetipo riparativo e il percorso maggiormente praticato, è la dimensione dialogica e la proiezione verso il risultato riparativo a fungere da guida per la costruzione dei vari processi che restano improntati ad una marcata atipicità[52]. Certo, pur in un panorama caratterizzato da tale ampiezza, informalità e fluidità, il legislatore potrà selezionare alcuni percorsi da privilegiare, purchè si osservi la cautela di evitare ogni eccessiva ingessatura entro steccati che, per apparire solidi e rassicuranti nel tentativo di omologarsi al più consueto incedere processuale, forzino i partecipanti ad aderire a soluzioni preconfezionate. Probabilmente non è tanto sul piano della normazione generale ed astratta che può rispondersi ad un naturale bisogno di conoscenza e chiarezza che le parti possono sentire in ordine alle modalità del procedere: rientra tra i compiti del mediatore/facilitatore l'illustrazione, in occasione degli incontri preparatori, delle caratteristiche del percorso riparativo che si ritiene più adatto ai bisogni delle parti.

5. La costruzione di un quadro delle garanzie di contesto in seno alla giustizia riparativa si presenta come un'operazione necessaria e alla quale troppo a lungo il legislatore italiano si è sottratto, abbozzando solo in modo molto parziale e deficitario uno "statuto processuale della mediazione penale" in seno all'art. 29 d.lgs. n. 274/2000. Una certa ritrosia –che talora si fa diffidenza– ancora diffusa tra gli operatori del processo penale ai quali si dischiude la possibilità di battere i sentieri della giustizia riparativa è da ascrivere anche alle incertezze generate dalla mancanza di riferimenti normativi che assicurino –pur con modalità in linea con le specificità del paradigma di cui si parla– diritti informativi, diritti difensivi, presunzione di non colpevolezza. A questo silenzio si premura di cercare risposta normativa il progetto di riforma consegnato all'attenzione dell'esecutivo, che merita, dunque, di essere analizzato anche *in parte qua*.

5.1 Una prima considerazione riguarda il versante soggettivo, poiché, nel delineare le garanzie da attivare nel contesto del processo riparativo, la proposta volge lo sguardo, in quella dimensione paritaria più volte richiamata, sia alla vittima sia all'accusato. Così, la lett. *d* dell'art. 9-*quater* esordisce con la richiesta di apprestare una disciplina attenta ai diritti informativi non solo dell'accusato, ma anche delle vittime, che si vuole vengano rese edotte dei possibili percorsi riparativi fin dal primo contatto con l'autorità. Si tratta di una precondizione che deve essere assolta affinché la persona possa consapevolmente orientarsi e prestare, se del caso, la propria adesione: è la normativa sovranazionale a richiedere che il consenso sia reso alla luce di una compiuta informazione «sulla natura del percorso e sui possibili esiti e implicazioni, ivi incluso l'impatto che eventualmente il percorso di giustizia riparativa avrà su futuri procedimenti penali» (così recita il § 16 della Raccomandazione 2018/8).
Peraltro, l'attenzione riservata ai diritti informativi della vittima presenta risvolti di rilievo anche con riguardo alla ricorrente difficoltà di intercettare occasioni di contatto con la vittima alla quale proporre un percorso mediativo, evidenziandone le potenzialità: un aiuto in questo senso, seppure non decisivo, può essere fornito dalla parte della proposta ove si prevede (art. 8 lett. *b*) che il querelante abbia l'obbligo di dichiarare o eleggere domicilio nell'atto di querela, così agevolando, almeno nei procedimenti per reati sottoposti a tale condizione di procedibilità, successive occasioni comunicative con la vittima.
A ben vedere, però, la difficoltà pratica di raggiungere la vittima sia in una generale prospettiva informativa, sia in direzione di un accesso alla giustizia riparativa ben difficilmente potrà trovare rimedio attraverso previsioni normative di tal fatta. Vero è che l'interesse verso la vittima non si è

[52] In questa direzione guardano i §§ 5 e 8 della Raccomandazione 2018/8.

mai tradotto nell'apertura di un competente canale comunicativo con le agenzie della giustizia penale: si registra una colpevole trascuratezza nella predisposizione di servizi generalizzati di accoglienza, assistenza e supporto delle vittime di reato, con la conseguenza che la vittima consegna e concentra le proprie aspettative di giustizia sulla attesa della risposta punitiva[53]. A questi fini, si imporrebbe un ben più ampio investimento per la creazione di una solida, articolata, capillare rete di servizi di assistenza generalizzata alle vittime di reato, sulla scia di previsioni puntuali e cogenti contenute nella direttiva 2012/29, che hanno trovato risposta all'interno dell'area eurounitaria nella istituzione di specifici servizi gratuiti di assistenza alla vittima, rispetto ai quali il ritardo maturato dal nostro paese si presenta inescusabile[54]. I servizi di sostegno della vittima, oltre a rispondere ad una elementare esigenza di solidarietà sociale e a fornire un'assistenza che prescinde dalle dinamiche processuali penali, potrebbero offrire un ausilio prezioso per l'introduzione della vittima alle opportunità riparative.
Oltre ai diritti informativi, si mira ad assicurare a vittime ed accusati una serie di altri momenti di tutela e garanzia: la lett. *d* dell'art. 9-*quinquies* della proposta riferisce in modo indistinto a tutti i partecipanti il diritto all'assistenza linguistica, la tutela dei dati personali, la tutela della volontarietà rinforzata dalla immanente ritrattabilità dell'adesione e la confidenzialità di tutto quanto venga espresso nel contesto mediativo.
Né pare che questo equilibrio di diritti possa essere alterato dall'eccentrico riferimento al «prevalente interesse delle vittime» (art. 9-*quinquies*, lett. *d*) che dovrebbe orientare lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa: se, infatti, la sicurezza, la cura della vittima e la presa in carico dei suoi bisogni di riconoscimento sono parte essenziale dei percorsi riparativi che ne vedono il coinvolgimento, è anche vero che si risolve in un contrasto con gli equilibri paritari della *restorative justice* assegnare una "prevalenza" agli interessi di un partecipante rispetto all'altro. Le indicazioni che provengono dalla normativa sovranazionale sono inequivocabili nel riconoscere la centralità dell'equilibrio tra i partecipanti, rigettando qualsiasi prevalenza dei ruoli[55]: persino la direttiva 2012/29, che pure risulta incentrata sulla figura dell'offeso, nello stabilire che «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima», non fonda alcun rapporto di prevalenza, semmai mirando ad evitare che la vittima possa essere coinvolta nel percorso mediativo, quando non vi abbia concreto interesse.

5.2 Al di là di quest'ultima considerazione, più che "i pieni", possono risultare problematici "i vuoti" di riconoscimento di alcuni profili di garanzia ai quali la proposta pare dedicare solo uno sguardo rapido e superficiale: il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza non trovano,

[53] In proposito si veda M. Bouchard, *Vittime al bivio*, cit., pp. 98 ss.
[54] L'obbligo di istituire tali servizi è chiaramente tracciato nell'art. 8 della Direttiva 2012/29, che costruisce un vero e proprio diritto di accesso ai servizi di assistenza alle vittime, dedicando poi altre previsioni ai compiti, tra i quali spiccano quelli di carattere informativo, che potrebbero comporsi anche di informazioni sui percorsi di giustizia riparativa, che la stessa direttiva 2012/29, all'art. 4 lett. *j*, prevede debbano essere comunicati alla vittima. Illustra e ripercorre le caratteristiche dei servizi di assistenza alle vittime strutturati nel panorama europeo M. Bouchard, *Servizi di assistenza alle vittime. Il ritardo rispetto agli altri paesi europei*, in https://www.retedafne.it/wp-content/uploads/2021/04/Vittime-e-giustizia-riparativa-in-Italia-Inghilterra-e-Francia.pdf.
[55] La Raccomandazione 2018/8 esordisce proprio riconoscendo la giustizia riparativa quale metodo attraverso il quale i bisogni e gli interessi di vittima e autore dell'illecito possono essere identificati e soddisfatti in maniera equilibrata, equa e concertata e in più occasioni richiama alla prospettiva essenziale di un equilibrio e paritarietà tra i partecipanti: in proposito v. i richiami *sub* nota 36.

infatti, espresso richiamo nel quadrante delle garanzie alle quali dare riconoscimento nell'accesso e negli sviluppi dei percorsi riparativi.
A ben vedere, la Relazione finale del progetto individua un momento di tutela del diritto di difesa nella confidenzialità che incombe sul mediatore e sui partecipanti, rinforzata da una opportuna previsione di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel contesto mediativo, nonchè da un divieto di impiego (più che di utilizzabilità) *in malam partem* di quanto convogliato nell'esito del percorso riparativo[56]. Il requisito della confidenzialità, tratto direttamente dalle fonti sovranazionali[57], merita tutela e attenta implementazione e presenta profili di sicuro rilievo nella prospettiva del diritto di difesa, ma è ben lungi da poterne esaurire la tutela, che richiede un doveroso richiamo al diritto all'assistenza tecnica.
Del resto, il tema è tutt'altro che scontato, poiché il solco profondo che tiene distinte giustizia ordinaria e giustizia riparativa non consente alcun "travaso" immediato delle garanzie con cui siamo abituati a confrontarci e ciò è tanto più vero per la presenza e assistenza del difensore: una volta abbandonata la dimensione dialettica del processo a favore dell'approccio dialogico del percorso riparativo, la presenza del difensore può diventare ingombrante e addirittura controproducente, stimolando –più o meno consapevolmente– chiusure e "arroccamenti" su posizioni difensive che non consentono di praticare un ascolto e un dialogo aperto, nella direzione di un progressivo riconoscimento e avvicinamento. Così, il difensore è tendenzialmente escluso dagli incontri mediativi, da una parte rendendosi superfluo l'apporto tecnico della sua assistenza in un luogo in cui non si è chiamati a difendersi e, dall'altra parte, collidendo la sua presenza con la dimensione dialogica del processo riparativo.
D'altro canto, se il percorso riparativo, anche grazie all'incomunicabilità assicurata dal principio di confidenzialità, si dipana in uno spazio –non solo fisico, ma anche giuridico– "altro" rispetto a quello del giudizio penale, deve osservarsi come vi siano nevralgici punti di contatto "in entrata" e "in uscita" da quello spazio, che meritano di essere disciplinati anche sotto il versante delle garanzie difensive. In questo senso, la presenza del difensore può rendersi necessaria nella delicata fase di introduzione della mediazione, che passa attraverso colloqui individuali di carattere preliminare volti ad informare la parte e a raccoglierne il consenso: si tratta, infatti, di passaggi giuridici esiziali per le sorti del procedimento, che ben possono necessitare di una consulenza e un'assistenza tecnico-difensiva[58].
In modo non dissimile può ritenersi che la presenza del difensore sia tutt'altro che irrilevante a conclusione del processo riparativo, quando si raggiunga un punto di incontro che contenga impegni importanti e di particolare spessore tecnico-giuridico, che il mediatore/facilitatore si appresta a restituire all'autorità giudiziaria con apposita comunicazione. I contenuti dell'accordo riparativo e la loro traduzione nell'atto che verrà comunicato all'autorità procedente vanno a

[56] V. *Relazione*, cit., p. 74.
[57] La Raccomandazione 2018/8 prevede al § 17 che la giustizia riparativa si svolga in modo riservato e che le discussioni lì condotte debbano rimanere confidenziali e non possano essere utilizzate successivamente, se non con il consenso delle parti interessate; tale regola si estende anche al contenuto dell'atto conclusivo con cui il mediatore comunica all'autorità giudiziaria l'esito che, a mente del § 53, non deve rivelare i contenuti delle discussioni tra le parti, nè esprimere alcun giudizio sul comportamento delle parti durante il percorso di giustizia riparativa.
[58] La rilevanza giuridica delle implicazioni connesse alla scelta di entrare nel percorso riparativo è ben individuata anche nelle fonti sovranazionali: cfr. in proposito il § 25 della Raccomandazione 2018/8, ove si fa carico al mediatore di dare le informazioni preliminari alle parti riguardanti «i loro diritti, la natura del percorso di giustizia riparativa, le possibili conseguenze della loro decisione di partecipare e i dettagli delle procedure di reclamo».

comporre un adempimento di particolare delicatezza, rispetto al quale può farsi importante l'ausilio del difensore[59].
Da ultimo, l'assistenza tecnico-difensiva assume, al pari del principio di confidenzialità, anche una rilevanza funzionale alla buona riuscita del processo riparativo, elevando il livello di fiducia dei partecipanti che si sentono tutelati da possibili ricadute negative sulle vicende giudiziarie che possano derivare dalla pratica riparativa.
Insomma, le specificità della *restorative justice* impongono un sicuro ripensamento del ruolo del difensore, che deve però mantenere spazi di intervento in funzione di consulenza e assistenza tecnica, come, del resto, viene confermato dai documenti sovranazionali in materia[60]. Anche di questo profilo, pertanto, si è chiamati a occuparsi nel delineare quella «disciplina organica della giustizia riparativa» a cui fa richiamo l'art. 9-*quinquies* della proposta.

5.3. Ancora più delicato è il rapporto tra giustizia riparativa e presunzione di non colpevolezza, che merita attenzione legislativa non solo in sede di costruzione dei singoli istituti a vocazione riparativa[61], ma anche in chiave di garanzia di contesto della *restorative justice*. Ancora una volta viene in aiuto la preziosa cornice offerta dalla normativa sovranazionale, che ad una superficiale lettura potrebbe sembrare fornire indicazioni contrastanti. Infatti, tali fonti da una parte richiedono, come precondizione per accedere a percorsi riparativi, un riconoscimento dei fatti[62]; dall'altra parte, immediatamente dopo si affrettano a precisare che la partecipazione a percorsi di giustizia riparativa non può essere usata come prova dell'ammissione di colpevolezza nei successivi

[59] Al netto della atipicità che caratterizza anche i risultati riparativi, che possono consistere in condotte delle più diverse (a partire dalla mera lettere di scuse, passando per il risarcimento del danno, fino al compimento di azioni che rimuovono le conseguenze dannose o che manifestano un'adesione ai beni giuridici che sono stati oggetto dell'offesa), non v'è dubbio che alcuni di questi possano richiedere per il loro compiuto confezionamento anche di competenze giuridiche di elevato livello: basti pensare, a mo' di mero esempio, a percorsi riparativi riguardanti illeciti ambientali che hanno colpito una determinata comunità.
[60] La Risoluzione ECOSOC 2000/12, inserisce tra i principi base dei programmi di giustizia riparativa anche le garanzie di *fairness* (regola 13) e in particolare riconosce che, in osservanza della legge nazionale, vittima e autori dovrebbero avere il diritto di consultarsi con il difensore in merito al processo riparativo (regola 12, lett. *a*). In termini simili si esprime la Raccomandazione 2018/8, il cui § 23 prevede che «[l]e garanzie processuali devono essere applicate alla giustizia riparativa», affermando altresì che «[o]ve opportuno, alle parti deve anche essere assicurato l'accesso ai servizi di traduzione e all'assistenza legale».
[61] Il tema, già esplorato con riguardo alla sospensione con messa alla prova, trova ad esempio riscontro normativo in sede di costruzione del nuovo istituto della archiviazione meritata, nella parte in cui l'art. 3-*bis*, lett. *c* della proposta richiede che il giudice ammetta la procedura di archiviazione meritata solo «laddove non risulti evidente l'infondatezza della notizia di reato, la mancanza di una condizione di procedibilità oppure che il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato». Si tratta, all'evidenza, di proposizione direttamente connessa alla presunzione di innocenza come regola di giudizio, che di per sé non può esaurire tutte le necessità di tutela di tale garanzia, dovendo questa trovare presidio anche nella prospettiva di un esito negativo della prova con ritorno ai binari del giudizio ordinario, oltre che nella sua dimensione di regola di trattamento. Ripercorre le possibili tensioni tra presunzione di non colpevolezza e messa alla prova, L. Bartoli, *La sospensione del procedimento*, cit., pp. 356 ss. Per uno sguardo attento con le lenti della costituzionalista v. A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano 2018, p. 135.
[62] La Risoluzione ECOSOC 2002/12 prevede alla regola 8 che la vittima e l'autore devono normalmente raggiungere un accordo sui fatti essenziali del caso per la loro partecipazione al processo riparativo, in sintonia con quanto disposto dalla Raccomandazione 2018/8 al punto 30, ove si individua come «[p]unto di partenza per un percorso si giustizia riparativa» il «riconoscimento ad opera delle parti dei fatti principali della vicenda». Anche l'art. 12 della Direttiva 2012/29 colloca tra le condizioni di ingresso nel percorso riparativo che «l'autore del fatto [abbia] riconosciuto i fatti essenziali del caso», introducendo una differenza soggettiva di non poco conto, perché, a differenza delle altre fonti testé citate, esenta la vittima dal farsi parte attiva di tale operazione.

procedimenti penali[63]: in tal modo si mira a gettare le basi di un percorso di reciproco riconoscimento, che, tuttavia, sia idoneo a preservare la presunzione di non colpevolezza, evitando che questa vada incontro a pericolose erosioni, laddove dal contesto riparativo si faccia ritorno all'ambito giudiziario. L'attenzione verso la presunzione di innocenza, peraltro, è coerente con l'affermazione più generale che fa salva la tenuta del complesso delle garanzie processuali all'interno degli spazi di giustizia riparativa[64].

Certo, la previsione di un previo riconoscimento dei fatti essenziali ad opera delle parti si presenta apparentemente di difficile conciliabilità con l'esclusione di ogni rilevanza di tale riconoscimento in chiave di ammissione di colpevolezza, lasciando l'impressione che il meccanismo assuma un rilievo meramente formalistico.

In verità, le due proposizioni non sono insuscettibili di una lettura coerente, sol che si tenga conto della diversità dell'oggetto di cui si tratta in seno ad un percorso riparativo, rispetto all'oggetto di cui si occupa il processo penale: il conflitto, l'offesa, quanto l'ha preceduta e ciò che l'ha seguita vanno a comporre un orizzonte ampio che mette in primo piano le persone con le loro emozioni, le loro storie, il loro sofferto; al contempo, vengono relegati sullo sfondo i profili della vicenda che giocano sul piano tecnico come elementi che costituiscono il reato, la causalità, o che rilevano nel complesso giudizio di ascrizione della responsabilità penale.

Il "tema riparativo" è non solo più ampio, ma talora anche distante dal "tema penale" che nel processo assume rilievo ai sensi dell'art. 187 Cpp: è nella consapevolezza di questa maggiore ampiezza che i documenti sovranazionali richiedono a tutti i partecipanti (e non solo all'accusato) di operare un riconoscimento che non ha ad oggetto la responsabilità, bensì i «fatti principali della vicenda», ossia la dimensione conflittuale ed offensiva che vivono le parti.

Particolarmente significativa è la scelta espressiva coltivata nella fonte del Consiglio d'Europa con il § 30 della Raccomandazione 2018/8, ove si chiarisce che i «fatti principali della vicenda» non costituiscono un obiettivo da raggiungere mediante complesse dinamiche di accertamento funzionali a dichiarare l'innocenza o la colpevolezza; essi rappresentano piuttosto un «punto di partenza», dal quale cominciare a muovere i primi passi lungo il sentiero –spesso irto, tortuoso e costellato da soste e repentini cambiamenti di direzione– nel riconoscimento dell'altro.

Si tratta di elementi che meritano considerazione in un intervento legislativo che si proponga di predisporre una «disciplina organica della giustizia riparativa» che, nel delinearne le costanti e le variabili, è chiamato anche a realizzare un'operazione di sapiente coniugazione tra i percorsi di *restorative justice* e il quadro delle garanzie fondamentali.

[63] Così, ancora, la regola 8 della Risoluzione ECOSOC 2002/12 e il punto 30 della Raccomandazione 2018/8. Resta, invece, silente sul punto la Direttiva 2012/29.

[64] Con chiarezza, in questo senso v. § 23 della Raccomandazione 2018/8, ove si legge che «[l]e garanzie processuali devono essere applicate alla giustizia riparativa» e la Risoluzione ECOSOC 2002/12, la cui regola 13, dopo aver richiamato il requisito della *fairness*, richiama più specifiche garanzie di contesto.

UNA SVOLTA IMPORTANTE NELLA POLITICA PENALE

di Domenico Pulitanò
Professore emerito di diritto penale

SOMMARIO: 1. Proposte relative al processo. – 1.1. La regola di giudizio relativa al promovimento dell'azione penale – 1.2. La restrizione della legittimazione all'azione civile – 2. Proposte relative al sistema sanzionatorio. - 2.1. Pena pecuniaria e misure alternative al sistema penitenziario. – 2.2. Estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 131 *bis* Cp. – 2.3. Estensione dell'ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova. – 3. La questione della prescrizione – 3.1. Il problema del criterio di determinazione dei tempi di prescrizione. – 3.2. Osservazioni critiche sulle alternative prospettate dalla Commissione. - 4. Riassumendo e concludendo.

L'apertura di un *forum* sulle proposte della Commissione Lattanzi, in una prestigiosa rivista *on line*, merita apprezzamento come segnale di particolare interesse per una svolta che finalmente si prospetta dopo anni di populismo penale di vario colore (il *penale-spazza*, nel lessico dei suoi fautori).
Sono state presentate (e motivate in una corposa relazione) numerose proposte che riguardano il processo e il sistema sanzionatorio. Le osservazioni qui svolte si concentrano su punti concernenti non semplicemente la funzionalità del *law enforcement* processuale, ma la giustizia sia del procedere sia degli esiti.

1. Fra le tante proposte relative al processo, spiccano alcune che definirei non meramente procedurali, ma di garanzia sostanziale della *serietà del processo*.

1.1. Particolarmente importante è la previsione di una più stringente regola di giudizio relativa al promovimento dell'azione penale (alla richiesta d'archiviazione, alla decisione sul rinvio a giudizio): non deve essere chiesto (dal PM) e non deve essere disposto il giudizio «*quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono tali da determinare la condanna*» (art. 3, comma 1 lett. *a* e lett. *i-bis*).
Il PM impegna nell'azione penale la sua responsabilità di valutazione degli esiti delle sue indagini. Il dibattimento è finalizzato alla verifica di un'ipotesi d'accusa che il PM ritiene di poter difendere con successo in un eventuale giudizio abbreviato[1]. Non è una strada che possa essere imboccata *ad explorandum*, alla ricerca di eventuali nuovi elementi necessari a completare una prova mancante. Rendere più stringenti i presupposti del rinvio a giudizio risponde a esigenze, ad un tempo, di alleggerimento del carico gravante sulla macchina giudiziaria, e di garanzia dei diritti delle persone.
Per quanto concerne l'avvio di indagini, è garanzia delle persone coinvolte (ma anche delle condizioni in cui l'indagine possa svolgersi) la previsione che *«la mera iscrizione del nominativo*

[1] È accaduto (il sottoscritto ne ha avuto esperienza) che il medesimo giudice dell'udienza preliminare, alla luce dei medesimi elementi, assolva *perché il fatto non sussiste* i coimputati che hanno chiesto il rito abbreviato, e disponga il rinvio a giudizio di chi non lo ha chiesto.

della persona nel registro delle notizie di reato non determini effetti pregiudizievoli sul piano civile e amministrativo» (art. 3, -*l*-quater). In astratto, si tratta di un ovvio corollario del modello vigente. L'espressa previsione che esclude effetti pregiudizievoli è resa opportuna da una realtà nella quale l'essere '*indagato*' (come dice un linguaggio stigmatizzante) comporta conseguenze negative sul piano dell'immagine pubblica.

1.2. Ha a che fare con la ragionevole individuazione dei diritti in gioco nel processo anche la limitazione espressamente prevista (art. 1-*bis* lett. *c*) per la legittimazione all'azione civile: «*radicale esclusione degli enti, di vario genere, che non siano titolari del bene giuridico offeso dal reato, ma soltanto portatori di interessi diffusi, al rispetto delle norme stabilite dalla legge penale*», ferma restando la «*facoltà di partecipare al procedimento a fianco della parte pubblica ai sensi dell'art. 91 c.p.p.*».
La trasfigurazione degli enti esponenziali in parti civili, ad opera di una ben intenzionata ma non ben fondata giurisprudenza creativa, nella concreta esperienza processuale si è rivelata un fattore di appesantimento inutile di dibattimenti anche molto complessi (per scarsità o assenza di contributi probatori dei c.d. enti esponenziali), e ha introdotto pretese risarcitorie ideologicamente costruite, aggiuntive rispetto ai risarcimenti dovuti alle *vere* persone offese e danneggiate. Anche questo è un aspetto (presentato come 'progressista') dell'approccio populista ai problemi del penale.

2. Numerosi punti della proposta Lattanzi hanno a che fare (direttamente o indirettamente) con i modelli di risposta al reato. Anche punti della disciplina processuale (condizioni di procedibilità; archiviazione c.d. meritata, da coordinare con la disciplina della sospensione del processo con messa alla prova). Ma soprattutto le proposte relative al diritto penale sostanziale.

2.1. *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali* sono state elaborate di recente (marzo 2021[2]) nell'ambito della Associazione italiana professori di diritto penale. Al di là delle diverse soluzioni tecniche prospettate, è significativa la *convergenza della AIPDP e della Commissione Lattanzi verso una ristrutturazione 'di sistema' e un forte ridimensionamento dell'espiazione in carcere*.
Vi è convergenza sulla *riforma della pena pecuniaria (art. 9) secondo il modello delle quote giornaliere*[3].
Vi è convergenza nella ricerca di *modelli sostitutivi delle pene detentive brevi*: così definite tradizionalmente, ma che la proposta di riforma (art. 9-*bis*) porta fino alla soglia di 4 anni, in una ragionevole ottica di deflazione della pena carceraria.
Preso atto del mancato decollo delle pene sostitutive introdotte dalla legge n. 689/1981, la proposta Lattanzi modifica il pacchetto, eliminando la semidetenzione e la libertà controllata, e introducendo la detenzione domiciliare, l'affidamento in prova e la semilibertà, e (se il condannato vi acconsente) il lavoro di pubblica utilità. Sono previste discipline differenziate, secondo che la decisione sia del giudice del dibattimento o in sede di patteggiamento. Viene previsto di *mutuare per quanto compatibile* la disciplina dell'ordinamento penitenziario.
Rimodellando le risposte al reato in forme introdotte dall'ordinamento penitenziario, le proposte della Commissione Lattanzi ricompongono ad unità il sistema della legalità penalistica.

[2] Il testo è pubblicato nel sito della AIPDP.
[3] Su questo punto è autorevolmente intervenuto Emilio Dolcini, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi***,** in *Sistema penale online*, 4 giugno 2021.

Sull'ambito governato dal principio di legalità *ex* art. 25 Cost. è d'interesse la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020: il principio d'irretroattività *in malam partem* vale anche per la disciplina degli istituti dell'ordinamento penitenziario che comportano *"una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale*". Le c.d. *misure alternative* dell'ordinamento penitenziario sono *diritto penale*; e dunque, per la loro disciplina il principio penalistico di legalità vale in tutti i suoi aspetti. È un profilo rimasto finora in ombra.
Sui nessi fra penale e penitenziario il legislatore è sollecitato a intervenire dalla recente ordinanza n. 97/2021, che ha motivato l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo.
La previsione *che la sostituzione della pena detentiva non possa esser disposta più di una volta* esclude che si tratti di un nuovo catalogo di pene principali. Vi è qui una differenza dalle linee di riforma elaborate dalla AIPDP, che si caratterizzano per la previsione di pene prescrittive, come tipologia nuova che si aggiungerebbe a quelle esistenti. Una linea più spinta, astrattamente più coerente. La Commissione Lattanzi ha additato una strada più prudente (forse) sul piano politico.

2.2. Un mutamento di prospettiva caratterizza la proposta (art. 9-*ter*) di *estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 131*-bis *Cp* (non punibilità per particolare tenuità del fatto). Dal riferimento al massimo edittale quale limite di applicabilità, si passa al riferimento al minimo edittale, «*secondo una proposta da tempo avanzata da diversi studiosi e da commissioni di studio istituite nel recente passato presso il Ministero della Giustizia*», e indicata dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 156/2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* Cp, «*nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva*». Con riguardo specifico all'art. 131-*bis*, ha messo a fuoco in modo nuovo il significato dei minimi e massimi edittali, e la Commissione Lattanzi ha recepito questa indicazione: «*quando si tratta di individuare una sottofattispecie bagatellare, nell'ambito di una determinata figura di reato, assume rilievo il minimo edittale della pena comminata dal legislatore, non già il massimo*».
Nel disegnare i limiti di applicazione di istituti che escludono la punibilità, o comportano modifiche della risposta al reato, l'ordinamento italiano fa uso di modelli diversi. Il riferimento alla pena 'meritata' in concreto è il modello adottato dal codice Rocco nella disciplina della sospensione condizionale della pena (e del perdono giudiziale). Fanno invece riferimento ai massimi edittali la disciplina della prescrizione, quella dell'amnistia e dell'indulto, e gli istituti introdotti dal legislatore del 2014 (sospensione del processo con messa alla prova, e non punibilità per particolare tenuità del fatto).

2.3. Anche per la sospensione con messa alla prova viene proposta (art. 9-*quater*) un'estensione dell'ambito di applicabilità. Viene però tenuto fermo il riferimento al massimo edittale come limite d'applicabilità: non è stato recepito l'argomento utilizzato a proposito dell'art. 131-*bis*. Coerenza razionale suggerirebbe il medesimo mutamento di prospettiva, *mutatis mutandis.* Anche per la sospensione con messa alla prova, si tratta di individuare la disciplina adeguata a un fatto (non necessariamente *bagatellare*, ma) collocato nella fascia bassa *di una determinata figura di reato.* E dunque dovrebbe *assumere rilievo il minimo edittale della pena comminata dal legislatore, non già il massimo*.
I massimi edittali incorporano valutazioni del legislatore storico su gravità, meritevolezza di pena e bisogno di pena relativi a fatti collocabili nella fascia più alta di gravità d'un dato tipo di reato. Il limite del massimo edittale può avere senso, se e in quanto possa essere considerato significativo rispetto alla valutazione di gravità dell'insieme dei fatti rientranti nel tipo di reato. È il caso degli

istituti della clemenza (amnistia e indulto) che riguardano tipi di reato al di sotto di un certo livello di gravità. In relazione, invece, ad istituti che selezionano 'alla base' fatti di gravità minore, la valutazione dei fatti di gravità maggiore entro il tipo di reato non ha alcun significato. È questo il messaggio leggibile nella sentenza n. 156/2020, e recepito nella proposta di modifica all'art. 131-*bis*.

Nella vigente disciplina della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale - istituti sperimentati da molto tempo –, viene fatto riferimento alla pena commisurata in concreto: è il modello più coerente con i principi che esigono una ragionevole corrispondenza della risposta al reato con una valutazione del fatto concreto. Da questo paradigma il legislatore del 2014-2015 si è discostato, assumendo come limite d'applicabilità di istituti di favore il massimo edittale.

Per segnare i presupposti d'applicazione di istituti di favore, fino alla non punibilità di fatti astrattamente conformi a un tipo di reato, il riferimento al massimo edittale è un *surplus* di limitazione che non ha alcun rapporto con la gravità di fatti concreti per i quali sarebbe adeguata una pena *inferiore* a un certo livello. Per la disciplina della messa alla prova, soluzione coerente e più ragionevole - del tutto in linea con la proposta di modifica dell'art. 131-*bis* - sarebbe il riferimento alla pena prevedibile per il fatto ipotizzato dall'accusa. La struttura dell'istituto, applicabile a seguito di una valutazione giudiziale di ammissibilità, rende possibile tale soluzione.

3. Sulla questione *prescrizione* – divenuta politicamente cruciale dopo la riforma di cui alla legge n. 3/2019 – la Commissione Lattanzi propone due ipotesi alternative.

Una in chiave di modifiche volte a ridurre l'incidenza della prescrizione nei giudizi d'impugnazione: «*in luogo dell'attuale sospensione illimitata e incondizionata dopo la condanna, una sospensione condizionata e di durata limitata, corrispondente alla durata non irragionevole stabilita per i giudizi di impugnazione dalla legge Pinto*».

L'altra in chiave processuale. Dopo l'esercizio dell'azione penale, con cui lo Stato manifesta l'interesse a perseguire il reato, comincia a decorrere la prescrizione del processo, calibrata come salvaguardia della ragionevole durata del processo, in ciascuna fase. La finalità oggi prioritaria sarebbe ridurre i tempi di definizione dei giudizi, allineandoli agli standard europei. Per i delitti più gravi, il termine massimo di durata del processo penale, che si articoli nei tre gradi di giudizio, può arrivare a undici anni. Su questa ipotesi, la relazione dà atto di talune perplessità manifestate in seno alla Commissione.

La Corte costituzionale italiana ha sempre ricollegato l'istituto prescrizione ai principi costituzionali relativi al diritto penale sostanziale[4]. È una causa di non punibilità sopravvenuta, come tutti gli istituti che il codice penale raggruppa sotto l'etichetta di cause di estinzione del reato:

[4] Viene in rilievo innanzi il principio di legalità (art. 25 Cost.) in tutti i suoi aspetti: riserva di legge, determinatezza, irretroattività in malam partem: la Corte costituzionale lo ha chiaramente affermato nel dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea nella vicenda Taricco (ord. n. 24/2017 e sentenza n. 115/2018) e riaffermato nella sentenza n. 278/2020.

Sono pertinenti al problema prescrizione i principi costituzionali i (artt. 3 e 27) che la nostra civiltà giuridica riconosce come principi guida con riguardo a tutti gli istituti di cui si compone il sistema delle risposte al reato: i principi sulle funzioni della pena e il principio d'eguaglianza nei suoi diversi significati. Nella giurisprudenza costituzionale (da ultimo la citata sentenza n. 278/2020) è un riconoscimento significativo: rispecchia l'appartenenza della prescrizione, a pieno titolo, al campo dei problemi di conformazione delle possibili risposte a commessi reati.

La determinazione dei tempi di prescrizione «appartiene alla discrezionalità del legislatore censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato»: si tratta di un bilanciamento tra valori di rango costituzionale: sono in gioco interessi sia dell'imputato, sia della comunità. Problemi specifici di raffronto fra i tempi di prescrizione previsti per taluni reati, sollevati con riguardo al principio d'eguaglianza, sono stati decisi dalla Corte costituzionale con sentenze sia di accoglimento (n. 143/2014) sia di rigetto (n. 265/2017).

istituti eterogenei, accomunati dall'effetto sostanziale di inibizione o eliminazione delle conseguenze penali d'un reato commesso, in ragione di fatti successivi. Ciò che differenzia il problema prescrizione, è che la non punibilità viene collegata non a fatti specifici avvenuti nel tempo dopo il commesso reato, ma al semplice scorrere del tempo.
L'istituto prescrizione del reato poggia sulla condivisa valutazione che per la giustizia penale può essere una scelta saggia, a date condizioni, *tempori cedere*[5]: la rinuncia ad applicare la conseguenza del reato (la sanzione penale) che in un tempo ragionevole sarebbe stata legalmente dovuta. Si attaglia alla prescrizione la metafora del *farmakon* – medicina o veleno - entrata in uso con riguardo al diritto penale in genere. Il farmaco della prescrizione, che ha ad oggetto il farmaco della pena, nei casi concreti può essere medicina o veleno (una risposta più o meno buona, più o meno cattiva) rispetto ai problemi legati allo scorrere del tempo.

3.1. Coerenza con i principi costituzionali, come recepiti dal giudice delle leggi, esige che la disciplina della prescrizione sia costruita su ragioni relative al diritto penale sostanziale.
Anche la c.d. prescrizione del processo, legata a tempi di durata delle singole fasi processuali[6], avrebbe come effetto voluto la preclusione definitiva di un nuovo giudizio per la medesima imputazione nei confronti della medesima persona. Ciò in concreto significa *non punibilità* dell'imputato che fosse autore dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel processo dichiarato estinto. La formula 'prescrizione del processo' copre un *effetto sostanziale* corrispondente a quello della prescrizione del reato.
Dietro le etichette, il problema è il criterio di determinazione dei tempi di prescrizione: lo pensiamo legato ai tempi del processo (alla sua ragionevole durata) o a ragioni relative al diritto penale sostanziale? Il principio di ragionevole durata del processo, iscritto nell'art. 111 Cost. novellato nel 1999, *non* è il fondamento storico di un istituto risalente nel tempo, né una ridefinizione del suo statuto costituzionale. Collegare la prescrizione del reato a un principio relativo al processo capovolge il rapporto fra processo penale e diritto penale sostanziale, fra strumento e fine.
Diverrebbero possibili, in astratto, effetti sconvolgenti, come l'improcedibilità anche per i massimi delitti, per i quali non è oggi prevista la prescrizione. Ciò potrebbe essere di stimolo a un serio funzionamento del processo; ma comporta un rischio inaccettabile in via di principio.
I tempi del processo, nella vigente disciplina della prescrizione, vengono in rilievo in istituti – interruzione e sospensione della prescrizione – che comportano di fatto un prolungamento del tempo necessario a prescrivere, al di là del tempo base collegato alla gravità del tipo di reato. Al normale svolgimento del processo ha riguardo la disciplina degli atti interruttivi, dai quali riparte il tempo necessario a prescrivere. Hanno pure riguardo al normale articolarsi del processo in più gradi le disposizioni introdotte dalla riforma Orlando del 2017 (art. 159 comma 3) come nuove ipotesi di sospensione della prescrizione, per tempi determinati, dopo le sentenze di primo e di secondo grado. Di fatto, si tratta di prolungamenti del tempo necessario a prescrivere, sottoposti a una disciplina diversa da quella collegata ai tempi di base di cui all'art. 157. Su questa disciplina si è poi innestato il blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, di cui alla novella

[5] F. Giunta-D. Micheletti, *Tempori cedere*, Torino 2003.
[6] È una strada riproposta più volte, a partire dal ddl n. 260, presentato al Senato il 20.6.2001 dal sen. Fassone ed altri, e ddl n. 1302, presentato alla Camera dei deputati l'11.7.2001 dall'on. Kessler e altri. La stessa linea è stata ripresa in un disegno di legge del novembre 2009 sulla prescrizione del processo penale, etichettata nel linguaggio mediatico come processo breve. Riemerge nella discussione più recente: O. Mazza, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Sistema penale online*, 21 gennaio 2020; A. De Caro, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo*, in *ArchPen*, 2020, 1 e ss.

del 2019. L'ipotesi A della Commissione Lattanzi è una rimodulazione di questa linea, volta a rendere non incondizionato (non definitivo) il blocco.

3.2. La prospettazione di due ipotesi alternative, da parte della Commissione Lattanzi, rispecchia le difficoltà di scelta nel presente contesto politico. Sono ipotesi problematiche per gli stessi proponenti, un elemento d'incertezza dentro il complessivo disegno riformatore. Segnalano un bisogno di realismo politico, di fronte a ragioni, esigenze e linee politiche non facilmente componibili.
Ho esposto più volte la mia visione del problema prescrizione, delle ragioni che giustificano tale istituto come elemento di un sistema penale ragionevole, delle possibili linee di riforma[7]. Qui mi limito a una valutazione comparativa delle due ipotesi. Netta contrarietà all'ipotesi B (prescrizione del processo) per le ragioni che ho sopra sintetizzato nel §. 3.1. Accettabilità (senza entusiasmo) dell'ipotesi A, quale superamento del blocco.
Leggo l'ipotesi A come ricerca di un compromesso con i sostenitori della riforma del 2019. È l'offerta di un *commodus discessus*: non una completa retromarcia, ma una rettifica di un percorso comunque finalizzato a ridurre al minimo l'incidenza della prescrizione in fasi avanzate dal processo. I ripensamenti dell'approccio 'giustizialista', espressi in pubbliche dichiarazioni da protagonisti della vita politica di questo periodo, lasciano sperare che altri ripensamenti possano seguire.
In materia di prescrizione, pur in presenza di concezioni e valutazioni anche molto diverse, potrebbe trovarsi un ragionevole consenso sulla presa d'atto degli effetti pratici del blocco, cioè della trasformazione del prescrittibile in imprescrittibile: tenere aperti a tempo indeterminato fascicoli relativi anche a reati bagatellari, che hanno perso qualsiasi interesse. Un approccio realistico guarda ai problemi di funzionalità, anche come condizione necessaria per arrivare ad esisti di giustizia penale. è questo il senso complessivo dell'insieme delle proposte oggi in discussione.

4. Le proposte della Commissione Lattanzi, al di là dei temi toccati e delle soluzioni proposte, sollecitano una rinnovata riflessione su linee importanti dei modelli legali e istituzionali che definiamo (con ben intenzionata coloritura ideologica) giustizia penale. Sono un punto di partenza di un possibile percorso riforme di sistema, in forma di legislazione delegata; un punto di riferimento per i contributi che la cultura giuridica può dare.
Partecipare al confronto su proposte d'ampio respiro, come quella della Commissione Lattanzi, è per noi giuristi interessati al problema penale un'occasione da non perdere: una libera (ma doverosa) assunzione di responsabilità, in una situazione complessa e in movimento. Responsabilità di giudizi motivati, anche di eventuali critiche su punti specifici. E responsabilità di giudizi d'insieme, a sostegno di una possibile ed auspicabile svolta.

[7] Interventi più recenti: D. Pulitanò, *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in *Sistema penale online*, 12 marzo 2021; *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, ivi, 24 febbraio 2020.

LA RIFORMA DEL SISTEMA PENALE SECONDO LA COMMISSIONE LATTANZI (*)

di Bartolomeo Romano
Professore ordinario di diritto penale - Università di Palermo

SOMMARIO: 1. Un auspicato cambiamento di clima. – 2. Il superamento del disegno di legge 2435. – 3. L'istituzione della Commissione Lattanzi. – 4. L'approccio alla materia sostanzialpenalistica. – 5. La pena pecuniaria e i tassi giornalieri. – 6. La giustizia riparativa. – 7. Un cenno alla prescrizione. – 8. Le possibili prospettive.

1. Il tema che stiamo affrontando – la riforma della giustizia penale – è di particolare delicatezza, perché questo è un momento di atteso ed auspicato cambiamento di clima rispetto all'approccio che si è avuto negli ultimi anni al mondo della giustizia, specie al mondo della giustizia penale.
Abbiamo vissuto anni nei quali prevalevano l'istinto, la pancia, le folle che in piazza invocavano pene esemplari, con le forche talvolta esposte persino in Parlamento. Abbiamo vissuto molti anni in cui chi era garantista sembrava essere fiancheggiatore della mafia; chi era avvocato era visto come un "alleato" dei criminali. Ecco: forse siamo finalmente arrivati al momento di superamento di questo lungo periodo di barbarie, come ho scritto in un articolo pubblicato su un nuovo quotidiano, non a caso intitolato *La Ragione*[1]. Di ragione abbiamo tanto bisogno: e forse questo è il momento nel quale si può iniziare a riflettere sulle questioni che riguardano la giustizia. Certo, può apparire singolare che la riforma sia oggi apparentemente spinta non tanto da esigenze interne, ma da venti europei; non tanto da richieste che vengono direttamente dal mondo più consapevole della giustizia, ma da istanze veicolate dall'economia. Ma ho sempre pensato che, in Italia, la riforma della giustizia probabilmente non la avrebbe fatta un ministro della giustizia ma un ministro dell'economia: nel senso che nel nostro Paese lo stato disgraziato della giustizia penale - e non solo di quella - ha provocato un mancato sviluppo, se non un arretramento economico. Ecco dunque, quasi per una vendetta della storia, che è l'economia che tenta di riformare il diritto; è l'Europa che ci spinge a modificare ciò che noi già da soli avremmo dovuto autonomamente cambiare, se soltanto tutti avessimo letto fino in fondo l'articolo 111 della Costituzione. Articolo che è anche frutto di una battaglia storica dell'Unione delle Camere Penali. Voglio inoltre sottolineare che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) riserva 2,3 miliardi di euro (su 191,5) alle riforme in materia di giustizia: è una cifra enorme per un'occasione storica, un'occasione talmente clamorosamente importante che non la dovremmo assolutamente perdere.

2. Ecco che tutto questo si sposa con il tentativo di superare le visioni che sono state prevalenti nella politica criminale degli ultimi anni.
Purtroppo abbiamo una attuale visione della prescrizione che è quanto di più lontano ci sia dal rispetto delle regole costituzionalmente date. Siamo in presenza di una abolizione di fatto della prescrizione dopo il primo grado di giudizio: è stato inventato il diritto penale senza tempo, in cui

(*) È il testo della relazione – rivista e con un minimo corredo di note - svolta al *webinar* "*La riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*", organizzato dalla Camera Penale di Bari e dalla Camera Penale di Palermo, aderenti all'Unione delle Camere Penali Italiane, tenutosi il giorno 8 giugno 2021.
[1] B. Romano, *Superare la barbarie*, in *La Ragione*, 10.6.2021, 5.

ci sono eterni giudicabili e vittime in perenne ricerca di giustizia, senza che quella giustizia probabilmente venga loro data in tempi tali che la possano vedere con i loro occhi. Di questo profilo si occuperanno altri relatori, e quindi ovviamente su di esso non mi voglio soffermare. Ma il ministro Bonafede ci ha anche lasciato il disegno di legge 2435. Un disegno di legge dai tratti corrispondenti alla visione del tempo. Un processo penale che in qualche modo comprime e conculca i diritti della difesa; che rende particolarmente difficile accedere ai riti speciali; che affida la scelta sulla priorità delle indagini addirittura ai singoli procuratori della Repubblica - mantenendo ovviamente fermo il baluardo della obbligatorietà dell'azione penale - ma dando in pratica un foglio in bianco, com'è oggi, al procuratore della Repubblica; che cerca di restringere, con il mandato specifico ad impugnare, l'appello; che inventa il giudice unico di appello. Insomma una serie di misure veramente liberticide e che si sarebbero dovute superare *de plano*.

3. Ma qui interviene la Ministra Cartabia. Devo dire che la Ministra si è mossa con tutta la sua cautela e con tutta la sua abilità *lato sensu* politica, certamente riconosciutale non soltanto ora che guida il ministero della giustizia. La straordinaria prudenza che la Ministra Cartabia ha messo in campo - una prudenza che certamente si può comprendere, vista la composizione, per dir così, a *patchwork* del governo in carica - le ha fatto immaginare di dovere partire da quel disegno di legge Bonafede a cui la Commissione Lattanzi si sarebbe dovuta rapportare predisponendo una serie di appositi emendamenti. Certo, questo potrebbe anche considerarsi un vizio di origine della Commissione Lattanzi - un vizio di origine naturalmente non dovuto alla Commissione - ma devo dire che probabilmente il mandato conferito non è stato così fortemente accompagnato da raccomandazioni tassative, tanto che in effetti la Commissione Lattanzi ha lavorato con una certa libertà, con una certa larghezza di orizzonti, distaccandosi dal progetto Bonafede. Quindi immagino che il lavoro della Commissione Lattanzi sia stato in qualche modo "autorizzato" ed accompagnato dalla Ministra. Ciò che si è verificato è però che nel momento nel quale i lavori della Commissione sono stati resi pubblici si è avuta una levata di scudi da parte alcune forze politiche e qui desta preoccupazione la circostanza che la Ministra Cartabia abbia subito messo le mani avanti, specificando di dovere attentamente riflettere su quanto sottopostole dalla Commissione incaricata. Occorrerà, allora, verificare cosa si salverà e cosa invece sarà cestinato.

4. Vediamo, dunque, in sintesi e per punti fondamentali, cosa ha prodotto la Commissione Lattanzi[2]. Ovviamente non entro nella materia processualpenalistica, nella quale sono intervenuti e interverranno altri Colleghi.
Dal punto di vista del diritto penale sostanziale, voglio segnalare alcuni aspetti che mi sembrano particolarmente importanti e che potrebbero essere dei punti strategici, ove attivamente seguiti da una approvazione puntuale e da una disciplina conseguente.
Tutto è, comprensibilmente, nell'ottica della diminuzione del carico penale. Certo, si poteva immaginare di procedere con una azione di depenalizzazione particolarmente robusta: ma questo, da un lato, non era nel mandato che la Commissione aveva ricevuto e, dall'altro, rappresenta un tema particolarmente delicato dal punto di vista politico, perché la vulgata generale ritiene che, diminuendo il numero di reati, si favorisca la criminalità; e quindi bisogna avere grande coraggio per fare un'opera di depenalizzazione seria. Allora, si comprende che la Commissione abbia operato lavorando un po' ai fianchi la questione che stiamo affrontando: cioè, da una parte, ha

[2] La Relazione finale della Commissione, con le proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, del 24 maggio 2021, si può leggere sul sito del Ministero della giustizia (*https://www.gnewsonline.it*).

cercato di deflazionare e di ridurre il carico dal punto di vista delle misure processualpenalistiche; dall'altra, si è servita di misure di diritto penale sostanziale.
Ne voglio segnalare alcune che mi sembrano interessanti. La prima è quella della estinzione delle contravvenzioni per adempimento di una prestazione determinata. Si tratta di una misura in parte innovativa e certamente di portata deflattiva che cerca di attaccare il profilo tendenzialmente ritenuto più basso del contrasto al crimine, e cioè le contravvenzioni.
Il secondo punto che affronta la Commissione Lattanzi è l'ampliamento del ricorso alla querela. È evidente la *ratio*: ampliando la procedibilità a querela si pensa che una parte delle querele non vengano presentate o che, una volta presentate, raggiunto lo scopo spesso sotteso alla presentazione di una querela - cioè il risarcimento del danno - le querele possano in qualche modo scomparire. Anche questa è una misura che si può prevedere e che ha una sua logica.
Ulteriori misure tese al perseguimento della medesima finalità possono considerarsi l'ampliamento dei margini della tenuità del fatto ed il tentativo di allargare le maglie della sospensione del procedimento con messa alla prova. Si tratta di istituti che già conosciamo - e pertanto, per ragioni di sintesi, su di essi non mi soffermerò - i quali, tuttavia, non sempre hanno brillato per risultati e coerenza[3].

5. Più interessanti sono altri due profili, solo in parte innovativi, i quali però mostrano una sicura consapevolezza della materia. Naturalmente, si tratta di aspetti sui quali immagino il dibattito si aprirà e le polemiche, soprattutto su un versante, potranno essere particolarmente delicate: le pene pecuniarie e la giustizia riparativa.
Sotto il primo profilo[4], la Commissione opportunamente riflette sul ruolo e sull'efficacia della pena pecuniaria, questione nota ai professori di diritto penale in particolare, ma anche ad avvocati e magistrati. Ora, la pena pecuniaria è una delle sanzioni più problematiche tra quelle presenti nel nostro ordinamento penale. Ci sono Paesi nei quali le pene pecuniarie rappresentano la gran parte della risposta al crimine (88% circa in Germania); ed in molti paesi del nord Europa le sanzioni pecuniarie costituiscono la spina dorsale sulla quale si muove il diritto penale. Perché il diritto penale, ovviamente, non è - né potrebbe essere – soltanto carcere o soltanto pena detentiva. La pena pecuniaria rappresenta un'alternativa seria, ove però la pena pecuniaria sia una pena correttamente inflitta e conseguentemente eseguita. Ora, in Italia abbiamo storicamente almeno due problemi. Il primo problema è l'effettiva esecuzione della pena pecuniaria. Al carcere, alla pena detentiva difficilmente ci si può sottrarre; naturalmente ci possono essere casi isolati, ma come tutti noi sappiamo è molto difficile che ciò avvenga, perché il bene da prendere, la libertà personale, vive sulla persona che la porta con sé: quindi, basta catturare la persona e la libertà personale viene compressa. La pena pecuniaria è invece difficilmente eseguibile, perché bisogna andare a trovare delle somme, poi da versare nelle pubbliche casse; e tali somme - lo sappiamo con certezza – difficilmente nel nostro Paese vengono efficacemente cercate e successivamente versate. Con brutale franchezza può affermarsi, infatti, che in Italia quasi nessuno subisce realmente le pene pecuniarie: questo è un problema enorme che bisognerebbe approfondire e sul quale la Commissione Lattanzi non ha potuto ragionare fino in fondo, anche per questioni temporali.
Ma c'è un'altra questione che razionalmente precede la fase dell'esecuzione della pena, e cioè il momento di commisurazione della pena: è questo un altro aspetto di particolare e straordinaria

[3] Cfr., volendo, B. Romano, *Diritto penale, parte generale*[4], Milano 2020, rispettivamente 334 e 529.
[4] Sul quale si vedano le lucide considerazioni E. Dolcini, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi*, in *Sistema Penale online*, 4.6.2021.

delicatezza. Mi spiego sinteticamente: la pena detentiva tendenzialmente incide in modo uguale su tutte le persone che ne sono colpite: 5 anni di carcere sono 5 anni di carcere per tutti. Naturalmente, la mia è una semplificazione generalizzante, perché è chiaro che 5 anni di carcere per una persona giovane sono una parentesi che si conclude, mentre 5 anni di carcere per una persona in età avanzata sono una sorta di pena finale.
Invece, per la pena pecuniaria la questione è diversa, perché il peso della pena pecuniaria riguarda ciascuno di noi in ragione delle nostre capacità economiche. Una pena pecuniaria di 5 mila euro per una persona minimamente benestante non cambia di fatto nulla: sarà una sopportabile conseguenza negativa della condanna; 5 mila euro per un nullatenente sono una invece una somma altissima; e la stessa cifra, 5 mila euro, per un ricco imprenditore rappresenta un semplice fastidio connesso all'ordine di versamento, ma nulla di più. Quindi, la pena pecuniaria non è una pena uguale per tutti e questo è molto importante averlo presente, perché nel nostro Paese, ai sensi degli articoli 133-*bis* e 133-*ter* del codice penale, la pena pecuniaria non distingue le diverse capacità economiche, se non per una minima misura e con la possibilità di rateizzazione: ma sono piccolezze, dettagli, sfumature.
Nell'Europa del nord, invece, la situazione è molto diversa e noi italiani sappiamo che esiste un modo diverso di commisurare la pena pecuniaria perché lo abbiamo "importato" con il decreto legislativo n. 231 del 2001, ma solo in materia di responsabilità amministrativa degli enti da reato: il sistema dei tassi giornalieri. Ora, la Commissione Lattanzi immagina di introdurre, in generale, per le pene pecuniarie questo sistema: è una riforma coraggiosa, ma forse anche rischiosa. Perché, come funziona il sistema dei tassi giornalieri? Lo dico in pillole: c'è un numero di tassi giornalieri tendenzialmente uguale per tutti i soggetti condannati, ma c'è un valore che cambia in relazione alle capacità economiche del condannato. Quindi, a parità di numero di quote, la pena finale sarà differente. Se si moltiplica 5×1.000 si ottiene 5.000; ma se si moltiplica 5×10.000, la somma ottenuta è di 50.000 euro. Bisogna, però, capire se questo sistema a regime funzionerà. Naturalmente, il problema di questo sistema non è nella sua astratta correttezza e giustizia, perché questo non lo possiamo certamente negare, ma è nella ricostruzione corretta del patrimonio o del reddito del singolo. Intendo: in un Paese segnato da una fortissima evasione fiscale e da una altrettanto elevata elusione fiscale c'è il rischio che l'evasore o l'elusore la faccia franca due volte. La prima perché non paga le imposte; la seconda perché, quando condannato a una pena pecuniaria basata sul sistema di tassi giornalieri, se la caverà a modico prezzo, rispetto a quanto noto al fisco. Quindi il ricorso al sistema dei tassi giornalieri rappresenta una ipotesi coraggiosa, ma che va forse sostenuta da un quadro più ampio di riflessione.

6. Un ulteriore profilo particolarmente interessante è quello rappresentato dalla giustizia riparativa[5]. Questo è un argomento di particolare importanza e delicatezza che noi studiosi conosciamo perché fa un lungo percorso, dal modello statunitense a quello anglosassone, per arrivare via via a passi brevi nel nostro ordinamento. Il sistema di giustizia riparativa è quello che sostanzialmente rende nuovamente protagonista la vittima del reato e rende l'autore del reato compartecipe della sofferenza della vittima, in qualche modo rispolverando in chiave moderna quell'antica origine del diritto penale che era *ne cives ad arma veniant*; e cioè una giustizia che - sia pur oggi, modernamente, con l'intervento dello Stato - cerca di restituire alla vittima ciò che l'autore le ha tolto. E questo è un aspetto positivo, perché nel quadro generale che stiamo percorrendo insieme innesta un percorso virtuoso nel quale ancora una volta il diritto penale

[5] Sul punto, sia pur prima dei lavori della Commissione Lattanzi, cfr. G.A. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1.6.2021.

sanzionatorio - con lo schiaffo pesante del carcere o con lo schiaffo, oggi inefficace ed inattuato, della pena pecuniaria - non è l'unico esito percorribile. Ci sono strade alternative ed una di queste è la giustizia riparativa alla quale, a mio modo di vedere, opportunamente la Commissione apre, introducendola nel dibattito collettivo.

7. Un fulmineo cenno merita la prescrizione, che rappresenta l'aspetto più delicato di tutti, perché è l'aspetto sul quale la polemica politica si è spesso incentrata[6]. Sul punto la Commissione Lattanzi dimostra di avere avuto una grande difficoltà a ritrovare una visione unitaria ed è l'unico caso, tra tutte le proposte indicate, nel quale la Commissione prospetta due soluzioni alternative. Una in linea con il modello della riforma Orlando; l'altra ipotizza un sistema misto fra la prescrizione sostanziale e quella processuale.

8. Mi sia consentito però di concludere con una nota di realismo, se non di pessimismo. È stato affidato alla Commissione Lattanzi il mandato, sia pur circoscritto, di migliorare il sistema della giustizia penale nel nostro Paese. Tra l'altro è la prima di una serie di commissioni: sono stati appena pubblicati la relazione e l'articolato della Commissione Luciani su un tema altrettanto delicato, e cioè quello della riforma dell'ordinamento giudiziario e del Consiglio Superiore della Magistratura[7]. Poi, però, abbiamo legato queste commissioni ad un vaglio ministeriale e subordinato i risultati a ulteriori interlocuzioni con le varie forze politiche, con l'idea di presentare emendamenti a testi preesistenti: ci aspetta, allora, un percorso già lungo e complesso che ovviamente ha una sua conclusione naturale con la fine della legislatura. Allora mi chiedo: se ci fossero alcune riforme condivise e giuste, tra quelle in discussione, non sarebbe bene forse levarle da questo "minestrone" generale e approvarle immediatamente, dimenticando il vecchio disegno di legge Bonafede e superando la frenante "galanteria" istituzionale, prendendo qualche cosa sulla quale siamo tutti (o molti) d'accordo e approvandola nei modi che la politica, se vuole, trova? Altrimenti, temo che discuteremo per alcuni mesi e poi ci sarà l'elezione del Presidente della Repubblica: com'è noto, due dei candidati più in vista sono proprio l'attuale presidente del Consiglio e l'attuale ministro della giustizia. Se venisse eletto uno di loro immagino che il processo riformatore rallenterebbe ulteriormente: ecco, non vorrei che tutto finisca in politichese e che tutto finisca in una melina istituzionale per la quale si lasciano gli accademici a ragionare, ed i giuristi d'azione, gli avvocati, i magistrati, ed in parte anche gli imputati e le vittime, a soffocare per mancanza di ossigeno nelle aule, finendo per mantenere il quadro attuale. Questa, in conclusione, è la mia più grande preoccupazione.

[6] Per la mia personale posizione, B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: princìpi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano 2016, 119 ss., in *DPenCont* 2016, 79 ss.

[7] Sul punto, per la mia lettura, B. Romano, *Troppo blanda la riforma suggerita*, in *La Ragione*, 18.6.2021, 5.