La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani

Anno 2022

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, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino

REDAZIONE: Michela Boero, Oscar Calavita, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

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 contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page 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

G. Alesci, Fake foods e novel foods. La sicurezza alimentare tra vecchie criticità e nuove prospettive 3

F. Diamanti, Liberté chérie. Sull'inammissibilita' del referendum in materia di omicidio del consenziente (commento a corte cost. n. 50/ 2022).....29

L. Masera, Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete 54

C. Cantisani, Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale.....75

M. Chiavario, Diritto e giustizia, pace e guerra, nel ricordo di Mireille Delmas-Marty giurista e umanista "visionaria".....103

D. Castronuovo, La concezione della recidiva in Giacomo Matteotti..121

K. Summerer, Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente.....131

A. Abukar Hayo, Nuovi argomenti a conferma dell'accezione restrittiva della fattispecie del traffico di influenze illecite.....157

R. Aprati, Criteri di priorità e progetti organizzativi delle procure 171

G. Accatino, Ancora sul legittimo impedimento del difensore. Un tema che torna di attualità 222

G. De Francesco, Profili evolutivi delle categorie del reato alla luce dei principi fondamentali e della garanzia della legalita' in materia penale.....234

G. Martiello, Il "ravvedimento comunitario" del legislatore nazionale in materia di repressione degli «abusi di mercato»: prime note di commento all'art. 26 della Legge n. 238/2021 («legge europea 2019-2020»).....246

K. Natali, La riforma Cartabia riapre una storica discussione in tema di annullamento parziale della sentenza.....262

M. Di Florio, Uno sguardo oltre la compiance 231: digital criminal compiance e rischio di infiltrazioni mafiose nelle imprese 294

M.F. Carriero, La morfologia della responsabilità penale datoriale per l'infezione da Covid-19.....308

C. Ruga Riva, Presente e futuro del diritto punitivo pandemico. Spunti di riflessione a partire dal d.l. 24.3.2022 n. 24.....334

E. Romanelli, Opportunita' di emersione del sommerso in materia di reati contro il patrimonio culturare: una proposta di misura premiale 340

B. Paterra, L'estensibilitá all'extraneus della tutela antinfortunistica. profili evolutivi e sistematici.....381

FAKE FOODS E *NOVEL FOODS*. LA SICUREZZA ALIMENTARE TRA VECCHIE CRITICITÀ E NUOVE PROSPETTIVE

Di Giuseppe Alesci
Dottore di ricerca, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Ripercorrendo le tappe fondamentali dell'evoluzione della frode agro-alimentare, il contributo tenta di illustrare l'attuale crisi dell'agri-food criminal law. La sicurezza alimentare, affermatasi con prepotenza come nuovo bene giuridico, richiede con urgenza una riforma della disciplina, che tuttavia tarda ad arrivare. Dinanzi ai pericoli derivanti dall'impiego delle nuove tecnologie nei processi di produzione e distribuzione dei prodotti alimentari, infatti, lo strumento penale, (ab-)usato in passato nel vano tentativo di arginare la diffusione delle condotte fraudolente, ha fallito il suo obiettivo. Di qui, l'invito a una semplificazione (per sottrazione) del confuso quanto ineffettivo sistema punitivo, in favore di una rinnovata centralità delle sanzioni amministrative che, per propria natura, meglio si adeguano alle dinamiche delle moderne condotte fraudolente, non predeterminabili in astratto in ragione della veloce mutevolezza tecnico-scientifica della materia.
Retracing the fundamental steps of the agri-food fraud evolution, this abstract attempts to depict the current crisis of the agri-food criminal law. Food safety, asserted with arrogance as a new legal asset, urgently requires a reform of the discipline, which however is long in coming. Faced with the dangers arising from the use of new technologies in the production and distribution processes of food products, indeed, the criminal instrument, (ab) used in the past in a vain attempt to contain the spread of fraudulent conduct, has failed in its objective. Hence, the call for a simplification (by subtraction) of the muddled as well as ineffective punitive system, in favor of a renewed centrality of administrative sanctions which, by its very nature, better adapt to the dynamics of modern fraudulent conduct, which cannot be predetermined in the abstract in account of the rapid technical-scientific mutability of the matter.

SOMMARIO: 1. La sicurezza alimentare - 2. Le radici delle frodi alimentari: uno spaccato storico - 3. La precaria piramide punitiva dell'*agri-food criminal law* - 4. I vani tentativi di una razionalizzazione del sistema - 5. Dall'*impasse* alla schizofrenia: lo stato di una politica criminale estremamente confusa - 6. Intanto in Europa…: *novel foods* e l'approccio di tipo precauzionale - 7. Brevi considerazioni conclusive: l'esigenza di semplificazione in una prospettiva garantista.

1. Il prosciutto di Parma, apprezzato in tutto il mondo, ma importato dall'estero e trasformato in prodotto locale falsificando il marchio di provenienza. La mozzarella di bufala (il cd. "oro bianco" della Campania), inquinata dalle cagliate tedesche spedite in gran quantità in Italia; o, ancora, il riciclo dei formaggi scaduti provenienti dall'Asia e dai Paesi dell'Est e destinati a diventare eccellenze del *made in Italy*[1]. I pomodori pachino che arrivano dal Nordafrica e vengono venduti

[1] Si tratta di alcuni esempi tratti dall'interessante libro–inchiesta di M. Monti – L. Ponzi, *Cibo Criminale. Il nuovo business della mafia italiana*, Roma 2013, sul grande giro d'affari basati sui prodotti falsamente etichettati *made in Italy*, sulle sofisticazioni alimentari e le manovre della criminalità organizzata per impossessarsi dei fondi europei.

come siciliani, così come il triplo concentrato originario dell'Agro nocerino-sarnese, la patria del San Marzano[2].
Sono questi alcuni esempi del mercato dei *fake foods*, prodotti alimentari adulterati, alterati, sofisticati o contraffatti per origine, qualità e/o etichetta, distribuiti ovunque nel mondo[3]. Un *business* globale da 60 miliardi di euro l'anno che è destinato a crescere esponenzialmente[4]: le attività di sperimentazione e manipolazione genetica sugli alimenti, nonché l'applicazione al settore alimentare dei grandi processi industriali di produzione e distribuzione, allontanano infatti il consumatore dai luoghi di produzione dei beni di consumo[5], facilitando le contraffazioni e, con esse, esponendo a nuovi pericoli (e rischi) la sicurezza alimentare.
Il legislatore, così, è stato costretto a intervenire a più riprese per offrire una regolamentazione adeguata all'evoluzione della materia. La natura capillare delle risposte legislative, tuttavia, spesso fuorviate da istanze ultra–securitarie di natura emotiva dipese da ciclici scandali alimentari[6], ha

[2] Risale al Giugno 2021 la notizia (diffusa come operazione "Scarlatto due") di un maxi sequestro presso un'azienda dell'Agro Nocerino Sarnese, *leader* nel settore conserviero, di una partita di ben 821 tonnellate di concentrato di pomodoro di provenienza egiziana, del valore di circa un milione di euro, risultato contaminato da pesticidi presenti in misura maggiore a quanto normativamente consentito, sussistendo così il concreto rischio di nocività per la salute umana. Peraltro, poche settimane prima vi era stata un'altra significativa attività investigativa (nota come operazione "Scarlatto"), condotta sempre dalla Procura della Repubblica di Nocera Inferiore, con la quale erano state sequestrate migliaia di tonnellate di concentrato di pomodoro di provenienza estera, fraudolentemente inserito nel ciclo produttivo per realizzare conserve alimentari illecitamente commercializzate come "pomodoro 100% toscano". Per la Coldiretti, il sequestro, in una zona tradizionale di produzione come la Campania, conferma l'allarme per l'aumento delle importazioni in Italia di derivati di pomodoro del 23% nel primo bimestre del 2021 soprattutto dalla Cina con quantitativi che sono però praticamente raddoppiati dall'Egitto (+83%) rispetto allo scorso anno. Fonte tratta dal quotidiano *online Italia a Tavola*, 8 giugno 2021.
[3] È bene chiarire fin da subito, anticipando ciò che verrà approfondito in seguito, che adulterazione (è il caso del vino al metanolo per aumentarne la gradazione), sofisticazione (la mozzarella al perossido di benzoile con effetto sbiancante), alterazione (i vini fermentati con invertasi, o mozzarella prodotta con caseina) e contraffazione (margarina proveniente da grassi minerali) di alimenti rappresentano condotte tipiche della medesima categoria di reato, ovvero la cd. frode alimentare, a sua volta distinta, secondo gli orientamenti più comuni della dottrina, in "frode sanitaria", relativa a ipotesi in cui la manipolazione del prodotto espone al pericolo o lede la salute del consumatore, e in "frode commerciale", che comprende tutte le azioni fraudolente sugli alimenti che, non determinando un concreto o immediato pericolo per la salute pubblica, favoriscono illeciti profitti a danno di terzi o del consumatore.
[4] Neanche l'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha fermato le frodi agroalimentari: in Italia, secondo il Report 2020 pubblicato sul sito del Mipaaf relativo all'attività operativa dell'Ispettorato Centrale Repressione Frodi (ICQRF) avente ad oggetto gli interventi contro frodi, fenomeni di *italian sounding* e contraffazioni ai danni del *made in Italy* agroalimentare e dei consumatori, nonchè il contrasto alla criminalità agroalimentare, nel 2020 sono state iscritte 159 notizie di reato per frodi agroalimentari e 4.119 contestazioni amministrative, a cui si aggiungono 4.762 diffide emesse nei confronti degli operatori della filiera.
[5] Per esprimere questo concetto si è soliti usare l'espressione «dalla fattoria alla tavola», peraltro ricavata dal Libro Bianco del 12 gennaio 2000 sulla sicurezza alimentare della Commissione europea. Si tratta di un provvedimento redatto allo scopo di delineare l'insieme delle azioni necessarie a completare e attualizzare la legislazione dell'Unione Europea in materia.
[6] Si pensi all'allarme sociale creato da talune drammatiche vicende che periodicamente (e quasi ciclicamente) hanno condotto a risposte legislative emergenziali tutt'altro che ponderate: si pensi allo scandalo negli anni '50 dell'olio d'oliva, sofisticato con olio di tè o olio sintetico; alla pasta prodotta con farina di grano tenero con l'addizione di colla di pesce per la tenuta in fase di cottura; allo scandalo negli anni '80 del vino al metanolo, con molte persone intossicate e alcuni decessi; o ancora, all'uso fraudolento di anabolizzanti negli allevamenti bovini per aumentarne le *performances* con conseguenti ripercussioni sul settore carne; all'impiego di coloranti sintetici di colore rosso nel peperoncino per renderlo di colore più brillante; al trattamento artificioso del tonno fresco col monossido di carbonio (CO) per renderlo rosso ciliegia a differenza del suo colore naturale (rosso cupo); all'impiego di solfiti o nitrati come stabilizzatori del colore rosso delle carni macinate e il conseguente scandalo della "mucca pazza" diffusasi a metà degli anni '90.

delineato un quadro della disciplina di settore esasperato (e a tratti incoerente), con evidenti ripercussioni in tema di effettività di una tutela articolata su livelli differenziati[7]. La sensibilità della disciplina verso i postulati della scienza, e le mutevoli nozioni tecnico-scientifiche di riferimento, riguardanti ad esempio le caratteristiche funzionali degli alimenti, rendono infatti fragile la certezza delle prescrizioni normative, ramificate tanto nel diritto penale quanto in quello civile e amministrativo[8].

È pur vero, tuttavia, che la complessità della stratificazione del diritto alimentare, costituita da fonti di ogni ordine e grado (internazionali, europee e nazionali, di *hard* come di *soft law*) non meraviglia, considerato che coinvolge istanze di tutela estremamente differenziate: non rilevano soltanto l'igiene, l'integrità e la genuinità degli alimenti, e dunque più in generale la salute dei consumatori, ma anche - e peraltro in modo non esaustivo - l'economia pubblica, la lealtà commerciale, gli interessi economici di particolari categorie di produttori, la circolazione dei prodotti, la corretta informazione, la specificità e l'origine territoriale della produzione, l'attività agricola, gli interessi fiscali dello Stato[9].

Si tratta di interessi che, pur declinati in termini estremamente differenziati, gravitano tutti attorno al comune denominatore della "sicurezza alimentare". Affermatasi con prepotenza come nuovo bene giuridico, figlia della modernità e dell'evoluzione scientifica, la sicurezza alimentare si presenta oggi come eterogenea, polimorfica e dal contenuto ancora sfuggente, prospettando di sé diverse definizioni. Comunemente identificata con la c.d. *food security*, intesa come diritto al cibo o, meglio, come «la garanzia di un accesso fisico, economico e sociale a un'alimentazione sufficiente, sicura e nutritiva, adeguata a tutti, e dunque quale disponibilità dell'uomo agli approvvigionamenti alimentari minimi per soddisfare il suo bisogno naturale ed irrinunciabile»[10], la sicurezza alimentare, nella sua dimensione giuridica, va invece qualificata come *food safety*, da intendersi (per quanto genericamente) come sicurezza dei prodotti alimentari rispetto alla loro

[7] Come si approfondirà in seguito, la tutela della materia agro-alimentare è apprestata attraverso un modello sanzionatorio scalare: dall'illecito di natura delittuosa a quello di natura contravvenzionale, da quello depenalizzato a quello amministrativo fin dall'origine.

[8] Dal punto di vista strettamente penalistico, lo scarso tasso di determinatezza delle singole fattispecie, nonché, più in generale, una complessiva carenza dei canoni di certezza e prevedibilità costituiscono gli effetti naturali del "tradizionale" disordine della normativa alimentare, che si ripercuote inevitabilmente tanto sulla conoscibilità dei precetti sanzionati quanto sulla coerenza del sistema di tutela penale.

[9] Nello stesso senso, si veda D. Castronuovo, *Sicurezza alimentare*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini – D. Castronuovo, Padova 2007, 22; o ancora, A. Bernardi, Il *processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *RTrimDPenEc* 2002, 67; più di recente, fra gli altri, A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, IX, Milano 2013.

[10] Queste definizioni sono state elaborate nel corso del *World food summit* della Fao tenutosi a Roma nel 1996 e, di fatto, riassumono quanto già risulta giuridicamente riconosciuto da molte fonti di diritto internazionale a partire dall'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948. In questa chiave di lettura, tra le voci più qualificate della dottrina, si veda S. Rodotà, *Il diritto al cibo*, in www.saperedemocratico.it 2011, che riconosce la *food security* come «uno dei più fondamentali tra i diritti fondamentali», osservando che «[…] il diritto al cibo, e più precisamente alla sicurezza alimentare, obbliga a un approccio nuovo, a una riconsiderazione delle tre categorie fondamentali del pensiero politico, etico e giuridico – la libertà, la dignità, l'eguaglianza – e dello stesso diritto alla vita, la cui dimensione sociale si comprende ancora meglio proprio attraverso l'approccio del diritto al cibo». Per un approfondimento ulteriore, si veda, *ex multis*, M. Giuffrida, *Il diritto fondamentale alla sicurezza alimentare tra esigenze di tutela della salute umana e promozione della libera circolazione delle merci*, in *Riv. dir. alim.*, 3/2015, 34-44.

produzione, manipolazione, preparazione e conservazione[11]. Nondimeno, ricondotto alle coordinate che qui più direttamente rilevano, appare chiara la relazione con il bene della "salute", tanto individuale quanto collettiva, di cui appare costituire un predicato in cui *security* e *safety* convergono reciprocamente, costituendo l'uno la premessa dell'altro[12].

La sicurezza alimentare costituisce, dunque, un bene dalla titolarità nel contempo individuale e diffusa, mostrando una bipolarità teleologica[13] che lo qualifica come bene intermedio, di categoria, a carattere strumentale, ponendosi tra la sfera di tutela della salute pubblica e lo scopo ultimo della tutela stessa. Ecco, allora, che «i reati specificamente agroalimentari costituiscono un nucleo importante, non separabile concettualmente, ma in parte solo geograficamente, dalla restante disciplina della salute. Un binomio che rievoca quello tra rischio e pericolo: il rischio come contrassegno della sicurezza alimentare, il pericolo come contrassegno dei reati contro la salute pubblica»[14]. La delicatezza di questo rapporto, affiancata alla fisiologica complessità della materia, ha imposto nel tempo la predisposizione di meccanismi di tutela dalla natura inevitabilmente preventiva (oggi anche precauzionali[15]), principalmente modellati su di una anticipata analisi dei pericoli (oggi anche rischi) individuati attraverso i postulati della scienza[16]. Modelli, peraltro, che, attraverso l'approntamento di adeguati meccanismi di *accountabilty* e di trasparenza, sono imperniati sulla disciplina della auto-responsabilizzazione dei produttori, dei certificatori, dei distributori, ma anche dei consumatori, e dunque, di tutti i soggetti della filiera[17].

Eppure, l'affermazione del concetto di sicurezza alimentare, anziché costituire un valore aggiunto alla disciplina, ha finito per aggravare una – peraltro - già presente confusione del legislatore, che

---

[11] È bene precisare, per completezza, che nel concetto di sicurezza alimentare in senso ampio e lato si tende generalmente a far rientrare anche la *food defense*, usato dalla *US Food and Drug Administration (*USDA), *Department of Homeland Security (*DHS), per definire le attività connesse alla protezione delle derrate alimentari del proprio Paese da atti intenzionali di contaminazione o manomissione.

[12] Cfr. M. Ramajoli, *Dalla "food safety" alla "food security" e ritorno*, in *Amministrare* 2015, 271-292. È anche vero, tuttavia, che immaginare la sicurezza alimentare come una entità monocorde e indifferenziata non sarebbe corretto, anzitutto, per l'intrinseca ontologica diversità tra le due dimensioni della *security* e della *safety;* in secondo luogo, per la necessità di essere scomposta e dettagliata innanzi al contesto di riferimento. Così F.F. Tuccari, *Prolegomeni a uno studio in tema di sicurezza alimentare*, in *Riv. di storia e politica internazionale*, 2/2016, 441 ss.

[13] In termini di bipolarità teleologica della sicurezza alimentare si veda A. Gargani, *Il pericolo comune e la nozione di disastro sanitario nel settore alimentare: profili* de lege ferenda, in *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione e repressione*, a cura di L. Foffani – A. Doval Pais – D. Castronuovo, Milano 2014.

[14] Si esprime così M. Donini, *Il progetto 2015 della commissione Caselli*, in *DPenCont*, 1/2016, 5-30; si veda anche Id., *Il progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, in *CP*, 12/2010, 4463 ss.

[15] Il principio di precauzione, ormai noto nella disciplina penalistica, consente di intervenire in situazioni di incertezza scientifica sull'esistenza o sulla portata dei rischi per la salute, ed è da molti individuato quale strumento di reazione alla insicurezza provocata dall'incertezza scientifica e dal progresso tecnologico. In materia alimentare ha trovato una sua espressa definizione, sia in ambito europeo, nell'art. 7 Regolamento 178/2002/CE, sia in ambito nazionale, nell'art. 107 co. 4 e 5 d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (cd. codice del consumo). Sul punto, tra gli altri, D. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 luglio 2011; E. Corn, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Torino 2013; A. Orsina, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale*, Torino 2015.

[16] Il modello di prevenzione dei rischi è ormai connaturato in campi, come quello alimentare, in cui vi è un primato della tecnica e della scienza che consente, attraverso la predisposizione di articolati presidi di vigilanza e controllo - in senso sia orizzontale, cioè provenienti dagli stessi produttori, sia verticale, da parte delle Autorità sanitarie –, di favorire la sicurezza alimentare. Per un approfondimento, si veda L. Tumminello, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in *DPenCont*, 4/2013, 279 ss.; F. Adornato, *La sicurezza alimentare tra primato della tecnica e crisi del diritto*, in *Riv. dir. agr*., 3/2012, 405–414.

[17] Ciò è vero soprattutto con riguardo ai cd. *novel foods* e agli OGM, dove il rischio da "ignoto" è maggiore. In argomento, si rinvia ai contributi contenuti in Aa.Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano 2002.

ha continuato a regolamentare la materia senza una riconoscibile razionalità politico-criminale, favorendo l'inestricabile intreccio di disposizioni già appesantite dalle costanti interazioni tra normative di epoche differenti.

2. La frode alimentare, come si ricava da diverse fonti storiche, è da considerare una delle attività criminose più antiche e saldamente radicate nella vita sociale[18].
Numerose denunce di pratiche commerciali fraudolente, infatti, si ritrovano già nella Bibbia: il profeta Amos (vissuto intorno al 750 a.C.) si fa interprete della voce di Dio, che si indigna con quelli che aspettano l'occasione per vendere il frumento riducendone il volume e accrescendone il peso con bilance false, commerciando e speculando sugli scarti del grano[19]. In alcuni documenti dell'antico Egitto, invece, è narrato che all'epoca dei Faraoni la commestibilità delle carni macellate venisse certificata da appositi pubblici funzionari. La sanzione per il truffatore alimentare recidivo era la morte[20]. La prevenzione della sicurezza alimentare era tema affrontato anche nell'antica Grecia ove, innanzi alla cattiva abitudine di trattare il vino con sostanze che ne alteravano la composizione per spacciare il novello per vino d'annata, era stato istituito un corpo speciale di magistrati - *gli agorami* - con funzioni di polizia del mercato affinché «provvedessero che i venditori e i compratori si comportino con onestà e non usino menzogne»[21].
Le frodi alimentari erano frequenti anche durante l'età romana. Come si ricava dalle descrizioni di Plinio il Vecchio nella sua *Naturalis historia*, nella vendita del pane i fornai erano soliti aggiungere alla farina di frumento una terra bianca, molle al tatto e dolce di fragranza, denominata *leucogea*, proveniente da un'area di scavo posta tra Napoli e Pozzuoli, per renderlo più pesante; o ancora, consuete risultavano le frodi sull'origine di alcuni vini della Gallia, colorati artificialmente tanto da non potersi rinvenire con facilità l'autentica denominazione di *vinum Falernum*[22].
Nonostante la diffusione delle pratiche di contraffazione nel commercio al dettaglio, la scarsità di frammenti pervenuti non consente una ricostruzione precisa, tanto dell'epoca classica quanto di quella giustinianea, dell'allora sistema di repressione. Dalle fonti rinvenute, infatti, non è chiaro se il *crimen falsi* fosse perseguito nel pubblico interesse quale *crimen publicum* o sostenuto dall'accusa volontaria quale *crimen privatum*[23]. È certo, tuttavia, che, soprattutto sotto l'impero, la necessità di reprimere la molteplicità della pratiche scorrette che ostacolavano lo sviluppo dei traffici commerciali (*adulterare*, *corrumpere*, *imitare*, *vitiare*, oltre che *falsare*) condusse alla

[18] Per un interessante spaccato della storia delle frodi alimentari, dalle origini sino all'età moderna, si rinvia alla lettura di G. Nebbia – G. Menozzi, *Breve storia delle frodi alimentari*, in *Alimentazione e salute*, a cura di S. Canepari, C. Maltoni, F. Saccani, Forlì 1986, 60-68; si veda anche G. Stea, *Elementi per un'analisi del reato alimentare tra rischio, pericolo e necessità di prevenzione*, in *Riv. dir. alim.*, 2/2018, 42–71.
[19] È questo quanto si legge nella *Bibbia*, Amos, 8, 5-6.
[20] Tanto si apprende anche dal Codice di Hammurabi, re di Babilonia dal 1792 al 1750 a. C., con riferimento alla produzione della birra; in particolare, la legge 108 recitava «Se una taverniera tenutaria di una taverna non accetta frumento secondo il peso lordo per il pagamento della birra, ma prende denaro, o se ricevendo il frumento, annacqua la birra, sia condannata e gettata nell'acqua». Cfr., ancora G. Nebbia, *Aspetti storici del problema del controllo della qualità delle merci nel mondo antico e nel Medioevo*, in *Quaderni di Merceologia* 1962, 327-380.
[21] Così Teofrasto, *Framm*., XCVIII pubblicato nel *Codice civile degli Ateniesi*, in *Le orazioni di Demostene*, a cura di F. Mariotti, Firenze 1877, III, 583.
[22] Così L. Gabba, *Adulterazione e falsificazione degli alimenti*, Milano 1884, 2-3.
[23] Circa la difficoltà di reprimere efficacemente le diverse forme di contraffazione, nonostante l'indubbia diffusione di contrassegni con lo scopo di rappresentare la proprietà su determinate merci o di indicarne il luogo di produzione e testimoniare l'abilità manifatturiera del suo artefice, si veda G. Marino, *Appunti sulla falsificazione del marchio nel diritto romano, in Zeitschrift der Savigny – Stifting für Rechtgeschichte, Romanistische Abteilung*, Wien – Köln 1988, 771, che esclude di poter trarre un argomento utile dall'applicazione della *poena falsi* all'assunzione e all'uso di un falso nome.

configurazione di una nuova figura criminosa, il *crimen stellionatus*, così detto da *stellio,* ovvero una specie di rettile dalla pelle macchiata e variegata in grado di mutare facilmente colore, così da lasciar intendere anche il significato tralatizio di truffatore o imbroglione[24]. Un delitto in realtà privo di unità logica rigorosa e di precisi criteri distintivi, che serviva come mezzo sussidiario per reprimere atti dolosi non riassunti sotto la figura criminosa del *falsum*, e però caratterizzati dall'inganno e dalla frode improbi, con punibilità *extra ordinem* e quindi esclusa dalle *quaestiones pubblicae*; si lasciava così al magistrato la determinazione arbitraria della pena in termini di *coercitio* (e non di *poenitio*), valutata in ragione della gravità dei danni arrecati alla pubblica sicurezza, all'economia e alla moralità[25]. Nella romanità, dunque, le condotte ingannevoli commesse nei traffici commerciali erano essenzialmente considerate un'offesa patrimoniale arrecata al privato, e quindi carente di un interesse generale alla repressione del fatto come reato.
Per la rilevanza pubblicistica di tale tipologia di condotte si dovrà attendere il Medioevo. La natura "pubblicistica" riconosciuta al commerciante o al produttore, infatti, consentiva una tutela più efficace dell'attività mercantile dalle pratiche di inganno, ora ricondotte alla violazione della *fides pubblica*[26]. Si tratta di una ricostruzione che rimarrà pressoché immutata, sia pur con qualche oscillazione, sino ai codici preunitari[27] (si pensi a quello Sardo[28] e a quello Toscano[29]) che, per arginare la diffusione del fenomeno della contraffazione favorito dai primi processi di produzione alimentare della società industriale, affiancavano alle varie figure di falso, riunite sotto l'unica denominazione della fede pubblica, alcune ipotesi di reato relative alla diffusione di alimenti nocivi qualificandole come delitti contro la persona[30].

[24] Nella voce *Stellionato* di G. Crivellari, in *DigIt*, XXII, Torino 1895, 496, si fa risalire all'improba astuzia che gli antichi attribuivano a tale animale l'analogia con la frode, reputando come la pelle fosse un rimedio efficacissimo contro l'epilessia: «lo stellione ciò conoscendo, tostochè, per cambiarla, la perdeva, se la divorava onde sottrarre all'uomo un medicinale così poderoso». Per un approfondimento si veda anche E. Volterra, *Stellionatus*, in *Scritti Giuridici. Diritto criminale e diritti dell'antico oriente mediterraneo*, VII, Napoli 1999.

[25] Nelle *Recitazioni di Einaccio* si legge che la pena dello stellionato era «straordinaria e arbitraria, in modo, però, che negli ignobili non ecceda lo scavo delle miniere, e nei nobili la relegazione o pure la rimozione dall'ordine di cui fan parte».

[26] In tal senso depongono le fonti storiche. Tra le pratiche più diffuse vi era l'utilizzo di farine mescolate con granaglie ammuffite per produrre il pane. O, ancora, a Venezia negli statuti corporativi del '300 facevano giurare a mugnai e biadaioli di non mettere grano e fieno di buona qualità in cima ai sacchi, lasciando al di sotto i chicchi scadenti e l'erba medica. Nella stessa epoca, alla Corte di Avignone, Troiante da Fermo usava confezionare polpette con carne umana degli impiccati, finché venne scoperto e giustiziato a sua volta. Ancora, nel XIV sec., il notaio toscano Francesco da Barberino diffidava le pollivendole dal riempire il gozzo di pernici e capponi per farli pesare di più, ammonendo anche le verduraie di non aggiungere foglie fresche alla frutta marcia. Cfr. M. Montanari, *Storia e cultura dei piaceri della tavola dall'Antichità al Medioevo,* IX, Roma – Bari 1989.

[27] Il "balzo" storico appare inevitabile, rinviando per una precisa ricostruzione dell'evoluzione della storia delle frodi alimentari, secolo dopo secolo, all'interessante articolo di S. Masini, *Frammenti per una storia delle frodi alimentari,* in *Dir. agroalim.* 2017, 313–356.

[28] Il Codice penale Sardo per il Regno di Sardegna fu promulgato dal re Carlo Alberto di Savoia il 26 ottobre 1839 ed entrò in vigore il 15 gennaio 1840. Il testo fu modificato e (ri)promulgato nel 1859 da Vittorio Emanuele II, e rimase in vigore (seppur con alcuni limiti territoriali) anche nel neonato Regno d'Italia fino all'emanazione del codice penale italiano del 1889.

[29] Il Codice penale del Gran Ducato di Toscana è stato pubblicato da Leopoldo II nel 1853 e rimase in vigore sino alla promulgazione del Codice Zanardelli.

[30] Nel Codice Toscano i delitti contro la fede pubblica erano collocati al Titolo V. In particolare, nel Capo IV, «di altre specie di falsità», l'art. 265 sanzionava «la dolosa fabbricazione o l'uso doloso di pesi o misure, maggiori o minori nel giusto» con la reclusione da un mese a tre anni di carcere. Nel Titolo VII, invece, dedicato ai delitti contro la persona, al Capo VI («dell'avvelenamento di comune pericolo»), vi era la prescrizione di cui all'art. 356, che sanzionava «chiunque, con l'animo di far lucro, ha scientificamente mescolato alle vittuaglie, alle bevande, ai medicinali, o ad altre merci, che spaccia, sostanze pericolose alla salute».

La *ratio* dell'incriminazione, volta a tutelare l'ordinato e leale svolgimento dei rapporti commerciali, garantendo nel contempo l'interesse al mantenimento della fiducia negli scambi e al rafforzamento dell'ordine economico generale, viene confermata anche successivamente all'Unità d'Italia con il codice Zanardelli del 1889, che tra i delitti contro la fede pubblica (Titolo VI) inseriva quelli «di frode nei commerci, nelle industrie e degli incanti». È in questo preciso momento storico, tuttavia, che la frode alimentare assume definitivamente una nuova identità; grazie alla razionalità del pensiero illuministico, infatti, si intuisce che le pratiche menzognere e ingannevoli rappresentavano qui un pericolo anche per la salute del consumatore e, più in generale, per quella della collettività. Viene così inserito, tra i delitti contro l'incolumità pubblica (Titolo VII), un capo dedicato ai delitti contro la sanità e l'alimentazione pubblica (Capo III), modulato sulla diffusione di elementi nocivi. In virtù di questa nuova prospettiva, viene emanata anche la prima legge in materia di sicurezza alimentare (l. 22 dicembre 1888 n. 5849 rubricata «Tutela dell'igiene e della sanità pubblica»), con la quale tra l'altro si istituiva, presso ogni provincia, il Servizio pubblico Veterinario, con il compito di eseguire ispezioni nei macelli e negli spacci di carne dei comuni particolarmente ricchi di bestiame[31].
La nuova identità della frode agroalimentare trova conferma anche nel codice Rocco, con la previsione - ancora attuale - di diverse ipotesi delittuose (comunemente definite "frodi sanitarie") incentrate sul concetto di pericolosità per l'incolumità pubblica (Titolo VI, Capo II, artt. 439 – 444 Cp) [32]. Anche la frode propriamente commerciale, liberandosi di un ormai anacronistico riferimento alla fede pubblica, si rinnova ridefinendo il proprio oggetto di tutela in termini di fiducia del corpo sociale in determinati oggetti o simboli sulla cui genuinità o autenticità deve potersi fare affidamento al fine di rendere certo e affidabile il traffico economico e/o giuridico. Dinanzi alla mutata realtà economica e alla nuova struttura sociale, infatti, il legislatore intuisce la necessità di presidiare un interesse maggiormente legato agli scambi commerciali, a tutela sia della platea dei consumatori sia dei produttori e commercianti, quale l'osservanza di un costume di lealtà e correttezza nello svolgimento del commercio; un clima generale di diffidenza, infatti, avrebbe costituito un intralcio ai traffici commerciali con il conseguente turbamento del sistema economico nazionale. Il concetto di ordine economico si sostituisce così a quello di fede pubblica, con la previsione di una serie di ipotesi delittuose che, per le modalità e le circostanze tipizzate, recano un danno concreto all'economia pubblica (Titolo VII, Capo II, artt. 515 al 517 *quater* Cp)[33].

3. Il percorso evolutivo della disciplina, sinteticamente ricordato nello spaccato storico appena riassunto, se da un lato mette in luce tracce di sorprendente continuità modale nelle tipologie di frodi alimentari susseguitesi nel tempo, dall'altro ne evidenzia anche il continuo mutare, con la conseguente necessità per l'ordinamento giuridico di adeguarsi al divenire della contemporaneità e della percezione culturale.

---

[31] Seguirono, poi, per citare gli interventi più significativi, il r.d. 3 agosto 1890, n. 7045, «Regolamento speciale per la vigilanza igienica sugli alimenti, sulle bevande e sugli oggetti di uso domestico»; o, ancora, il r.d. 26 aprile 1928 n. 1265, «Vigilanza sanitaria delle carni», e il r.d. 27 luglio 1934 n. 1265, cd. "Testo unico delle leggi sanitarie".
[32] Si tratta di ipotesi peculiari con cui si incrimina l'avvelenamento o l'adulterazione di acque o di sostanze alimentari (artt. 439 e 440 Cp), o il commercio delle stesse sostanze contraffatte, adulterate o nocive (artt. 442 e 444 Cp).
[33] Anche qui il richiamo è soltanto accennato per essere poi approfondito nel *par. §3.* Sommariamente, le previsioni riguardano la frode nell'esercizio del commercio, la vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine, la contraffazione di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari. In una visione antropocentrica, non esulano dalla tutela della salute pubblica e, dunque, in termini di sicurezza alimentare, le previsioni in materia ambientale di cui agli artt. 452 *bis* ss. del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (e successive modifiche).

In effetti, come era inevitabile che accadesse, la normativa in materia agro-alimentare è stata oggetto di costanti interventi di riforma che, ramificandone gli aspetti interdisciplinari, l'hanno significativamente ampliata in misura proporzionale ai nuovi pericoli generati dall'evoluzione dei processi di produzione, trasformazione e distribuzione.
La proliferazione, per la verità abbastanza confusa, di illeciti alimentari *extra codicem* ha tuttavia assunto negli anni una chiara identità sanzionatoria. Si è così dosata la tutela in relazione al grado di offesa dei beni protetti, individuati ora nella salute pubblica, ora nell' economia pubblica, ed esposti ora a un mero rischio - eventualmente ancora incerto -, ora a più invasive ipotesi di pericolo, ora a un preciso danno[34]. La eterogeneità della portata offensiva delle differenti ipotesi di frodi alimentari tipizzate, principalmente distinte in frodi sanitarie da un lato e frodi commerciali dall'altro, ha condotto il legislatore ad apprestare un quadro sanzionatorio "scalare", tendenzialmente articolato su tre livelli in cui sono coinvolti tutti gli strumenti tipici del sistema sanzionatorio, dall'illecito amministrativo alla contravvenzione, sino al delitto[35].
Procedendo in ordine crescente, alla base della piramide punitiva si collocano gli illeciti amministrativi. Nonostante la loro incredibile quantità[36], e la loro sensibile eterogeneità, si tratta di ipotesi accomunate dalla marcata connotazione preventiva che, non incidendo direttamente sulla salubrità o nocività dell'alimento, perché soltanto prodromiche alla realizzazione di fatti pericolosi, presentano un grado di lesività esiguo, ma al contempo indispensabile in ragione della loro funzione di etero-integrazione normativa dei precetti penali. Infatti, la maggior parte di questi - prodotti dalla depenalizzazione operata dal d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507[37], ma provenienti

[34] Cfr., *ex multis*, D. Castronuovo, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in *Sistema penale*, 14 dicembre 2020. Lo stesso A. si esprime già in questi termini in *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, in *RTrimDPecEc* 1997, 640, in cui afferma che il pericolo astratto, tipico del diritto penale alimentare, suscita l'immagine di una «categoria onnivora».
[35] La classificazione "su tre livelli" della disciplina in materia alimentare è ormai una costante della dottrina più autorevole, cui si rinvia per un approfondimento. Tra gli altri, cfr. A. Bernardi, *op. cit.*, 64 s.; D. Castronuovo, *Sicurezza alimentare*, cit., 23 ss.; Id., *Depenalizzazione e modelli di riforma penale: il "paradigma" del sistema di illeciti in materia penale*, in *IP* 2001, 303; A. Gargani, R*eati contro l'incolumità pubblica*, cit., 273 ss.; ancora, S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci – E. Dolcini, II, Padova 2014, 124 ss. Il modello tripartito è stato più di recente ripreso da L. Tumminello, *op. cit.*, 272 ss.; G. Toscano, B*ene giuridico e modelli di tutela nella disciplina degli illeciti alimentari: riflessioni de iure condendo (anche) nella prospettiva della riserva di codice*, in *www.legislazionepenale.eu*, 4 febbraio 2019, 11 ss. *Contra*, M. Donini, *La riforma dei reati alimentari: dalla precauzione ai disastri. Per una modellistica pentapartita degli illeciti in materia di salute e sicurezza alimentare*, in *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre expo 2015*, a cura di Biscotti – Lamarque, Torino 2015, 40 ss.; o, ancora, Id., *Il progetto 2015 della Commissione Caselli*, in *DPenCont* 2016, 1. L'A., infatti, ritiene che oggi esistano cinque modelli di intervento legislativo in materia alimentare, qui solo brevemente accennati: 1) un modello precauzionale puro, che oscilla tra il diritto penale e quello amministrativo, tipico ad esempio degli OGM; 2) un modello di tutela amministrativa, caratterizzato da ipotesi minori di pericolo astratto – presunto o di rischio; 3) un modello propriamente contravvenzionale; 4) un modello codicistico riservato ai delitti contro la salute pubblica; 5) un modello – residuale, a tutela dell'integrità individuale e della vita.
[36]Ad oggi gli illeciti amministrativi agro-alimentari registrati dal sistema informativo dell'ICQRF, cioè l'Ispettorato centrale per la tutela della qualità e la repressione delle frodi presso il Ministero delle politiche agricole e forestali, sono circa un migliaio. Cfr. R. Mirabelli, *Il ruolo del Ministero della salute nell'attuazione delle norme in materia di sicurezza alimentare*, in *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale, ed europeo*, a cura di C. Bottari, Santarcangelo di Romagna 2015, 45 ss.
[37] Sui modesti effetti del d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507, con cui si è peraltro proceduto alla depenalizzazione, pressoché totale, anche del sistema sanzionatorio presente nella l. 30 aprile 1962 n. 283, con l'eccezione delle ipotesi contravvenzionali di cui agli art. 5, 6 e (in parte) 12., si veda *infra §4*.

anche da numerose leggi speciali[38] e dai decreti attuativi della abbondante opera di regolazione sovranazionale avviluppatasi nel tempo[39] - riguardano prevalentemente violazioni di prescrizioni commerciali o in materia di imballaggio, genuinità, composizione, igiene, confezionamento, tenuta dei registri, documenti di accompagnamento, etichettatura, denominazioni, contrassegni, informazioni, autorizzazioni, omesse comunicazioni, detenzioni non giustificate. A titolo esemplificativo, si pensi al d.lgs. 5 aprile 2006 n. 190, che sanziona le violazioni delle disposizioni di cui all' art. 18, in materia di rintracciabilità del prodotto, e agli artt. 19 e 20, relativi all'avvio delle procedure per il ritiro dal mercato degli alimenti, previste dal Regolamento 178/2002/CE[40]; o, ancora, alle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 15 dicembre 2017 n. 231, relativo alle violazioni degli obblighi di etichettatura introdotti dal Regolamento 1169/2011/UE[41].
Sul piano intermedio della piramide si pongono essenzialmente le fattispecie contravvenzionali di frode sanitaria di cui all'art 5 l. 30 aprile 1962 n. 283, relativa «alla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande». Sinteticamente, la prescrizione vieta di impiegare nella preparazione di alimenti o bevande, vendere, detenere per vendere o somministrare come mercede ai propri dipendenti, o comunque distribuire per il

[38] Sommariamente, il riferimento è alle numerose leggi speciali volte a disciplinare particolari categorie di alimenti o bevande (ad esempio, in materia di formaggi, vini, bevande, ovo prodotti, carni fresche, molluschi), o anche di singoli alimenti (ad es. burro, caffè, miele), oppure specifici aspetti della disciplina alimentare o singoli sotto settori del campo alimentare (con riguardo, ad esempio, alla pubblicità, al trasporto, alla etichettatura, agli imballaggi, ai surgelati, agli additivi).

[39] Le prime attenzioni europee sulla materia agroalimentare risalgono al Libro verde del 1997 della Commissione, poi confluito nel Libro Bianco sulla sicurezza alimentare del 2000. Tali documenti hanno ispirato il successivo *corpus* giuridico comunitario in materia di sicurezza alimentare, avviato con il Regolamento 178/2002/CE (*General food law*) e con cui, istituendo l'Autorità europea per la sicurezza alimentare, si prevedevano misure minime in tema di informazione dei prodotti lunga tutta la filiera alimentare. Sono seguiti poi il Regolamento 852/2004/CE, Regolamento 853/2004/CE, Regolamento 854/2004/CE, Regolamento 882/2004/CE, la Direttiva 41/2004/UE, e -ad ultimo– il Regolamento 625/2017/UE, che, ad oggi, compongono il cd. "pacchetto igiene", finalizzato a una armonizzazione e semplificazione delle norme in materia di igiene e controllo e di alimenti di origine animale destinati al consumo umano. Le norme introdotte conferiscono la responsabilità per l'igiene dei prodotti alimentari ai vari operatori della catena alimentare che, per mezzo del metodo HACCP - analisi di rischio e punti critici di controllo - eseguito da autorità competenti, garantiscono il rispetto dei requisiti di igiene. Peraltro, in una prospettiva di adeguamento al sistema di controllo europeo sulla filiera agroalimentare, l'Italia ha recentemente adottato i d.lgs. 2 febbraio 2021 n. 23, 24, 27, e n. 32. Per un approfondimento sul punto, si rinvia a F. Albisinni, *Alimenti e salute: la prospettiva del diritto agro-alimentare*, in *Riv. dir. alim*., 1/2014, 445; Id., *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa e globalizzazione*, in *Riv. dir. alim*., 1/2018, 11-36; L. Carrara, *Dal Regolamento (UE) 2017/625 alle misure applicative unionali e nazionali: un percorso innovativo ma non concluso*, in *Riv. dir. alim.*, 4/2020, 37–47;

[40] L'art. 18, in particolare, stabilisce l'obbligo da parte degli operatori di predisporre un sistema di tracciabilità degli alimenti o degli animali destinati alla produzione, lungo il corso delle operazioni di produzione, trasformazione e distribuzione. La sua violazione, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 190/2006, prevede, salvo che il fatto costituisca reato, una sanzione amministrativa pecuniaria da 750 euro a 4500 euro. La violazione delle procedure di ritiro dal mercato degli alimenti previste dagli artt. 19 e 20 è, invece, sanzionata ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 190/2006, che contiene diverse fattispecie di illecito amministrativo perseguite a seconda della loro gravità.

[41] Nonostante lo sviluppo tecnologico, per quanto riguarda i prodotti alimentari, l'etichetta resta l'unico strumento di immediata fruibilità attraverso cui vengono fornite al consumatore le informazioni relative al prodotto che sta considerando di acquistare. Proprio in considerazione dell'importanza rivestita dalla presentazione, etichettatura e pubblicità degli alimenti, è stato adottato il d.lgs. 15 dicembre 2017 n. 231 (entrato in vigore il 9 maggio 2018), recante la «Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del Regolamento 1169/2011/UE, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori e l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del medesimo regolamento e della Direttiva 91/2011/UE, ai sensi di quanto già disposto dalla Legge di delegazione europea 2015».

consumo, sostanze alimentari non adeguate sotto i profili di igiene, genuinità e purezza e, in generale, della sicurezza[42]. Si tratta di ipotesi strutturate prevalentemente sul pericolo astratto, laddove l'arretramento della soglia di punibilità esprime un'evidente logica preventiva, talvolta anche precauzionale, che connota la disciplina. Di frequente, infatti, ai fini della loro integrazione, rileva la sola violazione dei divieti previsti dalla legge secondo lo schema dei "limiti-soglia" (cd. lista positiva)[43].

Tale peculiarità attribuisce a queste fattispecie una inderogabile centralità nella complessa disciplina della materia agroalimentare, rappresentando peraltro il "punto zero" per la regolamentazione di produzione e commercializzazione dei prodotti agroalimentari; e ciò, nonostante la clausola di salvaguardia «salvo che il fatto non costituisca più grave reato» li releghi ad assolvere una funzione sussidiaria rispetto ai delitti codicistici. L'inflazionata applicazione quotidiana, tuttavia, non nasconde importanti debolezze di questa particolare categoria di contravvenzioni: dal diffuso «polimorifsmo lessicale» [44] alla loro scarsa rigidità afflittiva, dettata dalla facile oblazionabilità a basso prezzo[45], sino all'appiattimento probatorio conseguente all'indifferenza dolo/colpa.

Il vertice della piramide punitiva è infine occupato dalle fattispecie delittuose contenute nel codice penale, dirette a sanzionare, in modo esclusivo o comunque significativo, illeciti in materia

---

[42] Per una chiara comprensione, si reputa qui indispensabile riportare integralmente il testo dell'articolato appena richiamato: «È vietato impiegare nella preparazione di alimenti o bevande, vendere, detenere per vendere o somministrare come mercede ai propri dipendenti, o comunque distribuire per il consumo sostanze alimentari: a) private anche in parte dei propri elementi nutritivi o mescolate a sostanze di qualità inferiore o comunque trattate in modo da variarne la composizione naturale, salvo quanto disposto da leggi e regolamenti speciali; b) in cattivo stato di conservazione; c) con cariche microbiche superiori ai limiti che saranno stabiliti dal regolamento di esecuzione o da ordinanze ministeriali; d) insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione; e) [abrogata] f) [abrogata] g) con aggiunta di additivi chimici di qualsiasi natura non autorizzati con decreto del Ministro per la sanità o, nel caso che siano stati autorizzati, senza l'osservanza delle norme prescritte per il loro impiego. I decreti di autorizzazione sono soggetti a revisioni annuali; h) che contengano residui di prodotti, usati in agricoltura per la protezione delle piante e a difesa delle sostanze alimentari immagazzinate, tossici per l'uomo. Il Ministro per la sanità, con propria ordinanza, stabilisce per ciascun prodotto, autorizzato all'impiego per tali scopi, i limiti di tolleranza e l'intervallo per tali scopi, i limiti di tolleranza e l'intervallo minimo che deve intercorrere tra l'ultimo trattamento e la raccolta e, per le sostanze alimentari immagazzinate tra l'ultimo trattamento e l'immissione al consumo». Per un'approfondita disamina delle singole condotte contravvenzionali, qui soltanto richiamate, si veda V. Pacileo, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali e amministrativi*, Padova 2003, 51 s.; C. Correra, *Tutela igienico – sanitaria degli alimenti e bevande*, Milano 1991, 1107; R. Fresa, *Le fattispecie contravvenzionali della L. 283/1962 (artt. 5, 6, 12*), in *Trattato di diritto penale, Parte speciale. I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, a cura di A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, IV, Milano 2010, 436 ss.

[43] In particolare, sembra scivolare in una logica precauzionale la previsione di cui alla lett. c del richiamato art. 5 nella parte in cui fa riferimento alle sostanze alimentari «con cariche microbiche superiori ai limiti che saranno stabiliti dal regolamento di esecuzione o da ordinanze ministeriali». La natura dei limiti – soglia, infatti, quando non supportate da conoscenze scientifiche, come in questo caso, ma prevalentemente legate a valutazioni di carattere politico, manifesta una logica precauzionale – prudenziale, riassumibile nel brocardo latino *in dubio pro securitate*. Per alcune osservazioni critiche si veda D'Alessandro, *Il diritto penale dei limiti - soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, 1133 ss.; o, ancora, L. Tumminiello, *op. cit.*, 294 ss.

[44] Cfr., ad es., G. Pica, voce *Illeciti alimentari*, in *ED*, VI, Milano 2002, 444 ss. Il polimorfismo lessicale genera inevitabilmente anche una grande confusione tra ipotesi molto diverse: dalla genuinità (che è un problema di frode commerciale) alla salute, alle inosservanze di regole di autorizzazione o di limiti-soglia sino alla preparazione, ma anche alla vendita di sostanze nocive.

[45] La previsione, alternativa, dell'arresto o dell'ammenda è stata introdotta dalla riforma del 1999 (d.lgs. 507/99), e consente l'estinzione del reato nelle forme dell'oblazione di cui all'art. 162 *bis* Cp.

alimentare che offendono beni di natura collettiva ad ampio raggio, identificati ora nella salute pubblica, ora nell'economia pubblica. La prima categoria, comunemente nota come frode "sanitaria", riguarda quelle condotte di pericolo comune - quali, ad esempio, l'avvelenamento, l'adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari, e il loro commercio anche se nocive[46] - capaci di produrre effetti patologici sulla salute della collettività ma senza necessariamente arrecare una offesa a quella di individui determinati[47]. Il danno, infatti, resta generico, non individualizzato e lontano dall'evento lesivo: «si vuole il pericolo, ma non il danno»[48]. Nondimeno, la loro natura eccessivamente dilatata, imperniata su eventi disastrosi difficili da provare, li rende poco cogenti, al punto da essere reinterpretati dalla giurisprudenza in chiave di macro contravvenzioni, identificando il pericolo per la salute pubblica con il superamento di limiti–soglia o con le inosservanze di regole preventive etero individuate[49].
Meno problematica, e apparentemente più lineare, è invece la seconda categoria di delitti dedicata alle cd. ipotesi di frode "commerciale" – previste dagli artt. 515, 516 e 517 Cp[50], il cui oggetto di tutela è più propriamente l'economia pubblica, e in particolare la buona fede negli scambi commerciali. In questo caso, infatti, la condotta sull'alimento o sulla sua confezione, pur non determinando un concreto o immediato nocumento per la salute pubblica, favorisce indebiti profitti a danno sia del consumatore sia del produttore o del commerciante, nei cui confronti si realizzerebbe una concorrenza sleale. Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di ipotesi dalla debole efficacia preventiva, fortemente criticate, al pari della prima categoria, per l'incapacità di garantire un'adeguata tutela al bene collettivo protetto: la tardività di intervento dimostrata dalla prassi applicativa ha infatti spinto alcuni a considerale «un incentivo alle frodi fatte bene»[51].

4. Il complessivo sistema di tutela, modulato in una prospettiva tendenzialmente scalare della sanzione punitiva, ha negli anni manifestato la propria precarietà. Nella prassi quotidiana, infatti, l'apparente staticità dell'ordine piramidale si smarrisce in una indescrivibile minuta casistica, di

[46] Più precisamente, si tratta delle fattispecie di cui al Capo II (Dei delitti di comune pericolo mediante frode), Titolo VI (Dei delitti contro l'incolumità pubblica), che sanzionano l'avvelenamento di acque e di sostanze alimentari (art. 439 Cp), l'adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari (art. 440 Cp), il commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate (art. 442 Cp), e il commercio di sostanze alimentari nocive (art. 444 Cp).
[47] Invero, secondo un primo orientamento, l'applicabilità delle norme qui ricomprese sarebbe limitata solo al caso in cui il pericolo "diffuso" riguardi determinate categorie di soggetti. Al contempo, ne sarebbe esclusa se la sostanza alimentare sia stata "solamente" privata di taluni elementi nutritivi. Sul punto, si rinvia a G. Azzali, *Osservazioni in tema di frodi alimentari,* in *RIDPP* 1970, 27.
[48] In questo senso M. Donini, *Il progetto della Commissione Caselli*, in *DPenCont,* 1/2016, 9, secondo cui, peraltro, «la condotta di pericolo, pur non essendo direttamente decettiva, presenta un carattere fraudolento sul piano oggettivo, in quanto cela il pericolo. Di conseguenza, il tipo d'autore normale di questi reati mira ad ingannare senza voler danneggiare».
[49] Così A. Gargani, *op. cit.*, 93 ss., secondo cui in questo modo la giurisprudenza svaluta «i profili di tipicità categoriale e i criteri modali della realizzazione dell'offesa», finendo per considerare i delitti di pericolo comune «come norme penali in bianco» aperte a forme di eterointegrazione. Parimenti, Donini parla di «contravvenzionalizzazione dei delitti, punendo a titolo di disastro fatti di spessore contravvenzionale». A titolo esemplificativo, gli eventi pericolosi per la salute pubblica dei delitti alimentari del codice (art. 440, 442, e 444 Cp) sono integrati da condotte solo produttive di qualche modesta lesione su una o due persone. Così M. Donini, *Modelli di illecito penale minore*. *Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica,* in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare e sicurezza dei prodotti,* a cura di M. Donini – D. Castronuovo, Padova 2007, 227.
[50] Esattamente, il rinvio è all'art. 515 Cp, rubricato «Frode nell'esercizio del commercio», all'art. 516 Cp, «Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine» e, infine, all'art. 517 Cp, «Vendita di prodotti industriali con segni mendaci».
[51] Ancora in questo senso M. DONINI, *La riforma dei reati alimentari*, cit., 21 ss.

per sé episodica, e di conseguenza incompleta, che rende il sistema, a ben vedere, insufficiente e difettoso. In tal senso, i periodici e maldestri interventi del legislatore, volti a colmare i costanti vuoti di tutela emersi dopo la diffusione di forme sempre più insidiose di frodi, hanno ulteriormente indebolito la capacità deflattiva della disciplina, favorendo un inestricabile intreccio di fattispecie e di espressioni qualificative che ad oggi confondono gli operatori della filiera e disarmano l'interprete. Tra i principali limiti del carattere fuligginoso della materia, infatti, vi è sicuramente quello dell'incoerente utilizzo (normativo, applicativo e dogmatico) del lessico tecnico – scientifico di concetti per loro natura precari[52]. Oltre a quello di nocività[53], vi sono, infatti, quelli problematici di tossicità, conformità e, in particolare, di genuinità[54]; o ancora, di avvelenamento, adulterazione[55], sofisticazione[56], contraffazione[57], alterazione[58], corrompimento[59], additivazione,

[52] Già nel *par.§3* si è accennato al «polimorfismo lessicale» tipico della materia. Così G. PICA, *op. cit.*, 444 ss.

[53] La nocività di cui all'art. 444 Cp consiste nell'attitudine che ha una sostanza alimentare di creare un danno alla salute del consumatore. In questo caso, la pericolosità non è data dall'astratta e ipotetica possibilità di arrecare nocumento, ma dall'attitudine concreta del prodotto di provocare un danno alla salute se consumato nello stato in cui si trova.

[54] La genuinità è tradizionalmente distinta in due categorie: naturale e formale. La prima è circoscritta alle sostanze che non abbiano subito alterazioni né modificazioni da parte dell'uomo, comprendendo, altresì, i casi in cui la manipolazione non si sia avuta per mezzo di elementi chimici, quanto tramite componenti naturali della sostanza stessa, utilizzati in maniera abnorme. La seconda, invece, rappresenta il parametro secondo cui si afferma la corrispondenza della sostanza alimentare con le varie prescrizioni legislative in merito. In tal caso, il reato potrà, ad esempio, essere commesso nel caso di prodotti contenenti sostanze diverse da quella indicate *ex lege* per la loro composizione, oppure che contengono sostanze di per sé genuine, ma che risultano essere presenti in misura superiore o inferiore a quella consentita, tenendo comunque a mente che non è richiesta una messa in pericolo dell'incolumità pubblica ai fini dell'integrazione della fattispecie. La casistica offre vari esempi di non genuinità formale, come nel caso del "grana padano" confezionato con latte termizzato, vietato dalle disposizioni che regolano la denominazione d'origine del prodotto, oppure la messa in commercio di pane con all'interno quantitativi di acqua superiori al massimo consentito.

[55] Come si accennava nel *par.§1*, la frode alimentare può manifestarsi attraverso condotte tra loro diverse per le modalità di manipolazione che subisce il prodotto: tra queste, la più diffusa è sicuramente l'adulterazione, che consiste nell'alterazione della struttura originale di un alimento, mediante sostituzione di elementi propri dell'alimento con altri estranei (il caso di oli di oliva mescolati con oli di altra provenienza), oppure nella sottrazione di elementi propri dell'alimento, o nell'aumento della quantità proporzionale di uno o più dei suoi componenti (si pensi all'cd. annacquamento), lasciando loro l'apparenza originaria dell'alimento. L'ipotesi è esplicitamente prevista negli art. 440 e 442 Cp.

[56] Con il termine "sofisticazione" alimentare si allude a quei procedimenti in cui, aggiungendo all'alimento sostanze estranee che ne alterano l'essenza, sono diretti a rendere apparentemente migliore una sostanza, mascherandone difetti di qualità e viziandone la composizione naturale, al fine di simularne la genuinità (la mozzarella al perossido di benzoile con effetto sbiancante). È bene precisare che questa particolare condotta di frode alimentare non è individuata dal codice penale, ma è sovente censurata in sede giurisprudenziale in applicazione della l. 7 agosto 1986 n. 462, recante «Misure urgenti in materia di prevenzione e repressione delle sofisticazioni alimentari».

[57] La "contraffazione", esplicitamente censurata dal codice penale agli artt. 440 e 442 Cp, invece, dà in maniera fraudolenta l'apparenza di genuinità ad una sostanza con caratteristiche qualitative e quantitative diverse da quella imitata (margarina proveniente da grassi minerali).

[58] Il termine "alterazione" è usualmente adoperato dal legislatore allorché si tratta di indicare non una "azione" sull'alimento, ma uno "stato" dell'alimento (è il caso dei vini fermentati con invertasi, o mozzarella prodotta con caseina). Si tratta di un fenomeno spontaneo dipendente da fattori principalmente ambientali inidonei alla conservazione degli alimenti dovuti, nella maggioranza dei casi, dall'attività di microorganismi.

[59] La condotta di "corrompimento" consiste nell'alterare la struttura di un alimento con la volontà di inquinarlo e di fargli acquisire proprietà nocive per la salute umana. Esso consiste nell'immissione negli alimenti o nelle bevande di sostanze che ne alterano l'essenza, guastando o viziando la composizione naturale e simulandone la genuinità così da renderle pericolose per la salute pubblica.

contaminazione, stato di conservazione degli alimenti e delle bevande, delle sostanze alimentari, dei prodotti alimentari, delle sostanze destinate all'alimentazione[60].
In effetti, si è tentato più volte, negli ultimi venti anni, di razionalizzare l'intero quadro normativo, con l'obiettivo apprezzabile di semplificarne la struttura e adeguarla all'evoluzione (soprattutto scientifica) di una materia «palesemente ribelle»[61]. Si è trattato, tuttavia, di tentativi tanto numerosi quanto vani.
Il primo di essi può considerarsi sicuramente la riforma del 1999, con cui si è proceduto, con un «criterio misto», a una depenalizzazione di numerose disposizioni dal carattere contravvenzionale e tendenzialmente onnicomprensive contenute in leggi speciali settoriali, così degradate ad "ombra" puramente amministrativa (e in parte integrativa) della disciplina propriamente penale del settore agroalimentare[62]. Scelta che in realtà si era già avuta con la l. 24 novembre 1981 n. 689, che aveva provveduto a un primo snellimento, tuttavia decisamente insufficiente, del magmatico quadro normativo proprio del settore alimentare. Rimanevano infatti escluse dall'opera di depenalizzazione le fattispecie incriminatrici individuate dalla l. 283/1962, anche se venivano degradati a illeciti amministrativi tutti i reati sanzionati con la sola pena pecuniaria, e dunque anche quelli alimentari.
Il tentativo di semplificazione aveva mostrato immediatamente tutti i suoi limiti, determinando una "pulizia normativa" soltanto apparente, sia in considerazione della "speciale" soccombenza delle disposizioni amministrative rispetto a quelle penali in caso di convergenza normativa ai sensi dell'art. 9 co. 3 l. 689/1981, come modificato dal d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507[63], sia in ragione della tendenziale riconducibilità delle condotte depenalizzate all'alveo ora delle fattispecie delittuose di origine codicistica, ora di quelle contravvenzionali di origine speciale[64]. Una semplificazione, peraltro, vanificata dalla inevitabile e imponente opera di regolazione europea che, attraverso costanti e periodici interventi relativi sia alla prescrizione di regole di prodotto e produzione, sia di regole preventive concernenti il modo di fare impresa e la relativa

[60] Per un approfondimento, anche contenutistico, delle diverse condotte fraudolente di manipolazione dei prodotti agroalimentari, si rinvia a S. Masini, *Corso di Diritto Alimentare*, V, Milano 2020, e, per una disamina datata ma quanto mai attuale delle stesse, F. Bricola, *Tipologia delle frodi nella normativa penale sugli alimenti,* in *Problemi penali in tema di frodi alimentari,* Milano 1971, 110 ss.
[61] È definita così già nel 1971 da G. Azzali, *op. cit*., 135.
[62] In questi termini si esprime L. Tumminiello, *op. cit.,* 282, che evidenzia la difficoltà del legislatore di operare una ricognizione davvero attendibile delle molteplici leggi speciali dotate di apparato sanzionatorio di natura penale. Testualmente, l'art. 1 del d.lgs. n. 507/99 dispone: «Sono trasformate in illeciti amministrativi, soggetti alle sanzioni stabilite dagli articoli 2 e 3, le violazioni previste come reato dalle leggi comprese nell'elenco allegato al presente decreto legislativo e da ogni altra disposizione in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande, nonché di tutela della denominazione di origine dei medesimi, fatta eccezione per i reati previsti dal codice penale e dagli artt. 5, 6 e 12 della l. 30 aprile 1962 n. 283, e successive modificazioni ed integrazioni». Sul punto, cfr. anche C. Piergallini, *Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti,* in *RIDPP* 2000, 1450 ss.; A. Bernardi, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *RTrimDPecEc* 2002, 67 ss.; Id., *La disciplina sanzionatoria italiana in materia alimentare dopo la riforma del 1999*, in *IP* 2005, 519 ss.
[63] Più precisamente, il d.lgs. 507/99, modificando l'art. 9 comma 3 della l. 689/1981, ha introdotto nel settore alimentare (con riguardo agli artt. 5, 6 e 12 l. 283/62) una deroga al principio di specialità (art. 9 co. 1 l. 689/1981), nel senso della prevalenza della disposizione sanzionata penalmente. Si riporta qui integralmente il testo dell'art. 9, co. 3, come modificato: «Ai fatti puniti dagli articoli 5, 6 e 12 della l. 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni e integrazioni, si applicano soltanto le disposizioni penali, anche quando i fatti stessi sono puniti da disposizioni amministrative previste da disposizioni speciali in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande».
[64] In tal senso, si veda ancora L. Tumminiello, *op. cit*., 283-284.

organizzazione[65], ha consentito l'affermazione di un "diritto alimentare europeo"[66]. Ciò ha di fatto acuito la frammentarietà della disciplina, esasperandone – in una paradigmatica sintesi ossimorica - ora l'ipertrofia, ora i vuoti di tutela, ora la compulsività, ora la veloce obsolescenza[67]. Nonostante l'effetto pressoché marginale della riforma, deve tuttavia apprezzarsi l'obiettivo, perseguito dal legislatore dell'epoca, di avviare un processo di razionalizzazione della risposta sanzionatoria, opera che ha nel tempo trovato, tuttavia, sensibili difficoltà di sviluppo.
I tentativi successivi - maturati in seno all'aula parlamentare - di attenuare la tensione tra codice e leggi speciali sono rimasti, infatti, privi di operatività, fermandosi a meri progetti di legge dal tenore tendenzialmente elettorale.
Il primo di questi risale al 2009[68], e si sviluppava sull'idea di una riforma radicale del Titolo VI del Libro II del codice penale con l'obiettivo di un aggiornamento rispetto sia al modello di tutela della sicurezza alimentare profilatosi in Europa a partire dal Regolamento 178/2002/CE[69], sia alle scelte di criminalizzazione, prevenzione e repressione assunte nelle legislazioni degli altri Paesi europei[70]. In questa prospettiva, si individuava nella «sicurezza nel consumo dei prodotti agro-alimentari e dei medicinali» un nuovo bene giuridico "intermedio" meritevole di tutela, che avrebbe consentito, peraltro, di riconoscere la rilevanza penale di condotte che, pur non cagionando di per sé sole un danno o un pericolo concreto, diventano tuttavia offensive in quanto "seriali", ossia strutturalmente orientate a ripetersi nello spazio e nel tempo, producendo in tal modo effetti cumulativi dannosi o pericolosi per la sicurezza alimentare[71]. Si sarebbe così cercato di ridurre anche il *gap* esistente tra fattispecie contravvenzionali a carattere meramente

[65] Per un approfondimento sull'importante intervento di regolazione europea della materia, si rinvia quanto già detto in nota 39, *par. §3*.
[66] Così L. Costato, *Principi e requisiti generali della legislazione alimentare*, in *Trattato di diritto agrario*, diretto da L. Costato – A. Germano – Rook Basile, Milano 2011. Per una adeguata "panoramica" sulla legislazione europea, v. Aa.Vv., *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea: precauzione, prevenzione, repressione*, Milano 2014.
[67] Secondo G. Toscano, *Suggestioni del* Lebensmittelstrafrecht *in vista di una riforma degli illeciti agroalimentari*, in *RIDPP* 2020, 1843 ss., l'attuazione della regolamentazione europea della materia attraverso l'uso smoderato dell'illecito amministrativo (si pensi alle ipotesi previste dagli artt. 18, 19, 20 introdotte con il d.lgs. 190/06 in materia di rintracciabilità del prodotto alimentare, in applicazione del Reg. 178/2002/CE) ha acuito le criticità già esistenti dell'intera disciplina agro-alimentare.
[68] Si trattava di un progetto redatto da una Commissione di studio incaricata dal Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali nominata il 27 maggio del 2009. Il testo dell'articolato è stato approvato il 13 ottobre 2009, con relazione accompagnatoria del gennaio 2010: tra le novità, una nuova rubrica del Titolo VI del Libro II, definito dal progetto «Dei delitti contro l'incolumità pubblica e la salute pubblica», con il capo I rubricato «Dei delitti di comune pericolo contro l'incolumità pubblica», e il capo II «Dei delitti di comune pericolo contro la salute pubblica e la sicurezza degli alimenti e dei medicinali». Per un approfondimento analitico relativo all'articolato, si veda, *ex pluris*, M. Donini, *Il progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, in *CP*, 12/2010, 4457 ss.; Id., *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *RTrimDPenEc*, 1-2/2013, 45 ss.
[69] Si rinvia al *par.§* 3 per un approfondimento in merito.
[70] Attraverso la graduale specificazione di distinti oggetti materiali e diversi momenti di proceduralizzazione della sicurezza (prodotti alimentari, preparazione, conservazione, commercializzazione, importazione, pubblicizzazione etc.), tutti i principali ordinamenti europei hanno provveduto ad articolare la tutela penale sia sui beni primari (come vita, salute, incolumità) sia su beni strumentali anticipati, spesso anche molto vicini alla messa in pericolo concreta dei beni finali.
[71] In questo senso, il nuovo bene giuridico si pone tra il pericolo per la salute (ad esso anteriore), e la violazione di cautele astratte di confezionamento, all'uso scorretto di sostanze, o al superamento delle soglie limite (ad esso posteriore).

trasgressivo e fattispecie delittuose implicanti la realizzazione di macro-disastri[72]. Le riflessioni allora svolte, peraltro, si inserivano in un percorso normativo che avrebbe dovuto condurre alla formazione di un "codice della sicurezza alimentare" [73], poi fallito insieme allo stesso progetto di riforma[74].

Tuttavia, la necessità di aggiornare i decisamente arretrati meccanismi di contrasto alla criminalità agroalimentare ha sollecitato un secondo tentativo di razionalizzazione del settore, questa volta esteso soprattutto alla legislazione speciale prima "dimenticata", e costituita principalmente dalla l. 283/1962 in materia di sicurezza igienica degli alimenti. In particolare, il progetto di riforma della Commissione Caselli[75] si concentrava (soprattutto, ma non solo) sul contenuto decisamente poco chiaro dell'art. 5 di quel testo normativo; una disposizione molto ampia, che abbraccia diverse figure autonome di reati di pericolo, anche piuttosto eterogene tra loro, dalla natura contravvenzionale poste a tutela dell'ordine alimentare[76]. Ragionando su un modello penalistico di disciplina[77], il progetto selezionava le condotte più rilevanti della filiera alimentare - che «possono essere nocive o inadatte al consumo umano per l'inosservanza di divieti di leggi o regolamentari nazionali o dell'Unione Europea» - attraverso una progressività della tutela valutata in termini di offensività e colpevolezza. Questa impostazione avrebbe consentito una sensibile opera di depenalizzazione e, nel contempo, una riorganizzazione scalare della tutela, modulata sulla compresenza di illeciti amministrativi e fatti penalmente rilevanti, prevedendosi ipotesi sia delittuose sia contravvenzionali, con tipologie sanzionatorie variabili in relazione all'ambito della grande distribuzione o del commercio all'ingrosso. L'obiettivo era quello di offrire, attraverso una

[72] Nell'adeguamento graduale ai canoni europei, il nostro legislatore ha affiancato senza una particolare coerenza violazioni formali e apparenti inosservanze nocive o pericolose nelle contravvenzioni, oblazionabili e prescrivibili in tempi rapidissimi, «per poi sparare col cannone contro presunti macrodelitti disastrosi nel codice». Così, ancora M. Donini, *Reati di pericolo e salute pubblica,* cit., 77. Il progetto di legge, peraltro, prevedeva anche l'introduzione *ex novo* della fattispecie di "disastro sanitario" (art. 452 *bis*, inserito dall'art. 9), che si configurava come evento aggravante *omnibus*, «quando dai fatti di cui agli artt. 439 *bis*, 440, 440 *bis*, 441, 441, 442, 445 sia derivata per colpa la lesione non lieve o la morte di tre o più persone, e il pericolo grave e diffuso di analoghi eventi ai danni di altre persone», facendo scattare una sanzione particolarmente afflittiva, ossia «la pena della reclusione da otto a venti anni».

[73] Si trattava di un proposito perseguito dall'art. 7 della legge delega 7 luglio 2009 n. 88, modulato sullo schema del Codice del Consumatore poco prima emanato con il d.lgs. 206/2005. Un progetto percorribile, ma che comunque, come ragionato, non avrebbe risolto alcuni problemi di fondo ineludibili: costruire precetti culturalmente pregnanti, chiari, e orientativi rispetto al senso ultimo delle condotte. Per un approfondimento sul progetto, si rinvia a A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., 267 ss.

[74] Il fallimento del progetto di riforma è da attribuirsi, secondo M. Donini, *Reati di pericolo e salute pubblica,* cit., 87, «a ragioni di scelte politico – criminali che non si vogliono intraprendere, essendo questo settore troppo nevralgico, quasi un crocevia, rispetto ad alcuni temi centrali della riforma del codice e dei suoi rapporti con le leggi complementari, oltre alla circostanza politico - parlamentare che sono numerosi, i Ministeri cointeressati a tali riforme: Giustizia, Salute, Ambiente, Sviluppo economico, Politiche Agricole».

[75] Il nome si deve al dott. Caselli, Presidente del Comitato scientifico della Fondazione «Osservatorio sulla criminalità nell'agricoltura e sul sistema agroalimentare», cui venne affidato l'incarico di direzione della Commissione, attribuendo, invece, la funzione di vice presidente al Prof. S. Masini. La Commissione, nominata con d.m. 20 aprile 2015 in seno al Ministero della Giustizia, ha consegnato in data 14 ottobre 2015 al dicastero uno schema di disegno di legge recante «Nuove norme in materia di reati agroalimentari», unitamente alle Linee Guida illustrative. Per un approfondimento in merito si veda C. Cupelli, *Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 novembre 2015; altresì, S. Corbetta, *Brevi note a margine del progetto di riforma dei delitti alimentari contro la salute pubblica*, in *DPP*, 11/2015, 1343 ss.

[76] Per una veloce disamina dell'articolato, si rinvia al *par. §3*.

[77] L'alternativa, da subito scartata, sarebbe stata quella di ragionare su un modello *extra*penale di disciplina, tipico, ad esempio, della materia della sicurezza sul lavoro, ove «ai precetti, pensati per soggetti qualificati, sono di fatto "incollate" alcune norme sanzionatorie che rinviano, comma per comma, alla precettistica di riferimento». Così M. Donini, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli*, cit., 12.

rinnovata logica precauzionale riconosciuta all'illecito amministrativo[78], un'anticipazione della tutela senza estendere i contenuti dell'area penale, che anzi avrebbe tratto da questa selezione solo benefici in termini di efficacia.

A fare da sfondo a questa opera di «depenalizzazione implicita e di forte differenziazione sanzionatoria»[79], una rinnovata proiezione autonoma della sicurezza alimentare, la cui natura di interesse strumentale e dematerializzato, seppure caratterizzato da una minore afferrabilità dell'offesa, avrebbe semplificato il processo di attribuzione della responsabilità, aggiungendo operatività ai delitti codicistici in materia di salute pubblica[80], nel contempo in parte modificati, in parte rinnovati e in parte confermati rispetto al precedente disegno di legge[81].

La riforma, peraltro, avrebbe contestualizzato la materia sia rispetto ai nuovi *trend* di politica criminale, estendendo al comparto agroalimentare la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche con l'introduzione di un'innovativa disciplina dei modelli di organizzazione dell'impresa alimentare[82], sia rispetto ai nuovi strumenti di giustizia riparativa, con la previsione di una peculiare forma di oblazione contrattata con messa in mora e prescrizione per gli illeciti contravvenzionali.

Pur apprezzato per la scansione dei diversi livelli di offensività, modulati su una demarcazione più appropriata del danno dal pericolo e del dolo dalla colpa, il Progetto è tuttavia rimasto anch'esso un tentativo allo stato incompiuto[83], sebbene confluito pressoché integralmente dapprima nel d.d.l.

---

[78] Si tratta di ricondurre nell'ambito dell'illecito amministrativo il c.d. illecito precauzionale, ovvero quello basato sulla sospetta pericolosità/dannosità di un prodotto, che però non trova adeguate conferme sul piano scientifico (cfr. art. 5 *ter* l. 283/1962). Si attenuerebbe così la tensione di questi illeciti con i principi del sistema, in particolare con quello di offensività: la logica "retrospettiva" e "certa" del diritto penale mal si concilia, infatti, con quella "prospettica" e "ipotetica" del principio di precauzione.

[79] Così M. Donini, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli*, cit., 16, che lo definisce uno schema sperimentale, in cui «non esiste più la contravvenzione classica come modello d'imputazione soggettivamente unitario, e che consente il superamento del classico paradigma contravvenzionale per favorire l'introduzione di illeciti penali minori, dunque potenzialmente qualificabili come delitti, o dolosi o colposi». In senso contrario, L. Tumminiello***, Verso un diritto penale geneticamente modificato? A proposito di un recente progetto di riforma dei reati agroalimentari,*** in *RTrimDPenEc*, 1-2/2016, 239–311.

[80] Cfr. A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica,* cit., 134.

[81] Il progetto di riforma, infatti, prevede un nuovo delitto di contaminazione o corruzione di acque o di alimenti; una ridefinizione del delitto di produzione, importazione, esportazione, commercio, trasporto, vendita o distribuzione di alimenti pericolosi o contraffatti (art. 440 Cp); e l'introduzione di nuove tre fattispecie di reato a tasso non elevato di incidenza processuale, ovvero omesso ritiro di alimenti pericolosi (art. 442 Cp), informazioni commerciali ingannevoli pericolose (art. 444 Cp), disastro sanitario (art. 445 *bis* Cp). Deve aggiungersi anche il delitto di agropirateria (art. 517 *quater*, co. 1, Cp), configurabile laddove i delitti alimentari vengano commessi in modo sistematico e organizzato.

[82] Per un approfondimento in tema di responsabilità amministrativa da reato degli enti *ex* d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 in materia agroalimentare, si veda D. Fondaroli, Dallo schema della commissione Caselli al disegno di legge s. 2231 recante "nuove norme in materia di reati agroalimentari": profili di responsabilità delle persone fisiche e delle società, in *Diritto penale degli alimenti*, Bologna 2018, 7 – 31; ancora, D. Fondaroli – U. Pioli, *Il disegno di legge s. 2231 recante «nuove norme in materia di reati agroalimentari» e lo schema proposto dalla commissione caselli: prospettive di dilatazione della responsabilità penale personale e della responsabilità d'impresa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, Approfondimenti*, 2/2016, 9- 23.

[83] Il progetto, recepito con il d.d.l. S. n. 2231 del 2016 recante «Nuove norme in materia di reati agroalimentari», non ha mai avuto esito favorevole in ragione dei fallimenti delle legislature successive, che ne hanno impedito la discussione in seno all'aula parlamentare.

S. n. 283[84] e, ancora più recentemente, nel d.d.l. A. C. n. 2427 del 2020[85], recante «Nuove norme in materia di illeciti agro-alimentari», che ripercorre, di fatto, le soluzioni normative già precedentemente proposte, riservando la protezione dei soli fatti pericolosi per la salute pubblica al diritto penale nucleare (il *Kern strafrecht*)[86].

5. Sono ormai circa dieci anni che nelle aule parlamentari si ragiona su una riforma degli illeciti agroalimentari, e sono altrettanti gli anni in cui ci si interroga sulle ragioni che ne ostacolano l'approvazione. Eppure, nessuno avrebbe mai immaginato che l'alternativa all'*impasse* creatasi nel tempo avrebbe condotto verso una soluzione tanto radicale quanto inaspettata: l'abrogazione "quasi"[87] integrale della disciplina igienico sanitaria della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (l. 283/1962), per effetto dell'art. 18, co. 1, lett. *b* e *c* del d.lgs. 2 febbraio 2021 n. 27 recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento 2017/625/UE ai sensi dell'art. 12, lettere *a, b, c, d* e *e* della l. 4 ottobre 2019 n. 117» [88].
Un colpo di spugna[89] singolare e sbagliato che, da un lato, stride con l'obiettivo sino ad oggi perseguito dal legislatore di rafforzare il quadro sanzionatorio degli illeciti agroalimentari attraverso una razionalizzazione dell'intera disciplina; dall'altro, sorprende in ragione del concomitante impegno legislativo di revisionare lo stesso articolato, "per un momento" abrogato, attraverso l'approvazione del d.d.l. A.C. n. 2427 attualmente in discussione alla Camera dei deputati[90].

---

[84] Il d.d.l. S. n. 283, presentato in data 18 aprile 2018, si articola in 49 articoli, suddivisi in 4 titoli. Per un approfondimento in merito, si veda N. Menardo, *Prospettive di riforma dei reati agroalimentari, rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti. Brevi osservazioni al d.d.l. S. 283 della XVIII Legislatura (progetto della Commissione Caselli)*, in *Giur. pen. web*, 4/2020.

[85] Il d.d.l. C n. 2427, composto da 13 articoli, è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 25 febbraio 2020, successivamente presentato alla Camera il 6 marzo 2020 e assegnato per l'esame in sede referente alla Commissione Giustizia, che in data 3 novembre 2020 ha approvato alcuni emendamenti. Sul punto, cfr. D. Castronuovo, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul D.D.L. 2427*, in *Sistema penale*, 14 dicembre 2020.

[86] In questa prospettiva, si attribuisce all'illecito amministrativo la prevenzione del rischio alimentare; alle contravvenzioni, il danno colposamente cagionato; mentre ai delitti *extra-codicem*, le condotte dolose su alimenti nocivi, ma entrambe innocue per la salute pubblica.

[87] Dall'intervento legislativo sono infatti rimaste escluse unicamente le disposizioni di cui agli artt. 7, 10 e 22, riguardanti talune attribuzioni al Ministro della Salute. L'art. 10, peraltro, risulta già oggetto di depenalizzazione ad opera dell'art. 1 del d.lgs. n. 507/1999 (cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente), e comunque da decenni disapplicata; addirittura, secondo A. Natalini, *Colpo di spugna sui reati alimentari: abrogate le contravvenzioni igienico-sanitarie minori*, in *Norme e tributi plus, il Sole 24 ore*, 13 marzo 2021, 2, l'ultima applicazione risalirebbe al 1979 (cfr. Cass. n. 27118/79, Ced. 142703).

[88] Il Regolamento Europeo approvato il 15 marzo 2017 dal Parlamento europeo e dal Consiglio, «relativo ai controlli ufficiali e alle altre attività ufficiali effettuati per garantire l'applicazione della legislazione sugli alimenti e sui mangimi, delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, sulla sanità delle piante nonché sui prodotti fitosanitari», è entrato in vigore il 27 aprile 2017 e fa parte di un pacchetto normativo proposto il 6 maggio del 2013 dalla Commissione Europea allo scopo di revisionare (*recast*) le norme in tema di salute e sicurezza all'interno dell'intera filiera agro-alimentare.

[89] Così si esprime A. Natalini, *op. cit.*, 1 ss.

[90] Anche in virtù della pendenza del d.d.l. A. C. n. 2427, il legislatore aveva in un primo momento eliminato la previsione abrogativa della l. 283/1962 contenuta nello schema del d.lgs. del 2 novembre 2020, recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento 625/2017/UE ai sensi dell'art 12, co. 3, lettere a), b), c), d), ed e), della l. 4 ottobre 2019 n. 117». In linea con questa prospettiva, si era pronunciato anche il Ministro per le politiche agricole, alimentari e forestali (S. Patuanelli) che, due giorni prima della pubblicazione del

Anche per questa ragione è stato inaspettato[91], nonostante non fosse la prima volta che si parlasse di una possibile abrogazione. Già nel 2010, infatti, in dottrina era emersa la tesi che trattandosi di una legge antecedente al 1970, «per effetto di quanto dispone la l. n. 246 del 2005, co. 14 *ter*, introdotto dalla legge n. 69 del 2009[92], e tenuto conto della data di entrata in vigore della l. n. 246 del 2005, si deve necessariamente concludere […] che il termine di un anno ivi indicato scade il 16 dicembre 2010 e che, pertanto, a quella data, deve ritenersi prodotto l'effetto abrogativo rispetto alla l. n. 283 del 1962» [93].

La tesi, per quanto ragionevole, non era tuttavia coerente con alcuni dati, normativi e di carattere sistematico, rintracciabili nei successivi decreti cdd. "taglialeggi" [94], attuativi della delega conferita con la l. 28 novembre 2005 n. 246. In particolare, secondo quanto ritenuto dapprima dall'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, e successivamente da diverse pronunce della Suprema Corte di Cassazione[95], l'effetto abrogativo doveva escludersi, da un lato, in ragione della natura di

---

decreto, illustrando le linee programmatiche del nuovo governo Draghi, aveva confermato l'obiettivo di revisionare il quadro di regole sulle sanzioni in modo da renderlo più efficace rispetto alla complessità della materia agroalimentare.

[91] Inizialmente lo schema di d.lgs. del 2 novembre del 2020, relativo alle disposizioni per l'adeguamento alla normativa europea, non conteneva alcuna previsione avente ad oggetto l'abrogazione del comparto contravvenzionale contenuto negli artt. 5, 6, 12, e 12 *bis*, l. 283/1962. Queste disposizioni, infatti, risultano proposte, e condivise, in sede di Conferenza Stato - Regioni su iniziativa del Coordinamento interregionale in sanità del 26 novembre 2020 e successivamente approvate con il testo definitivo dal Consiglio dei Ministri in data 29 gennaio 2021. Per una ricostruzione del caotico percorso politico, si veda G. Amendola, *Leggi alimenti: si rimedia a un errore*, in *QuestG*, 31 Marzo 2021.

[92] Brevemente, la l. 28 novembre 2005 n. 246, rubricata «Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005», prevedeva all'art. 14 (Semplificazione della legislazione) che «entro ventiquattro mesi dalla scadenza del termine di cui al co. 12, il Governo è delegato ad adottare, con le modalità di cui all'articolo 20 della l. 15 marzo 1997 n. 59, e successive modificazioni, decreti legislativi che individuano le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali si ritiene indispensabile la permanenza in vigore, nel rispetto dell'articolo 1, comma 2, della l. 5 giugno 2003 n. 13", secondo determinati principi e criteri direttivi alla cui lettura si rinvia. Rispetto a simile previsione, l'art. 14 *ter* sanciva che, fatto salvo quanto stabilito dal comma 17, decorso un anno dalla scadenza del termine di cui al comma 14, ovvero del maggior termine previsto dall'ultimo periodo del comma 22, tutte le disposizioni legislative statali non comprese nei decreti legislativi di cui al comma 14, anche se modificate con provvedimenti successivi, sono abrogate».

[93] Così G. Tartaglia Polcini, *Diritto alla salute, semplificazione legislativa ed abrogazione della legge n. 283 del 1962*, in www.ambientediritto.it, 2010. La tesi è stata sostenuta anche dalla Suprema Corte di Cassazione nel febbraio del 2010 (Cass., 25.2.2010 n. 12572, dep. 31 marzo 2010, imp. Forzella), in occasione della quale, affrontando *incidenter tantum* la questione, concludeva però che «per effetto di quanto dispone il co. 14 *ter* della l. n. 246/2005, introdotto dalla l. n. 69/2009, e tenuto conto della data di entrata in vigore della l. n. 246/05, si deve necessariamente concludere (…) che il termine di un anno ivi indicato scada nel dicembre 2010 e che, pertanto, "ad oggi", nessun effetto abrogativo possa ritenersi comunque verificato rispetto alla l. 283/1962».

[94] Trattasi dei d.lgs. 1 dicembre 2009 n. 179, 13 dicembre 2010 n. 212 e 13 dicembre 2010 n. 213. In particolare, secondo l'art. 1 d.lgs. 179/2009, «Ai fini e per gli effetti dell'articolo 14, commi 14, 14 *bis* e 14 *ter*, della l. 28 novembre 2005, n. 246, e successive modificazioni, nell'Allegato 1 del presente decreto legislativo sono individuate le disposizioni legislative statali, pubblicate anteriormente al 1° gennaio 1970, anche se modificate con provvedimenti successivi, delle quali è indispensabile la permanenza in vigore»; altresì, «sono sottratte all'effetto abrogativo di cui all'articolo 2 del d. l. 22 dicembre 2008, n. 200, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 febbraio 2009, n. 9, le disposizioni indicate nell'Allegato 2 al presente decreto legislativo, che permangono in vigore anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 14, commi 14, 14 *bis* e 14 *ter*, della l. 28 novembre 2005, n. 246, e successive modificazioni».

[95] Per un commento sulla relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione avente n. III/02/2011 del 19 gennaio 2011, si veda A. Scarcella, *Sulla presunta abrogazione della l. 283/1962 in materia di tutela degli alimenti*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2011; per la giurisprudenza successiva, Cass. 4 febbraio 2016 n. 4630, e 17 aprile 2014 n. 17009.

"testo unico" della l. 283/1962 (ai sensi del co. 17, lett. *a* dell'art. 14, l. 246/2005)[96], dall'altro, in virtù dell'espressa esclusione, prevista dall'allegato 1 al d.lgs. 179/2009[97], della legge modificativa e integrativa della l. 283/1962[98].

Era pertanto inevitabile che l'intervento suscitasse molte polemiche[99], peraltro favorite dall'evidente eccesso di delega rispetto a quanto disposto dall'art. 12 co. 3 lett. *i* l. 4 ottobre 2019 n. 117, con la quale si conferiva al Governo soltanto il potere di «ridefinire il sistema sanzionatorio per la violazione delle disposizioni del Regolamento 625/2017/UE attraverso la previsione di sanzioni amministrative efficaci, dissuasive, proporzionate alla gravità delle violazioni medesime», disponendo l'abrogazione solo delle disposizioni nazionali incompatibili con il regolamento europeo, ossia relative al settore dei controlli ufficiali lungo la filiera agroalimentare[100]. Incompatibilità, peraltro, esclusa dal contenuto della l. 283/1962, avente invece ad oggetto la prevenzione dei più significativi reati contro la salute pubblica connessi a violazioni in materia alimentare.

Le unanime preoccupazioni per gli effetti della *abolitio criminis* - dalla retroattività delle abrogazioni relative alle contravvenzioni agroalimentari al vuoto di tutela per i consumatori in ragione della natura puramente amministrativa delle violazioni - sono tuttavia venute meno con il d. l. 24 maggio 2021 n. 42 («Misure urgenti sulla disciplina sanzionatoria in materia di sicurezza alimentare»), con cui il Consiglio dei Ministri, modificando la disciplina introdotta con il d. l. 2 febbraio 2021 n. 27, ha escluso, prima della sua entrata in vigore[101], gli effetti abrogativi in

[96] In particolare, ai sensi del richiamato co. 17, è sancito che l'effetto abrogativo deve escludersi per le «disposizioni contenute (*omissis*) in ogni altro testo normativo che rechi nell'epigrafe la denominazione codice ovvero testo unico», ciò riguardando, appunto, la l. 283/1962, il cui testo normativo recita testualmente «Modifica degli articoli 242, 243, 247, 250 e 262 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con r.d. 27 luglio 1934 n. 1265: Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande».

[97] Analizzando, in particolare, l'Allegato 1 al d.lgs. 179/ 2009 (contenente gli «Atti normativi salvati pubblicati anteriormente al 1° gennaio 1970»), è espressamente eccettuata l'abrogazione del testo normativo individuato al n. 1891 dell'elenco, rappresentato proprio dalla l. 26 febbraio 1963 n. 441 e, segnatamente delle seguenti disposizioni: artt. da 1 a 14; art. 18,19; artt. da 21 a 29 più tabelle allegate.

[98] Si tratta della l. 26 febbraio 1963 n. 441, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 30 aprile 1962, n. 283, sulla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande ed al decreto del Presidente della Repubblica 11 agosto 1959, n. 750», in G.U. n. 98 dell'11 aprile 1963, entrata in vigore il 12 aprile 1963.

[99] Tra i primi commenti in merito, si veda A. Natalini, *Colpo di spugna sui reati alimentari: abrogate le contravvenzioni igienico sanitarie minori*, cit., 1 ss.; F. Diamanti, *Il sortilegio di Von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari della l. n. 283/1962*, in *Sistema penale*, 17 marzo 2021, 1 ss.; E. Mazzanti, *Abrogata la legge 30 aprile 1962, n. 283: una scelta incomprensibile che rischia di aprire una voragine nel sistema degli illeciti alimentari*, in *Giur. pen. web*, 3/2021, 1 ss.; G. Amendola, *L'assurda abrogazione della "legge alimenti". Sguarnito il fronte della tutela della salute dei cittadini e del contrasto delle frodi alimentari*, in *QuestG*, 19 marzo 2021, 1 ss.

[100] Per un ampio approfondimento del possibile eccesso di delega, con riferimento, in particolare, all'art. 12 co. 3 l. 117/2019, si rinvia alla *Relazione del Massimario della Corte di Cassazione*, n. 13/2021, 5 ss. Sul punto, peraltro, secondo D. Dongo, *D.lgs. 27/21 e abrogazione della legge 283/1962: questione di legittimità nazionale*, in www.greatitalianfoodtrade.it, 17 marzo 2021, l'eccesso di delega è tanto più evidente in quanto la fonte del potere delegato risiede in una legge di delegazione europea, la quale è «volta esclusivamente all'attuazione delle direttive europee e delle decisioni quadro da recepire nell'ordinamento nazionale, esclusa ogni altra disposizione di delegazione legislativa non direttamente riconducibile al recepimento degli atti legislativi europei».

[101] La data di entrata in vigore dell'art. 18 del d.lgs. 27/2021 era originariamente prevista per il 26 marzo 2021, ma il decreto n. 42 del 2021 è stato approvato in data 19 marzo 2021, su proposta del Presidente Mario Draghi e del Ministro della giustizia Marta Cartabia, ed emanato il 22 marzo 2021, entrato in vigore poi il 25 marzo 2021.

relazione agli illeciti alimentari di cui agli artt. 5, 6, 12 e 12 *bis* della l. 283/1962[102]. In tal modo[103], intervenendo prima della scadenza del termine ordinario di *vacatio legis*, si è mantenuta la loro rilevanza penale, scongiurando, nel contempo, le conseguenze iper-retroattive delle abrogazioni normative concernenti le contravvenzioni alimentari[104].
Restano, tuttavia, i dubbi relativi a una scelta criptica rispetto agli indirizzi politico-criminali dell'ultimo decennio[105]. Sicuramente il "taglio chirurgico" immaginato avrebbe avuto il beneficio di interrompere le costanti operazioni ermeneutiche ad opera della giurisprudenza, strumentali a dilatare le fattispecie contravvenzionali in nome di beni giuridici «inventati come le storie»[106] e di «analogie *in malam partem* occultate sotto l'etichetta dell'interpretazione estensiva»[107]. Motivazioni fragili, tuttavia, a fronte dell'unico strumento di contrasto, e di prevenzione, nei confronti di fatti muniti di indici di offesa tutt'altro che marginali.
L'abrogazione prima, l'abrogazione dell'abrogazione poi, manifestano quantomeno un *deficit* di lucidità da parte del legislatore, una sorta di crisi d'identità da cui traspare l'insofferenza nei confronti di una materia estremamente complessa, e attorno alla quale gravitano enormi interessi economici, laddove vi sarebbe – al contrario – assoluta necessità di un approccio che coniugasse esigenze di semplificazione con rigorosa razionalità ed efficacia.

6. Mentre l'Italia, tra datate prospettive di riforma e falliti tentativi di abrogazione, continua a interrogarsi sulla crisi del diritto penale agroalimentare, l'Europa ragiona sull'adeguatezza degli attuali strumenti di controllo e di prevenzione delle frodi rispetto all'innovazione tecnologica e ai nuovi sistemi di produzione e distribuzione dei prodotti agroalimentari.
Sulle nostre tavole, infatti, arrivano di continuo nuovi generi di alimenti. In effetti, in un'epoca di cambiamenti – e di timori per il futuro del pianeta e della sua capacità di rispondere alle necessità di una popolazione in crescita esponenziale -, la scoperta di nuovi alimenti che si sostituiscono, o si affiancano, a quelli "tradizionali" rappresenta una ineludibile peculiarità del settore[108]. Nondimeno, nell'ultimo decennio la rincorsa ai *novel foods*, intesi quali sostanze, alimenti o

[102] L'art. 1 del d.l. n. 42 del 2021, infatti, ha sostituito la locuzione «fatte salve le disposizioni di cui agli artt. 7, 10, e 22», con «fatte salve le disposizioni di cui agli artt. 5, 6, 7, 8, 9. 10, 11, 12, 12 bis, 13, 17, 18, 19 e 22».
[103] Sul punto, ancora G. Amendola, *Leggi alimenti: si rimedia a un errore*, in *QG*, 31 marzo 2021, definisce "strana" la scelta di non abrogare le disposizioni abrogatrici della legge alimenti contenute nel d.lgs. 2/2021, preferendo mantenere formalmente l'abrogazione ma allargandone le esenzioni. Si veda anche F. Lazzeri, *Sicurezza alimentare: abrogate con un decreto-legge, prima delle loro entrata in vigore, le norme abolitrici delle contravvenzioni di cui alla l. n. 283/1962*, in *Sistema Penale*, 22 marzo 2021.
[104] Si esprime in questi termini M. Gambardella, *Nessuna* abolitio criminis *nella vicenda dei reati agroalimentari*, in *Sistema penale*, 4/2021, 82, il quale peraltro, approfondendo con un interessante spirito critico la funzione della *vacatio*, esclude gli eventuali esiti abolitivi iperretroattivi delle incriminazioni dovuti alle modifiche del decreto l. 42/2021, negandone in conclusione una segmentazione sotto il profilo intertemporale. Questi, infatti, afferma che una legge abrogatrice non può porre fine all'efficacia temporale della norma abrogata (norma incriminatrice in questo caso) prima che sia trascorso il periodo di *vacatio.*
[105] Si rinvia ancora a G. Amendola, *Leggi alimenti: si rimedia a un errore*, cit., 2, il quale approfondisce i passaggi politici che hanno condotto alla abrogazione della legge alimenti.
[106] Esattamente, *Rechtsgüter kann man erfinden wie Stories*. Così Volk, *Marktmissbrauch und Strafrecht*, in *Fest. Hassemer*, Heidelberg 2010, 916.
[107] Si esprime così F. Diamanti, *Il sortilegio di Von Kirchmann. Abrogati (nottetempo) i reati alimentari della l. n. 283/1962*, cit., 5.
[108] Nel corso della storia, nuovi tipi di alimenti, ingredienti alimentari o modalità di produzione alimentare sono apparsi quasi costantemente in Europa: dall'importazione dei frutti tropicali, prima sconosciute, all'ampie varietà di spezie provenienti dall'Asia.

ingredienti nuovi che non fanno parte della tradizione culinaria occidentale[109], è stata esasperata dalla spasmodica ricerca della novità assoluta: i semi di chia, gli alimenti a base di alghe o di insetti commestibili - oggi pensati come alternativa proteica sostenibile[110] -, il frutto del baobab, la *physalis* (o alchechengio peruviano o ribes del Capo) e così via[111].
La diffusione dei nuovi prodotti, specialmente quelli derivati dalla sperimentazione genetica, ha coinvolto inevitabilmente anche il mercato che, nella pur fisiologica necessità di adeguamento a questo modello, ha finito per connotarsi di logiche criminologiche più complesse di quelle originali. L'incalzante domanda dei consumatori di prodotti nuovi, in ogni stagione e al costo più basso, anche con *shelf life* più lunghe, nel suo anteporre la novità alla sicurezza alimentare, favorisce inevitabilmente la diffusione di nuovi illeciti, incerti da prevenire e difficili da contrastare.
In questo pericoloso scambio di domanda e offerta di alimenti diversi per origine e provenienza, la previsione di matrice europea di un modello di liceità "condizionata" al rispetto di una serie di prescrizioni procedurali costituisce la prima opzione per provare ad arginare quanto più possibile i rischi di un uso improprio delle nuove sostanze alimentari. In questa prospettiva, d'altronde, si muove il Regolamento 2283/2015/UE sui *novel foods*, secondo cui i nuovi alimenti, prima di essere messi in commercio, devono essere approvati dall'EFSA (Autorità europea per la sicurezza

[109] Sulla base del Regolamento 2283/2015/UE, devono considerarsi *alimenti tradizionali* quelli consumati per tradizione ovunque al di fuori dell'Europa per un periodo di almeno 25 anni. Più precisamente, secondo l'art. 3 co. 2 lett. *a*, deve etichettarsi come *novel food* «qualunque alimento non utilizzato in misura significativa per il consumo umano nell'Unione prima del 15 maggio 1997 (criterio temporale), a prescindere dalla data di adesione all'Unione degli Stati membri, che rientra in almeno una delle […] categorie» elencate dal legislatore unionale dello stesso comma (criterio materiale). Sul punto si vedano, tra gli altri, G. Bonora, *I novel foods nel regolamento (UE) n. 2015/2283 e gli insetti: una possibile evoluzione dei costumi alimentari?*, in *Riv. dir. al*., 1/2016, 42 ss.; I. Canfora, *Alimenti, nuovi alimenti e alimenti tradizionali nel mercato dell'Unione europea dopo il regolamento 2015/2283*, in *Dir. agroal*. 2016, 29 ss.; G. Formici, *L'evoluzione della disciplina normativa in materia di novel foods: una sfida sul tavolo del legislatore europeo*, in *Diritto pubblico europeo - Rassegna online*, maggio 2018.
[110] L'assunto di partenza è quello per cui gli insetti rappresentano una fonte di proteine e aminoacidi più efficiente rispetto agli altri animali tradizionalmente allevati per l'alimentazione umana (cd. entomofagia). A parità di proteine prodotte, infatti, gli insetti consumerebbero quantità infinitamente più piccole di mangimi, di acqua potabile, di energia, producendo minori emissioni di gas serra e potendo essere utilizzati per decomporre i rifiuti, senza entrare in competizione alimentare con gli stessi esseri umani. A ciò si aggiunge la circostanza che gli insetti integrano la dieta di circa due miliardi di persone, ovvero poco meno di un terzo dell'intera popolazione mondiale. Ad oggi, in Europa, quattro sono le specie di insetti che hanno raggiunto una certa notorietà e hanno attirato l'interesse delle multinazionali: si tratta del grillo (*Acheta domesticus*), della tarma della farina (*Tenebrio molitor*), del *Lesser* (o buffalo) *worms* (*Alphitobius diaperinus*), e infine della locusta migratoria (*Locusta migratoria*). Per un approfondimento, si veda F. Girinelli, *Gli alimenti nuovi nell'Unione Europea, tra favor legislativo e diffidenza sociale*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 5/2020.
[111] Prima del Regolamento 1829/2003/CE, nella categoria dei *novel foods* rientravano anche gli OGM ai sensi del Regolamento 258/97/CE.

alimentare) [112], che ne verifica la tossicità, l'etichettamento e l'indice nutrizionale[113]. E così, a differenza di quanto accade ad esempio sul mercato statunitense, che, in linea di principio, non effettua distinzioni tra vecchi e nuovi alimenti e ammette limitazioni alla circolazione degli alimenti soltanto a fronte di rischi conclamati, in Europa i nuovi alimenti possono circolare liberamente solo se preventivamente autorizzati dalle competenti autorità (metodo c.d. della "lista positiva")[114].

La natura "procedimentale" del modello europeo sul tema dei *novel foods*, in parte mutuato da quello previsto in tema di OGM[115], ruota intorno all'applicazione, dal un lato, del principio di rintracciabilità del prodotto, che agisce in funzione preventiva poiché, garantendo la possibilità di ripercorrere tutte le tappe di produzione di un prodotto alimentare dai campi alla tavola, è idonea ad arginare eventuali focolai di crisi alimentari[116], e, dall'altro, di precauzione, in ragione del quale, qualora in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, consente di adottare misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche[117].

---

[112] Più in particolare, il Regolamento 2283/2015/UE, che ha contestualmente modificato il Regolamento 1169/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e ha abrogato il Regolamento 258/1997/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento 1852/2001/CE della Commissione, ha introdotto la centralizzazione della procedura di valutazione e di autorizzazione, rendendo il processo più efficiente nel suo insieme. Brevemente: la nuova procedura autorizzatoria è avviata su iniziativa della Commissione oppure a seguito di una domanda presentata alla Commissione da un richiedente, e deve essere composta da una specifica documentazione, dalla quale emerga la descrizione del processo di produzione, la composizione dettagliata del nuovo alimento, le prove scientifiche attestanti l'assenza di rischi per la salute umana e, se del caso, il metodo di analisi, nonché una proposta, laddove necessaria, in ordine alle condizioni d'uso e ai requisiti specifici di etichettatura per non indurre in errore i consumatori. L'intervento dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare, in questo caso, è soltanto eventuale e consegue comunque a una richiesta specifica della Commissione, che deve essere trasmessa entro un mese dalla verifica della validità della domanda.

[113] Nel valutare la sicurezza del nuovo alimento, l'Autorità è tenuta a prendere in considerazione taluni specifici aspetti, tra cui verificare se la sicurezza di questo sia assimilabile a quella degli alimenti che rientrano in una categoria comparabile già presente sul mercato dell'Unione, oppure se la composizione del nuovo alimento e le condizioni d'uso non presentino un rischio di sicurezza per la salute umana nell'Unione. Qualora il nuovo alimento sia destinato a sostituirne un altro, l'Autorità è invece tenuta a verificare che non ne differisca in maniera tale da rendere il suo normale consumo svantaggioso per il consumatore sul piano nutrizionale.

[114] In applicazione del metodo appena richiamato, è stato ideato il Sistema di allerta rapido per alimenti e mangimi (RASFF), istituito ufficialmente con il Regolamento 178/2002/CE che, come definito dall'art. 50, è un sistema di allarme, sotto forma di rete, per la notifica di un rischio diretto o indiretto per la salute umana dovuto ad alimenti o mangimi. Dai dati che emergono dal sito dell'istituzione europea, nel 2020 la piattaforma i-RASFF ha ricevuto 87 segnalazioni di *novel foods* non autorizzati.

[115] A livello europeo, la materia trova disciplina in una pluralità di fonti; possono qui richiamarsi, a titolo esemplificativo, la Direttiva 18/2001/CE sull'emissione deliberata nell'ambiente degli OGM (poi recepita in Italia con il d.lgs. 8 luglio 2003 n. 224); il Regolamento 1829/2003/CE, istitutivo del sistema di autorizzazione per il commercio di alimenti o mangimi OGM; il Regolamento 1830/2003/CE, concernente la tracciabilità e l'etichettatura di sementi a base di OGM e il Regolamento 178/2002/CE sulla sicurezza alimentare; la Direttiva 412/2015/UE sulle biotecnologie, attuata in Italia con d.lgs. 14 novembre 2016 n. 227. Per un approfondimento in tema di OGM, si rinvia ad altre sedi limitando la citazione ad alcuni contributi, si veda L. Tumminiello, *Verso un diritto penale geneticamente modificato?*, cit., 1-2; F. Consorte, *La disciplina in materia di microorganismi e organismi geneticamente modificati nella prospettiva penalistica*, in *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, a cura di L. Foffani – A. Doval Pais – D. Castronuovo, Milano 2014, 559 ss.; o, ancora, nel medesimo volume, si veda C. Perini, *Tra sicurezza alimentare e sicurezza ambientale: il principio di precauzione nella gestione penale del rischio da ogm*, 585 ss.

[116] Il principio di rintracciabilità alimentare è positivizzato nell'art. 18 del Regolamento 178/2002/CE.

[117] Il principio di precauzione, come già accennato, è invece sancito nell'art. 7 del Regolamento 178/2002/CE. Per un approfondimento, si segnala in particolare, S. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della*

Si tratta, a ben vedere, di principi in cui il concetto di rischio, inteso quale indice di probabilità di verificazione di un evento dannoso in un contesto di incertezza scientifica, rappresenta il criterio meta giuridico, se non addirittura politico, sul quale edificare ora i procedimenti amministrativi di autorizzazione, ora i vari obblighi formali da adempiersi per la circolazione dell'alimento.
In questo nuovo modello di tutela, tuttavia, lo spazio per un diritto penale classico si riduce inevitabilmente. Le minacce della modernità si presentano, infatti, come giustificazione indefettibile del ricorso alla sanzione penale, che viene preferita allo strumento civilistico o amministrativistico in ragione della sua – supposta - maggiore efficienza dissuasiva. La valutazione del rischio affidato a procedure autorizzatorie, *science-based*, favorisce, infatti, uno statuto penale degli illeciti "proceduralmente" criminali ma dalla natura in realtà amministrativa o contravvenzionale e dalla funzione meramente sanzionatoria. Ciò, nella convinzione – non sempre corretta – che il loro ossequioso rispetto garantisca la salute e la sicurezza alimentare, beni che in tal modo, però, finiscono per essere tutelati soltanto in via mediata attraverso la protezione del procedimento amministrativo, unico e centralizzato a livello europeo.

7. L'attuale disciplina sanzionatoria in materia agroalimentare mostra chiaramente i segni del tempo. L'*impasse* decennale della riforma della materia, da un lato, e la recente schizofrenia del legislatore dall'altro, hanno sicuramente contribuito alla crescita esponenziale della criminalità di settore, rintracciabile, oggi più che mai, in ogni stato e grado della filiera. L'uso indiscriminato della tecnologia, infatti, ha favorito l'emersione di nuovi pericoli che le classiche ipotesi di scuola tipizzate nella legislazione attuale, contravvenzionali quanto delittuose, non sono più in grado di prevenire e contrastare[118]. L'obsolescenza della materia è peraltro visibile a chiari segni dai nuovi rischi provenienti dalla incessante sperimentazione genetica sugli alimenti, dapprima mai valutati e oggi invece propri della diffusione sul mercato degli OGM e, ancora più recentemente, dei *novel foods*, che se da un lato offrono un apparente miglioramento delle qualità del prodotto, dall'altro si connotano per un evidente rischio da ignoto (bio)tecnologico[119] circa la loro eventuale pericolosità per la salute del consumatore. In questi casi, infatti, è quanto mai plausibile che «tante sostanze non allarmanti si sommino in maniera allarmante»[120].
Di questa preoccupazione dovrebbe essere, oggi più di ieri, consapevole il legislatore: il panico securitario dovuto ai ciclici scandali alimentari e la crisi globale legata alla diffusione del virus da Covid–19 hanno infatti ravvivato l'interesse, mediatico quanto politico[121], verso la tutela della

sicurezza alimentare, Milano 2006*;* L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova 2004; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano 2005.

[118] Si pensi, a titolo esemplificativo, all'*e-commerce*. È proprio in questo mercato – peraltro cresciuto nell'ultimo periodo del +117% nel settore del largo consumo, con incrementi maggiori proprio durante il recente periodo di pandemia - che si annida il maggiore timore di incorrere in nuove forme di frodi alimentari. Le ragioni sono evidentemente molteplici e riguardano la facilità con cui il prodotto alimentare, nel commercio *on-line*, potrebbe subire contraffazioni in termini soprattutto di qualità, salubrità e igiene: dalla facile deperibilità del prodotto, se non stoccato o trasportato in regime di temperatura controllata, alla mancanza della tracciabilità e rintracciabilità dello stesso, di cui è conosciuto – e peraltro non sempre – solo il distributore (cioè il rivenditore *on-line*).

[119] Per un approfondimento sui rischi da "ignoto biotecnologico" si rinvia a L. Stortoni, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Il rischio penale da ignoto tecnologico,* Milano 2002.

[120] Cfr. Beck, R*isikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986; trad. it., *La società del rischio*. *Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, 35.

[121] In questo senso, le ondate di panico costituiscono un efficace teatro per la rappresentazione del legame che unisce politici, agenti del controllo sociale, media e popolo. In particolare, i politici vengono legittimati come rappresentanti e protettori; i media come portavoce. In questi termini, M. Maneri, *Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza*, in *Rass. It. Sociologia*, 1/2001, 14.

sicurezza alimentare, costantemente esposta al pericolo, dai campi alla tavola. Nondimeno, paura e insicurezza[122] sono veicolatori emozionali di consenso che sovente ispirano irrazionali logiche di criminalizzazione tipiche dei periodi emergenziali (si pensi ai numerosi "pacchetti - sicurezza" in materia di immigrazione clandestina o alla normativa emergenziale in tema di terrorismo). Se da un lato, pertanto, la riforma dell'attuale sistema punitivo della materia appare una necessità ineludibile, dall'altro occorre essere cauti nell'individuazione delle nuove coordinate da seguire. È infatti necessario evitare che la promessa di una tranquillità sociale o di una stabilizzazione emotiva del senso collettivo di insicurezza legittimi il ricorso a eccessive tecniche di tutela a forma anticipata che soavemente elidono le garanzie costituzionali[123] (*in primis*, quella offerta dal principio di offensività e di colpevolezza[124]).

Esclusa la praticabilità di un'abrogazione *tour court* dell'intero apparato sanzionatorio contravvenzionale tipizzato, in particolare, dall'art. 5 l. 283/1962, attualmente essenziale per garantire la sicurezza e l'igiene degli alimenti, non resta che immaginare una soluzione intermedia, che consenta un equilibrato rinnovamento della disciplina attraverso la direttrice della semplificazione, "per sottrazione", dei caotici precetti penali presenti nel quadro normativo della materia[125]. Eliminando il troppo e il vano oggi presente attraverso una attenta selezione dei fatti penalmente rilevanti, si migliorerebbe l'efficacia general-preventiva delle fattispecie rimanenti (vecchie o nuove) attraverso un più elevato grado di tassatività e determinatezza[126]. Peraltro, nella costruzione di un nuovo sistema di prevenzione e repressione degli illeciti agroalimentari votato soprattutto alla "minimizzazione del rischio"[127], la sanzione amministrativa acquisirebbe una nuova centralità adattandosi meglio, per propria natura, alla prospettiva "autorizzativa-procedimentale" della disciplina. La minore carica "stigmatizzante" rispetto alla sanzione di natura

---

[122] Sulla centralità della paura e della sicurezza nelle esperienze quotidiane e nei discorsi pubblici, specialmente a cavallo dei due secoli, si veda per un approfondimento R. Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, Milano 2008.

[123] Cfr. G. Balbi, *Società paranoiche e diritto penale*, in *CrD*, 3-4/2012, 435 ss; ancora, Id., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG E REMS*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015, secondo il quale «l'uso frequente della norma penale come strumento pressoché impazzito di neutralizzazione simbolica dei problemi sociali nasconde l'ombra lunga e inquietante di un diritto penale antico, che dietro il suo apparente, inutile, rigore, nasconde l'assoluta incapacità– e probabilmente l'intima assenza di volontà– di affrontare davvero i problemi sociali».

[124] Sulle tensioni, difficilmente risolvibili, con i principi fondamentali del diritto penale, si veda in particolare, C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, 611; F. D'Alessandro, *Pericolo astratto e limiti- soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano 2012, 255-265.

[125] Cfr. S. Corbetta, *Sicurezza alimentare da "ignoto biotecnologico": una tutela incompiuta (a proposito della disciplina degli alimenti e dei mangimi contenenti organismi geneticamente modificati – d.lgs. 21 marzo 2005, n. 70)*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano 2006, 2257-2301. L'A., dopo un'attenta analisi dei profili normativi sia europei sia interni in materia, soprattutto, di OGM, accoglie con favore un "diritto penale leggero" «dal punto di vista probatorio e sanzionatorio, ma ugualmente efficace», sostenendo che l'impiego di sole sanzioni amministrative non rispecchierebbe l'effettiva gravità dei fatti, non avrebbe un uguale effetto dissuasivo e, peraltro, sconterebbe anche profili di cronica inefficienza, dovuti soprattutto alla carenza di controlli penetranti e di mancanza di garanzie.

[126] È questa una caratteristica di molte delle nuove fattispecie che vorrebbero introdursi con la riforma in discussione, come l'autonomo delitto di disastro sanitario, o l'accorpamento in un'unica norma (l'art. 440 Cp), più chiara oltre che più offensiva, delle condotte ricomprese nei vigenti artt. 440, 442 e 444 Cp. Parimenti, nella medesima direzione deve porsi la riforma del catalogo contravvenzionale di cui all'art. 5 l. 283/1962, con particolate riguardo all'ipotesi relativa alle sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione (art. 5, lett. *b*) e quella delle sostanze alimentari insudiciate (art. 5, lett. *d*).

[127] Come osservato da G. Forti, *"Accesso" alle informazion*i *sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Crim* 2006, 177, il diritto penale "classico" non è attrezzato alla gestione dei rischi, in quanto «si limita a reagire a fatti commessi, ponendosi tipicamente la questione – retrospettiva – della colpevolezza della loro causazione».

penale è infatti bilanciata, in astratto, da una maggiore aderenza alla significatività offensiva delle singole condotte censurate sulla base di incertezze scientifiche[128], e, in concreto, da una loro naturale ed effettiva operatività. Non essendo subordinato ai rigidi schemi procedurali propriamente penali, l'illecito amministrativo si presta meglio, e più repentinamente, alle analitiche, quanto periodiche, integrazioni interdisciplinari, così scongiurando temporanei vuoti di tutela. Ciò, alla condizione tuttavia indispensabile di una preliminare razionalizzazione, anche in questo caso "per sottrazione", dell'impianto amministrativo: solo così, infatti, si attribuirebbe maggiore chiarezza e accessibilità alla norma, tangibile anche in termini di accertamento in sede giudiziale[129].

Tale soluzione avrebbe con sé altri pregi. Innanzitutto si presta meglio alla possibilità di affidarsi a un testo unico - già immaginata con il progetto di riforma del 2009 - da considerarsi come opzione ancora percorribile[130] se finalizzata a offrire agli operatori della filiera, e del diritto, una mappatura più omogenea e ordinata della disciplina[131]. Il che implica, però, non una mera trasposizione in un testo unitario di strumenti normativi accumulatisi nel tempo, oramai inadeguati a offrire ragionevolezza di scopo e di sistema, ma un'indispensabile attività selettiva e una strutturazione teleologicamente orientata a riconoscibili obiettivi di tutela, nel rispetto del quadro dei principi fondamentali. Diversamente, l'operazione si risolverebbe – come troppo spesso è accaduto nella nostra legislazione – nella predisposizione di un contenitore vuoto, composto dalla semplice aggregazione delle previsioni previgenti, senza alcun beneficio in termini di prevenzione e contrasto alla criminalità.

Ma il nuovo modello si adatterebbe meglio anche alla gestione dell'impatto delle nuove tecnologie sul settore agroalimentare[132]. Il loro massiccio impiego per sviluppare e ottimizzare metodi

---

[128] Si restituisce così centralità al paradigma del bene giuridico, che assume la funzione di criterio guida della selezione e delimitazione delle offese punibili attraverso una differenziazione marcata della risposta sanzionatoria proporzionata al grado lesività della condotta. Cfr. G. A. De Francesco, *Dinamiche del rischio e modelli d'incriminazione nel campo della circolazione di prodotti alimentari*, in *Riv. dir. agr*., 1/2010, 33-34.

[129] L'accertamento dell'illecito agro-alimentare è sicuramente complesso e insidioso. Ciò perché «oggetto del *thema probandum* è l'alimento frodato: un corpo del reato *sui generis*, tecnologicamente complesso e particolarmente vulnerabile e per questo difficile da "maneggiare" processualmente». Così, A. Natalini, *Indagini e prova delle frodi agroalimentari: percorsi investigativi e processuali del P.M. specializzato*, in *Riv. dir. agr*., 2/2017, 357–399; Id., *Irripetibilità dei rilievi fotografici allegati ai verbali di p.g.: quali ricadute sulla prova dei reati alimentari?*, in *Riv. dir. agr*., 2/2019, 343–355.

[130] In tal senso, potrebbe essere utile un confronto con il sistema tedesco che, pur condividendo con la nostra disciplina una *climax* ascendente di gravità sanzionatoria delle condotte, le cui ipotesi più gravi si rinvengono nello *Strafgesetzbuch*, si avvale di un testo normativo unitario, il *Lebensmittel-und Futtermittelgesetzbuch* (LFGB), che accorpa la disciplina penale e amministrativa di settore. Per un approfondimento sul raffronto comparatistico con il sistema tedesco di repressione degli illeciti alimentari, si veda G. Toscano, *Suggestioni del Lebensmittelstrafrecth in vista di una riforma degli illeciti agroalimentari*, cit., 1845 ss. Lo stesso A. tuttavia, ritiene che «non paiono ancora maturi i tempi per un innesto dell'intera disciplina degli illeciti alimentari all'interno di un più "unitario" *corpus* codicistico che, a dispetto di un'apparente semplificazione, finirebbe per accrescere i problemi che lo stesso principio della riserva di codice si propone di risolvere». Così G. Toscano, *Bene giuridico e modelli di tutela nella disciplina degli illeciti alimentari*, cit., 39-40.

[131] Cfr. M. Donini, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli*, cit., 10, nota 19, che, sebbene favorevole all'introduzione («in un futuro non proprio immediato») di un codice della sicurezza alimentare, muove grandi perplessità sulla concreta capacità di riordino del legislatore, che non avrebbe «una *mens* ordinatrice».

[132] L'applicazione delle nuove tecnologie ha pervaso qualsiasi settore della delinquenza: dalla produzione, distribuzione e traffico di droghe sintetiche al traffico di migranti, dal riciclaggio di denaro sporco al commercio *online* di prodotti e servizi illegali. La versatilità della modernità di insinuarsi nelle logiche criminali, d'altronde, favorisce nuove opportunità di illeciti, e questo è accaduto anche – ma soprattutto - con riguardo al settore agro-alimentare.

analitici e scientifici in grado, da un lato, di migliorare le qualità e l'autenticità dei prodotti[133], e, dall'altro, di favorire una più veloce e sicura commercializzazione, richiede una regolamentazione inevitabilmente amministrativa delle procedure, con l'applicazione di sanzioni preliminarmente amministrative e solo eventualmente, in caso di gravi violazioni, penali. Tra le molte novità[134], si segnala il nuovo sistema di tracciabilità digitale del prodotto lungo la filiera agroalimentare (cd. *blockchain*[135]), che consente una più facile identificazione, e conseguente responsabilizzazione, dell'operatore coinvolto nella violazione delle norme relative alla propria parte del processo produttivo. La sua operatività, tuttavia, dipende dalla capacità del legislatore di apprestare un modello di disciplina che deve, peraltro, spostarsi dalla ricerca di sanzioni minuziosamente calibrate sulla natura dell'illecito – soluzione che ha qui mostrato profili di irrimediabile ineffettività - a quella delle tipologie di soggetti da responsabilizzare e, solo eventualmente, sanzionare[136]. In questa nuova prospettiva, sarebbe da apprezzarsi l'estensione, anche in questo settore, di una responsabilità amministrativa da reato ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, a questo punto criminologicamente indispensabile per queste nuove tipologie di illecito

[133] Sviluppare e ottimizzare metodi analitici e scientifici in grado di assicurare l'autenticità dei prodotti agroalimentari è diventata ormai da diversi anni un'attività di ricerca fondamentale sia in ambito industriale sia in quello della promozione dei prodotti a marchio. Ciò in quanto una certificazione robusta non ha solo benefici in termini di qualità del prodotto e di tutela del consumatore, ma anche, e soprattutto, di prevenzione alla contraffazione.

[134] L'ultima frontiera nella certificazione e nella lotta alle frodi alimentari è il c.d. *fingerprinting*, ovvero "l'impronta digitale" metabolomica degli alimenti che, grazie all'elevato dettaglio informativo, si presta allo sviluppo di sistemi automatizzati capaci in pochi secondi di riconoscere le caratteristiche salienti di un prodotto, così da identificarlo in ogni passaggio della filiera, dalla produzione sino al consumo. Nel caso di prodotti agricoli, ad esempio, il sistema potrà archiviare i dati sul terreno di coltivazione, le sementi impiegate, i tempi di semina e raccolto, i trattamenti fitosanitari, o, nel caso di prodotti di origine animale (si pensi alla mozzarella di bufala), i dati riguardanti gli stabilimenti di origine, le modalità di lavorazione, i trattamenti medici, le condizioni di allevamento. Un aspetto che potrebbe interessare soprattutto i prodotti venduti su internet.

[135] In estrema sintesi, con il termine *Blockchain* si intende un registro pubblico al cui interno sono registrate migliaia di transazioni crittografate ognuna delle quali è collegata ad un soggetto specifico (i cd. blocchi) che, collegate tra loro attraverso un sistema di marche temporali, creano un vero e proprio *database* a catena (*chain*) in continuo aggiornamento e liberamente consultabile dagli utenti. Tali blocchi sono convalidati da soggetti *ad hoc*, i c.d. *miners*, che utilizzano *software* ed *hardware* specializzati: una volta validati, sui nuovi blocchi viene apposta una marca temporale che permette di aggiornare la *blockchain* mantenendo un certo ordine cronologico all'interno della stessa. Ogni nuovo blocco verrà così inserito all'interno del registro condiviso, riprodotto nei vari dispositivi accrescendo dunque la sicurezza dei dati contenuti nei vari blocchi; ciò permette a tutti gli utenti di avere un controllo sui dati in esso contenuti. In tal modo, i dati contenuti nei vari blocchi risultano immutabili, e comunque immuni da modifiche.

[136] I tempi di una disciplina dettagliata sembrano tuttavia ancora lunghi. Un timido passo è stato fatto attraverso il riconoscimento giuridico del sistema di *blockchain* con il c.d. «Decreto Semplificazione e innovazione digitale» (d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito con l. 11 settembre 2020 n. 120), secondo cui, definite preventivamente le tecnologie basate su registri distribuiti quali «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile, simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili», sancisce esplicitamente che «l'utilizzo di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'art. 41 del Regolamento 910/2014/UE».

LIBERTÉ CHÉRIE. SULL'INAMMISSIBILITA' DEL REFERENDUM IN MATERIA DI OMICIDIO DEL CONSENZIENTE (COMMENTO A CORTE COST. N. 50/ 2022)

Di Francesco Diamanti
Ricercatore in diritto penale, Università di Modena e Reggio Emilia

Alfredo Rocco inchioda in due articoli del codice penale (artt. 579, 580 cp) il dogma dell'indisponibilità della vita, impedendo così ai malati l'accesso a qualsiasi pratica di eutanasia volontaria. Dopo l'intervento di C. cost. n. 242/2019, che ha iniziato (seppur lentamente) a erodere la rigidità dell'art. 580 cp, sono rimasti aperti diversi problemi. Davanti all'inerzia del legislatore alcuni hanno optato per la promozione del noto referendum per l'abrogazione parziale dell'art. 579 cp, ma il quesito è stato dichiarato inammissibile dalla Consulta (C. Cost. n. 50/2022). Il contributo tenta una riflessione critica sulla tenuta delle motivazioni che fondano questo giudizio d'inammissibilità.
Alfredo Rocco nails in two articles of the Criminal Code (art. 579, 580 c.c.) the dogma of the inalienable right to life, thus preventing patients from accessing any procedure of voluntary euthanasia. After the intervention of the Const. Court n. 242/2019, which began (albeit slowly) to erode the rigidity of art. 580 c.c., several problems remained unsettled. Faced with the inertia of lawmakers, some have opted for the promotion of the well-known referendum for the partial abrogation of art. 579 c.c., but the question was declared inadmissible (Constitutional Court n. 50/2022). This contribution attempts a critical reflection on the validity of the motivations underlying this judgment of inadmissibility.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'aiuto al suicidio "non punibile" – 3. L'omicidio del consenziente (verso il referendum) – 4. I perché e il percome dell'inammissibilità – 4.1. Il diritto alla vita impugnato contro sé stesso – 4.2. La breccia che non s'allarga – 4.2.1. *(segue)* Gli esempi che non reggono – 4.3. Le distinzioni che sfumano – 5. Rimane un dubbio (conclusioni)

1. Temi delicati come quello del fine vita presentano innumerevoli difficoltà, tecniche e umane. Studiando questa materia, all'interno della quale s'inserisce a pieno titolo l'eutanasia volontaria[1], si ha l'impressione che certe pratiche tormentino non meno delle disposizioni che le vietano. Da un lato, servirebbero soluzioni complete ed equilibrate che solo il legislatore può realizzare: sperando che, senza riportarci indietro[2], eviti di produrre precetti tanto esangui o slabbrati da permettere al lupo di presentarsi vestito da agnello[3]. Dall'altro lato, la proverbiale inerzia dei politici ha spinto i soggetti interessati a rivolgersi altrove. Li ha indotti a bussare alla porta di

[1] Sulla distinzione tra eutanasia volontaria e non volontaria, l'unica distinzione davvero utile a nostro avviso in questa materia, cfr. per tutti G. Fornero, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Torino 2020, 552 ss.
[2] Più che un timore assomiglia a una certezza. D'altro canto, il legislatore sembra riuscire a intervenire solo in due modi: o continuando a disinteressarsene, oppure disciplinando la materia eutanasica ponendo così tante restrizioni da polverizzare, di fatto e di diritto, i timidi passi in avanti già fatti dai giudici. Sul punto, basta leggere il "ddl Trizzino" sul suicidio medicalmente assistito: sulle condizioni imposte da questo sconcertante progetto v. L. Risicato, *Il diritto di morire tra cuore e ragione. riflessioni postume sul quesito referendario*, in *disCrimen*, 28 marzo 2022, 14 ss.
[3] Questa raccomandazione (sempre valida, a nostro avviso soprattutto nei rapporti tra il diritto penale e la bioetica) è di M. Gallo, *Postille di un penalista ad una costituzione (fino a quando?) sovrana*, Torino 2019, 77.

coloro che una risposta, anche alle minoranze di scarso peso elettorale (che la politica tende a ignorare)[4], devono per forza fornirla: i giudici.
Le difficoltà, però, non sono diminuite.
Assumere decisioni che producono effetti immediati sulla vita delle persone, come s'è più volte trovata a fare la Corte costituzionale, è a dir poco complicato[5]. Le frontiere della vita sono campi minati in cui le certezze più ferme possono rapidamente trasformarsi in dubbi atroci, e viceversa; tant'è che, qui, tutti gli schieramenti in campo credono fermamente di onorare nel modo migliore il *bene*. Sempre che di "schieramenti", ormai, abbia ancora senso parlare: da un certo punto di vista in questo mondo emergono posizioni così eterogenee da impedire qualsiasi *macro*-classificazione scientifica o ideologica. Chi nega la disponibilità della vita non è per forza contrario all'eutanasia c.d. "passiva" in presenza di talune condizioni, così come chi supporta la disponibilità della vita non è per forza convinto della legittimità di tanti altri grandi temi come la fecondazione eterologa, la maternità surrogata, la diagnosi genetica *pre*-impianto, e molto oltre.
Nel nostro tempo, dunque, urgono confronti *specifici* sui vari (*specifici*) temi[6]. Per cogliere i molti riflessi penalistici di tutte queste posizioni, per formarsi un'idea, è possibile appoggiarsi alle numerose riflessioni della dottrina italiana: da Bricola a Canestrari, Padovani, Vallini, Donini, Fiandaca, Pulitanò, Cadoppi, Manna, Stella, Stortoni, Mario Romano, Ronco, Gargani, Eusebi, Seminara, Giunta, Giostra, Risicato, fino a Viganò, Magro, Di Giovine e moltissimi altri; le quali, nel corso del tempo, hanno generato un dibattito ricchissimo[7].

---

[4] Sottolinea questa logica della minoranza politica ignorata, su di un tema che, paradossalmente, potrebbe interessare tutti M. Donini, *Enea o Zarathustra. Le ragioni dell'ammissibilità*, in *Il Riformista*, 13 novembre 2021.

[5] Alla Corte costituzionale è stata spesso richiesto il riconoscimento di diritti che il legislatore non ha voluto (o non potuto) riconoscere o che, nella migliore delle ipotesi, riconoscerà solo dopo diverso tempo. La Consulta si è trovata più volte ad affrontare l'inerzia del legislatore su questioni bioetiche anche molto delicate; tra queste, oltre a quella che ci si appresta a commentare (cfr. C. cost. n. 50/2022), si vedano a mero titolo di esempio C. cost. n. 27/1975 (in tema di art. 546 Cp e aborto); C. cost. n. 96/2015 e n. 229/2015 (in materia di procreazione medicalmente assistita). Sulla sentenza qui in commento (C. cost. n. 50/2022), oltre al lavoro già citato di Lucia Risicato, v. R. D'Andrea, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?* in *Sistema Penale*, 1 aprile 2022, 1 ss.

[6] H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, Nuova ed., Milano 1999, 112 ss. Si accorge molto bene del fatto che i c.d. "stranieri morali" possono essere tali anche rimanendo all'interno del loro gruppo di appartenenza: coloro che lottano affinché il malato possa autodeterminarsi e richiedere l'eutanasia attiva hanno spesso opinioni divergenti su altre tematiche bioetiche. Il quadro è (molto) complesso.

[7] La letteratura è vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza, v. intanto F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1016 ss.; F. Mantovani, voce *Eutanasia*, in *DigDPen*, IV, Torino, 1990, 423 ss.; F. Ramacci, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi Nuvolone*, II, Milano 1991, 201 ss.; Aa.Vv., *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, L. Stortoni *(a cura di)*, L'Editore, 1992; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *RIDPP*, 1995, 670 ss.; F. Bricola, *Vita, diritto o dovere: spazio aperto per il diritto?*, in *Scritti di diritto penale*, S. Canestrari e A. Melchionda *(a cura di)*, II, Milano, 1997, 2805 ss.; F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in C.M. Mazzoni *(a cura di)*, *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna 1998, spec. 286 ss.; Id., *L'insostenibile sofferenza del vivere. Le motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito (sent. 242/2019*), in *disCrimen*, 25 novembre 2019, 1 ss.; M.B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001; v. anche Id., *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso "Cappato"*, in www.penalecontemporaneo.it, 12.5.2019, 1 ss.; Id., *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di protezione positiva nella decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2020, 20 ss.; M. Ronco, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin* 2009; oltre a numerosi lavori dell'A. (impegnatissimo sui rapporti tra diritto penale e bioetica) che citeremo successivamente, v. per ora A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *DPP*, 6/2019, 805 ss.; Id., *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale*, in *Biolaw Journal*, 2020, 208 ss.; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*,

in *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, in *IP* 2000, 480 ss.; un altro A. impegnatissimo su questi temi è Stefano Canestrari, il quale, tra le altre cose, è uno dei principali architetti della l. n. 219/2017, nonché membro del Comitato Nazionale per la Bioetica: per ora si v. S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna 2021; Id., *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo *(a cura di)*, *Eutanasia e diritto*, cit., 213 ss.; A. Manna, *Art. 579-580. L'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio*, in Id., *(a cura di)*, *Reati contro la persona, I, Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, Torino, 2007, 51 ss., 70 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto a morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it*., 2009, 227 ss.; Id., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, *in RIDPP* 2011, 1383 ss.; S. Canestrari, F. Faenza, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 82 ss.; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino 2008; Id., *La consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.3.2020, 1 ss.; F. Viganò, *Decisioni mediche di fine vita e l'attivismo giudiziale*, in *RIDPP* 2008, 4, 1594 ss.; D. Tassinari, *Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al "testamento biologico"*, in S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani *(a cura di)*, *Medicina e diritto penale*, ETS, Firenze 2009, spec. 412 ss.; Aa.Vv., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, S. Canestrari, L. Stortoni *(a cura di)*, Bologna, 2009; Aa.Vv., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, A. Cadoppi *(a cura di)*, Milano, 2010, 103 ss.; S. Tordini Cagli, *Le forme dell'eutanasia*, in S. Rodotà, P. Zatti *(a cura di) Trattato di biodiritto*, vol. II, S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti *(a cura di)*, *Il governo del corpo*, Milano 2011, (1819), 1833 ss.; A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, 223 ss.; M. Donini, *La necessità dei diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 17.3.2017, 1 ss.; O. Di Giovine, *Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita*, in *CP* 2019, 5-6, 1839 ss.; già prima cfr. Id., *Un diritto penale empatico?*, Torino 2009; A. Gargani, Ius imperfectum? *L'esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *Riv. it. med. leg*., 2014, 523 ss.; T. Padovani, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p. e la portata sistematica della sua approvazione*, reperibile *on-line* su https://referendum.eutanasialegale.it/wp-content/uploads/2021/07/Prof.-Avv.-Tullio-Padovani.-Note-circa-il-referedum-sullart.-579-codice-penale-1.pdf); F. Consulich, "Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?", in *RIDPP* 2019, 101 ss.; A. Nappi, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23.9.2019, 1 ss; Aa.Vv., *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, G. D'Alessandro, O. Di Giovine *(a cura di)*, Torino 2020; G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, in www.lalegislazionepenale.eu,.3.2020, 1 ss.; 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 *Sistema penale, Riv. Trim*., 2/2020, 63 ss.; 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, 1 ss.; Id., *La ponderación entre tutela de la vida y tutela de la autodeterminación del individuo y su reflejo en la disciplina penal del auxilio al suicidio*, in J.L. Guzmán Dalbora, A. Zuniga Fajuri, *Delito, naturaleza y libertad*, Valencia 2020, 137 ss.; 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, 1 ss.; A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *Discrimen*, 2020, 1 ss.; A. Massaro, *Questioni di fine-vita e diritto penale*, Torino 2020; V. Militello, B. Magro, S. Canestrari, *Il fine vita e il legislatore pensante. 1. Il punto di vista dei penalisti*, in *Giustizia insieme*, 2021, 1 ss.; G. Losappio, *Fine vita e "diritto vivente" dal caso Englaro al caso trentini*, in *Quaderni del Dipartimento Jonico*, 2021, 242 ss.; D. Falcinelli, *Il delitto senza fattispecie. Contrappunto sul suicidio*, in *AP* 2021, 1 ss. Da ultimo, v. tutti i contributi presenti in Aa.Vv., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi *(a cura di)*, Ferrara 2022.

Gli spunti non mancano, sia nella manualistica[8] che nell'indagine storica[9].
Comunque la si guardi, purtroppo, questa è una storia triste[10].
Iniziamo dall'ovvio.
Per chi può e vuole infliggerselo da solo con atti più o meno tragicamente violenti, il suicidio in sé, quale fatto atipico per il diritto penale[11], non produce né autori né vittime: ma non bisogna

[8] La manualistica italiana è ricchissima di spunti, ma per evidenti ragioni di spazio non la prenderemo in considerazione tutta. Un'indagine di questo tipo, però, sarebbe forse importante per comprendere non tanto le posizioni degli Autori (che a volte emergono meglio in altri generi letterari), quanto *come* questo delicato rapporto tra diritto penale e fine vita viene insegnato nelle Università di Giurisprudenza. Ecco qualche indicazione: per la tesi tradizionale, quella che partiva dall'indisponibilità della vita per l'esistenza di un interesse sociale all'esistenza dei cittadini, imprescindibile il riferimento a F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*[14], I, L. Conti *(a cura di)*, Milano 2002, 43 ss., si veda anche Id., *Manuale di diritto penale. Parte generale*[3], Milano 1955, 204 ss. Per un'impostazione assai più moderna e laica v. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, Tomo I, "I delitti contro la persona"[5], Bologna 2020, 2-5, 55-58; per l'esigenza d'intervenire a livello legislativo con una precisa disciplina della pratica eutanasia, G. Cocco, E.M. Ambrosetti, *I reati contro le persone*, Padova 2018, 86; D. Pulitanò, *Diritto penale. Parte speciale*, I "Tutela penale della persona"[3], Torino 2019, 25 ss., 63, 69 ss., «La scelta effettuata dal codice Rocco è ragionevolmente discutibile, nel senso letterale del termine: messa in discussione con argomenti a favore e contro. Il *divieto di principio* dell'uccisione del consenziente (e dell'istigazione e aiuto al suicidio) può essere giustificato con ragioni coerenti con l'idea dell'eguale rispetto e del reciproco riconoscimento di diritti e doveri: è una norma che può ragionevolmente essere scelta da persone razionali nel quadro delle regole costitutive della convivenza. La *tabuizzazione dell'omicidio* (cui ricorre il divieto di uccidere anche chi vi consenta) protegge lo spazio morale delle relazioni fra persone […] è appunto la rigidezza di quel divieto che – al di là delle prese di posizioni ideologiche sul principio paternalistico – costituisce il punto in discussione: il problema dell'eutanasia e del suicidio assistito». Importanti, poi, le riflessioni presenti in A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*[5], Padova 2016, 333, poi 376 e 377.

[9] Sulle origini della criminalizzazione del suicidio in Europa, cfr. per tutti G. Garrisson, *Le Suicide dans l'antiquité et dans les temps modernes*, Parigi 1885, 83 ss., 83 « Jusqu'ici nous avons trouvé la loi bienveillante pour le suicide ; la religion et les mœurs toléraient souvent, encourageaient parfois cette sortie do la vie par la porte de derrière Désormais, tout va changer de face ; la religion chrétienne va reprendre la prohibition du Décalogue ; Tu ne tueras point, et le suicide va être, pendant plusieurs siècles, regardé comme le plus coupable des actes, assimilé à l'assassinat. Le premier chrétien qui so prononça ouvertement contre le suicide et qui exposa nettement ses doctrines fut saint Augustin»; A. Wacke, *Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte*, 1980, 97, 26 ss., spec. 32 ss.

[10] È una storia in cui la negazione delle esequie assume i tratti di un'umiliazione quasi trascurabile se comparata a quelle inflitte coi processi ai cadaveri e con la grottesca esecuzione simbolica delle pene nei loro confronti. È una storia terribile, è una storia di confische, di cadaveri trascinati coi cavalli sino al luogo del supplizio e lì – come raccontato, ad esempio, nel XVI secolo da Joos Damhouder – offerti al popolo sospesi ignominiosamente sul patibolo (cfr. J. Damhouder, *Practica rerum criminalium*, Lugduni 1554, 294 ss., che, in fondo, era la traduzione, con qualche integrazione, di un'opera inedita più risalente, la *Practycke criminele* di Philippe Wielant). Per tutti, v. l'indagine storica di G.P. Massetto, *Il suicidio nella dottrina dell'età di mezzo*, in *Acta Histriae*, 12, 2004, 139 ss.

[11] Detto per inciso, un'ovvietà: un "fatto" non previsto dalla legge penale come reato è atipico, e se un penalista si chiede se quel medesimo fatto (*atipico*) sia o meno strutturalmente antigiuridico o tollerato dallo Stato (per una sintesi di questo ampio dibattito v. G. Fornero, *op. cit.*, 145 ss.), sta andando *off topic*. Se esistono incongruenze nel sistema – e ne esistono eccome – il problema è solo di quelle incongruenze: in altri termini, l'esistenza e la resistenza degli artt. 579 e 580 cp non dice nulla, oggi, sul fatto che il suicidio debba essere "tollerato" o strutturalmente antigiuridico o altro. Niente di tutto ciò, perché i rapporti tra *fatto tipico* e *illecito* (o, se si preferisce, tra tipicità e antigiuridicità) sono chiari: la valutazione dell'antigiuridicità di un fatto atipico è sospetta, perché prepara il campo alla libertà di giudicarlo. Una delle lezioni di Beling era proprio questa: il fatto atipico, com'era già all'epoca il suicidio, è atipico e basta; quindi, non ha senso pensare alla sua antigiuridicità, cfr. E. Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen 1906, 220 «... der Selbstmord mag rechtswidrig sein oder es nicht sein, strafbar ist er schon deshalb nicht, weil er keine typische Tötungshandlung im Sinne der §§ 211 ff. StGB ist. Es erübrigt sich hier also die Rechtswidrigkeit zu prüfen». Un fatto atipico è oggi un nostro spazio di libertà che non ammette giudizi (*morali*, perché di questo si tratta) di alcun tipo: forse è giunto il momento di ammettere che il suicidio non è un fatto tollerato o sopportato a malincuore, ma semplicemente *atipico*; senza andare oltre. Su tutti questi temi, v. M.B. Magro, *Eutanasia*, cit., 195.

dimenticare che questo piccolo passo c'è costato carissimo, e che per esso s'è dovuto lottare, senza sosta, fino alla fine del XIX secolo[12].
E chi *non vuole*, o *non può*, fare da solo?
Sul punto il codice Rocco è stato molto chiaro.
Regna la cultura dell'indisponibilità della vita; bene, quest'ultimo, che le scelte normative del '30 hanno reso tecnicamente *non negoziabile*[13]. I commentatori più attenti, però, si accorsero subito

[12] Nel Medioevo, ad esempio, al suicida era imposto il divieto di onoranze funebri e la confisca del patrimonio (cfr. A. Wacke, *Der Selbstmord*, cit., 33 ss.). Si può dire naturalmente qualcosa anche su quel che accadeva in tempi assai più recenti, come ad esempio la disciplina del Codice penale del Regno di Sardegna, nella quale l'art. 585 affermava che «Chiunque volontariamente si darà la morte è considerato dalla legge come vile, ed incorso nella privazione dei diritti civili, ed in conseguenza le disposizioni di ultima volontà che avesse fatte saranno nulle e di niun effetto: sarà inoltre il medesimo privato degli onori funebri di qualunque sorta». Il suicidio, nel corso del tempo, in alcuni Paesi inizia lentamente a passare da delitto a (grave) contravvenzione di polizia contro la sicurezza della vita; questo, ad esempio, avvenne coi §§ 91 e 92 del Codice penale austriaco del 1803 (capo VIII "Delle gravi Trasgressioni di Polizia contro la sicurezza della vita"): il § 90 stabiliva che «... quando qualcuno si fosse ferito, od in qualunque altro modo offeso col disegno di togliersi la vita, ma avesse desistito dal compiere il suicidio, mosso dal proprio pentimento, dev'essere chiamato dinanzi alla magistratura, da cui gli verrà fatta una seria ammonizione sull'enormità del suo attentato, che offende tanti doveri»; il § 92, ad esempio, stabiliva che «Qualora poi fosse avvenuta la morte, il cadavere del suicida accompagnato soltanto dalla guardia viene trasportato in un luogo posto fuori del cimitero, e sotterrato dai fanti di giustizia». In altri casi, invece, il suicidio scompare *tout court* dal Codice penale, come nella Francia del 1791 (cfr. K.A. Geiger, *Der Selbstmord im französischen Recht,* in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 62, 1889, 397 nota 4). Il pensiero illuminista, ricco di pensatori del calibro di Beccaria, Voltaire, Filangieri e Pilati, (ma già prima con Montagne, cfr. M. de Montaigne, *Essays*, II, 3 - III, 12), si diffonde, piano piano, l'esigenza di depenalizzare il suicidio. Facciamo un altro esempio: il Codice penale sardo del 1859 tacque sul punto, ma i rari casi di uccisione del consenziente, così come le forme di partecipazione al suicidio, furono ricondotte comunque dalla giurisprudenza all'omicidio doloso. In seno a quella multiforme Scuola che fu chiamata "classica", molti (quasi tutti in realtà) erano d'accordo con la rinuncia alla folle punizione del suicidio consumato, ma alcuni continuarono a sostenere imperterriti la punibilità del tentativo, cfr. E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, II, Napoli 1883, 13 ss. Affermava Pessina: «Colui che senza essere in uno stato di demenza si toglie la vita, uccide un uomo, uccidendo sé stesso, e con ciò viola il dettato del Diritto come ogni altro omicida. Noi non neghiamo la natura speciale dell'azione, per cui l'uomo, rivolgendo contro sé stesso le sue forze esce dalle condizioni normali della Natura, in virtù delle quali ogni essere dotato di sensibilità e di movimento tende alla propria conservazione. Epperò non disconosciamo che egli debba soggiacere ad una pena tutta speciale, in quei limiti in cui potrebbe esser punito, cioè nel conato di suicidio». Queste erano le esatte parole di Enrico Pessina, non Giustiniano, Irnerio o Deciani, ma di un illustre penalista scomparso nel 1916. A ogni modo, i penalisti si resero presto conto del fatto che un prerequisito logico dell'omicidio, sia esso tentato o consumato, fosse inevitabilmente l'altruità della vita neutralizzata (cfr. G.B. Impallomeni, *Delitti contro la persona*, in *Completo Trattato teorico e pratico di Diritto Penale secondo il codice unico del Regno d'Italia*, II, Milano 1889, 107). Sul rapporto sul suicidio e il diritto penale v. anche M.B. Magro, *Eutanasia*, cit., 180 ss.
Il dibattito si spostò sulla punibilità dell'omicidio del consenziente, sull'istigazione e sull'aiuto al suicidio. All'inizio fu più che semplice chiamare in causa l'omicidio doloso per punire quello del consenziente; un poco più complicato, ma non troppo, fu ricondurre all'omicidio doloso anche il mero *aiuto*. Del resto, non è facile essere correi di un innocente, è piuttosto strano concorrere in un fatto atipico (cfr. G. B. Impallomeni, *Delitti*, cit., 110 ss.). Secondo alcuni tra i più importanti esponenti della Scuola c.d. "classica", per punire questi comportamenti, servivano fattispecie *ad hoc*; secondo altri, peraltro assi più scettici rispetto alla cristallizzazione assoluta del dovere di vivere (il riferimento è ai penalisti della Scuola positiva, come Enrico Ferri) credevano che se il suicidio non è reato allora neanche l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio dovrebbero esserlo, purché l'autore sia mosso da motivi "sociali" (cfr. E. Ferri, *L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*[4], Torino 1895, 64 e *passim*. Questo è un volume che non esitiamo a definire "fondamentale" per lo studio del pensiero penalistico sull'omicidio del consenziente e sull'aiuto/istigazione al suicidio dell'Italia del XIX secolo).

[13] Per questa posizione c.d. tradizionale, cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 43 ss. Importanti riflessioni sul punto sono presenti in S. Seminara, *op.cit.*, 670 ss. Ampie critiche al Progetto che poi divenne legge in E. Ferri, *Principi di diritto criminale. Delinquenti e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*, Torino 1928, 402 ss.

dell'errore insito in una disciplina come quella dell'art. 579 Cp, perché già nel '28 era chiarissimo che i pochissimi omicidi del consenziente prendessero vita quasi esclusivamente dietro richiesta di malati terminali[14]. Tant'è che la giurisprudenza italiana, sotto la vigenza del codice penale del 1889, finiva per commuoversi e per fare ampio uso di attenuanti o, addirittura, dell'assoluzione per difetto d'imputabilità[15].

Le critiche, purtroppo, servirono a ben poco.

Anche per interrompere questa tendenza ermeneutica poco gradita al legislatore fascista, si decise d'inserire la fattispecie simbolo già citata, oltre a una nuova formulazione dell'aiuto al suicidio[16].

---

[14] Disse Ferri commentando la scelta del Progetto Rocco del 1927: «E questa non è ancora la soluzione razionale e pratica del problema, dacché, per es., l'uccisione del consenziente avviene il più spesso per obbedire alle insistenti richieste di un malato inguaribile e per solo sentimento di pietà» E. Ferri, *Principi di diritto criminale*, cit., 407 ss. (spec. nota 1).

[15] Così la *Relazione del Guardasigilli alla Comm. parlamentare*, n. 661. Tra gli altri, v. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*[2], Milano, Napoli, Roma 1922, 20 in cui, parlando dei reati di omicidio, dice «Sono pure indifferenti i motivi dell'azione. Di guisa che, sino a quando la così detta eutanasia non trovi maggior credito nella legislazione, il movente della pietà per le altrui sofferenze, non solo non iscrimina la volontaria uccisione del paziente (consenziente o no), ma neppure diminuisce specificamente la pena», poi, alla nota 3, il Manzini cita però solo alcuni casi che portarono all'assoluzione dell'imputato. U. Conti, *Il Codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. III, Milano 1936, 236. Riprendono brevemente questa evidenza storica anche R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 49 ss. Si v. anche gli spunti presenti nell'importante indagine storica di M. Cavina, *Il "buonismo" delle Corti d'assise. Culture filo-eutanasiche fra XIX e XX secolo*, in *Historia et ius*, 10/2016, *paper* 27, 1 ss.; A. Visco, *L'omicidio e la lesione personale del consenziente. Saggio di una teoria generale sulla efficacia del consenso del soggetto passivo nel diritto penale*, Milano 1929, *passim* (spec. 50 ss.). Per un caso italiano del 1885 concernente un medico che offrì il veleno a un malato, cfr. E. Ferri, *L'omicidio-suicidio*, cit., 92 ss., dove avverte che la quasi totale assenza di sentenze italiane in materia di aiuto al suicidio e di omicidio (del consenziente) può significare tre cose: 1) o che nessun caso si è verificato nel corso di quasi un secolo; 2) o che le autorità non hanno iniziato alcun processo contro gli autori; 3) o che i processi sono sempre terminati con assoluzioni. «L'esperienza quotidiana – precisa Ferri citando moltissimi casi di cronaca del suo tempo – esclude la prima spiegazione, confermando invece le altre due» (*Ivi*, 93 ss.). Per la giurisprudenza del XIX secolo, v. G. Crivellari, *Dei reati contro la vita e la integrità personale. Trattato teorico-pratico sulla scorta della Dottrina, del Diritto Positivo patrio e straniero, dei lavori sul nuovo Codice penale e della giurisprudenza*, Torino 1885, I, 637. In alcuni casi si fece persino appello allo "stato di necessità", cfr. F. Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, Roma 1924, 445.

[16] Tra le due fattispecie, quella davvero "nuova" per il nostro Codice è solo l'art. 579 Cp L'omicidio del consenziente, infatti, non esisteva come fattispecie autonoma nel Codice Zanardelli; testo, questo, che aveva peraltro smesso di considerare il suicidio, consumato o tentato, un *crimen horrendum ac detestabile*. E questa, date le preoccupanti tesi di alcuni illustri penalisti della Scuola classica, come Enrico Pessina, fu già un'ottima notizia. L'omicidio del consenziente – sebbene questa scelta fu da subito aspramente criticata – rimase anche sotto la vigenza dello Zanardelli, anche se la scelta, nel silenzio del Codice, era mani della giurisprudenza; la quale, volendo, avrebbe potuto applicare l'omicidio doloso. La determinazione al suicidio e l'aiuto, invece, furono puniti espressamente dall'art. 370 del Codice del 1889 con la reclusione da tre a nove anni. Per un'analisi di questo delitto, cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 62 ss.

L'omicidio del consenziente, pertanto, nasce nel Codice Rocco come ipotesi speciale rispetto al più generico omicidio doloso (575 Cp); ciò nonostante, questa *lex* non trova *mai* applicazione nell'evoluzione giurisprudenziale; in casi simili la dimostrazione concreta di alcuni requisiti obiettivi di validità del consenso (che, se sussistenti, in questo caso provocherebbero non l'impunità ma solo l'operatività di una disposizione diversa dall'art. 575 Cp) è molto difficile, in molte ipotesi diviene pressoché impossibile. A fatto avvenuto, non solo chi ha prestato il consenso è deceduto, ma la natura delittuosa e solitamente piuttosto violenza di chi ha posto fine a quella vita ha senz'altro obbligato l'autore a nascondersi, a utilizzare mezzi rudimentali, a non informare opportunamente il malcapitato sulle conseguenze, e così oltre; sicché, in casi simili, a differenza di quel che potrebbe avvenire relativamente al consenso informato in ambito medico, non possono venire in aiuto nemmeno i giudizi controfattuali per una ricostruzione *ex post* di alcuni requisiti mancanti . E questo dipende dal fatto che il consenso, qui, non scrimina l'omicidio, ma si limita a orientarlo verso una diversa tipicità (art. 579 Cp). Importanti riflessioni su queste due disposizioni sono presenti anche in un recente lavoro (d'importanza fondamentale per la letteratura nazionale) G. Fornero, *op. cit.*, 424 ss.

Ciò nonostante, se è vero che fu la rigidità di questa disciplina a costituire il problema principale già nella prima parte del '900 (tant'è che i giudici erano indotti ad usare la loro discrezionalità *pietatis causa*), a maggior ragione quella stessa rigidità, mai attenuata dal legislatore, costituisce un problema (ancor più serio) nel nuovo millennio: fosse solo per il mutamento delle condizioni del morire. C'è stato un tempo in cui la morte era o prematura o imprevista o breve o improcrastinabile, e avveniva quasi esclusivamente in casa[17]. In un mondo in cui più del 70% delle diagnosi era sbagliato, in cui quasi tutti morivano nel loro letto, con agonie piuttosto brevi; in un mondo sprovvisto di tecniche capaci di sostenere per periodi più o meno lunghi un processo vitale già compromesso dalla malattia, l'eutanasia non avrebbe mai potuto divenire un problema di rilevanza centrale[18].

Quella società, però, non c'è più.

Noi, a differenza del codice, siamo cambiati radicalmente[19].

In tempi piuttosto recenti le battaglie di Piergiorgio Welby[20], della famiglia Englaro[21] e di moltissimi altri, hanno (ri)portato il problema sotto i riflettori[22]; tuttavia, per comprendere bene l'origine di un così aspro dibattito penalistico – quello che va all'incirca da Welby alla sentenza n. 50/2022[23] – occorre contestualizzare. Bisogna innanzitutto ricordare un'ovvietà, ovvero che fino al 2010 non v'è stata quasi traccia di nulla, nemmeno della legittimità formale delle cure palliative

[17] M. Mori, *Manuale di bioetica. Verso una civiltà biomedica secolarizzata*, Firenze 2013, 336 ss.

[18] M. Mori, *op cit.*, 338.

[19] L. Risicato, *La consulta e il suicidio assistito*, cit., 11 «La "manipolazione" dell'art. 580 Cp s'inserisce, del resto, nel solco della mancata riforma del codice Rocco: un codice penale anacronistico nelle parti non novellate e talora distonico nelle parti novellate, fondata su valori spesso opposti a quelli della nostra Costituzione e tuttavia dotato di sorprendente vitalità». Alfredo Rocco, infatti, *non* ha mai più risolto il problema dell'eutanasia; anzi, per lungo tempo i giuristi credevano addirittura che la malattia stessa potesse invalidare il consenso dell'infermo, obbligando quindi il giudice a condannare l'imputato *ex* art. 575 Cp. Tra gli altri, v. C. Saltelli, E.R. Di Falco, *Commento teorico-pratico del Codice penale (con prefazione del guardasigilli Alfredo Rocco)*[3], IV, articoli 499-734, 1956, 262-263 (e nota 1, in cui viene ripreso un passaggio molto significativo dell'impostazione di Rocco sulla disponibilità della vita in materia eutanasica: «Oltre a tali previsioni e attenuazioni – il Guardasigilli parlava di alcune attenuanti comuni applicabili ai casi di eutanasia – io non credo possa largheggiarsi in maggiori concessioni; precisamente accedersi ai voti di coloro, che vorrebbero riconoscere la legittimità della morte cagionata per troncare un'agonia, ancorché atroce e certamente mortale, non potendo al fallace giudizio degli uomini essere attribuita la facoltà di distruggere, con la vita, l'ultima speranza, che permane fintanto che vi sia un debole segno di esistenza».

[20] Tra gli altri, v. M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto",* in *CP* 2007, 902 ss.; A. Vallini, *A proposito del «caso Welby». Linguaggi e principi tra la legge, la politica e i media*, in *Problemi* dell'informazione, 2007, 25 ss.; G. Losappio, *op.cit.*, 247 ss.

[21] Anche qui, la letteratura che ha discusso il caso Englaro è molto ricca. Per una ricostruzione di sintesi della vicenda, cfr. L. Risicato, *Indisponibilità o sacralità della vita? Dubbi sulla ricerca (o sulla scomparsa) di una disciplina laica in materia di testamento biologico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2009, 13 ss. Per una riflessione più generale v. Id., *Dal "diritto di vivere" al "diritto di morire". Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; F. Viganò, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto penale e processo*, 2008, VIII, 1035 ss. Da ricordare, poi, i dubbi (legittimi) sulla soluzione adottata dalla giurisprudenza nel caso Englaro, comparsi su "Il Foglio" del 17 luglio 2008. Il comunicato (reperibile qui:https://www.ilfoglio.it/articoli/2008/07/17/news/l-intervento-dei-professori-di-diritto-penale-su-eluana-englaro-72740/).

[22] Tra le letture fondamentali (non solo penalistiche) su questo tema, senza pretesa di completezza, cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra "morali" e diritto*, Milano 2009; A. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte al fine vita*, Torino 2011.

[23] Il dibattito è naturalmente assai più risalente. Già le agonie, tra gli anni '70 e '80, del Generale Franco e del Maresciallo Tito portarono sotto i riflettori le tragedie umane del vitalismo (a ogni costo), su questo tema cfr. M. Mori, *op. cit.*, 341 ss.

o della c.d. "terapia del dolore"[24]. Era ignorato o proibito quasi tutto, e senza la «buona legge buona» del 2017[25] non avremmo mai ottenuto un bel niente: dal riconoscimento (formale) del *diritto*, per chi lo richiede, alla sedazione palliativa profonda continua[26], al *diritto*, sempre per chi lo richiede, di rifiutare accanimenti terapeutici disumani, e così oltre.
Rimangono ancora moltissimi sentieri da battere.
Due, però, sono quelli più urgenti.
L'eutanasia c.d. "attiva" e l'aiuto al suicidio.
Su questo fronte i guai non sono pochi, perché non solo non c'è accordo su quali dovrebbero essere le condizioni per liceizzare tali pratiche, ma non c'è sintonia nemmeno sul "luogo normativo" nel quale iniziare questo complesso negoziato. La sensazione è che una parte piuttosto significativa della letteratura penalistica italiana vorrebbe discuterne rimanendo dentro l'ordinamento attuale, quindi senza intervenire con operazioni più ampie sull'indisponibilità della vita. Altri, invece, ritengono che all'ombra di quel vecchio dogma qualsiasi trattativa risulterebbe un po' ipocrita e, comunque, non consentirebbe l'innesco di un dibattito politico abbastanza serio e diffuso da accompagnare l'Italia verso una disciplina organica dell'eutanasia volontaria[27].

2. La prima breccia nella rigidità dell'art. 580 Cp è firmata Fabiano Antoniani. Il fatto è noto, anche il processo[28].
La legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio viene messa in dubbio alla luce degli artt. 3, 13, co. 2 e 25, co. 3 della Costituzione. Tutto parte dal dubbio in ordine alla costituzionalità della punizione di quegli aiuti al suicidio che non abbiano effettivamente inciso sul percorso deliberativo del soggetto passivo.
La Corte prende tempo e rinvia (con l'ord. n. 207 del 2018).
Il 22 novembre del 2019 la sent. 242/2019 è depositata[29].

---

[24] Ne ha parlato per la prima volta la l. n. 38 del 2010, ma bisogna arrivare alla l. n. 219 del 2018 in materia di testamento biologico per ritrovare un segmento normativo che riconosca la possibilità per il paziente senza speranze di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua.

[25] Su questa importante legge, fondamentali i tanti lavori di Stefano Canestrari. Tra questi, e senza nessuna pretesa di completezza, cfr. S. Canestrari, *Una buona legge buona (ddl recante "norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2017, 975 ss.; anche Id., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in www.lalegislazionepenale.eu; Id., *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *RIDPP* 2018, 55 ss.

[26] Lo spiega molto bene sempre Stefano Canestrari in molti suoi recenti studi. Da ultimo, lo ha ribadito anche al convegno "La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.", la registrazione è reperibile *on-line* su https://www.radioradicale.it/scheda/654507/la-via-referendaria-al-fine-vita-ammissibilita-e-normativa-di-risulta-del-quesito. Sulla necessità della sedazione profonda continua come strumento di umanità v. S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., 39-40; F. Giunta, *L'insostenibile sofferenza del vivere*, cit., 2.

[27] Anche se è piuttosto complicato categorizzare il pensiero di singoli autori su questi delicatissimi e variegati temi, sembrano, ad esempio, condividere questa impostazione generale, oltre alle tesi (da sempre) sostenute da Tullio Padovani, posizioni "forti", anche se tra loro diverse, si rinvengono anche in A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale*, cit., 235 ss.; A. Massaro, *Scelte di fine vita. Uno spazio sempre meno libero dal diritto?*, in Aa.Vv., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, F.S. Marini e C. Cupelli *(a cura di)*, Napoli 2019, 227 ss.; sempre da una prospettiva nettamente antipaternalistica v. L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, cit., *passim*; e A. Manna, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 15 ss.

[28] A. Vallini, *Morire è non essere visto*, cit., 805 ss.; G. Losappio, *op.cit.*, 248 ss.

[29] Per tutti, cfr. M. Donini, *Libera nos a malo. i diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in Aa.Vv., *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 205 ss; G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, *ivi*, 265 ss.; A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto. La Consulta, la libertà di suicidarsi, la vulnerabilità del suicida, i limiti del diritto penale*, ivi, 447 ss.; L. Risicato, *Le chiavi della prigione. La*

La solidità strutturale dell'aiuto al suicidio mostra un primo, piccolo, segno di cedimento: *non è punibile* l'aiuto che non abbia inciso sulla scelta del soggetto passivo, a patto che segua la procedura prevista dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 e che, previo parere del comitato etico territorialmente competente, ottenga una verifica dello stato di salute da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale.
Fin qui sembra un'ottima notizia.
La Corte, però, aggiunge troppi "dettagli".
In altri termini, i giudici pongono moltissime altre *condizioni*: chi vuole incamminarsi lungo il sentiero che porta al termine di un'esistenza insopportabile – fa capire la Consulta – può ricevere aiuto solo se è tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile; e, aggiunge, non una patologia irreversibile qualsiasi, ma ne serve una che sia fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il malato reputa intollerabili[30].
I problemi sono diversi[31].
Tra questi, due in particolare.
In primo luogo, c'è un problema di razionalità intrinseca. Gli ostacoli sono così tanti che, a prima vista, nemmeno lo stesso Fabiano Antoniani sembrava riuscire a superarli. Del resto, come è stato ben evidenziato in letteratura, se è corretto discutere della necessaria esistenza di una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psichiche per il malato non tollerabili, il problema più serio è nella pretesa di restringere il campo ai malati tenuti in vita da particolari sostegni vitali; pretendere questo, a nostro avviso, non significa solo pretendere troppo, ma vanificare ogni sforzo finalizzato al riconoscimento di un vero "diritto"[32].
E qui si giunge al problema più generale, perché questa sentenza, sebbene importante per lo sviluppo di questa delicata materia, *non ha riconosciuto nessun diritto*; quel che i giudici costituzionali si sono limitati a concedere, com'è stato opportunamente evidenziato, è un'autorizzazione proceduralizzata di un'attività normalmente considerata illecita: non è solo una liberazione *iper*-proceduralizzata da alcuni mali insopportabili, ma, senza ricorrere all'analogia, è una strada chiusa per quasi tutti; è un percorso che si può intraprendere solo se non si ha nessuna *chance* di guarire e se si è in qualche misura tenuti in vita da "trattamenti di sostegno vitale". Quest'ultima condizione, naturalmente, potrà essere estesa in via ermeneutica, si potrà e si dovrà senz'altro estendere questo e gli altri requisiti in via analogica (perché si tratta di operazioni *in bonam partem*), si potrà e si dovrà dunque affermare che la dipendenza da quei trattamenti ricomprende casistiche ulteriori rispetto alla dipendenza da una "macchina", come quelli che potremmo chiamare "farmaci e/o operazioni manuali di sostegno vitale"[33]. La verità, però, è che

---

Corte costituzionale fissa i nuovi confini dell'autodeterminazione responsabile nell'inerzia del legislatore, *ivi*, 429 ss.; D. Pulitanò, *A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 20772018 alla sentenza n. 242/2019*, in *Giurisprudenza penale web*, 12, 2019; M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020, 1 ss.; S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., 36 ss.

[30] C. Cupelli, *Il parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 12/2019, 1 ss.

[31] Li analizza a fondo M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., *passim*.

[32] «Chi non beneficia di questo trattamento "di salvataggio immediato", perché il suo sostegno vitale non ha le stesse caratteristiche […] non dovrebbe essere gravato dell'onere di una interruzione accompagnata da sedazione profonda, che egli può ritenere comunque lesiva della sua dignità e che l'ordinamento non può costringere ad accettare», così M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., 6.

[33] La giurisprudenza, com'era prevedibile, ha già esteso la portata di alcuni requisiti, cfr. il caso di Davide Trentini in Ass. Massa, 27 luglio 2020, 30 «… la dipendenza da "trattamenti di sostegno vitale" non significa necessariamente ed esclusivamente dipendenza da una macchina». Su questa decisione, v. soprattutto G. Losappio, *op.cit.*, cit., 252 ss.;

tutto questo essenziale sforzo ermeneutico non basterà: non sarà sufficiente per venire incontro alle disperate richieste di chi, diagnosticata ai suoi danni una malattia terminale, intenderà agire d'anticipo per evitare sofferenze e umiliazioni che lui (e non gli altri, che guardano) giudica insopportabili.

In terzo luogo, potrebbe esserci *anche* un problema teorico.

Con "non punibilità", la Corte, cosa intende?[34]

Sarà anche una questione dogmatica, per carità[35], ma, riflettendo a voce alta, qualche considerazione in più è forse possibile. Iniziamo col dire che è un fatto che la Corte costituzionale abbia "autorizzato" l'aiuto al suicidio in un numero di casi limitatissimo, e che quell'aiuto, in quelle particolarissime situazioni, implichi normalmente un'offesa obiettivamente e subiettivamente già significativa per il diritto penale. Se così è, allora, quella "non punibilità" non sembra poter essere sinonimo di "atipicità"[36], ciò in quanto non sembra essere stato attivato un

---

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, 1 ss.; A. Massaro, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridescrizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in *GP* 2020, 1 ss.

[34] Cfr. C. cost., 25.9.2019, n. 242, nella quale si parla sempre di non punibilità: oltre al dispositivo, v. anche il § 6 «… la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati»; il § 7 «… condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio» e «Riguardo ai fatti anteriori la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata…». Il problema è teorico, ma anche piuttosto rilevante nella vita processuale: nel procedimento penale per la morte di DJ Fabo, ad esempio, i giudici hanno assolto Marco Cappato perché "il fatto non sussiste". Per altre considerazioni v. *infra* nel testo e nota 36.

[35] Per la morte della dogmatica nel nostro tempo, cfr. Cfr. Mayer-Cordin U., *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübingen 1973, 32 ss.: «Tod der Dogmatik». Una risposta, che noi condividiamo, è presente in Jansen N., *Rechtsdogmatik im Zivilrecht*, cit., §4 n. 22, perché «Ein adäquater Rechtsbegriff muss auch weiterhin die gedankliche Ordnung normativer Zusammenhänge, die in dogmatischen Lehren zum Ausdruck kommen, mit in den Begriff des Rechts einschließen; nur dann lassen sich die relevanten Legitimitätsprobleme überhaupt ansprechen. Derartige Legitimitätsprobleme sind dabei nicht durch einen selbstbeschränkenden Verzicht auf eine innovative, konstruktive Rechtsdogmatik zu bewältigen».

[36] Sembra questa, invece, la posizione presente nell'interessante lavoro di P. Bernardoni, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 26 febbraio 2020, 1 ss. L'A. afferma che «... se le cause di giustificazione sono da ricondurre alla categoria di teoria generale del conflitto tra norme, e come tali sono strumenti per bilanciare in concreto interessi confliggenti, non è chiaro come tale conflitto si possa verificare dopo che la Corte costituzionale ha espunto dall'ordinamento quel pezzo di norma di cui ha dichiarato l'incostituzionalità [...] se il fondamento della non punibilità delle condotte di aiuto, nei casi individuati dalla Corte, risiede veramente in un preesistente diritto al suicidio del malato, idoneo a scriminare condotte penalmente tipiche in quanto prevalente sul bene giuridico tutelato, non vi è necessità di dichiarare incostituzionale la norma incriminatrice». Questo punto di vista, per quanto di sicuro interesse, a nostro umile avviso mal si concilia con la differenza sostanziale che intercorre tra una scriminante in senso stretto – una scriminante classica, per intenderci – e una scriminante c.d. "procedurale". Quest'ultima, e qui risiede a nostro avviso il punto centrale, *non* richiede il riconoscimento di un vero e proprio "diritto di morire": anzi, è un istituto pensato proprio per evitare prese di posizione così nette ed eversive rispetto a quella o a quell'altra posizione bioetica scelta dal codice Rocco; in termini più espliciti, la scriminante c.d. procedurale è pensata per mettere d'accordo veri e propri «stranieri morali» (v. *infra* nota 39). In secondo luogo, l'A. ritiene che esistano alcuni spunti nella sentenza della Corte costituzionale essenziali per comprendere la natura della "non punibilità" di cui si discute. Dice l'A.: «Non è, dunque, la libertà di autodeterminazione a delimitare l'ambito di indisponibilità del diritto alla vita – come sarebbe necessario ritenere per concepire la "non punibilità" dell'aiuto al suicidio in chiave di scriminante – ma l'opposto: l'indisponibilità del diritto alla vita, assicurata dall'incriminazione a tutto tondo di aiuto e istigazione al suicidio e dell'omicidio del consenziente, rappresenta una limitazione dell'autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, che si giustifica solo in quanto sorretta dall'esigenza di tutelare interessi meritevoli di tutela e di rango costituzionale, al pari dell'interesse sacrificato. La logica è quella della legittimazione del ricorso alla pena, e, dunque,

controllo su di un'attività normalmente lecita, ma concessa una deroga a condotte di aiuto al suicidio normalmente illecite. In altri termini, la procedura e le condizioni previste sono tutte autorizzazioni-presupposto (di liceità) *esterne* all'offesa.
Certo, c'è autorizzazione e autorizzazione.
Tutti noi percepiamo la differenza che intercorre tra il permesso di coltivare sostanze stupefacenti ad uso terapeutico e quello di edificare un normalissimo appartamento; ebbene, se l'aiuto al suicidio rimane un'attività normalmente illecita – e così è, ancora oggi, *ex* art. art. 580 Cp – allora l'esistenza di alcuni presupposti specifici (ovvero, di una procedura dettagliata) pare poter fare due cose, anzi tre: 1) può liceizzare quel "fatto" già oggettivamente e soggettivamente tipico; 2) può scusarne l'autore laddove interferisca eventualmente col normale procedimento di formazione del volere; 3) può rendere quest'ultimo (l'autore) altrimenti non punibile per scelte di natura strettamente politica, ma di questa terza possibilità non parleremo per ragioni di spazio.
Ora, benché il dibattito sul punto rimanga giustamente aperto, a noi pare che quella "non punibilità" non sia sinonimo di "scriminante" vera e propria, per ragioni in parte già esposte: la scriminante o è eversiva o non è, perché serve a rivoluzionare, in alcuni casi, una precisa scelta politica di criminalizzazione[37]. Alla proibizione dell'omicidio doloso (art. 575 Cp) si contrappone, ad esempio, il *diritto* di uccidere un uomo (es. artt. 52 o 54 Cp); qui, da un certo punto di vista, sarebbe forse un po' ipocrita parlare di vero e proprio "diritto a morire"; soprattutto perché, sopravvivendo ancora gli artt. 579 e 580 Cp, almeno così costruiti, la morte non potrà *mai* essere un vero e proprio diritto, a prescindere dalle condizioni del malato: la vita, fino a prova contraria, è rimasta un bene *non negoziabile*.

---

quella dell'offensività, più che quella del conflitto in concreto tra diritti che connota l'area dell'antigiuridicità [...] con ciò non si vuole sostenere che l'operazione condotta dalla Corte costituzionale non consista in un bilanciamento tra diritti; tale bilanciamento, però, non è compiuto nell'ottica concreta del giudice – che, in relazione al caso di specie, va alla ricerca dei diritti e delle facoltà potenzialmente rilevanti per verificare se prevalgano o meno sull'incriminazione – ma in quella del legislatore. La Corte, infatti, verifica la ragionevolezza in astratto delle scelte di incriminazione, alla luce degli interessi tutelati, da un lato, e di quelli sacrificati, dall'altro: tale verifica, però, non può che incidere sulla fattispecie penale, riducendone l'area ed incidendo, di conseguenza, sulla tipicità dei fatti riconducibili alle condizioni dalla Corte stessa enucleate». Nella speranza di aver ben compreso il rilievo dell'A., anche qui, forse, può valere il richiamo allo statuto dogmatico delle scriminanti c.d. "procedurali": d'altro canto, questi sono istituti pensati per sottrarre al giudice una parte significativa della sua discrezionalità, sulla base di un accordo politico; sul presupposto, quindi, di un bilanciamento che prescinde dal caso concreto, entro certi limiti di naturale discrezionalità ermeneutica (questo è il senso della "procedura"). Da ultimo, l'A. aggiunge giustamente alcune considerazioni relative agli effetti giuridici delle due ipotesi: l'atipicità penale di quei casi di aiuto al suicidio *non ha* gli stessi effetti della liceizzazione di quello stesso "fatto". Se fosse un ritaglio di atipicità, infatti, cambierebbe la formula assolutoria: il "fatto", in quei casi, non dovrebbe essere previsto dalla legge come reato. «Questa conclusione – prosegue l'A. – influisce, innanzitutto, sugli effetti extrapenali del giudicato ai sensi dell'art. 652 c.p.p.: il giudice civile o amministrativo, nei giudizi concernenti il risarcimento del danno, infatti, è vincolato all'accertamento condotto in sede penale circa l'insussistenza del fatto o l'esistenza di una causa che renda il fatto stesso lecito; al contrario, la sua cognizione non subisce vincoli per effetto di una pronuncia che attesti l'atipicità penale del fatto stesso». Su questo non v'è dubbio; tuttavia, è pur sempre l'effetto di una scelta sistematica diversa da quella qui sostenuta. Volendo discutere di "effetti concreti" – cosa, questa, più che giusta – bisognerebbe forse anche ragionare sui pochissimi spazi d'intervento del giudice che deriverebbero dalla condivisione di questa opzione. In altri termini, occorrerebbe capire quali conseguenze produrrebbe un simile inquadramento dogmatico su alcuni essenziali spazi di discrezionalità, anche di natura analogica, *in bonam partem*, e sull'utilizzabilità di correttivi (sempre ermeneutici) nuovi, come la «scriminante ipotetica», qui forse utili per evitare catastrofi umane. Si veda, a questo proposito, quel che è successo nel caso di Davide Trentini, in cui il giudice ha dovuto fare ricorso a strumenti ermeneutici tipici del mondo delle scriminanti. Il tema, a ogni modo, meriterebbe ben altri approfondimenti qui purtroppo impensabili per evidenti ragioni di spazio.

[37] Per la natura di "scriminante", cfr. Ass. Massa, 27 luglio 2020, 24.

Potrebbe, allora, trattarsi di una scriminante c.d. "procedurale"[38]?
Questa è senz'altro l'ipotesi più plausibile.
Nella scriminante procedurale è il procedimento stesso a costituire il "diritto", perché è uno strumento pensato soprattutto per la conclusione di *accordi* tra stranieri morali (i c.d. *moral strangers* di Engelhardt)[39]. La "procedura", che non ha proprio un valore solo dichiarativo dal punto di vista gnoseologico, è dotata di legittimazione *ex ante* e si sostanzia in un insieme coordinato di presupposti di liceità penale esterni all'offesa. Se è vero che il suo scopo primario, tolto l'accordo politico, è quello di sottrarre l'opera di bilanciamento dalle mani del giudicante, è parimenti vero che essa, in fondo, rimane un istituto pensato per autorizzare pratiche che, nella generalità dei casi, si vogliono continuare a considerare illecite, contrarie al diritto, ingiuste. La Corte, com'è stato già ricordato, è infatti partita dall'indisponibilità assoluta della vita umana, limitandosi a espungere dallo spettro di punibilità dell'art. 580 Cp alcuni aiuti proceduralizzati che riflettono sensibilità umane vistosamente impossibili da reprimere con la minaccia della pena.
Che si tratti di una scusante, invece, è un'ipotesi da escludere[40].
Con un linguaggio particolarmente colto si potrebbe affermare che le scuse, ritagliando spazi d'inesigibilità personalistica, contribuiscano a valorizzare i rapporti tra il *fatto* (qui: l'art. 580 Cp) e il suo *autore*. Da un punto di vista diverso, senz'altro meno colto, si potrebbe dire che le scusanti sono istituti di cui un sistema che si (pre)occupa di pesare le colpe degli esseri umani non potrà mai fare a meno; e non può rinunciarvi perché le colpe, dopo essere state pesate, devono essere espiate col carcere o riparate in altri modi. E qui si apre tutto il vecchissimo tema della "rimproverabilità" ("Vorwerfbarkeit")[41] come presupposto indefettibile dell'inflizione di ogni

[38] Per la natura di scriminante procedurale, cfr. A. Cupelli, *Il caso (Cappato) è chiuso, ma la questione (agevolazione al suicidio) resta aperta*, in *Sistema penale*, 6 febbraio 2020; M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., 21 (nota 25). M. Donini, *Il senso 'ammissibile' del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, 4. Sul tema delle scriminanti procedurali, tra i molti, cfr. W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Fest. Mahrenholz*, 1994, 733 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 27 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *RIDPP* 2007, 1269 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 41 ss.

[39] H.T. Engelhardt, *op. cit.*, 38-39 «Le società di oggi sono pluralistiche e comprendono comunità caratterizzate da credenze e sentimenti morali diversificati. (...) Stranieri morali sono quegli individui che non hanno in comune premesse morali e norme di dimostrazione e inferenza che consentano loro di risolvere le controversie morali mediante l'argomentazione razionale, e che non possono farlo neppure appellandosi a individui o istituzioni di cui riconoscono l'autorità», e 112 ss. Sostiene invece che le scriminanti procedurali individuino precise scelte in favore di un interesse o di un obiettivo di politica del diritto F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 44.

[40] Tra gli altri, v. M. Donini, *Il senso 'ammissibile' del quesito referendario sull'aiuto a morire*, cit., 4: «Non si può invece parlare di scusante per chi aiuta: non esistono scusanti, ma scriminanti procedurali, perché le scusanti sono situazioni di inesigibilità non disciplinate da regole di condotta: sono solo regole di giudizio. Qui invece stiamo disciplinando la procedura di congedo. La stessa Corte costituzionale ha introdotto una riforma che proceduralizza l'attuazione di un diritto, non la scusa soggettiva per l'intervento di tecnici sanitari, che non hanno nessuna "scusa", che non sia quella dell'obiezione di coscienza».

[41] «Schuld ist Vorwerfbarkeit […] Der Ausdruck ist nicht schön, aber ich weiß keinen besseren», diceva R. Frank, *Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Giessener-FS*, 1907, 526 ss. l'A., che comprendeva bene i problemi di questa espressione, si guardò bene dall'individuare l'effettiva tipologia di questo rimprovero o dall'individuare "chi" si sarebbe potuto permettere di elevarlo ai danni dell'autore del reato; si focalizzò unicamente sul contorno, sugli elementi che compongono la colpa («Schuldelemente»). Tant'è che un osservatore attento nota immediatamente che l'idea della colpevolezza-rimprovero, o della rimproverabilità («Vorwerfbarkeit»), non è stata introdotta da Frank; egli, infatti, si limitò "solamente" a ricollegare alla *Schuld* idee che nascevano da molto lontano, modelli vecchi almeno quanto i giudizi eticizzanti connaturati all'esistenza del libero arbitrio. Sul tema, in lingua italiana, cfr. H. Achenbach, R*iflessioni storico-dommatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank*, in *RIDPP*, 1981,

sofferenza. Del resto, in qualsiasi società la pena è accettata anche perché non colpisce tutti, ma solo gli autori colpevoli: coloro che, *nonostante l'illecito*, non si meritano un simile rimprovero da parte dello Stato, devono essere risparmiati.
Ecco il punto, "nonostante l'illecito".
Non c'è *autore* scusabile senza un *fatto* contrario al diritto.
Qui una procedura che autorizza, e che non può non avere almeno le forme della scriminante procedurale, c'è. E questo, almeno ai nostri fini, è fondamentale per capire che non possiamo trovarci davanti a una scusante: nel sistema non riusciamo a scorgere una *scusante procedurale* capace, in questi casi, di estendersi al medico e di funzionare, per entrambi, da "regola di condotta"[42]; un po' perché le scuse sono pensate per essere valutate *dopo*, non *prima*, del "fatto" (normalmente, sono quindi "regole di giudizio" al servizio del giudice); un po' perché chi aiuta a morire un malato deve potersi fidare dell'ordinamento, deve poter contare sul fatto che, in presenza di determinati presupposti e col rispetto di una particolarissima procedura, a nessun sostituto procuratore verrà mai in mente di trascinarlo a processo[43].

---

fasc. 3, 838 ss. Del resto, l'idea del rimprovero, riflettendo un giudizio già diffusissimo (e di cui non è possibile liberarsi), s'innestò perfettamente e immediatamente all'interno della giurisprudenza: di solito, per dimostrare questo assunto, si richiama una vecchia e molto sincera sentenza tedesca del 1952: «... la punizione presuppone la colpa. La colpa è rimprovero. Con l'indegno verdetto di colpevolezza, il trasgressore è accusato di non essersi comportato legittimamente, di aver deciso in favore dell'illecito penale, sebbene avrebbe potuto comportarsi legittimamente, avrebbe potuto decidersi in favore della legge. La motivazione interna dell'accusa di colpevolezza risiede nel fatto che le persone sono predisposte all'autodeterminazione morale libera e responsabile e sono quindi capaci di decidere a favore del bene e contro il male, di impostare il loro comportamento secondo le norme del lecito e di evitare ciò che è legalmente proibito, non appena hanno raggiunto la maturità morale e finché la disposizione all'autodeterminazione morale libera non è temporaneamente paralizzata o distrutta in modo permanente dai processi patologici [...]. Il prerequisito perché una persona decida in libera, responsabile, autodeterminazione morale a favore del bene e contraria al male è la conoscenza del giusto e dello sbagliato», cfr. BGHSt (GrS) 2, 194 (202).

[42] Per dovere di completezza occorre però precisare che di recente l'esistenza di una *scusante procedurale* è stata presa in considerazione dalla letteratura penalistica in un importante contributo in materia di scriminanti. Il riferimento è al già citato lavoro di F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 44 ss. in quest'opera l'A. afferma «Procedure in grado di elidere la responsabilità penale non si riscontrano solo sul piano della valutazione di antigiuridicità della condotta tipica, né sono relegate alle tematiche eticamente sensibili: sono state impiegate dal legislatore anche per estromettere dal campo di rilevanza penale condotte in concreto meritevoli di sanzione sulla base di considerazioni attinenti, ad esempio, all'elemento soggettivo dell'agente». L'esempio è l'art. 16 d.lgs 74/2000 (oggi abrogato): secondo l'A. questa disposizione costituiva un istituto posto in protezione della prevedibilità della responsabilità penale, che proceduralizzava una causa di esclusione della colpevolezza (il soggetto attivo avrebbe così potuto far *affidamento* a un parere particolarmente qualificato). «Non pare dubbio – conclude Consulich – che quella in analisi avesse natura di causa di esclusione della colpevolezza di natura procedurale, che mirava a rafforzare il disposto generale dell'art. 5 c.p.» (cfr. *Ivi*, 46, l'inciso è nostro). Per la natura di scriminante del vecchio art. 16 in parola, v. invece D. Terracina, *Riflessi penali dell'evasione fiscale*, Roma 2012, 188, nota 49. Anche se il tema meriterebbe ben altri spazi, a noi (di primo acchito) pare però complicato scorgere nel vecchio art. 16 il riflesso di quell'alterazione del procedimento motivazionale che dovrebbe fondare ogni vera scusante.

[43] Una procedura (oggi) già c'è. Il riferimento è a quella disciplinata dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219. Questa legge, però, non conteneva (e non contiene nemmeno oggi) le modalità esecutive: il caso di Mario, su quest'ultimo punto, ha creato un precedente importante. Mario (il nome è di fantasia), un uomo di quarantatré anni divenuto tetraplegico a seguito di un incidente stradale, non può muoversi autonomamente, non può nutristi ed è afflitto da grandi sofferenze. Una volta appreso della sent. 242/2019, si rivolge all'azienda sanitaria competente e al Tribunale per ricorrere al suicidio medicalmente assistito; dopo un primo rifiuto, il collegio accoglie l'istanza e ordina all'Azienda Sanitaria Unica Regionale (ASUR) Marche di procedere alla verifica dei requisiti per l'accesso al suicidio medicalmente assistito, fissati dalla Corte costituzionale. Il comitato etico dell'ASUR delle Marche decide solo il 9 novembre 2021. Tuttavia, pur esistendo procedure per rifiutare o interrompere terapie salva-vita, manca qualsiasi linea-guida per l'assunzione di un farmaco letale. Il problema è serio: nel febbraio del 2022 viene individuato il farmaco e fissato il dosaggio per un uomo adulto: tiopentone sodico, 3-5 grammi; quanto alle modalità, invece, si

3. Le magre soddisfazioni ottenute nell'ambito dell'aiuto al suicidio hanno paradossalmente contribuito ad accendere, ancor di più, il dibattito sul fine vita. Ora non solo rimangono ignorate le richieste consapevoli, libere e informate di (moltissimi) malati terminali *non* inquadrabili nella tipologia di "pazienti" pretesa dalla sent. 242/2019, o che non possono/vogliono accedere alla sedazione palliativa profonda continua. Ora è emersa anche la curiosa posizione di chi rientra nelle tragiche condizioni richieste per la non punibilità del fatto di cui all'art. 580 Cp, ma, non potendo fare l'ultima mossa, non può essere *aiutato* se non con una condotta "attiva".
Il che è francamente paradossale.
Questo dipende dalla (r)esistenza dell'art. 579 Cp.
Una disposizione dalla doppia anima.
Un segmento sempre attuale di *paternalismo soft*[44], e che nessuno si è mai immaginato di eliminare, c'è. Ci si riferisce a quello che vieta l'eutanasia *non volontaria* o non davvero libera, qui intesa come quella: a) di una persona minore degli anni diciotto; b) di una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti; c) di una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno. Tuttavia, questa prima anima dell'art. 579 Cp non c'entra nulla con l'omicidio del consenziente; oggi come ieri, questi rimangono omicidi dolosi qualsiasi, tant'è che il codice penale stesso rinvia all'omicidio doloso.
Un'altra parte dell'art. 579 Cp, invece, punisce anche l'esecuzione di scelte *libere* e *consapevoli* di morire: questa seconda anima è racchiusa nel divieto generico di cui al co. 1: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni». All'ombra di questo comma nessuno può praticare l'eutanasia attiva[45]; nessuno, in altri termini, può aiutare *in quel modo* il malato che lo richiede, nemmeno se quest'ultimo si trova nelle tragiche condizioni precisate con dovizia di particolari dalla Corte costituzionale nella sent. 242/2019.
Questo è il punto nevralgico, questa è una parte significativa del problema.
Possiamo liberarcene?
I promotori del referendum hanno risposto di sì[46].

---

decide di procedere con l'auto-somministrazione mediante infusione endovenosa. La battaglia di Mario, oggi quarantaquattrenne, è quasi finita. Dopo sedici (per lui lunghissimi) mesi.

[44] J. Feinberg, *The moral limits of the Criminal Law,* vol. III: *Harm to self*, New York 1986, 12 (questo paternalismo soft di Feinberg, in realtà, non è per l'A., né per noi, una scelta dello Stato etichettabile come "paternalista"). Sul punto, ampiamente, v. M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in Aa.Vv., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 143 ss., spec. 146-147 ss.

[45] Non è così, ad esempio, in altri Paesi. Si pensi alla Spagna, in cui l'eutanasia è stata affermata dal legislatore esplicitamente come un vero "diritto". Per un'analisi della recente legge spagnola, cfr. R. D'Andrea, *I dieci insegnamenti della novella spagnola in tema di eutanasia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27.5.2021, 1 ss.; 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, 1 ss. Per la situazione tedesca, tra gli altri, v. S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, cit., 19 ss.; M.B. Magro, *Il suicidio assistito*, cit., 20 ss.; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita?*, cit., 1 ss.; N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., 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.

[46] Per tutti, v. T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 22 ss. Per alcuni rilievi critici, tra gli altri, v. M. Romano, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell'inammissibilità*, in *Sistema penale*, 25.1.2022, 1 ss.; D. Pulitanò, *Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, 19 ottobre 2021, 1 ss.; O. Di Giovine, *Brevi note sul referendum in tema di c.d. eutanasia legale*, in *Sistema penale*, 25 gennaio 2022, 1 ss.

Il testo del quesito referendario era il seguente: «Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente) approvato con R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole "la reclusione da 6 a 15 anni"; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole "Si applicano"»[47].
Per semplificare il tutto, ci aiutiamo con la disciplina di risulta[48].

Art. 579 Cp «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso:
1. contro una persona minore degli anni diciotto;
2. contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti;
3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

Si tenga a mente, ancora una volta, quel che non sarebbe cambiato.
Il consenso *non* sarebbe comunque mai stato valido se prestato da *minorenni*, *infermi di mente*, *soggetti in condizioni di deficienza psichica* o affetti da *qualsiasi altra infermità* o che *hanno abusato di sostanze alcooliche/stupefacenti*. A questa (enorme) casistica, bisogna aggiungere i casi in cui il consenso è frutto di *violenze*, di *minacce*, addirittura di *suggestioni* o di *inganni*. È autoevidente che servirebbe uno studio a sé per analizzare l'immensa costellazione di casi che avrebbero potuto rientrare in via ermeneutica nello spettro di punibilità di questa disciplina di risulta. Noi, in questa sede, non possiamo di certo perseguire un simile obiettivo. Tuttavia, tra le altre critiche emerse in letteratura[49], quel che preoccupa molti, compresi diversi pensatori laici, è

[47] Sul quesito, tra gli altri e oltre a quelli già citati, v. le osservazioni di R. Bartoli, *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, fascicolo 11/21, 5 ss.; M. Donini, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, 1 ss.; F. Lazzeri, *Il pendio verso l'ammissibilità del referendum sull'eutanasia: alcune riflessioni sulla soglia minima di tutela penale della vita e una proposta per ritenere adeguata la disciplina di risulta*, in *Sistema penale*, 10 gennaio 2022, 1 ss.; G. Gentile, *Il referendum sull'art. 579 c.p. e la tutela costituzionale della vita*, ivi, 123 ss., G. Balbi, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sistema penale*, 11 febbraio 2022, 1 ss.

[48] Ben illustrata anche qui: https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/.

[49] Alcune critiche sono intervenute già prima dell'intervento della Consulta che ci si appresta a commentare (C. cost. n. 50/2022). Una parte della dottrina, peraltro non solo penalistica, ha sin da subito cercato di evidenziare alcune incongruenze normative derivanti *anche* (ma non solo) dal rapporto tra la disciplina di risulta e quel che sarebbe rimasto *nel* sistema dopo l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. Per tutti, oltre alle riflessioni già citate (v. *supra* note 46 e 47) e senza alcuna pretesa di completezza, si vedano i lavori di R. Romboli, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p. (versione provvisoria)*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 1 ss., spec. 7 ss. e 9 ss.; L. Sancilio, *Il referendum sull'art. 579 c.p. tra 'l'intento e l'effetto*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 201 ss., spec. 202 ss.; E. Santoro, *Emersione dell'eutanasia legale vs riconoscimento della totale disponibilità del bene-vita. Profili critici circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 208 ss.; G Battarino, *L'iniziativa referendaria sull'articolo 579 c.p. del codice penale: gli scenari possibili*, in *Quest. giust.*, 1.9.2021, 1 ss.; si v. anche le condivisibili riflessioni di A. Tigrino, *En attendant Godot, una coraggiosa e improcrastinabile iniziativa referendaria*, in *La via referendaria al fine vita*, cit., 220 ss.; fondamentali soprattutto i lavori di T. Padovani, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum*, cit., 20 ss. e di M. Donini, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario*, cit., 1 ss.
Quei noti problemi generano dubbi legittimi: dalla possibilità di estendere all'eutanasia attiva la "procedura" individuata da C. cost. n. 242/2019 in materia di aiuto al suicidio, fino alle difficoltà sistematiche derivanti, secondo alcuni, dal confronto tra il "nuovo" art. 579 Cp e il "vecchio" art. 580 Cp così come interpretato dalla Consulta, alla possibile abrogazione tacita di quest'ultima disposizione e così molto oltre. Ora, quel che possiamo aggiungere in

che tra le ipotesi punite come omicidi e l'"aiuto" attivo ai malati terminali potrebbe esserci una casistica "scoperta". Se così fosse, allora, la vita di alcuni soggetti vulnerabili rimarrebbe inevitabilmente priva di protezione penale.
Vedremo fra pochi istanti la fondatezza, o meno, di queste preoccupazioni (v. *infra* §§ 4.2. e ss.); prima analizziamo, in sintesi, i passaggi fondamentali della risposta la Consulta.

4. La Consulta, con la sent. 50/2022, decide per l'inammissibilità del quesito sulla base di un principio-guida: il "diritto alla vita". Dando voce ai giudici costituzionali, un primo passaggio è per noi assai importante: «Se è ben vero […] che il legislatore del 1930, mediante la norma incriminatrice di cui all'art. 579 cod. pen., intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile anche in funzione dell'interesse che lo Stato riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini, non è però affatto arduo cogliere, oggi, la ratio di tutela della norma 'alla luce del mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi' […] non può non essere ribadito il 'cardinale rilievo del valore della vita' […]. Vietando ai terzi di farsi esecutori delle altrui richieste di morte, pur validamente espresse, l'incriminazione dell'omicidio del consenziente assolve, in effetti, come quella dell'aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018), allo scopo, di perdurante attualità, di proteggere il diritto alla vita».
Questo ragionamento sembra convincere tutti; del resto, impostata così la questione, qualsiasi opinione contraria suonerebbe inevitabilmente come una presa di posizione "forte" *contro* l'esistenza, *contro* il diritto alla vita.
Ma che cos'è il "diritto alla vita"?

4.1. A nostro avviso, il "diritto alla vita" o è una libertà o non è.
E come espressione di una libertà deve necessariamente contemplare anche l'altra faccia della medaglia, il diritto di non vivere[50]. Ora, per non confondere troppo un tema già di per sé complicato, sarà bene arrivarci per gradi e partire dal nesso tra «possibilità» e «libertà»[51].

---

questa sede senza divenire oltremodo ripetitivi rispetto allo stato dell'arte è che, a nostro umile avviso, si tratta *soprattutto* di una questione di prospettiva. In materia di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente (o, meglio, di eutanasia "volontaria") le problematiche tecnico-normative, anche laddove effettivamente esistenti, non sono isolabili dal loro substrato politico. Più chiaro: alcuni problemi tecnici "insuperabili", siano essi di natura sistematica e/o ermeneutica, a volerli valorizzare si trovano sempre. Il punto, allora, è comprenderne l'effettiva gravità, occorre pesarli più che contarli; perché lo scontro, *questo* scontro, non può essere solo tecnico (v. *infra* § 5). Anche l'approfondimento che segue (v. *infra* §§ 4.2.1. ss.), in realtà, non vuole essere un'attestazione radicale dell'assenza di tutte quelle comprensibili preoccupazioni, ma una verifica della loro tenuta effettiva, un controllo razionale sulla loro (in)capacità di fondare un rigetto così delicato. Un ultimo rilievo: le posizioni laiche ma in varia misura scettiche in ordine agli effetti normativi del referendum avrebbero comunque trovato un solido appoggio nella conclusione di Massimo Donini; il quale, come noto, ha promosso una scelta "forte" anche se tecnicamente imperfetta, in *Il senso "ammissibile" del quesito referendario*, cit., 5 ss. Per usare le esatte parole dell'A. «Ci sono momenti drammatici nella storia dei diritti negati. Ritengo che la Consulta abbia una chiara alternativa: anziché assumersi indebitamente il compito di impedire il riconoscimento di alcuni di tali diritti che il Parlamento ha dimostrato ampiamente di non saper proteggere e sui quali l'elettore vuole decidere, può invece, ammettendo il referendum, rimettere al Parlamento la tutela di altri diritti resi insicuri dall'abrogazione, e che invece la politica non avrà nessuna difficoltà a salvaguardare tempestivamente».
[50] H. Jonas, *Il diritto di morire*, Genova 1991, 50. Per l'esistenza di un vero e proprio *diritto a morire*, benché con diverse motivazioni, tra gli altri, v. le acute riflessioni di L. Stortoni, *Riflessioni*, cit., 480 ss.; A. Manna, *Esiste un diritto a morire?*, cit., 15 ss.
[51] G. Fornero, *op. cit.*, 347 ss.

Il possibile *è* la libertà[52].
Servono almeno due strade per sentirci liberi, e questa è un'esperienza che viviamo ogni giorno: quando scegliamo quale *personal computer* acquistare, quando dobbiamo regalare una cravatta o quando dobbiamo decidere dove andare a cena. Il "possibile", quello vero, implica inoltre due strade effettivamente percorribili: quando il sentiero è unico vuol dire che non siamo liberi di scegliere dove andare, vuol dire che qualcosa non va e che quell'unica strada, in realtà, è un'esigenza. L'idea di "possibilità" *non coincide* con quella di "necessità": il penalista sa che esistono molte ipotesi di diritti imposti dalla necessità, dalla legittima difesa all'uso legittimo delle armi, fino allo stato di necessità scriminante, e così oltre. Ebbene, tutti questi sono diritti che prendono vita in contesti che non lasciano all'autore una vera libertà di manovra: quando lo Stato ci accorda il *diritto di uccidere* un aggressore lo fa perché capisce che non abbiamo scelta; e non a caso la verifica delle scriminanti precede e prescinde dagli eventuali elementi che potrebbero escludere la colpevolezza (a chi interessa la rimproverabilità di chi ha esercitato un diritto, peraltro imposto dalla necessità?).
Il possibile, dunque, non coincide col necessario.
La libertà insita nel "possibile" è poi quella che svolge un ruolo centrale in tutta la sistematica dello *ius poenale*: la possibilità di agire diversamente, ad esempio, è una delle condizioni essenziali per l'inflizione di una qualsiasi pena. Non è forse vero che questa *possibilità* di avere almeno due sentieri percorribili, quindi esigibili, è alla base di tutto il profilo personalistico del reato? Non è forse la libertà la sorgente del rimprovero così come lo conosciamo? Sembra tutto connesso, dunque: *non c'è libertà senza possibilità*, *non c'è colpa senza libertà* e *non c'è pena senza colpa*.
Ma arriviamo al punto.
Se "il possibile" implica almeno due strade percorribili, allora non può essere unicamente *possibilità-che-sì,* ma anche *possibilità-che-non*[53]. L'unico modo per pensare alla vita come "diritto", e non come dovere, è quello di non considerarlo espressione di una necessità, ma di *una* possibilità. Il diritto così inteso implica l'attribuzione al suo titolare della *possibilità* di autodeterminarsi nell'agire e nell'omettere, in positivo e in negativo; il "diritto alla vita" contiene quella *possibilità* di scelta che, nei casi che qui ci occupano, si esprime nell'affiancare al diritto di vivere anche quello di non vivere. Solo così si capisce fino in fondo che il diritto di morire *non è* l'antitesi del diritto alla vita, ma il suo naturale completamento.
Si può scegliere il dovere di vivere, è chiaro.
Ma in tal caso occorre ammetterlo senza troppi giri di parole e astenersi dall'impugnare il diritto alla vita contro sé stesso. Perché quest'ultimo, così come la sua incontestabile tutela, non c'entra nulla con la non negoziabilità dell'esistenza degli esseri umani. Al netto del fatto che esistono moltissimi esempi di beni giuridici (assai ben) tutelati ma "disponibili", rimane che se la vita non è disponibile allora il "diritto alla vita" è un cieco dovere, non un fondamentale diritto.

4.2. Il quesito referendario – ricorda correttamente la Corte – adottando la c.d. "tecnica del ritaglio", dunque abrogando frammenti lessicali e saldando i brani linguistici rimasti, chiede agli elettori di esprimersi su un'abrogazione parziale dell'art. 579 Cp. Il testo che risulterebbe (v. *supra* § 3), però, produrrebbe l'effetto specifico di «… rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione. Eliminando la fattispecie meno severamente punita di omicidio consentito e limitando l'applicabilità delle disposizioni sull'omicidio comune alle sole

[52] N. Abbagnano, *Possibilità e libertà*, Torino 1956, 18.
[53] G. Fornero, *op. cit.*, 347 ss.

ipotesi di invalidità del consenso dianzi indicate, il testo risultante dall'approvazione del referendum escluderebbe implicitamente, ma univocamente, a contrario sensu, la rilevanza penale dell'omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi: sicché la norma verrebbe a sancire, all'inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo». Insomma, aggiunge l'estensore: «L'effetto di liceizzazione dell'omicidio del consenziente oggettivamente conseguente alla vittoria del sì non risulterebbe affatto circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona affetta da malattie gravi e irreversibili».
Qui risiede un altro punto centrale della motivazione.
Stando così le cose, è naturale preoccuparsi per coloro che potrebbero voler abbandonare questo mondo anche senza essere in condizioni estremamente disgraziate da un punto di vista medico. Il dubbio più serio relativo all'abrogazione parziale dell'art. 579 Cp, si dice, concerne il fatto che, una volta presa questa decisione, il consenso libero e consapevole di un qualsiasi adulto capace d'intendere e volere sarebbe sufficiente per rendere non punibile l'assassino, non trovando quest'ultimo ostacoli normativi nemmeno nelle eccezioni non abrogate della disposizione[54]. La scelta di porre fine alla propria vita, precisano i giudici, potrebbe così derivare anche da mere situazioni di disagio affettivo, familiare, sociale, economico e via dicendo; financo dal mero *taedium vitae*.
Ma le cose stanno davvero così?

4.2.1. La puntualizzazione della Consulta, in fondo, concerne una critica arcinota in letteratura. È il pericolo dei c.d. *passi successivi*, con ciò intendendo «... il timore di elevate probabilità di abusi ed errori nella prassi, inevitabilmente connesso all'applicazione quotidiana, e di progressive teoriche estensioni di legittimazione a casi diversi da quelli inizialmente presi in considerazione»[55]. In fin dei conti, è l'argomento del «*dove andremo a finire?*»[56].
Vediamolo più da vicino, con un primo esempio.
S'immagini che Tizio, padre di una famiglia numerosa e in serissime difficoltà economiche, si precipiti a casa di Caio e Sempronio, due fratelli imprenditori, entrambi ricchi, sadici e molto annoiati, offrendo la sua vita in cambio di una somma di denaro sufficiente per coprire tutti i debiti. S'ipotizzi poi che i due imprenditori, assai incuriositi dall'esperienza (mai fatta prima) di uccidere un uomo, decidano di accettare l'offerta.
Innanzitutto, una considerazione generale.
Dalla Consulta non si può certo pretendere l'ammissibilità di un quesito referendario sulla base della possibilità (piuttosto remota, peraltro) che un legislatore futuro intervenga ad aggiustare le cose; nondimeno, che la Consulta non ragioni su una disciplina di risulta *in vitro*, però, lo si può e

[54] Questa preoccupazione era anche emersa nel pensiero di alcuni autorevoli studiosi. Per tutti, e senza pretesa di completezza, cfr. M. Romano, *Eutanasia legale e referendum*, cit., 3-4 «Con la cancellazione dell'omicidio del consenziente, infatti, tecnicamente "parziale", ma riferita a ogni adulto sano di mente, *sino a che non intervenga un'apposita disciplina legislativa*, non solo sarebbero possibili abusi nei confronti di persone fragili (la norma ordinaria sull'omicidio volontario, che pur resterebbe, è illogica e inadatta *in tale specifico contesto*: si ricordino gli abusi temuti che avevano indotto la Corte ad adottare l'ordinanza interlocutoria 207/2018), ma si creerebbe una situazione identica a quella che ai nostri giorni comprensibilmente si lamenta a proposito del suicidio assistito che, sebbene già oggi ammesso nei limiti esplicitati dalla sent. 242, *non trova tuttora applicazione in assenza di una normativa che li renda concretamente operanti*».
[55] Sul tema, ampiamente M. B. Magro, *Eutanasia*, cit., 230 ss., cit. a 231.
[56] Il vecchio argomento della c.d. "china scivolosa", v. P. Borsellino, *op. cit.*, 326 ss.

lo si deve pretendere. Occorreva forse una riflessione più ampia, comprensiva di come l'art. 579 Cp ha vissuto, e vive, nell'interpretazione giurisprudenziale.
Non si può usare la *lex* e ignorare lo *ius*.
In questo senso, la Corte avrebbe dovuto valorizzare l'evidenza che i casi in cui la giurisprudenza, negli ultimi novant'anni, ha ritenuto applicabile nel caso specifico l'art. 579 Cp sono pochissimi, per non dire inesistenti. Caio e Sempronio – per rimanere nell'esempio proposto – sarebbero a dir poco degli sprovveduti se accettassero quell'offerta nella speranza di poter usufruire davvero della non punibilità di cui si discute: un po' perché si tratterebbe di un fatto socialmente non accettato, un po' perché la prova dell'esistenza di un consenso valido in casi simili, anche volendo, sarebbe complicatissima. L'esito (quasi) certo di quella triste vicenda sarebbe stata la loro condanna ai sensi dell'art. 575 Cp: senza nemmeno fare troppa fatica, perché la presenza di debiti[57], di un grosso fallimento aziendale, di un'irrimediabile crisi coniugale, ecc., sono senz'altro evidenze capaci di compromettere il potere di critica delle vittime[58]. Non genererebbero forse una minorazione della loro sfera volitiva? Non sarebbero capaci di suggestionarle? Perché se così fosse – e così inevitabilmente sarebbe – difetterebbe platealmente un consenso valido, con conseguente applicazione dell'omicidio doloso[59].
Beninteso: un Caio o un Sempronio, purtroppo, ci sono stati, ci sono e ci saranno sempre in futuro, ma questo *non è* il punto; perché quel di cui si discute è l'assenza o la presenza, alla luce della disciplina di risulta, di un'arma di difesa contro questi soggetti potenzialmente pericolosi. Ebbene, la pretesa che la dichiarazione d'inammissibilità del referendum possa fondarsi *anche* su evenienze così remote e penalisticamente risolvibili genera agli occhi di chi osserva (leciti) dubbi sulla tenuta complessiva dell'intero ragionamento.
Ma c'è un'altra parte di casistica da analizzare.
Ci riferiamo a quella che concerne la possibilità che, una volta eliminato il dogma dell'indisponibilità della vita rappresentato nell'art 579 co. 1 Cp, imprenditori spregiudicati possano concludere coi lavoratori contratti nei quali, dietro ingenti somme di denaro, rinuncino alle cautele e alla sicurezza esponendosi a un rischio-morte anche molto significativo.
Questo passaggio è un po' più complesso.
Posto che nessuno, né in letteratura né nel dibattito pubblico, ha mai auspicato un simile esito – tutti sappiamo che, se così fosse, si aprirebbero scenari distopici – occorre fare particolare attenzione alla formulazione della domanda: il punto, il giusto quesito che occorre porsi, è se tale costellazione di casi *regga o meno* per giustificare l'inammissibilità del referendum.
Più chiaro: saremmo davvero caduti così in basso?
Non lo si può escludere.

---

[57] La ricerca in ambito psicologico, ad esempio, ha trovato già da moltissimo tempo ampi nessi tra la difficoltà economica e l'insorgenza di disordini mentali gravi e lievi; non solo, perché negli ultimi decenni è stata *approfondito* e *dimostrato* anche il (fondamentale) ruolo dei debiti e delle difficoltà finanziarie che li accompagnano. Per tutti, cfr. R. Jenkins *et al*, *Debt, income and mental disorder in the general population*, in *Psychological Medicine*, Cambridge University Press, 2008, 1485 ss. https://www.cambridge.org/core/journals/psychological-medicine/article/abs/debt-income-and-mental-disorder-in-the-general-population/0381273CC880382EE1ABFF728FAAE10E.

[58] A volerli valorizzare, esisterebbero già oggi moltissimi studi sull'influsso dei *condizionamenti* sociali, economici e ambientali, sui disturbi mentali (ansia, depressione, schizofrenia, dipendenza dall'alcool, bipolarità, ecc.). Per tutti, cfr. l'ampia analisi presente in https://www.dors.it/documentazione/testo/201707/DeterminantiSociali_072017.pdf.

[59] Cfr. Cass. 1.1.2019, n. 747. Tra i rarissimi precedenti conclusisi con l'esclusione dell'art. 579 Cp si veda anche Aa.Vv., *Esposizione di giurisprudenza sul Codice penale dal 1964*, A. Brancaccio-Giuseppe Lattanzi *(diretta da)*, Libro Secondo e Libro Terzo, L. Carinci et al. *(a cura di)*, Milano 1972, 234. Questa argomentazione (non adeguatamente valorizzata nelle motivazioni della sentenza 50/2022) era stata ben presentata all'attenzione della Corte costituzionale, ed è ripresa anche nella prima parte della statuizione in analisi.

Ma cos'è, in questo mondo, che può essere radicalmente escluso?
Ma vi è di più, guardiamoci attorno.
In primo luogo, questi (rari) casi sarebbero potuti rientrare piuttosto bene, e anche qui senza troppa fatica, nella parte dell'art. 579 Cp., che punisce con le pene di cui all'art. 575 Cp la presenza di un *consenso invalido*. È assai difficile immaginare che un bisogno economico così intenso da produrre una rinuncia alle cautele sul luogo di lavoro non sia il frutto di una forte compromissione del potere di critica, di vere e proprie "minacce" del datore o di qualsiasi altra situazione capace di suggestionare il soggetto passivo. Quanti casi come quello ipotizzato sarebbero ragionevolmente stati esclusi dalla disciplina di risulta (v. *supra* § 3)?
In secondo luogo, rimane un'incoerenza di sistema (discutibile, ma) piuttosto evidente: come noto, alcuni sportivi e/o lavoratori si espongono già oggi, ogni giorno, a un elevatissimo rischio-morte. Tant'è che i giuristi riflettono da molto tempo sugli strumenti giuridici più idonei per legittimare e riconoscere quei rapporti lavorativi. Anche se non c'è accordo sullo strumento giuridico – consenso? diritto? scriminante atipica? rischio consentito? – occorre prendere buona nota del fatto che queste ipotesi, anche le più estreme, sono già perfettamente accettate (in alcuni campi) dalla nostra società contemporanea.
A nessuno verrebbe mai in mente di proibire all'alpinista di concludere un ricchissimo contratto di sponsorizzazione con una nota azienda italiana che produce abbigliamento tecnico; e questo indipendentemente dal rischio-morte della spedizione. La verità è che nessuno direbbe niente, in nessun caso, nemmeno sapendo che la parte forte ha chiesto all'alpinista di riprendersi con la fotocamera mentre apre una nuova via su una parete che mai nessuno prima è riuscito a scalare senza morire; nemmeno conoscendo le forti preoccupazioni espresse da tutta la comunità alpinistica internazionale; nemmeno sapendo che il maestro stesso dell'alpinista gli ha sconsigliato di procedere, definendo pubblicamente quella spedizione "un gesto suicida".
Ancora.
Si pensi ad Alex Honnold, un *climber* professionista che ha affrontato il muro giallo *El Capitan* (California) senza nessuna protezione: impresa, questa, documentata in ogni passaggio in un *docu-film* di successo planetario: "Free solo"[60]. A ogni modo, il punto è che contratti di questo tipo, nei quali il lavoratore si espone dietro compenso a rischi altissimi di morte sono sottoscritti ogni giorno, in ogni parte del mondo: l'Annapurna 1, per intenderci, è una vetta che "vanta" un indice di mortalità del 35%: vale a dire che su cento alpinisti che s'incamminano su quella cima, circa trentacinque purtroppo muoiono e gli altri tornano a casa (non sempre illesi).
E statistiche simili sono tipiche anche di altre attività lavorative, non solo sportive. Mettendo da parte tutto il complesso tema dell'invio dei militari in zone di guerra, si pensi all'*heliskiing*, alla boxe, alle tradizioni circensi, alle Arti Marziali Miste (c.d. MMA), fino alla Moto GP, ai piloti di Formula 1, al *base-jumper*, al football americano, al rugby e molto oltre fino a mestieri diversi come quello dello *stuntman*. Ma ancora non è tutto, perché anche qualsiasi altra attività, più "normale" o più "diffusa", può essere svolta (e sponsorizzata) con modalità caratterizzate da un rischio-morte vertiginoso: si pensi a Ueli Steck, celebre alpinista professionista che passò alla storia per essere riuscito a scalare una vetta come il Cervino in un'ora e cinquantasei minuti, oppure la ben più complessa vetta dell'Annapurna in appena ventiquattro ore, e molto oltre.

[60] La delicatezza del tema la si può notare osservando che, diversi anni fa, alcuni sponsor come *Clif Bar & Company* – pochissimi, naturalmente – hanno improvvisamente deciso di non finanziare più esseri umani che si espongono a un rischio-morte così alti, cfr. https://www.nationalgeographic.com/adventure/article/rethinking-risk-after-clif-bar. Per leggere il comunicato con il quale l'azienda ha risposto alle critiche, cfr. https://gripped.com/profiles/clif-bars-response-firing-climbers/.

Qualcuno, però, potrebbe arricciare il naso.
Tutte queste, da un certo punto di vista, non sembrano casistiche utilizzabili per motivare la disponibilità della vita e l'ammissibilità del referendum, perché non sono né particolarmente diffuse, né dotate di riflessi sociali significativi. Ora, ammesso e non concesso di comprendere quali siano i mestieri "normali" o "diffusi" e chi lo possa determinare con precisione, la critica non convincerebbe comunque fino in fondo. Da un lato, esistono Paesi dove la vita è già oggi un bene disponibile e non v'è notizia, almeno in nostro possesso, di un tracollo sociale paragonabile a quello che spaventa la Consulta[61]; dall'altro lato, le attività lavorative caratterizzate dall'esposizione volontaria e consensuale del lavoratore a rischi altissimi, financo mortali, oltre ad essere coperte da moltissime altre disposizioni (penali), sono in diversi campi assai più frequenti di quanto sembra: e questo, come si diceva poc'anzi, è un *fatto*. Ci sono in tutti i Paesi del mondo e l'Italia non fa eccezione; anzi, il nostro Stato ha dato i natali ai più grandi motociclisti di tutti i tempi, ad alcuni dei più noti e importanti alpinisti della storia, e così oltre fino ai piloti di Formula 1, all'MMA, ecc.
Qual è, dunque, il punto su cui ragionare?
Siamo tutti d'accordo con l'ovvio, ovvero col fatto che si debba evitare di precipitare in una realtà distopica in cui un essere umano può pretendere di essere aiutato a morire per un motivo sciocco o in cui i lavoratori, per pagare debiti piuttosto che per ottenere posti di lavoro, possano scegliere di rinunciare alle cautele in materia di sicurezza[62]. Il punto è che tutte queste casistiche: 1) non sono accettate socialmente; 2) sono già coperte da moltissime altre disposizioni penali; 3) sarebbero comunque anch'esse potute rientrare (in via ermeneutica, e peraltro con poco sforzo) nell'art. 579 Cp così come modificato dal referendum[63].

4.3. Tra tutte le solide distinzioni tipiche dello studio del diritto penale, quella che non siamo mai riusciti a comprendere a fondo, laddove applicata in materia di eutanasia volontaria, è quella tra

[61] Si prenda il caso dell'Olanda: il rapporto del 2019 (cfr. https://english.euthanasiecommissie.nl/the-committees/documents/publications/annual-reports/2002/annual-reports/annual-reports) non fa emergere particolari preoccupazioni; anzi, leggendolo si registra un calo delle istanze rispetto all'anno 2017, e una prevalenza pressoché assoluta di malati (anziani) di tumori incurabili o di patologie neurologiche come il Parkinson, la SLA, e così oltre.
[62] C'è un'idea, peraltro piuttosto diffusa tra gli studiosi laici della bioetica, che Gladio Gemma, instancabile studioso e appassionato docente di Diritto costituzionale dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (purtroppo recentemente scomparso) ha saputo esprimere in un modo assai chiaro e lineare: «È ragionevole dedurre che chi propugni il principio dell'autodeterminazione con riferimento a situazioni di grave sofferenza non intenda legittimare qualsiasi suicidio od omicidio del consenziente, con conseguente dovere dello Stato di consentire tutti i comportamenti di tale tipo [...] Chi scrive non è un fautore dell'ottimismo, soprattutto se questo viene inteso come fiducia nelle tendenze naturali degli individui e del corpo sociale. Una serie di esperienze deludenti, sul piano politico ed istituzionale, impone una visione disincantata della società, nonché del concetto di progresso. Aggiungiamo che, a parere dello scrivente, ogni volta in cui si introducono innovazioni, ivi compresa anche l'introduzione di nuovi spazi di libertà, sarebbe bene antivedere i rischi e cercare di prevenire effetti indesiderati ed è stato fonte di inconvenienti il mancato atteggiamento in questa direzione. Ciò detto, sussiste una differenza radicale fra il "pessimismo antropocentrico" dei conservatori illiberali e il pessimismo prudente degli innovatori liberali. Per i primi il pessimismo è il motivo del rifiuto delle soluzioni liberali e della visione dell'autoritarismo quale argine al "pendio pericoloso". Per gli innovatori il timore circa futuri effetti indesiderati è fonte di precauzione, di apprestamento di possibili rimedi, ma senza in alcun modo rinunciare alle libertà e quindi all'ottimismo inteso come fiducia nella possibilità che si possa progredire verso il meglio, anche con la realizzazione delle istanze liberali», cfr. G. Gemma, *Libertà costituzionale di porre fine alla propria esistenza e resistenza al suo riconoscimento*, in *Anuario de Facultade de Dereito de Universidad da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional)*, 13, 2009, 287 e 293.
[63] Serve dunque di più per fondare, oggi, il divieto di pratiche eutanasiche che hanno fatto parte della storia dell'Europa dall'antichità a oggi (cfr. M. Cavina, *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Bologna 2015, 9).

agire e omettere[64]. Qui la divergenza fra "uccidere" e "lasciar morire" sfuma inevitabilmente, diventando «... sempre più simile alla situazione di un bicchiere riempito a metà, di cui si può dire che è "mezzo pieno" o "mezzo vuoto" a seconda dei punti di vista (e delle aspettative avute)»[65]. Del resto, come abbiamo già sostenuto in altra sede[66], quando la realizzazione di un "fatto tipico" avviene in un "contesto di liceità"[67], le regole che governano l'analisi del reato (in parte) mutano; e ciò accade perché l'autore non agisce in una situazione di normalità per il diritto penale, ma in un contesto diverso all'interno del quale possono prendere vita i suoi diritti[68].

Quando sono i diritti che contano, e non le proibizioni, è la logica della libertà che orienta il giudizio, non quella della cruda e brutale repressione; se si osserva con attenzione il campo dell'eutanasia volontaria ci si accorge che la distinzione fenomenologica tra agire e omettere non riesce più a esprimere quel diverso disvalore che invece presenta nei casi in cui il fatto tipico è *anche* illecito[69]. Se esercitiamo un diritto, l'aiuto a morire è un aiuto e basta: si *aiuta* sospendendo il trattamento vitale, così come si *aiuta* dando in mano al malato un particolare intruglio che berrà da solo o iniettandogli una sostanza endovena. In questi casi di aiuto ("proceduralizzato"), distinguere tra chi *aiuta a morire* e chi *uccide il consenziente* è a dir poco incomprensibile. Che senso può mai avere distinguere tra chi *agisce* e chi *omette*? Sono differenze così banali e fumose, almeno in questo delicato ambito, che anche penalisti del calibro di Enrico Ferri finivano per non riuscire a comprenderle[70]: il «profeta italiano della disponibilità della vita e del diritto di morire»[71] non si dava pace davanti a sottili distinzioni «divelte dal mondo reale»[72].

---

[64] P. Singer, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milano 1996, 89.

[65] M. Mori, *op. cit.*, 351.

[66] Sia consentito il rinvio al nostro *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali. Contributo a uno studio sull'imputazione dell'illecito penale*, Torino 2019, 117 ss. (spec. nota 75).

[67] Cfr. ancora il nostro *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, cit., 77 ss.

[68] Si v. ancora il nostro, *op cit.*, 81 ss., 115 ss.; poi il nostro *Eccesso colposo*, in *ED*, I Tematici, Reato colposo, Milano 2021, 439 ss., spec. 444 ss.

[69] Si v. anche le precisazioni di O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, cit., 106 ss.

[70] E. Ferri, *L'omicidio-suicidio*, cit., 51-52 «… dal contemplare le azioni umane in sé e per sé, divelte dal mondo reale, in cui avvengono, che un giurista può lasciarsi condurre ad una tale astrazione, che poi nella pratica, per la diversità delle pene nei due casi, può riuscire ad una vera enormità».

[71] G. Fornero, *op cit.*, 362.

[72] Secondo alcuni queste distinzioni teoriche sfumano anche in casi diversi da quelli eutanasici in senso stresso, ovvero come li intendiamo noi oggi. Due esempi aiuteranno a comprendere meglio: (1) Due giovani amanti affetti da una patologia terminale, volendo porre fine alle loro sofferenze, si armano e, dopo essersi puntati l'un l'altro la rivoltella alla tempia, fanno fuoco. S'ipotizzi che l'uomo riesca nel suo intento, mentre la donna, per un soffio, no. Sicché il giovane, rimasto solo in vita e senza nessuna intenzione di rivolgere l'arma contro sé stesso, diverrebbe punibile ai sensi dell'art. 579 Cp (ammesso e non concesso di riuscire a dimostrare il consenso valido e di non essere punito ai sensi dell'art. 575 Cp); (2) Due anziani coniugi parimenti molto malati decidono si usare un metodo diverso: s'immagini che la donna, da anni costretta su una sedia a rotelle, chieda al marito di entrare in garage e di tappare ogni fonte d'ossigeno posta in punti troppo alti per lei (senza chiudere a chiave la porta, per consentire ai due di cambiare idea sino all'ultimo momento). Fatto ciò, s'immagini che la moglie accenda l'automobile e che, dopo pochi minuti, deceda; mentre l'anziano marito, più resistente, venga salvato dai vicini di casa. Il giovane risulterebbe colpevole di omicidio del consenziente, l'anziano di aiuto al suicidio. Il primo gesto, se caratterizzato da un consenso valido, è davvero diverso dal secondo? Riflettendo su due casi molto simili, peraltro esposti per la prima volta nel celebre *Programma* di Francesco Carrara, Ferri affermò che a tali esiti giuridici si può giungere unicamente contemplando azioni «divelte dal mondo reale in cui avvengono […]. Io ammiro questa potenza logica di analisi – diceva Enrico Ferri – ma mi domando quale accoglienza potranno trovare nel sentimento comune, e quale pratica utilità e quale giustizia positiva possano racchiudere queste sottili distinzioni legali, a cui possono corrispondere così gravi differenze di penalità» E. Ferri, *L'omicidio-suicidio*, cit., 51 ss., l'inciso è nostro. Altre considerazioni in Id., *Principi di diritto criminale*, cit., 402 ss. Si v. anche le considerazioni di G. Crivellari, G. Suman, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*,

Non a caso la nuova legge spagnola sull'eutanasia – che l'ha riconosciuta come un vero e proprio "diritto" – ha inteso l'*aiuto* come somministrazione diretta al paziente di una sostanza da parte dell'operatore sanitario competente e la prescrizione oppure come erogazione al paziente da parte dell'operatore sanitario di una sostanza, in modo che questi se la possa auto-somministrare[73].
Noi, invece, manteniamo in vita gli artt. 579 e 580 Cp, così come disciplinati nel '30. Ma al giudice interessa forse qualcosa se l'autore che aziona il suo diritto di legittima difesa lo fa eliminando l'aggressore con una condotta attiva o con un'omissione? O quel che conta, qui, è trovarsi in un contesto in cui può prendere vita un *diritto* e, nel caso, azionarlo? C'è di più, perché a ben guardare la natura attiva od omissiva della condotta, al giudice, non interessa nemmeno se la tipicità obiettiva e subiettiva realizzata in un "contesto di liceità" rimane effettivamente illecita per mancanza di uno o più elementi costitutivi della scriminante; si pensi, a questo proposito, a ciò che accade per l'eccesso colposo (art. 55 co. 1 Cp) o per la scriminante putativa colpevole (art. 59 co. 4 Cp).

5. Da alcune testimonianze di Enrico Ferri sappiamo che durante i suoi anni d'insegnamento in un liceo mantovano, Roberto Ardigò, il «titano del pensiero positivista»[74], capì che il miglior modo per accompagnare i discenti sulla via della crescita intellettuale era di spiegare tramite sensazioni e percezioni visive. Un giorno, racconta Ferri, tirò addirittura fuori dalla tasca un occhio di bue, ancora sanguinolento: le cose imparate in quella lezione non furono mai più dimenticate dagli studenti. «*Vedere!* Ecco la rivoluzione introdotta nell'insegnamento e nella scienza col metodo positivo»[75]. E non c'è dubbio che tematiche umanamente delicate come il carcere[76] o come i rapporti tra la bioetica e il diritto penale, coinvolgano problemi sociali e individuali che devono essere *visti* almeno una volta per essere compresi; altrimenti, stando alle convinzioni di Ardigò, e c'è da credergli, il rischio è di non riuscire a tenere in debito conto l'essenza delle cose e perdersi nel cielo dei concetti.
Vedere! non significa sposare per forza quella o quell'altra posizione ideologica, naturalmente. *Vedere!* significa capire che non è possibile generalizzare, perché la sofferenza anche di un singolo malato conta. *Vedere!* significa capire che esistono malati che non intendono rimanere con noi anche se dispongono di tutto l'affetto umano necessario e di un significativo appoggio economico. A volte è proprio una questione *personalissima* d'insostenibilità di una prospettiva, o di un'attuale sofferenza: una scelta indipendente da carenze più o meno profonde di natura assistenziale[77].

7, "Delitti contro l'ordine pubblico. Delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie. Delitti contro la persona", Art. 364 cp, Torino 1896, 745 ss.
[73] R. D'Andrea, *I dieci insegnamenti*, cit., 8.
[74] B. Franchi, *Enrico Ferri. Il noto, il mal noto e l'ignorato*, Torino 1908, 79.
[75] B. Franchi, *op cit.*, cit., 40, 41.
[76] Lo si ricorda raramente, ma Enrico Ferri fu il primo professore di diritto penale ad accompagnare i propri studenti in "gite scientifiche", vale a dire a visitare il riformatorio, il carcere, i manicomi criminali, fino alle miniere di Montecatini, e in ogni altro luogo di sofferenza in cui lo *ius terribile* imponeva ai rei di rimanere per un certo tempo della loro vita, cfr. B. Franchi, *op. cit.*, 43 ss.
[77] Esitono in letteratura posizioni differenti, non solo autorevoli ma anche fondate su preoccupazioni umane più che comprensibili. Per tutti v. le riflessioni di L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, 163 ss., spec. 212 «... la dichiarazione di voler morire da parte del malato, ben lungi dal rappresentare una manifestazione di libertà, cela quasi sempre un contesto di abbandono terapeutico e rappresenta un appello [...] alla presa in carico della sua situazione esistenziale attraverso la vicinanza umana e gli interventi di sostegno palliativo, anche quando non sia ormai possibile contrastare l'evolversi di una data patologia». Per un approccio diverso e più simile a quello qui condiviso, v. M. B. Magro, *Eutanasia*, cit., 11; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, cit., 57.

Vedere! significa comprendere che la sedazione palliativa profonda, senz'altro utile, *non è* la soluzione a tutti i mali; fosse solo per il fatto che di sedazione non si muore, sicché la causa è necessariamente un'altra. *Vedere!* significa che nessuno, tantomeno lo Stato, può dirci *come morire*, perché è proprio questo che ci preoccupa moltissimo, non la morte in sé.
Tutto ciò non è frutto solo dello spirito di beneficenza – col quale si può fare tutto, anche del male –, ma dell'autonomia; è questa che fonda, e spiega, l'eutanasia volontaria[78]. Perché la libertà di scelta o è di tutti o non è[79]: quando è il malato a scegliere, e non lo Stato, la decisione è frutto di ragionamenti esistenzialmente e intellettualmente motivati o motivabili[80]. A dirla proprio tutta, a noi pare che le più grandi tragedie umane, in questo ambito, siano state il prodotto proprio di quell'eutanasia *involontaria* che cresce in contesti ordinamentali dove la vita dei singoli appartiene allo Stato; il quale, nei momenti più bui della nostra storia, ha deciso quando, come e perché interromperla. L'autodeterminazione, invece, si guarda bene dall'imporre la morte a chi vuole continuare a vivere nonostante la grave malattia[81]. Chi parte solo dalla beneficienza può arrivare ovunque, fino a garantire l'imposizione di una sua scelta agli altri col diritto penale; ma una forzatura di questo genere, peraltro, si risolve in una "decisione" svuotata di qualsiasi significato etico. Questo è il paradosso: la *libertà*, notava Engelhardt, «non è semplicemente un valore tra gli altri, ma la fonte dell'autorità morale che si esprime nella scelta […] sul terreno della collaborazione tra stranieri morali, essa è l'origine dell'autorità morale»[82]. Al contrario, nella sent. 50/2022 si è deciso di non lasciare scelta: anzi, il *diritto alla vita* è stato addirittura impugnato contro sé stesso[83].
Ecco perché occorreva rovesciare l'asse teleologico dell'art. 579 Cp[84].
Nel piatto c'era il primo vero passo verso il riconoscimento a ogni membro della nostra comunità del potere, entro determinati limiti (la cui disciplina sarebbe divenuta una priorità per il Parlamento), di determinare il proprio destino secondo i propri valori[85]. Oggi ci rimane il rifiuto

[78] D. Neri, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Bari 1995, 118; G. Fornero, *op. cit.*, 510. Sul (piuttosto semplice) superamento delle critiche all'idea della libertà di morire – aiuto al suicidio e omicidio del consenziente – come autonomia, cfr. G. Fornero, *op. cit.*, 377 ss. Molti detrattori dell'eutanasia e della disponibilità della vita arrivano a mettere in dubbio, in ogni caso, la solidità e la libertà della volontà espressa dagli esseri umani che intendono morire, su questo tema coglie, sebbene in sintesi, il cuore del problema P. Borsellino, *op. cit.*, 325 ss.
[79] *Contra* l'acuto studio di L. Eusebi, *Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2020, 59 ss.
[80] G. Fornero, *op. cit.*, 377. Ed è naturale che «... autodeterminazione non significa assenza di condizionamenti. Ogni atto di volontà è frutto di una deliberazione che tiene conto di molte contrastanti spinte, della più varia natura», cfr. V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio*, cit., 11 (l'autore intende così soffermare l'attenzione sulla necessità, comprensibilissima e sperata, di una proceduralizzazione dettagliata, comprensiva di un serio intervento di esperienze scientifiche e sociali eterogenee).
[81] «Chi desidera e riceve il calore di uno sguardo mentre lotta e non cede mai fino all'attimo finale, lo avrà sempre; basta che non lo imponga agli altri che forse neppure ce l'hanno», cfr. M. Donini, *Il senso 'ammissibile' del quesito referendario*, cit., 4.
[82] H.T. Engelhardt, *op. cit.*, 417.
[83] Cfr. *supra* § 4.1. Allora, se così stanno le cose, ci pare assai più franca la (legittima e umanamente comprensibile) posizione di chi dichiara di vedere nella disponibilità della vita non solo pericoli di abuso, ma anche un ostacolo alla promozione di un'etica pubblica che dovrebbe tradursi in solidarietà morale verso il malato e la sua famiglia; una solidarietà che dovrebbe quindi impedire «... di sollevare il terzo dal dovere di non uccidere» M. Romano, *Danno a sé stessi*, cit., 165-166.
[84] L'espressione (più che efficace) è di T. Padovani, *Note circa il referendum sull'art. 579 c.p.*, cit., 2.
[85] G. Duttge, *Die "geschäftsmäßige Suizidassistenz" (§ 217 StGB): Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus!*, in *ZStW*, 2017, 448 « … einjedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft für sich in Anspruch nehmen darf, das eigene Lebensschicksal nach eigenen Wertmaßstäben selbst bestimmen zu dürfen, soweit und solange dadurch nicht andere – in gleicher Weise Berechtigte – zu Schaden kommen».

delle cure e, ammesso di trovare ospedali organizzati a tal fine, qualche importante cura palliativa come la sedazione profonda continua. In alcuni casi davvero disperati possiamo anche ricevere un piccolo aiuto, a patto di rientrare tra i pochissimi malati "autorizzati" e di riuscire a muovere le braccia fino alla fine, o quantomeno a mordere. E c'è da sperare che la situazione non si complichi ancor di più col prossimo (e tanto sperato) intervento della politica[86].

Come accadde sotto la vigenza dello Zanardelli, nessuno rimarrà fermo a guardare: perché, com'è stato più volte notato in letteratura, si tratta di uno scontro culturale prima che giuridico. In questo quadro, allora, va ribadito ancora una volta l'ovvio: nell'attesa di riuscire a sottoporre l'art. 579 Cp alla Consulta, si dispone già di un ricco strumentario ermeneutico per espandere gli spazi di libertà dei cittadini. La chiave è la discrezionalità: dall'analogia in *bonam partem* fino alla ultravalorizzazione del dubbio *ex* art. 530, co. 3 Cpp e molto oltre fino ad alcuni nuovi correttivi ermeneutici.

Servirebbe più tempo, naturalmente.

La vita è un bene che prima o poi diverrà disponibile, ma questa transizione richiederà una normativa completa, dettagliata e multilivello; servirà forse un vero e proprio *codice di settore* per disinnescare timori ancora oggi molto diffusi. Il referendum era pensato anche per favorire un simile dibattito, ma davanti a quest'ultima grande sconfitta non è più possibile rimanere inerti, perché mentre aspettiamo la politica e discutiamo di diritto seduti sulle nuvole, sulla terra imperversano sofferenze umanamente inaccettabili.

Rimane un dubbio.

«Se la mia vita non è mia, di chi è?».

[86] Cfr. *supra* nota 2.

SOCCORSI IN MARE E DIRITTO PENALE NELLA STAGIONE DEI PORTI CHIUSI. ALCUNE RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO DI CAROLA RACKETE

di Luca Masera
Professore associato di diritto penale, Università di Brescia

Prendendo le mosse dall'analisi dei procedimenti appena conclusi nei confronti di Carola Rackete, la capitana della nave di una ONG che nel giugno 2019 aveva forzato il blocco oppostole dalla Guardia di finanza per sbarcare in Italia i naufraghi soccorsi in mare, il lavoro svolge alcune riflessioni sui diversi procedimenti, conclusi o ancora in corso, relativi a vicende riguardanti la stagione dei "porti chiusi", rivolgendo l'attenzione sia a quelli in cui gli indagati sono gli operatori umanitari, sia a quelli ove è imputato l'ex Ministro dell'interno Salvini.
Starting from the analysis of the proceedings just concluded against Carola Rackete (the captain of the ship of an NGO that in June 2019 had forced the block opposed by the Guardia di Finanza to land in Italy the people rescued at sea), the paper propose some reflections about the various proceedings, concluded or still in progress, relating to events concerning the season of "closed ports": focusing both on the proceedings in which the suspects are the humanitarian workers, and on those where the defendant is the former Minister of interior Salvini.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso di Carola Rackete – 2.1. Lo sbarco e l'arresto – 2.2. La non convalida dell'arresto da parte del GIP di Agrigento – 2.2.1. Gli snodi giuridici della questione – 2.3. La conferma della mancata convalida dell'arresto da parte della Cassazione – 2.4. Le archiviazioni per entrambi i procedimenti avviati – 2.5. Il procedimento penale a carico di Salvini per diffamazione della Rackete – 3. L'archiviazione dei procedimenti nei confronti delle ONG e il cd. *chilling effect* – 4. L'altra faccia della medaglia: alcune riflessioni riguardo ai procedimenti a carico dell'ex Ministro dell'interno Salvini – 5. Conclusioni.

1. Il 20 dicembre 2021, il GIP presso il Tribunale di Agrigento, su conforme richiesta della Procura, ha disposto l'archiviazione dell'ultimo procedimento aperto a carico di Carola Rackete, la capitana della nave Seawatch 3 che nel giugno 2019 aveva forzato il blocco oppostole da un'imbarcazione della Guardia di finanza e aveva fatto sbarcare a Lampedusa i naufraghi tratti a bordo in un'operazione di soccorso[1].
La vicenda è stata al centro delle cronache politiche e giudiziarie nazionali per diverse settimane, e possiamo per il momento darla per nota nei suoi contorni essenziali, posto che vi soffermeremo a fondo l'attenzione nel corso della trattazione. Carola Rackete è stata il simbolo di una stagione, o meglio il simbolo della reazione della società civile ad una stagione di governo andata mediaticamente sotto il nome di "politica dei porti chiusi".
La compagine governativa, espressa dalla maggioranza giallo-verde che sosteneva il Governo Conte 1, aveva fatto del contrasto alle ONG che operavano i soccorsi in mare nel Mediterraneo centrale un tratto distintivo della propria politica in materia di immigrazione. Le navi delle ONG venivano sistematicamente fatte attendere anche per diversi giorni prima di poter sbarcare i

[1] G.i.p. Agrigento, 20.12.2021, n. 3150/2019, in *Sist. pen.*, 17.1.2022, con scheda di S. Zirulia, *Caso Sea Watch (Carola Rackete): archiviate le accuse di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e rifiuto di obbedienza a nave da guerra*.

naufraghi sulle coste italiane, nell'attesa che le istituzioni europee, o alcuni dei Paesi membri, si facessero carico dell'accoglienza di almeno una parte delle persone salvate in mare. La politica dei porti chiusi, applicata dal Ministro dell'interno Salvini durante tutto il periodo trascorso al Viminale, si traduceva in buona sostanza nell'attendere per giorni prima di dare l'autorizzazione allo sbarco dei naufraghi, non solo quando essi si trovassero a bordo della nave di una ONG, ma anche quando i soccorsi fossero stati operati da navi della Marina militare italiana, come nei noti casi giudiziari (cui faremo cenno oltre) relativi alle navi Diciotti (agosto 2018) e Gregoretti (agosto 2019).

Ben prima del caso Rackete, in effetti, il possibile rilievo penalistico delle vicende della stagione dei porti chiusi era venuto più volte in considerazione, e sotto prospettive diametralmente opposte. In un primo momento, a partire dall'estate del 2017, avevano avuto grande risalto le indagini condotte da alcune Procure, che avevano ipotizzato a carico delle ONG operanti in mare il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, *ex* art. 12 Testo unico dell'immigrazione (TUI), sul presupposto che la loro presenza in mare e la loro operatività nei soccorsi agevolasse obiettivamente l'operato dei trafficanti che gestivano le partenze dalla Libia. Indagini che, come vedremo meglio oltre, hanno avuto un clamore mediatico non proporzionale ai loro esiti, posto che quasi tutti i procedimenti avviati nei confronti delle ONG si sono risolti con provvedimenti di archiviazione, molto spesso su richiesta conforme delle stesse Procure. Benchè dunque risultate *ex post* prive di alcun riscontro, tali inchieste avevano tuttavia trovato ampia eco sui media, giocando un ruolo determinante nel contribuire a quel clima di vera e propria criminalizzazione dei soccorsi in mare, che trova compendio nella sprezzante assimilazione avanzata in quei mesi da un noto esponente politico delle navi dei soccorritori a "taxi del mare"[2].

Con l'arrivo al governo del Ministro Salvini, nella primavera del 2018, e con la conseguente attuazione della politica dei porti chiusi, la prospettiva in chiave penalistica si inverte, e nella veste di indagato, per il caso Diciotti, viene a trovarsi il Ministro dell'interno, per il quale il Tribunale dei ministri di Catania aveva chiesto al Senato l'autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona aggravato, in relazione ad un episodio in cui per diversi giorni il Ministro si era opposto allo sbarco dei naufraghi soccorsi dall'unità Diciotti della nostra Marina militare[3]. In questa vicenda il Senato, chiamato ad esprimersi sulla richiesta di autorizzazione quando il Ministro Salvini era ancora in carica, ed aveva quindi il sostegno della maggioranza parlamentare, aveva respinto la richiesta del Tribunale catanese[4], mentre in due casi analoghi (il caso Open Arms, del

[2] Per una ricostruzione della nascita e dei primi sviluppi della strategia di contrasto all'operato delle ONG, sia consentito il rinvio a L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico,* in *Federalismi.it,* num. spec. 2-2019, 25.3.2019, 36 ss.

[3] T. Catania, sez. reati ministeriali, 7.12.2018, in *www.penalecontemporaneo.it,* 28.1.2019, con scheda di S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda ai autorizzazione a procedere,* e in *QuestG,* 29.1.2019, con commento di L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti – Chi fissa e quali sono i limiti all'azione politica del Governo in uno Stato democratico?*

[4] Per un primo commento alla *Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari,* comunicata alla Presidenza del Senato il 21.2.2019, in cui vengono esposte le ragioni della proposta di diniego dell'autorizzazione, poi approvata dall'assemblea del Senato, cfr. L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti – Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'Assemblea del Senato,* in *Dir. imm. citt.,* 2019, n. 1; per alcune riflessioni intorno alla decisione di negare l'autorizzazione, cfr. anche E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri,* in *QuestG,* 14.3.2019; A. Ciervo, *Ancora sul parere della Giunta del Senato per le immunità sul caso Diciotti – una breve nota a partire da due recenti scritti di Luca Masera,* in *QuestG,* 18.3.2019; G. Guzzetta, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *Federalismi.it,* 20.2.2019; M.C. Cavallaro, *Procedura*

giugno 2019, ed il caso Gregoretti dell'agosto 2019) le richieste di autorizzazione a procedere (sempre per il medesimo reato di sequestro di persona) rispettivamente del Tribunale dei ministri di Catania e di Palermo sono state discusse e votate quando il partito dell'ex Ministro Salvini era passato all'opposizione, e l'esito è stato favorevole al proseguimento dei procedimenti giudiziari[5]. Se il procedimento di Catania si è poi definitivamente concluso con l'archiviazione disposta dal GUP[6], in accoglimento della richiesta della Procura, il procedimento palermitano è invece in corso di svolgimento in sede dibattimentale.

Anche su queste vicende avremo modo di formulare qualche breve riflessione, nel prosieguo di questo lavoro; ciò che in sede introduttiva ci interessava mettere in luce è come la vicenda di Carola Rackete giungesse, nell'estate del 2019, a segnare il culmine di una stagione (giudiziaria e mediatica) già assai movimentata, in cui era stata messa in discussione la liceità penale tanto delle condotte dei soccorritori, quanto del Ministro dell'interno che dell'inflessibile contrasto alle ONG aveva fatto una bandiera. Il caso della giovane capitana tedesca, che per la prima volta da quando si è instaurato il confronto tra ONG e Ministro fa ricorso all'uso della forza per sbarcare in Italia i naufraghi che aveva soccorso, e viene immediatamente additata come una "criminale da mettere in manette" dal Ministro dell'interno, segna plasticamente l'apice di un contrasto che per mesi è stato al centro della scena politica italiana.

Proprio quando gli archetipi di Antigone e Creonte si affacciano negli editoriali delle maggiori testate, a descrivere il tono ormai sempre più acceso del contrasto tra le ONG che rivendicano il diritto a soccorrere chiunque si trovi in pericolo in mare e il Ministro che replica invocando il proprio diritto-dovere di tutelare l'ordine pubblico, poche settimane dopo il caso Rackete, a settembre 2019, la fine del Governo Conte 1 e il varo della diversa maggioranza giallo-rossa a sostegno del Conte 2 portano al Viminale il Ministro Lamorgese. La politica muscolare di Salvini è alle spalle, e benché i rapporti delle ONG con le autorità marittime e di polizia italiane rimangano nella prassi non privi di difficoltà, almeno a livello di dichiarazioni pubbliche viene riconosciuta la liceità dei soccorsi[7], e alle richieste di sbarco in Italia dei naufraghi-migranti viene dato solitamente un tempo di risposta ragionevole, senza le polemiche che accompagnavano ogni sbarco nei mesi del precedente Governo.

---

amministrativa, funzioni di governo e libertà fondamentali nella 'vicenda Diciotti', in *www.penalecontemporaneo.it*, 5.6.2019; A. Diddi, *L'*affaire *Diciotti quarant'anni dopo il caso* Lockheed*: è sindacabile la negata autorizzazione parlamentare alla procedibilità del reato?* in *CrD,* n. 2/2018; A. Morelli, *Principio di legalità vs. 'preminente interesse pubblico'? Il caso Diciotti e le sue conseguenze,* in *Quad. cost.*, 2018, 895 ss.

[5] Per un'analisi di entrambe tali vicende, cfr. L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali – I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri,* Torino 2020, 7 ss.; per quanto riguarda il caso Gregoretti, cfr. anche P. Gentilucci, *Il rebus politico-giuridico della nave Gregoretti – Una bussola per i futuri governi*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. 2.

[6] G.u.p. Catania, 14.5.2021, disponibile nella rassegna di diritto penale in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 3.

[7] Per un'analisi del cd. decreto Lamorgese (d.l. 21.10.2020, n. 130, conv. in l. 18.12.2020, n. 173), limitatamente alle disposizioni con cui la nuova maggioranza modifica le riforme in tema di divieto di ingresso per le navi dei soccorritori varate dal Governo Conte 1 (intervento tardivo e molto parziale, secondo opinione diffusa tra i commentatori), cfr. *ex multis* G. Amato, *Confermate le sanzioni penali con novità formali e stilistiche,* in *GD*, 2021 (2), 74 ss.; A. di Martino e L. Ricci, *Il delitto di inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale,* in www.lalegislazionepenale.eu., 1.3.2021; G. Mentasti, *L'ennesimo "Decreto immigrazione-sicurezza" (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *Sist. pen.*, 23.10.2020; F. Venturi, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1 co. 2 del d.l. n. 130/2020,* in *Quad. cost.*, 2021, n. 1; S. Zirulia, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove disposizioni, vecchie politiche criminali,* in *DPP,* 2021, 567 ss.; L. Masera, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante,* in *QuestG*, 15.6.2021.

Il caso Rackete segna dunque al contempo l'acme e la fine di un periodo di aspro ed esplicito contrasto tra operatori umanitari e apparato istituzionale, che non ha precedenti nella storia del nostro Paese. Prenderemo allora le mosse da un'analisi puntuale delle molteplici tappe giudiziarie che hanno scandito tale specifica vicenda, per svolgere poi qualche considerazione più generale sullo stato attuale del contenzioso penale in vario modo inerente al tema dei soccorsi in mare e sul significato complessivo di un filone giudiziario che ha lasciato una traccia importante nel dibattito politico-mediatico dell'ultimo quinquennio.

2.1. Il 12 giugno 2019 la nave Sea Watch 3, battente bandiera olandese e di proprietà della ONG tedesca Sea Watch, effettua il soccorso di 53 persone presenti su un natante in condizioni precarie a 47 miglia dalle coste libiche. Operato il soccorso, la comandante, Carola Rackete, procede subito a richiedere l'indicazione di un POS (*place of safety*) alle autorità italiane, maltesi, olandesi e libiche. La prima risposta giunge dalle autorità libiche, che indicano Tripoli quale porto sicuro ove condurre i migranti. Considerate le tragiche condizioni in cui versano i migranti nei campi di detenzione libici, la comandante ritiene che la Libia non possa essere considerata un porto sicuro per i naufraghi soccorsi, e si dirige verso le coste europee, benché le autorità italiane e maltesi si rifiutino di indicare un POS affermando la propria incompetenza rispetto al soccorso operato nella cd. zona SAR libica. Dopo che la Sea Watch 3, pur restando in acque internazionali, si era portata a poche miglia da Lampedusa, il 15 giugno il Ministro dell'interno, sulla base dei poteri conferitigli dal cd. decreto-sicurezza *bis* appena entrato in vigore[8], formalizza il divieto di ingresso della nave in acque italiane, nell'attesa che da trattative instaurate in sede europea emerga la disponibilità di altri Governi dell'Unione a farsi carico dell'accoglienza dei naufraghi-migranti. Nei giorni successivi vengono evacuati dalla nave 10 soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità, ma per gli altri 43 la situazione continua a non sbloccarsi. Il 26 giugno la comandante si risolve infine a violare il divieto e ad entrare nelle acque nazionali, ritenendo non più sostenibile la condizione di stallo venutasi a creare. Dopo qualche giorno di ulteriore attesa di una soluzione concordata con le autorità italiane, nella notte del 29 giugno la nave entra nel porto di Lampedusa, dirigendosi verso l'unica banchina adatta all'attracco di un natante delle dimensioni della Sea Watch 3; nel vano tentativo di impedire l'attracco, una motonave della Guardia di finanza si frappone tra la banchina e la nave, e viene urtata da quest'ultima nelle manovre di ormeggio[9].
Appena giunta in porto, Carola Rackete viene arrestata dalla Guardia di finanza, ed il giorno successivo la Procura della Repubblica di Agrigento chiede la convalida dell'arresto e

[8] Per un commento al cd. decreto sicurezza-bis (o Salvini-bis) (d.l. n. 53 del 14.6.2019, conv. in l. n. 77 dell'8.8.2019), con cui era stata fornita di supporto normativo la prassi sino ad allora seguita dal Ministro di negare l'ingresso alle ONG adducendo motivi di ordine pubblico, con altresì l'introduzione di onerosissime sanzioni ammnistrative pecuniarie nei casi di violazione di tali divieti, cfr. tra gli altri Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), *Il D.L. n. 53/2019, convertito, con modificazioni, nella L. n. 77/2019. Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione,* in *www.asgi.it*, 13.9.2019; P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti riforme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione,* in *Dir. pubbl.*, 2019, 619 ss.; S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto-sicurezza bis*, in *QuestG*, 29.7.2019; M.E. Cassano, *Sicurezza e disagio sociale nel decreto Salvini*, in *DPenCont*, 2019, n. 9; G. Cataldi, *L'impossibile interpretazione conforme del decreto sicurezza-bis alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *QuestG*, 26.2.2020; A. Natale, *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *QuestG*, 20.6.2019; I. Papanicolopulu e G. Bay, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare,* in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1; S. Zirulia, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.6.2019.
[9] Il resoconto della vicenda appena fornito corrisponde a quanto emerge in modo univoco dai provvedimenti giudiziari che si andranno di seguito ad analizzare.

l'applicazione della misura cautelare del divieto di dimora. Tali richieste vengono formulate non già per il reato più volte contestato in passato alle ONG, cioè per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (in relazione a tale figura delittuosa il Procuratore di Agrigento aveva reso noto l'apertura di un separato procedimento, su cui torneremo oltre, oggetto di archiviazione nel dicembre 2021), né per la violazione del divieto di ingresso nelle acque nazionali emanato dal Ministro dell'interno (il decreto-sicurezza *bis*, nella versione all'epoca vigente, prevedeva per tale violazione solo l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria), ma per i comportamenti illeciti che secondo la Procura sarebbero stati compiuti dalla capitana nell'ultimo frammento temporale della vicenda, quando in fase di approdo sulla banchina vi era stato il confronto tra la nave (di dimensioni imponenti) dei soccorritori e la piccola imbarcazione dei finanzieri, che intendeva impedire l'attracco. La Procura ritiene sussistente nella condotta della capitana, che decideva di procedere all'approdo nonostante l'interposizione fisica sulla banchina del natante della Guardia di finanza, gli estremi di due figure delittuose, la cui cornice edittale giustifica l'arresto: il delitto di violenza contro nave da guerra di cui all'art. 1100 cod. nav. (punito con la reclusione da tre a dieci anni) e il delitto di resistenza a un pubblico ufficiale di cui all'art. 337 Cp (reclusione da sei mesi a cinque anni).

2.2. Il provvedimento del 2 luglio del GIP di Agrigento, che nega sia la convalida dell'arresto che l'emissione della misura cautelare, già contiene tutti gli argomenti in diritto che saranno poi ripresi dalle decisioni successive che avranno modo di occuparsi della vicenda[10].
Il GIP decide anzitutto di inserire l'analisi dello specifico episodio oggetto di contestazione all'interno della vicenda complessiva, e prende le mosse da una considerazione delle disposizioni internazionali e nazionali che regolano i soccorsi in mare. Il provvedimento fa riferimento in particolare alla Convenzione sul diritto del mare di Montego Bay del 1982, alla Convenzione SOLAS del 1974 ed alla Convenzione SAR del 1979 (tutte ratificate e rese esecutive nel nostro Paese dalle rispettive leggi di esecuzione); per quanto riguarda poi il diritto interno, il giudice rammenta il disposto dell'art. 10 ter TUI (per cui "lo straniero (…) giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi"), da cui secondo il GIP "deriva l'obbligo, in capo alle autorità statali, di soccorrere e fornire prima assistenza, allo straniero che abbia fatto ingresso, anche non regolare, nel territorio dello Stato".
Dopo avere riportato l'informativa della Guardia di finanza che ricostruisce la cronologia degli eventi (dal momento del soccorso in mare all'approdo sulla banchina del porto di Lampedusa), il provvedimento passa poi ad analizzare le dichiarazioni rese da Carola Rackete a giustificazione della propria condotta. Il GIP ritiene innanzitutto che la decisione di non riportare i migranti in Libia, come richiesto dalle autorità libiche e italiane, "risultava conforme alle raccomandazioni del Commissario per i Diritti umani del Consiglio d'Europa e a recenti pronunce giurisprudenziali (v. sentenza del GUP di Trapani del 23 maggio 2019)". Legittima era anche la scelta di escludere "i porti di Malta, perché più distanti", e quelli tunisini, perché "la Tunisia non poteva considerarsi un luogo che fornisse le garanzie fondamentali ai naufraghi (…), e la Tunisia non prevede una normativa a tutela dei rifugiati, quanto al diritto di asilo politico". Il giudice conclude dunque che "alla luce del suddetto quadro normativo, delle sue conoscenze personali in ordine alla sicurezza dei luoghi, ed avvalendosi della consulenza dei suoi legali, il Comandante Carola Rackete si

[10] G.i.p. Agrigento, 2.7.2019, con note di L. Masera, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità della politica governativa dei porti chiusi per le ONG*, in *Giust. ins.*, 6.7.2019 e V. Valentini, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Crim*, 5.8.2019.

approssimava alle acque di Lampedusa, ritenendola "porto sicuro" e più vicino, per lo sbarco e chiedeva, invano, alle autorità di poter entrare".
La decisione ricorda poi come, una volta entrata in acque italiane, la capitana della Sea Watch 3 abbia atteso ancora oltre due giorni prima di fare ingresso nel porto di Lampedusa, e si sia decisa all'attracco nonostante il diniego della Guardia di finanza solo quando ha ritenuto che le condizioni fisiche e psicologiche dei migranti non consentissero l'ulteriore prosecuzione del trattenimento sulla nave. Secondo il giudice, tale decisione risulta conforme tanto al diritto internazionale, quanto alla normativa interna, che come visto sopra all'art. 10 *ter* TUI prevede il dovere di prestare soccorso nei punti di crisi agli stranieri anche irregolari soccorsi in mare. Quanto poi al divieto di sbarco emanato dalle autorità italiane, "ritiene questo Giudice che, in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3 potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di 'porti chiusi' o il provvedimento del 15 giugno del Ministro dell'interno, che faceva divieto di ingresso, transito e sosta alla nave Sea Watch 3 nel mare territoriale italiano".
Posto questo quadro di riferimento, il Gip passa poi rapidamente ad analizzare le due specifiche contestazioni mosse alla Rackete. Per quanto riguarda il delitto di cui all'art. 1100 cod. nav. (violenza o resistenza a nave da guerra), il giudice ne esclude in radice la sussistenza, aderendo all'interpretazione della nozione di nave da guerra fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 35/2000, secondo cui «le unità navali della Guardia di finanza sono considerate navi da guerra solo quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare».
Quanto invece alla contestazione della resistenza a pubblico ufficiale, il giudice ritiene che «sulla scorta delle dichiarazioni rese dall'indagata (a tenore delle quali ella avrebbe operato un cauto avvicinamento alla banchina portuale) e da quanto emergente dalla visione del video in atti, il fatto deve essere di molto ridimensionato, nella sua portata offensiva, rispetto alla ricostruzione accusatoria fondata sulle rilevazioni della p.g». Il Gip ritiene comunque che la condotta della Rackete integri gli estremi della resistenza a pubblico ufficiale, ma reputa altresì che il reato sia scriminato ai sensi dell'art. 51 Cp, posto che «il descritto segmento finale della condotta dell'indagata, come detto integrativo del reato di resistenza a pubblico ufficiale, costituisce il prescritto esito dell'adempimento del dovere di soccorso, il quale – si badi bene – non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione sino al più volte citato porto sicuro».

2.2.1. Abbiamo ritenuto utile riportare in modo analitico i passaggi del provvedimento del giudice agrigentino, perché – pur trattandosi di un provvedimento cautelare, e dunque fornito di una motivazione stringata – individua, come già accennato, tutte le questioni centrali sul tappeto, e perviene a conclusioni che saranno confermate da tutte le decisioni successive, sia cautelari che di merito.
Il problema, che è poi comune ad ognuno dei diversi procedimenti che concernono casi di soccorso in mare (tanto, come nel caso in questione, rispetto alla responsabilità penale dei soccorritori, quanto rispetto alla responsabilità del Ministro dell'interno per l'attuazione della politica dei porti chiusi), ruota a ben vedere intorno ad un unico interrogativo, la cui soluzione si riverbera poi sulla soluzione di tutti i casi qui di interesse.
È legittima, secondo la normativa nazionale ed internazionale in materia di soccorsi in mare, l'attività prestata dalle navi delle ONG, che forniscono aiuto alle imbarcazioni in pericolo in provenienza dalla Libia, e poi in mancanza di altre alternative concretamente praticabili chiedono

alle autorità italiane un "porto sicuro" ove sbarcare i naufraghi-migranti? O invece era legittima la pretesa del Ministro dell'interno Salvini (nel caso Rackete come nei tanti altri casi di navi di ONG bloccate per giorni nei porti siciliani), che invocando la categoria del "passaggio non inoffensivo" delle navi delle ONG, in ragione della condizione di irregolarità dei naufraghi di cui si chiedeva lo sbarco, pretendeva di negare loro l'accesso sul nostro territorio, almeno sino a che anche altri Paesi si assumessero la responsabilità dell'accoglienza post-sbarco dei naufraghi?

La risposta a tale interrogativo condiziona all'evidenza la soluzione di tutto il contenzioso penale che ruota attorno alle vicende degli ultimi anni in materia di soccorsi in mare, e si tratta a ben vedere di una risposta non particolarmente controversa. Le fonti internazionali in materia di diritto del mare delineano al riguardo un quadro dai contorni inequivocabili. Su chiunque trovi un natante in condizioni di pericolo in mare grava un preciso obbligo giuridico di soccorrere i naufraghi, quale che sia la loro provenienza ed il loro *status* giuridico, e di portarli al più presto in un "*luogo sicuro*", tale non potendosi ovviamente considerare la nave dei soccorritori quando il prolungarsi del soggiorno dei naufraghi risulti insostenibile per ovvie ragioni logistiche[11].

Nel caso dei soccorsi operati nel Mediterraneo centrale, ed in particolare (come nel caso Rackete) in acque internazionali che rientrerebbero nella cd. zona SAR libica, la situazione attuale in Libia esclude che la stessa possa essere individuata come porto sicuro ove riportare i naufraghi-migranti. Sono ormai innumerevoli, infatti, i rapporti di istituzioni internazionali ed ONG che testimoniano la gravità della situazione di violenza cui sono esposti i migranti nei campi di detenzione libici[12], e presso la Procura alla Corte penale internazionale è da tempo in discussione l'apertura di un'inchiesta per possibili crimini contro l'umanità commessi a carico dei migranti in Libia[13]. A

[11] Per queste pacifiche conclusioni, cfr., tra gli internazionalisti che hanno commentato le vicende e le decisioni oggetto anche di questo lavoro, G. Cataldi, *Migranti nel Mediterraneo e tutela dei diritti. Alcuni casi recenti della prassi italiana,* in *Quad. ec. soc.*, 2018, n. 2, 33 ss.; A. Del Guercio, *Il caso della Sea-Watch 3 tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia,* in *Dir. um. dir. int.*, 2019, 331 ss.; F. De Vittor, *Immigrazione e asilo – Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms,* in *Dir. um. dir. int.,* 2018, 443 ss.; M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata,* in *Dir. um. dir. int.,* 2019, 5 ss.; I. Papanicolopulu, G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare,* in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1.

[12] Il materiale reperibile in rete sulla tragica situazione dei migranti in Libia è ormai davvero sterminato: cfr. per tutti, già nel 2018, il rapporto dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani dal titolo significativo *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*.

[13] Sono ormai già tre le comunicazioni presentate alla Procura della Corte penale in relazione ai crimini contro l'umanità di cui sono vittime gli stranieri detenuti nei campi libici: la prima è stata presentata nel giugno 2019 da parte delle cliniche legali dell'università di Scienze politiche di Parigi, e insiste in modo particolare sulla responsabilità a titolo di complicità delle autorità italiane ed europee (il documento, agevolmente reperibile sul web, è stato commentato nella nostra dottrina da A. Pasquero, *La comunicazione alla Corte penale internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica,* in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1, e D. Tarantino, *Politiche anti-migratorie e responsabilità dei vertici politico-istituzionali per crimini contro l'umanità,* in *DPenCont,* 2021, n. 1, 231 ss.), mentre nell'autunno del 2021 sono state presentate altre due comunicazioni, l'una incentrata sulle responsabilità degli agenti libici per crimini contro l'umanità (il documento, dal titolo *No Way Out: Migrants and Refugees Trapped in Libya Face Crimes Against Humanity,* è stato presentato da due tra le più autorevoli ONG internazionali a difesa dei diritti umani, lo *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) e la *Fédération internationale pour les droits humains* (FIDH), insieme ad una ONG libica, la *Lawyers for Justice in Libya*: per un commento, cfr. G. Crippa, *Giustizia penale internazionale e crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia: una comunicazione ex art. 15 Statuto di Roma sollecita il Procuratore all'apertura di indagini per crimini contro l'umanità e crimini di guerra di fronte alla Corte penale internazionale,* in *Sist. pen.*, 23.12.2021), l'altra rivolta in particolare alla configurazione di possibili crimini di guerra, anche a carico dei leaders europei (autore del documento, dal titolo *War crimes against migrants and asylum*

livello di giurisprudenza nazionale, poi, oltre alle sentenze che hanno condannato a pesanti pene detentive diversi soggetti individuati come responsabili di terribili violenze nei campi libici[14], è recentissima la decisione della Cassazione nel noto caso *Vos Thalassa*, di cui al momento in cui si scrivono queste note non è ancora stata depositata la motivazione, che in riforma della sentenza d'appello[15] ha riconosciuto la legittima difesa ai migranti che si erano opposti con la forza al comandante della nave *Vos Thalassa* il quale, dopo averli soccorsi in acque internazionali, li stava riportando verso la Libia; ed è sempre di queste ultime settimane la decisione del Tribunale di Napoli cha ha condannato per il reato di abbandono di minori e incapaci *ex* art. 591 Cp e per quello di sbarco e abbandono arbitrario di persone *ex* art. 1155 c. nav. il capitano della nave italiana Asso 28 che, seguendo le indicazioni della Guardia costiera libica, aveva riportato a Tripoli i migranti soccorsi[16]. Senza ovviamente dimenticare la fondativa decisione sul punto della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hirsi*, che ormai dieci anni fa aveva sancito l'illegittimità della prassi sino ad allora seguita dalla nostra Marina militare di riportare in Libia i migranti soccorsi o intercettati in acque internazionali, per violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Prot. 4 CEDU, ove sono vietate le espulsioni collettive[17].
Esclusa dunque la possibilità di fare rotta verso la Libia, ed esclusa altresì l'ipotesi di dirigersi verso Malta (che nel caso di specie era troppo lontana, e che in ogni caso è solita da anni sottrarsi alle proprie responsabilità in materia di soccorsi in mare dalla Libia, adducendo la propria incapacità a fare fronte con le scarse risorse a disposizione a fenomeni di portata così ingente), o

seekers detained in Libya, è la ONG *Strali - For strategic litigation*). In relazione ai profili di diritto penale internazionale relativi alla situazione dei migranti in Libia, cfr. poi nella nostra dottrina per prima F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.4.2018, e più di recente P. Scevi, *Crimini perpetrati contro migranti e rifugiati in Libia e giustizia penale internazionale. Una riflessione sui meccanismi di risposta,* in *AP*, 2020, n. 2, e i contributi dedicati a tale tematica negli atti del convegno dal titolo *Violazioni dei diritti umani a seguito della chiusura della rotta libica: i rimedi giurisdizionali e le responsabilità giuridiche dell'Italia e della Libia* (organizzato nel marzo 2019 a Tunisi da ASGI, ARCI e il *Cairo Institute for Human Rights*): C. Meloni, *Responsabilità giuridica innanzi alla corte penale internazionale contro la violazione dei diritti umani dei migranti in Libia*, e A. Whiffors, *Portare un caso di fronte alla Corte Penale Internazionale in relazione ai crimini commessi contro i migranti in Libia: le sfide* (gli atti sono disponibili sul sito *www.asgi.it*).

[14] Il procedimento più noto è quello celebrato in primo grado presso la Corte d'assise di Milano, che ha visto la condanna all'ergastolo (confermata dalla Cassazione) di un cittadino somalo giunto in Italia e riconosciuto da diversi connazionali come autore di atroci torture e omicidi nel campo libico di Bani Walid: cfr. Ass. Milano, 10.10.2017, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.4.2018, con nota di S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia* (la sentenza è stata anche oggetto di una monografia a cura di M. Veglio dal titolo *L'attualità del male – La Libia dei lager è verità processuale*, Torino, 2018); Ass. app. Milano, 20.3.2019, con nota G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 1; Cass., sez. I, 4.3.2021, n.8861/2021, inedita. Per altre decisioni di condanna di torturatori operanti nei lager libici, cfr. G.i.p. Messina, 18.5.2020, in *Sist. pen.*, 2.10.2020, con nota di G. Mentasti *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis Cp). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, e Ass. Agrigento, 12.6.2018, inedita.

[15] App. Palermo, 24.6.2020, n., 1525, in *Sist. pen.*, 21.7.2020, con nota di L. Masera, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al* non refoulement, e in *QuestG*, 23.7.2020, con nota di A. Natale *Il caso Vos Thalassa: il fatto, la lingua e l'ideologia del giudice*; la sentenza di primo grado aveva invece concluso in senso opposto, riconoscendo la legittima difesa ai responsabili dell'ammutinamento: cfr. T. Trapani, 3.6.2019, con note di L. Masera, *La legittima difesa dei migranti e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos Thalassa)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.6.2019, e C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare – Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1.

[16] T. Napoli, 30.12.2021, n. 25729/18, disponibile nella rassegna di diritto penale in *Dir. imm. citt.*, 2022, n. 1.

[17] C. eur., GC, *Hirsi Jamaa c. Italia*, n. 27765/09, 23.2.2012.

di sbarcare i naufraghi in Tunisia (che non può essere considerato un "*place of safety*", a tacer d'altro, per la mancanza di una legislazione e di un apparato efficiente in materia di tutela del diritto di asilo), l'Italia si presenta come la sola strada percorribile per i soccorritori per adempiere agli obblighi loro imposti dal diritto internazionale (le Convenzioni rilevanti in tema di diritto del mare sono appunto quelle citate dal GUP, ed in particolare la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, nota anche come SOLAS, acronimo di *Safety of life at sea*, del 1974, e la Convenzione sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, nota come SAR, acronimo di *Search and rescue*, del 1979).

Quanto poi al profilo, logicamente correlato, della legittimità della decisione del Ministro dell'interno di negare l'approdo in Italia alla nave della ONG, in applicazione della nuova normativa in materia introdotta proprio il giorno prima dal Governo[18], il GUP si limita a constatare che la natura sovraordinata della disciplina applicabile ai soccorsi in mare rendeva il decreto ministeriale di divieto di ingresso in acque nazionali inidoneo ad incidere sugli obblighi cui era tenuto ad adempiere il capitano. In realtà, il problema della legittimità e della rilevanza della recentissima modifica normativa, comunque di rango primario, avrebbe forse meritato qualche riflessione ulteriore[19]. L'argomento della gerarchia delle fonti accennato nel provvedimento del GUP è peraltro di primaria importanza, soprattutto perché nel dibattito pubblico che aveva accompagnato la vicenda era stato dato grande risalto alle dichiarazioni del Ministro dell'interno, che a più riprese aveva dichiarato di aspettarsi l'arresto della capitana Rackete, colpevole di avere violato il divieto ministeriale di ingresso in acque italiane. Di fronte a dichiarazioni del Ministro che sovvertivano la più elementare logica di un sistema penale liberale, individuando come fatto di per sé meritevole dell'arresto il mancato rispetto di un provvedimento amministrativo, è importante il rapido ma significativo cenno del provvedimento alla necessità per il giudice penale di verificare anzitutto la legittimità del provvedimento amministrativo violato, oltre che di individuare le specifiche figure di reato, punite con limiti edittali idonei a giustificare l'arresto, che risulterebbero integrate dalla condotta violatrice dell'ordine amministrativo.

Proprio l'analisi delle specifiche contestazioni poste a base dell'arresto è ora l'ultimo passaggio su cui è opportuno soffermare l'attenzione. Abbiamo già notato sopra la scelta della Procura di non porre a base dell'arresto né ovviamente la violazione del divieto ministeriale di ingresso, punito con la sola sanzione amministrativa, né il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che ricorre nei procedimenti a carico delle ONG. La Procura agrigentina aveva in effetti già avuto modo nei mesi precedenti di occuparsi della illegittimità della strategia dei porti chiusi, non iscrivendo nel registro degli indagati i capitani che avevano sbarcato in Italia i migranti soccorsi benché dal ministero non fosse pervenuta l'autorizzazione all'attracco. Nel caso in questione, tuttavia, la capitana aveva usato la forza derivante dalle superiori dimensioni del proprio natante per superare il blocco della Guardia di finanza, e la Procura ritiene che tale condotta vada oltre quanto imposto al capitano dalla legge del mare, integrando gli estremi delle due figure di reato evidenziate sopra.

Se l'esclusione del reato previsto dal codice della navigazione è motivata per ragioni qui di poco interesse (il GUP, come si ricorderà, esclude che la nave della Guardia di finanza coinvolta nella

[18] Come si ricorderà, il cd. decreto Salvini-bis, che ha formalmente attribuito al Ministro dell'interno il potere, prima esercitato in via di prassi, di vietare l'ingresso in acque nazionali a imbarcazioni che avessero soccorso stranieri irregolari, è stato approvato dal Governo il 14.6.2019, e il giorno successivo il Ministro Salvini dirama il divieto di ingresso per la Sea Watch 3.

[19] Per alcune considerazioni riguardo alla legittimità della disciplina in materia di divieto di ingresso in acque nazionali introdotta dal decreto Salvini-bis, cfr. gli autori citati *supra*, nota 8.

vicenda possa qualificarsi come nave da guerra ai sensi della disposizione richiamata), significativa è invece la decisione di ritenere sussistenti gli estremi della resistenza a pubblico ufficiale, ma di reputare il fatto tipico scriminato *ex* art. 51 Cp dall'adempimento del dovere di sbarcare in un *place of safety* i naufraghi soccorsi in mare. Non viene riconosciuto lo stato di necessità, cui spesso fa riferimento la giurisprudenza per escludere la rilevanza penale a titolo di favoreggiamento della condotta delle ONG, ma si ritiene configurarsi a carico della capitana la scriminante più forte dell'art. 51 Cp, che esprime la sussistenza non di una mera facoltà, come l'art. 54 Cp, ma di un vero e proprio obbligo di portare le persone soccorse in un luogo sicuro, e dunque, nel caso specifico, un obbligo di resistere all'autorità al fine di adempiere a tale dovere.
Neppure la linea rossa tracciata dalla Procura nel ritenere penalmente illecito l'opporsi con la forza all'autorità viene dunque ritenuta invalicabile dal GIP, per cui addirittura la capitana non aveva solo la facoltà, ma addirittura il dovere di opporsi alla Guardia di finanza per sbarcare i naufraghi soccorsi in mare: una decisione forte, che come ovvio ha suscitato reazioni di segno diverso[20], ma che peraltro, come ci accingiamo a verificare, ha trovato pieno riscontro in sede di legittimità[21].

2.3. Mentre riguardo alla decisione di negare la misura cautelare non viene proposta impugnazione, la Procura di Agrigento decide di avanzare ricorso in cassazione rispetto alla mancata convalida dell'arresto, adducendo tre motivi: il primo riguardava l'illogicità-contraddittorietà della motivazione relativa alla legittimità dell'arresto; il secondo l'esclusione (erronea secondo la Procura) della qualifica di nave da guerra alla motovedetta della Guardia di finanza; il terzo infine la presunta illogicità e contraddittorietà della motivazione in merito alla sussistenza della scriminante dell'art. 51 Cp.
Proprio quest'ultimo motivo è in effetti quello di maggiore importanza sotto il profilo generale, trattandosi della prima occasione in cui il Supremo collegio era chiamato ad esprimersi in ordine alla legittimità della prassi di negare lo sbarco alle navi delle ONG in attuazione della politica governativa dei porti chiusi. Il passaggio della motivazione relativo al motivo che ci interessa è assai breve, trattandosi di una dichiarazione di inammissibilità dello stesso, in quanto "si propone una censura che si pone fuori dal perimetro del sindacato del giudice sulla non convalida. Quest'ultimo resta delineato, come lo stesso ricorrente evidenzia nel primo motivo di ricorso, al controllo di ragionevolezza dell'operato di coloro che hanno eseguito l'arresto in flagranza. Non rilevano quindi valutazioni alternative dei fatti e diverse interpretazioni delle fonti normative, ai fini della configurazione e dei confini della causa di giustificazione di cui all'art. 51 Cp, oppure prospettazioni alternative in ordine all'adempimento del dovere di soccorso e alla sua ampiezza, fondate su una interpretazione diversa della nozione di '*place of safety*' contenuta nella Convenzione di Amburgo, che ne delinea peraltro puntualmente l'ambito e i confini".
Benché quindi la Cassazione decida di non entrare nel merito della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 51 Cp, si desume almeno *a contrario* che non sono ritenuti sussistenti elementi di palese

[20] Per una critica anche molto decisa del provvedimento del GIP, cfr. in particolare i lavori di V. Valentini e M. Ronco citati alle note 10 e 21.
[21] Cass., sez. III, 16.1.2020, n. 6626, con note tra gli altri di F. Modugno, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giur. pen. web.*, 2020, n. 4; M. Ronco, *L'esercizio dei poteri costituzionali in materia di libertà, sicurezza e giustizia e l'obbligo di lealtà nel rapporto tra gli organi dello Stato*, in *AP*, 2020, n. 1; C. Santoriello, *Caso Sea Watch ovvero la truffa delle etichette: è "politica" la decisione che non si condivide (o che non si comprende)…,* in *AP*, 2020, n. 1; S. Zirulia, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete,* in *Sist. pen.*, 24.2.2020; L. Masera, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *QuestG*, 26.2.2020; F. Parisi, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine*, in *FI*, 2020, II, 310 ss.

irragionevolezza dell'argomentazione del GIP. Considerato poi come in un altro passaggio, relativo al primo motivo di ricorso, la Corte avesse ripreso, in senso adesivo alla decisione impugnata, la questione dell'individuazione del porto sicuro come *obbligo* incombente sul capitano ai sensi del diritto internazionale del mare[22], il provvedimento può essere sicuramente interpretato come la prima conferma che anche per la Cassazione la politica dei porti chiusi è da reputarsi illegittima, ponendosi in contrasto con il dovere per chi abbia effettuato i soccorsi di condurre in un luogo sicuro le persone salvate in mare.

2.4. Conclusa la fase (pre-)cautelare, i due procedimenti nei confronti di Carola Rackete (come si ricorderà, la Procura di Agrigento aveva aperto un primo procedimento in relazione ai reati per i quali era stata chiesta la convalida dell'arresto, ed un secondo per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare) non aggiungono elementi di novità al quadro appena delineato.
Per quanto riguarda il procedimento per i reati oggetto del giudizio cautelare, la Procura ne ha chiesto l'archiviazione semplicemente dichiarando di dover aderire ai principi affermati dalla Cassazione nella decisione di mancata convalida dell'arresto, e il GIP a sua volta si limita a fare proprie le conclusioni della Procura[23].
Più articolata, non avendo un giudicato cautelare cui conformarsi, è l'archiviazione, recentissima, per l'altro filone di indagine (avente ad oggetto i reati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, *ex* art. 12 TUI, e di rifiuto di obbedienza a nave da guerra, ex art. 1099 cod. nav.), che peraltro in buona sostanza ripercorre ancora i passaggi logici che già aveva indicato il GIP nella prima decisione di mancata convalida dell'arresto per i reati oggetto del procedimento già concluso[24].
Per quanto riguarda la contestazione *ex* art. 12 TUI, i magistrati agrigentini, constatato come il porto di Tripoli non potesse essere considerato un *place of safety* ove riportare i migranti, così come non potesse più ritenersi un luogo sicuro la nave, in considerazione del numero ingente di naufraghi a bordo e del lungo lasso temporale in cui gli stessi vi erano stati ricoverati, esclude la sussistenza del reato in quanto la condotta di condurre in Italia i migranti soccorsi in mare deve ritenersi scriminata dalla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 Cp. In ordine poi all'ipotesi di reato di cui all'art. 1099 cod. nav., si rileva come il divieto di ingresso in acque nazionali emanato dal Ministro dell'interno, per la cui esecuzione era intervenuta

[22] Secondo la Cassazione, «non si potrebbe ritenere, come argomenta il ricorrente, che l'attività di salvataggio dei naufraghi si fosse esaurita con il loro recupero a bordo della nave. L'obbligo di prestare soccorso dettato dalla Convenzione internazionale SAR di Amburgo, non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (cd. *place of safety*)». La Corte rammenta poi la nozione di porto sicuro contenuta nelle Linee guida del 2004 alla Convenzione SAR, per cui "un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio, cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destina-zione vicina o finale". Alla luce di tale nozione, la Corte conclude che «non può quindi essere considerato "luogo sicuro" una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse. Né può considerar-si compiuto il dovere di soccorso con il salvataggio dei naufraghi sulla nave e con la loro permanenza su di essa, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione che non può certo essere effettuata sulla nave».
[23] Cfr. Proc. Agrigento, 19.1.2021, e G.i.p. Agrigento, 14.4.2021, entrambe disponibili nella rassegna di giurisprudenza penale pubblicata in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 2.
[24] Sia la richiesta di archiviazione della Procura (del 29.10.2021) che il provvedimento di archiviazione del GIP (del 20.12.2021, che si limita a richiamare integralmente gli argomenti della Procura) sono disponibili nella rassegna di giurisprudenza penale di *Dir. imm. citt.*, 2022, n. 1.

la Guardia di finanza, non contenesse elementi tali da giustificare la qualificazione come non inoffensivo dell'ingresso della Sea Watch 3 in acque territoriali, che invece anche secondo la novella introdotta con decreto-legge era da ritenersi elemento necessario per negare l'ingresso[25], e pertanto il provvedimento ministeriale non potesse considerarsi idoneo a paralizzare l'obbligo gravante sul capitano di sbarcare i soccorsi. Per entrambi i reati, la Procura chiede conclusivamente l'archiviazione in quanto scriminati "sia dallo stato di necessità che dall'adempimento di un dovere", e il GIP accoglie la richiesta senza precisare su quale scriminante (o su entrambe) ritenga di fondare la propria decisione.

2.5. Proprio quando stavamo ultimando la stesura di queste note, è giunta notizia che gli sviluppi giudiziari del caso Rackete non sono terminati. È della seconda metà di marzo, infatti, la comunicazione sulla stampa che la Procura di Milano ha disposto la citazione diretta a giudizio per il reato di diffamazione, con fissazione dell'inizio del processo il 9 giugno prossimo, nei confronti dell'ex Ministro Salvini, in relazione alle espressioni usate dallo stesso nei confronti della Rackete nei giorni precedenti e successivi al noto episodio. Come abbiamo riferito sopra, la campagna mediatica del Ministro dell'interno contro l'operato delle ONG aveva raggiunto il suo apice di virulenza proprio durante l'episodio che ha visto coinvolta la Rackete (additata sui media con appellativi, riportati nel decreto di fissazione del giudizio, quali "criminale, delinquente, sbruffoncella comunista tedesca, pirata che ha cercato di uccidere marinai italiani, complice di assassini" ecc. [26]), e sarà il prossimo dibattimento milanese a valutare se tali espressioni, difficili da non ritenere lesive della reputazione della capitana, fossero o meno coperte dall'esercizio del diritto di espressione e di critica politica.
Nella denuncia-querela dei legali della Rackete, da cui ha avuto origine il procedimento per diffamazione, era stato altresì ipotizzato che le medesime condotte di Salvini integrassero anche gli estremi del reato di istigazione a delinquere di cui all'art. 414 Cp, posto che le espressioni del Ministro sarebbero state idonee a provocare la commissione di ulteriori delitti di diffamazione, esponendo altresì la Rackete al rischio di atti di aggressione fisica, considerati gli innumerevoli commenti offensivi e minatori apparsi sul web in adesione alle dichiarazioni del Ministro. Con provvedimento del maggio scorso il GIP milanese ha tuttavia archiviato tali accuse (su richiesta conforme della Procura), ritenendo che «le parole usate dal sen. Matteo Salvini non contengono alcuna espressione, parola idonea ad incoraggiare, ad istigare in concreto gli utenti a commettere condotte delittuose nei confronti della Rackete. I susseguenti e molteplici post in rete degli utenti – dai contenuti gravemente offensivi e minacciosi – non possono pertanto essere ritenuti in alcun modo diretta conseguenza delle espressioni proferite dall'indagato» [27].

3. Se la vicenda Rackete rappresenta il *leading case* della stagione dei porti chiusi e della criminalizzazione dei soccorsi, la sua conclusione è coerente con il quadro complessivo che negli ultimi mesi sta andando a delinearsi rispetto ai molti procedimenti aperti a partire dal 2017 presso varie Procure siciliane[28].

[25] Per qualche considerazione relativa a questo specifico aspetto della decisione, cfr. in particolare I .Papanicolopulu, *Porti chiusi e mari aperti: la recente decisione del Gip di Agrigento sul caso Rackete,* in *Dir. imm. citt.,* in corso di pubbl.
[26] Proc. Milano, 31.7.2020, inedita.
[27] G.i.p. Milano 17.5.2021, inedito.
[28] Per un quadro di tali procedimenti, cfr. in particolare l'approfondita analisi di S. Zirulia, *Non c'è smuggling senza ingiusto profitto – Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare,* in *DPenCont*, 2020, n. 3, 147 ss.

Con un'unica eccezione, su cui torneremo tra poco, tutte le indagini avviate nei confronti delle ONG per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare si sono sinora concluse prima della fase dibattimentale, con la richiesta delle Procure di archiviare le contestazioni. Un recente studio della *Fundamental Rigths Agency*, che dà conto dei procedimenti aperti in diversi Stati dell'Unione nei confronti delle ONG che svolgono attività di *search and rescue* nel Mediterraneo, rileva per il nostro Paese l'apertura di 28 procedimenti, 18 dei quali già conclusi con l'archiviazione, e gli altri pendenti in fase di indagini[29].

Le motivazioni delle archiviazioni (almeno quelle che ci è stato possibile visionare) ripercorrono invariabilmente il percorso argomentativo sviluppato sopra. Già a partire dalle prime decisioni cautelari, che rigettano le richieste di sequestro delle Procure, il perno del ragionamento è il riscontro, ai sensi del diritto nazionale e internazionale che regola i soccorsi in mare, di un dovere per il capitano della nave che abbia preso a bordo persone trovate in pericolo di condurle appena possibile in un *place of safety*; l'eventuale divieto di sbarco illegittimamente opposto dall'autorità amministrativa non può fare venir meno tale dovere, il cui esercizio scrimina gli eventuali reati commessi al fine di adempierlo.

L'individuazione della scriminante da ritenere applicabile non è in realtà univoca. Se risulta diffuso l'inquadramento come adempimento di un dovere, percorso proprio dalle decisioni relative alla vicenda Rackete, sono numerosi i provvedimenti che invece fanno riferimento allo stato di necessità, o che, come la richiesta della Procura di Agrigento riferita appena sopra, ritengono indifferente il ricorso all'una o all'altra esimente. In effetti, una volta constatato che, nel diritto del mare, il soccorso a chi è in pericolo non è più solo una facoltà, riconosciuta dall'art. 54 Cp come idonea a scriminare l'eventuale commissione di un reato, ma un vero e proprio dovere gravante sul capitano della nave, il riconoscimento dell'una o dell'altra scriminante, che pure hanno in astratto requisiti diversi (quelli di cui alla norma codicistica, lo stato di necessità; i doveri incombenti sul capitano ai sensi della normativa sui soccorsi in mare, l'adempimento di un dovere), risulta in sostanza equivalente. Una argomentazione rigorosa dovrebbe in verità riconoscere l'art. 51, che imponendo un obbligo e non una facoltà risulta prevalente rispetto all'art. 54, tutte le volte in cui il diritto del mare fondasse, nelle circostanze date, un vero e proprio obbligo per il capitano di tenere la condotta costituente reato; mentre l'art. 54 sarebbe da riconoscere nelle (ipotetiche) situazioni ove tale obbligo non sussistesse, ma fossero comunque integrati gli estremi del soccorso di necessità codicistico. Ma il concreto sovrapporsi delle due scriminanti nei casi oggetto dei procedimenti qui allo studio rende ragione dello scarso interesse mostrato dalla giurisprudenza nel delimitare con acribia il ricorrere dell'una o dell'altra scriminante.

L'unico procedimento per il quale è stato chiesto il rinvio a giudizio degli indagati non mette poi in discussione la solidità dell'impianto argomentativo appena riferito. Il caso che verrà discusso in sede di udienza preliminare davanti al GUP di Trapani riguarda infatti alcune vicende molto particolari in cui, secondo l'ipotesi accusatoria, gli equipaggi delle navi umanitarie si sarebbero accordati con i trafficanti che gestiscono le partenze dalla Libia per ricevere a bordo i migranti, senza che gli stessi si trovassero in una situazione di pericolo di naufragio, e restituendo poi in diversi casi agli scafisti le imbarcazioni usate per il trasbordo. Sarà eventualmente l'indagine

[29] Cfr., sul sito della FRA, il documento del 17.12.2021 *Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights*, ed in particolare la Tabella n. 2 (*Legal proceedings by EU Member States against private entities involved in SAR operations in the Mediterranean Sea*): oltre all'Italia, gli altri Stati membri presi in considerazione sono la Spagna (con un procedimento archiviato ed uno in corso), la Germania (2 archiviazioni), i Paesi Bassi (2 archiviazioni), Malta (4 archiviazioni e un procedimento aperto) e la Grecia (un'archiviazione e due procedimenti pendenti).

dibattimentale a verificare la fondatezza fattuale di tale ricostruzione, e in diritto non mancano comunque argomenti per sostenere che, considerate le tragiche condizioni da cui fuggono i migranti rinchiusi nei *lager* libici, anche in ipotesi di "consegne concordate", come quelle in discussione nel procedimento trapanese, potrebbe trovare spazio la scriminante dello stato di necessità, l'approdo in Italia rappresentando per i migranti l'unica strada per sottrarsi alla tragica realtà di atroci violenze dei campi di detenzione ove si trovavano rinchiusi[30]. In ogni caso, e per quanto qui di interesse, nel procedimento che si svolgerà a Trapani non è in discussione la legittimità delle ipotesi "normali" di intervento delle ONG, che conducono sulle coste italiane soggetti soccorsi in condizioni di pericolo in mare.

Tanto rumore per nulla, allora? Innumerevoli articoli sulla stampa, e interventi in Parlamento, per discutere della legittimità dell'operato delle ONG nel Mediterraneo, e dopo cinque anni dall'emergere della questione, la vicenda più nota e significativa, in cui la capitana Rackete era arrivata sino ad usare la forza per sbarcare in Italia i soccorsi, si è chiusa definitivamente con l'archiviazione di ogni addebito, così come si stanno concludendo con l'archiviazione la gran parte dei procedimenti ancora aperti. Nei prossimi mesi avremo modo di verificare gli esiti dei procedimenti non ancora conclusi, ma se come prevedibile si chiuderanno come quelli che li hanno preceduti, possiamo parlare di una criminalizzazione soltanto politico-mediatica dell'attività di *search and rescue* svolta dalle ONG, che non ha trovato corrispondenza in sede giudiziaria?
Una simile conclusione, se risulta sicuramente corretta nel fornire la fotografia di quanto è successo, manca però di evidenziare un dato che invece merita di essere posto all'attenzione. Le vicende giudiziarie, per quanto non abbiano in sostanza condotto a nulla, hanno inciso moltissimo nel processo di costruzione mediatica della narrazione che ha portato nel giro di pochi mesi gli operatori umanitari a passare nel dibattito pubblico "da eroi a trafficanti"[31]. Erano state proprio le ripetute dichiarazioni ai media del Procuratore della Repubblica di Catania, che nella primavera 2017 aveva dato notizia di indagini in corso da cui sarebbero emersi contatti tra le ONG e le organizzazioni criminali operanti in Libia (indagini che, inutile ripeterlo, non hanno infine portato ad alcun risultato processualmente significativo), a dare impulso alla campagna mediatica contro "i taxi del mare"; quando dopo pochi mesi il Governo Gentiloni aveva varato il cd. "codice di condotta" per le ONG SAR (che rappresenta il primo, esplicito, momento di contrasto alle attività di soccorso)[32], le inchieste (vere o presunte) a carico di alcune ONG hanno rappresentato un elemento centrale nelle argomentazioni dell'allora Ministro dell'interno Minniti[33]. Così come il riferimento al carattere illecito e criminale delle operazioni portate avanti dalle navi delle ONG ricorreva incessante nei discorsi dell'immediato successore di Minniti al Viminale, Salvini, che

[30] Per una più distesa argomentazione di tale tesi, secondo cui il pericolo attuale di un danno grave alla persona rispetto al quale è da valutare la necessità e la proporzione della condotta sarebbe rappresentato in questi casi non da un inesistente pericolo di naufragio, ma dal pericolo per i migranti portati a bordo della nave della ONG di fare altrimenti ritorno alle torture dei campi libici, cfr. L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG*, cit., 36 ss.
[31] Così si intitolava un lavoro di commento alle prime inchieste a carico delle ONG: P. Barretta, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *QuestG*, 4.7.2017.
[32] Sul cd. codice di condotta per le ONG varato dal Ministro dell'interno Minniti, cfr. le critiche mosse nella *Posizione sulla bozza di "Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare"* (a cura di C. Pitea e S. Trevisanut) pubblicato sul sito di ASGI il 25 luglio 2017, ed il commento alla sua definitiva approvazione pubblicato il 1 agosto; per ulteriori spunti di riflessione, cfr. i lavori di I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare, via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir., imm., citt.*, 2017, n. 3, p. 22. ss., e F. Ferri, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2018, n. 1, p. 189 ss.
[33] Per una ricostruzione delle vicende, giudiziarie e non, in cui si è estrinsecato il processo di criminalizzazione delle ONG, cfr. ancora L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG*, cit.

dall'apertura di ogni inchiesta a carico delle stesse traeva elementi per rappresentarne i componenti come delinquenti, che con arroganza ideologica si sarebbero opposti alle sue legittime direttive.
Poco importa, in questa prospettiva, che le inchieste non abbiano portato a nessun risultato. Come abbiamo appena visto, in sede giudiziaria non vi è stato neppure bisogno di giungere alla fase dibattimentale dei procedimenti aperti nei confronti delle ONG, per archiviarne le accuse e affermare al contempo il carattere illegittimo dei divieti di ingresso opposti dal Ministro dell'interno. Eppure, le notizie dell'avvio delle inchieste hanno prodotto effetti molto significativi, sia nel diffondere un clima di sospetto e di diffidenza nei confronti delle ONG del mare, sia nel rendere di conseguenza per le stesse più difficile svolgere la propria missione.
Si è verificato esattamente quel fenomeno che gli anglosassoni definiscono *chilling effect* (lett.: *effetto di congelamento*), cioè l'effetto di scoraggiare il compimento di una condotta lecita, per il timore di possibili conseguenze legali[34]. Un esempio ricorrente nella letteratura americana in argomento riguarda la libertà di espressione, e l'effetto di auto-inibizione nell'espressione del pensiero che può derivare da un contesto ordinamentale incline a sanzionare le opinioni poco gradite. Allo stesso modo, è indiscutibile che il passaggio da un clima di collaborazione e di reciproco sostegno in mare tra le ONG e le autorità italiane, cui abbiamo assistito sino al 2017, ad un clima di aperto contrasto da parte del Governo, accompagnato dall'apertura di inchieste in sede penale, abbia inciso drasticamente sul numero di soggetti disponibili a continuare l'attività di soccorso[35]. Dalle numerose unità pre-2017 (in cui collaboravano con la Guardia costiera italiana nei soccorsi anche una ventina di navi umanitarie), si è passati negli anni successivi a periodi in cui erano in mare al massimo 1 o 2 navi, sino ad oggi in cui, poste alle spalle le asprezze della politica dei porti chiusi, sono tornate ad alternarsi nell'attività SAR circa una decina di ONG.
Nel caso che ci riguarda, un fattore importante di questo effetto è senz'altro rappresentato dall'attuale, discutibile formulazione della fattispecie applicabile in tali procedimenti, cioè dell'art. 12 TUI. Già la constatazione che l'archiviazione degli addebiti a carico delle ONG debba passare dal riconoscimento di una causa di giustificazione evidenzia la sostanza del problema. La disciplina del favoreggiamento all'immigrazione irregolare formulata dall'art. 12 TUI prevede che il fine di profitto costituisca soltanto un'aggravante (prevista al co. 3-*ter* lett. *b* dell'art. 12), ma il fatto tipico di reato risulti integrato da ogni condotta diretta a favorire l'ingresso in Italia di stranieri irregolari, quale che sia la motivazione, in ipotesi anche meramente solidaristica, che abbia mosso l'agente. Il fatto di sbarcare in Italia migranti irregolari integra dunque di per sé gli estremi della fattispecie-base di favoreggiamento (art. 12 co. 1), e la condotta delle ONG risulta non punibile solo perché tali migranti erano al contempo naufraghi soccorsi in una situazione di pericolo in mare, che secondo il diritto internazionale il capitano della nave aveva il dovere di sbarcare in un porto sicuro. È allora la stessa configurazione della norma incriminatrice a trasmettere un messaggio *chilling* rispetto alle attività di soccorso in mare. Con le proprie categorie dogmatiche, la legge penale comunica alle ONG il messaggio che stanno realizzando un fatto tipico di reato, scriminato solo ove emerga che i migranti sono stati soccorsi in una situazione di pericolo; ben diverso sarebbe il messaggio se la norma incriminatrice vedesse tra i propri requisiti costitutivi il dolo specifico di (ingiusto) profitto (come la fattispecie-sorella del favoreggiamento del soggiorno irregolare, previsto all'art. 12 co. 5 TUI), e la non punibilità di condotte prive di alcuna finalità

[34] Nella letteratura italiana, per un'approfondita ricostruzione di tale categoria, cfr. la monografia di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, il cui cap. IV (252 ss.) è proprio intitolato *La dottrina del* chilling effect.
[35] Per una declinazione del *chilling effect* nel contesto qui in analisi, oltre al lavoro di N. Recchia appena citato, cfr. anche S. Zirulia, *Non c'è* smuggling, cit., 167 ss.

lucrativa non fosse quindi subordinata al riconoscimento di alcuna scriminante. La percezione diffusa di un rischio penale in capo agli operatori umanitari (anche se non giuridicamente motivata, quando sia stata effettuata una reale attività di soccorso in mare) è in primo luogo determinata dalla scelta del nostro legislatore di punire con significative sanzioni detentive anche condotte che non sono mosse da alcun motivo lucrativo o profittatorio[36].
Se è fuor di dubbio il ruolo determinante del formante legislativo, l'atteggiamento di alcune Procure ha poi contribuito a estendere l'ombra di illiceità che ha macchiato l'attività umanitaria. Tanti procedimenti per l'art. 12 TUI sono stati aperti nei confronti delle ONG SAR, e nella gran parte dei casi sono state le stesse Procure a chiedere l'archiviazione degli addebiti: la domanda se davvero tutti quei procedimenti fossero da avviare non può essere elusa. È ovvio che ogni vicenda fa caso a sé, e probabilmente vi erano delle ragioni perché, alla luce di specifiche contingenze di fatto, fosse giustificata l'apertura di un'indagine per verificare le effettive modalità in cui era avvenuto il trasbordo dei naufraghi-migranti sulle navi umanitarie. E tuttavia, una maggiore consapevolezza da parte degli organi inquirenti in ordine agli effetti che anche la sola notizia dell'apertura di un'indagine poteva provocare in un contesto sensibile come quello in esame, avrebbero dovuto in molti casi consigliare almeno una maggiore prudenza nella comunicazione all'esterno. Se fosse stato veicolato all'opinione pubblica (dalla magistratura ma anche dalla comunità dei giuristi nel suo complesso) il messaggio chiaro, che le attività di soccorso in mare e il successivo sbarco dei naufraghi in un luogo sicuro sono condotte certamente lecite (e anzi doverose), anche se compiute in presenza di un divieto di accesso in Italia da parte dell'autorità amministrativa, l'apertura di indagini in casi particolari (si consideri comunque che, dai dati riferiti sopra, i procedimenti avviati nei confronti delle ONG sono stati una trentina, a fronte delle centinaia di casi di soccorso in mare e di trasporto in Italia dei naufraghi cui abbiamo assistito negli ultimi anni) avrebbe avuto senz'altro un "effetto di congelamento" meno significativo di quello cui abbiamo invece assistito.

4. Se i procedimenti a carico delle ONG si sono quasi tutti chiusi (o si stanno chiudendo) con l'archiviazione, abbiamo già visto sopra nel paragrafo introduttivo come, proprio in relazione ad un episodio "tipico" della strategia dei porti chiusi, sia invece aperto in sede dibattimentale presso il Tribunale di Palermo un procedimento per i reati di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio a carico dell'ex Ministro dell'interno; mentre in relazione alla specifica vicenda di Carola Rackete, Salvini è sotto processo a Milano per il reato di diffamazione. Senza entrare nel merito delle due vicende processuali, la cui complessità (specie ovviamente la prima) meriterebbe una autonoma riflessione, vogliamo ora prendere da queste le mosse per articolare alcuni spunti di portata generale su questo inconsueto ribaltamento di prospettiva, in cui i naufraghi-migranti e gli operatori umanitari da possibili indiziati di reato diventano i soggetti tutelati dall'intervento della giustizia penale.
Per quanto concerne il processo in corso a Palermo, e a prescindere da quale ne sarà l'esito, ovviamente ancora quanto mai incerto, dall'analisi delle numerose decisioni relative ai procedimenti a carico delle ONG che abbiamo condotto sopra, emerge univocamente la constatazione che la strategia dei porti chiusi era illegittima, perché contraria al diritto interno e internazionale in materia di soccorsi in mare. Impedire per diversi giorni alle navi dei soccorritori (non importa se ONG o navi militari italiane) di sbarcare in Italia i naufraghi-migranti, lasciandoli

[36] Per una più ampia riflessione in ordine alle criticità in materia di soccorsi in mare derivanti dall'attuale formulazione dell'art. 12 TUI, e anche per una critica alla legittimità costituzionale e convenzionale della norma, cfr. in particolare S. Zirulia, *Non c'è* smuggling, cit., cui rinviamo anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

in condizioni precarie sulle navi che li avevano salvati, in modo da avere una maggiore forza contrattuale nelle trattative con l'Unione europea e con i singoli Stati membri per la redistribuzione dei nuovi arrivati: a questo, in sostanza, si riduceva la politica dei porti chiusi, alla strumentalizzazione politica e mediatica della libertà dei migranti soccorsi in mare, che per poter sbarcare in Italia dovevano in sostanza essere "riscattati" dagli Stati europei che accettavano di farsene carico. Il procedimento palermitano ci dirà se la condotta del Ministro che ha implementato tale sistema sia penalmente rilevante, ma la sua illegittimità ai sensi del diritto del mare e del diritto internazionale dei diritti umani è già stata affermata da quasi tutti i numerosi magistrati italiani, che a vario titolo, e per varie ragioni, hanno avuto modo di occuparsene.

Per mesi quindi il Ministro dell'interno ha condotto una politica illegittima, di cui è ora sotto indagine la rilevanza penale; ma evidentemente, per dare attuazione concreta alle sue politiche, il Ministro si è avvalso della struttura amministrativa del suo dicastero, a partire dal Capo di gabinetto e dai direttori dei dipartimenti competenti, sino ad es. ai militari della Guardia della finanza (come nel caso Rackete) per dare fisicamente attuazione al divieto di ingresso. Nei diversi procedimenti instaurati nei confronti del Ministro Salvini (sia quello in corso a Palermo, sia quelli già conclusi: il caso Diciotti, con la richiesta di autorizzazione a procedere respinta dal Senato, e il caso *Open Arms*, con l'archiviazione disposta dal GIP di Catania) gli organi inquirenti hanno individuato come unico indagato il Ministro, sull'implicito presupposto (ci pare agevole supporre) che i responsabili dell'attuazione delle direttive ministeriali potessero invocare come esimente l'aver adempiuto ad un ordine che ritenevano legittimo; ma la questione ci pare meritare una pur brevissima riflessione.

In relazione ai primi casi di applicazione della strategia governativa, pare in effetti difficile negare in capo agli esecutori degli ordini del Ministro la legittima convinzione che si trattasse di una scelta certo politicamente discutibile, ma che rientrava nei suoi poteri, e a cui dunque la struttura amministrativa era tenuta ad adempiere anche qualora il singolo funzionario non la condividesse. Dopo il caso Diciotti, in cui il Tribunale dei ministri di Catania aveva qualificato come penalmente rilevante la condotta del Ministro e il procedimento si era arrestato solo in ragione della scelta politica del Senato di negare l'autorizzazione a procedere, già il ragionamento diventa più discutibile: i funzionari chiamati a implementare in altre occasioni la medesima strategia avrebbero dovuto far valere davanti al Ministro il rischio penale cui li esponeva l'ordine che erano chiamati ad adempiere, anche se di fronte a una sola (o comunque) a poche decisioni di merito che qualificavano come illegittima la strategia dei porti chiusi è difficile qualificare come manifestamente criminoso l'ordine del Ministro, e di conseguenza ritenere che essi avrebbero dovuto rifiutarsi di eseguire le sue direttive. Dopo però la sentenza della Cassazione sul caso Rackete, che ha qualificato come legittima l'opposizione della capitana alle iniziative della Guardia di finanza, la bocciatura dei divieti di ingresso ha trovato conferma anche in sede di legittimità, e ciò non può non rilevare in ordine alla valutazione della responsabilità (penale e disciplinare) di chi in ipotesi fosse chiamato in futuro a dare di nuovo vita alle prassi del Governo Conte 1.

Ovviamente non ha senso addentrarsi nell'analisi di scenari meramente ipotetici, che peraltro ci auguriamo non debbano verificarsi, e che comunque andrebbero risolti tenendo bene in considerazione innanzitutto il contenuto e la forma dell'ordine concretamente impartito, e le specifiche attribuzioni di ciascun soggetto coinvolto (con particolare attenzione alla sua qualità di civile o di militare e quindi alla diversa rigidità dell'obbedienza dovuta all'ordine del superiore gerarchico): sono questioni complesse, classiche della dogmatica delle cause di giustificazione, che non possiamo qui neanche cursoriamente affrontare. Il dato che in conclusione ci interessa

evidenziare è come la scelta della magistratura inquirente di procedere solo nei confronti del Ministro non può e non deve essere letta come una de-responsabilizzazione dei pubblici agenti chiamati ad eseguirne le direttive, posto che proprio al contrario la facoltà di mettere in discussione un ordine illegittimo del proprio superiore (e la conseguente responsabilità qualora ciò non avvenga) rappresenta un tassello fondamentale per il corretto funzionamento dei pubblici poteri in un ordinamento democratico.

Un'ultima riflessione va infine dedicata alle vicende oggetto del procedimento per diffamazione in corso di svolgimento a Milano. L'escalation dei toni polemici del Ministro Salvini nei confronti delle ONG ha in effetti raggiunto nel caso di Carola Rackete livelli di aggressività davvero inusuali, pur in un dibattito in tema di immigrazione legittimamente acceso e dai toni aspri. I giudici milanesi hanno escluso che la condotta del Ministro integrasse gli estremi di un delitto contro l'ordine pubblico (imputazione che a carico di un Ministro dell'interno avrebbe rappresentato un fatto eccezionale se non unico), per ripiegare su un meno stigmatizzante delitto contro l'onore. Al di là tuttavia del profilo del danno alla reputazione della Rackete, l'elemento che rende la vicenda a nostro avviso particolarmente grave non è tanto la violenza dei toni e delle accuse, ma il fatto che quei toni e quelle accuse siano stati proferiti dal Ministro dell'interno in carica. Il titolare del Viminale, che dispone direttamente delle forze di polizia, non può esprimersi in termini perentori in ordine alla responsabilità penale di un soggetto, rispetto al quale neppure è stato aperto un fascicolo di indagine: questa regola di condotta, che in termini più o meno stringenti era stata sempre osservata dai predecessori di Salvini (e lo sarà per fortuna dal suo successore e attuale Ministro), è stata nel caso Rackete come in molti altri casi ben noti alla cronaca platealmente disattesa dall'ex Ministro Salvini.

Proprio questo ulteriore profilo di offensività della condotta del Ministro Salvini, relativo appunto alla particolare qualifica soggettiva di colui che muoveva l'addebito di avere commesso dei reati, viene peraltro in rilievo in sede internazionale, in ragione di un ricorso depositato presso la Corte EDU nel gennaio 2019 (e comunicato al Governo nel dicembre 2021)[37] per una vicenda analoga a quella oggetto di valutazione a Milano, almeno sotto il profilo che ora ci interessa.

Si tratta del caso della *Vos Thalassa* cui abbiamo già fatto un breve cenno sopra: la vicenda dei naufraghi-migranti cui è stata riconosciuta dalla Cassazione la legittima difesa per essersi opposti con la forza al tentativo del capitano di riportarli in Libia. Il ricorso riguarda le dichiarazioni rese dai Ministri Salvini e Toninelli (Ministro dei Trasporti e delle Infrastrutture), che quando ancora la vicenda non si era conclusa, e dunque neppure era stato aperto alcun procedimento nei confronti dei responsabili dell'ammutinamento, si erano espressi in termini inequivoci in ordine alla loro colpevolezza: secondo i ricorrenti, tali dichiarazioni avrebbero comportato una violazione del principio della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU. Nelle *"questions aux parties"* che la Corte formula al momento di comunicare il ricorso al Governo, vengono testualmente riprese due espressioni del Ministro dell'interno (in una delle quali egli dichiarava che non avrebbe autorizzato lo sbarco sino a quando non avesse avuto la garanzia che "i delinquenti, che non sono rifugiati, non andranno in albergo ma in prigione prima di essere rispediti nel loro Paese"), e la Corte chiede al Governo ed ai ricorrenti di esprimersi in ordine alla compatibilità di tali espressioni con la presunzione di innocenza come interpretata dalla giurisprudenza in materia di art. 6 § 2, oltre che alla sussistenza nell'ordinamento interno di «*un recours, civil et/ou pénal, par lequel ils auraient pu invoquer de manière effective le droit à la présomption d'innocence dont ils se prévalent aujourd'hui devant la Cour*».

[37] Ricorso n. 3925/19, reperibile sul sito della Corte EDU.

Anche alla luce della stessa giurisprudenza citata nelle *questions* dalla Corte[38], il ricorso ci pare fondato su argomenti molto solidi. I casi citati, e più in generale la maggior parte dei casi in materia di violazione della presunzione di innocenza per dichiarazioni di autorità pubbliche in sedi extra-processuali, fanno riferimento a casi di conferenze stampa rese dagli organi inquirenti all'esito di un'operazione di polizia, e il problema è sino a che punto le autorità possano spingersi nel presentare gli elementi raccolti come sufficienti per un giudizio di colpevolezza[39]. Ci troviamo quindi di fronte a situazioni ben diverse da quella oggetto del ricorso nel caso *Vos Thalassa,* ove il Ministro dell'interno si era espresso con toni triviali ("li voglio vedere in manette, devono andare in galera") quando i migranti neppure erano ancora sbarcati in Italia, e dunque un procedimento neppure poteva essere stato avviato: la violazione della presunzione di innocenza, quando non un *quisque de populo,* ma il Ministro da cui dipendono gerachicamente le forze di polizia del nostro Paese, dichiara senza mezzi termini che dei soggetti neppure indagati vanno "messi in galera", ci pare davvero difficile da negare. Nel caso in esame la violazione è poi ancora più eclatante visto l'esito finale del procedimento, che ha visto l'assoluzione dei due asseriti "delinquenti" in sede di legittimità, ma il dato non è di per sé decisivo ai fini del giudizio della Corte, la quale tra l'altro al momento della formulazione delle *questions* era a conoscenza della condanna della Corte d'appello, ma non della decisione assolutoria della Cassazione.
Se il ricorso supererà il vaglio dell'ammissibilità (come visto sopra nelle *questions,* la Corte pone in evidenza il problema non semplice dell'esaurimento dei ricorsi interni), è a nostro avviso molto probabile che la condotta dell'ex Ministro dell'interno conduca ad una condanna del nostro Paese. Al di là tuttavia dell'esito della vicenda a Strasburgo, rimane il dato che nei mesi in cui è stato al Viminale Salvini ha continuato ad utilizzare nei confronti delle ONG i toni virulenti che l'avevano contraddistinto nella campagna elettorale, con ciò sovvertendo una lunga tradizione di riserbo e di misura nell'uso delle parole da parte dei Ministri dell'interno, da cui in ragione della delicatezza istituzionale del proprio incarico è da sempre preteso un rigoroso *self-restaint*, specie su vicende di interesse giudiziario. Il procedimento in corso in sede europea ci rammenta che non si tratta solo di una questione di *bon ton* istituzionale, ma che è in gioco un valore fondamentale della nostra civiltà giuridica come la presunzione d'innocenza, e tale consapevolezza dovrebbe servire ad evitare che in un non augurabile futuro, ove un Ministro dell'interno usasse ancora una simile modalità di comunicazione, la gravità del fatto venga sminuita nel dibattito pubblico ad un problema di buona educazione, come accaduto nelle vicende che abbiamo analizzato in questo lavoro.

5. La chiusura in sede giudiziaria della vicenda-simbolo della stagione dei porti chiusi, inserita nel quadro più generale dei procedimenti conclusisi o ancora in corso per vicende simili, delinea un quadro certamente singolare: i soggetti che per mesi erano stati additati dal Ministro dell'interno come pericolosi criminali sono stati (quasi) tutti prosciolti già in sede di indagini preliminari, mentre è l'ex titolare del Viminale ad essere sotto processo in due diverse vicende (a Palermo per sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio, ed a Milano per diffamazione). Certamente si tratta di un quadro ancora quanto mai aperto, posto che come ricordato i procedimenti all'ex Ministro Salvini sono in corso di svolgimento in fase dibattimentale, ed a carico degli operatori umanitari è in fase di udienza preliminare un procedimento che vede diversi di essi come imputati: l'esito di

[38] Le *questions aux parties* fanno riferimento, per quanto riguarda la giurisprudenza relativa all'art. 6 § 2, a *Allenet de Ribemont c. France*, 10.2.1995, e a *Y.B. et al c. Turchia*, n. 48173/99 et 48319/99, 28.10.2004.
[39] Per una rassegna della giurisprudenza in materia, cfr. per tutti R. Chenal, A. Tamietti, *Art. 6*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Padova 2012, 222 ss.

tali procedimenti sarà decisivo per poter formulare un giudizio conclusivo in ordine alla valutazione penale delle vicende relative ai porti chiusi. Al momento in cui si scrivono queste note, tuttavia, la situazione è quella che abbiamo appena descritto (quasi tutti i procedimenti a carico delle ONG archiviati, con l'avvallo della tesi della legittimità del loro operato anche da parte della Cassazione, e due procedimenti in corso a carico dell'ex Ministro), ed in relazione a tale situazione abbiamo articolato le nostre riflessioni, pur nella consapevolezza che un mutamento di indirizzo da parte della giurisprudenza nei procedimenti in corso ben potrebbe stravolgere il quadro attuale.
Lo scenario che oggi si presenta al nostro sguardo si presta ad una lettura ambivalente. Da un lato può risultare confortante che, di fronte ad una strategia governativa che pure riscuoteva largo consenso nell'opinione pubblica, la magistratura non abbia avuto timore nell'affermarne a chiare lettere l'illegittimità ai sensi del diritto interno ed internazionale, stabilendo ancora una volta che i diritti fondamentali dell'individuo (in questo caso, il diritto al soccorso ed al *non refoulement*) non sono nella disponibilità della maggioranza politica di turno. D'altro canto, proprio il fatto che abbia trovato consenso una politica così gravemente lesiva dei diritti fondamentali, e sia stato necessario l'intervento *ex post* della magistratura penale per riaffermare la legalità violata, non può non suscitare preoccupazione in ordine all'effettiva penetrazione dei diritti fondamentali nella logica del nostro dibattitto pubblico.
Proviamo a spiegarci meglio. Il tema della gestione del fenomeno migratorio, e anche il sotto-problema della gestione degli arrivi dalle coste meridionali del Mediterraneo, è una questione di grande complessità, che accompagnerà il dibattito pubblico del nostro Paese ancora per molto tempo. Su questioni di così ampio respiro è fisiologico che si confrontino, anche con toni aspri, diverse visioni del futuro, e i partiti politici hanno proprio il compito di rappresentare i sentimenti espressi dai consociati, e di proporre le politiche che ritengono più adeguate. In questo inizio di nuovo millennio prevale, a livello italiano ed europeo, un atteggiamento di chiusura e di timore rispetto agli arrivi di stranieri, specie se provenienti dall'Africa. Anche i Governi che si sono succeduti dopo il Conte 1 hanno sì abbandonato i toni e le asprezze di quella stagione, ma l'atteggiamento di fondo rimane quello della "fortezza Europa" che conosciamo ormai da vent'anni.
Vi sono però delle soglie che l'adozione di una politica di contrasto anche duro al fenomeno migratorio non può superare. Quando la libertà di decine di persone stremate da un pericoloso viaggio in mare viene usata come strumento di scambio in sede di trattative internazionali per la redistribuzione dei naufraghi-migranti, e quando coloro che svolgono un'attività umanitaria vengono dipinti come criminali da "sbattere in galera", a noi pare che questa soglia sia stata abbondantemente superata. Nella pubblica opinione, abbiamo tuttavia constatato come avesse trovato largo consenso l'idea di fondo che il Governo dovesse essere libero di perseguire gli obiettivi su cui aveva ricevuto il consenso da parte degli elettori, e il richiamo al rispetto dei diritti fondamentali dei migranti veniva spesso bollato come un tentativo di opporsi surrettiziamente a legittime finalità politiche, in nome di un atteggiamento debole e "buonista" verso il fenomeno migratorio.
Quando è la magistratura a dover ricordare alla politica e all'opinione pubblica che i diritti fondamentali non sono disponibili, quale che sia la finalità che si intenda perseguire, suona un campanello d'allarme, perché i diritti fondamentali si fondano sulla condivisa coscienza sociale della loro intangibilità, prima ancora che sulle decisioni dei giudici. Gli esiti giudiziari della stagione dei porti chiusi ci mostrano che gli anticorpi del nostro sistema democratico, chiamati a confrontarsi con politiche popolari ma illegittime, hanno funzionato, ma proprio il fatto che tali politiche siano state adottate è sintomo di una pericolosa insofferenza al rispetto dei diritti

fondamentali, specie quando sono in gioco i diritti dei migranti africani, ultimi fra gli ultimi nella realtà della nostra epoca.

BREVI RIFLESSIONI IN TEMA DI ANALOGIA A MARGINE DELLA RECENTE CASISTICA GIURISPRUDENZIALE

di Claudia Cantisani
Dottore di Ricerca in Diritto Penale, Università di Trento

Il contributo muove da un'analisi della recente casistica giurisprudenziale in punto di analogia e del ricorrente impiego della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva come strumento argomentativo di legittimazione delle decisioni giudiziali. L'individuazione di questa ricorsività argomentativa permette di avviare alcune riflessioni – qui solo allo stato embrionale – sul carattere razionale del procedimento analogico, spesso invocato, tuttavia, a scopo difensivo. Si rifletterà inoltre sulla rilevanza della precisione e della specificità del dato linguistico come necessarie premesse dell'analogia e quali indicatori della sua effettiva praticabilità. Ciò permetterà di dedicare qualche battuta conclusiva alle tecniche di buongoverno dell'interpretazione estensiva e teleologica, in seno alla quale potrebbero risiedere i più insidiosi rischi per la tenuta della legalità penale.
The work analyses the recent case law on analogy and the recurring use of the distinction between analogy and extensive interpretation as an argumentative tool to justify judicial decisions. This analysis allows to start some reflections on the rational component of the analogical reasoning, that is however often invoked for defensive purposes. We will also reflect on the relevance of precision and specificity of language as necessary premises of analogy and as indicators of its actual practicability. This will allow us to devote some conclusive remarks on the techniques of good governance of the extensive and teleological interpretation, since it can entail the most insidious risks for the legality principle in criminal law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Recente casistica sull'analogia. Una prima panoramica sul concetto di "cosa mobile". – 3. L'analogia e il concetto di "convivenza" *more uxorio*. – 4. Esempi di interpretazione estensiva. – 5. Profili critici e impostazione delle questioni. – 6. La differenza tra distinzione (tra analogia e interpretazione estensiva) intesa come "caratteristica descrittiva" e distinzione intesa come "strumento operativo". – 7. La sicura differenza normativa e politico-ideologica tra analogia e interpretazione estensiva. - 8. La malsicura distinzione strutturale: critica alla tesi dell'identità strutturale. – 9. L'analogia come procedimento razionale. - 10. Analogia e interpretazione estensiva al vaglio della casistica. - 11. La precisione dei termini di fattispecie come indicatore di ammissibilità teorica e applicabilità pratica dell'analogia. – 12. Il ruolo "fuori campo" della sanzione nella fase esegetica. – 13. Un ultimo caso*:* a proposito della fattispecie di turbativa del procedimento di scelta del contraente. - 13.1. L'asserita applicazione analogica dell'"atto equipollente". – 14. Possibili rimedi.

1.La giurisprudenza è a più riprese tornata, negli ultimi tempi, sul tema dell'analogia in materia penale, nell'intento di dare adeguata risposta ad alcuni casi "difficili" rispetto ai quali si è posto il problema di distinguere il procedimento analogico dall'interpretazione estensiva.
Il presente contributo - da intendersi come il mero principio di una riflessione destinata a ulteriori sviluppi - prenderà in esame alcune sentenze fra le più recenti e significative, per avviare un'analisi

sulle formule argomentative adottate dai giudici nel tracciare una linea di demarcazione tra analogia e interpretazione estensiva.
Dall'esame delle pronunce sembra emergere, infatti, che le incertezze nel delineare un confine tra i due procedimenti derivano per lo più, come presto si vedrà, dalle strategie di motivazione: in quasi tutti i casi, infatti, sembra che, più che con l'intenzione di spiegare in dettaglio le differenze tra interpretazione estensiva e analogia, la distinzione in parola venga semmai invocata per convalidare in via successiva la decisione adottata, scongiurando, ove necessario, il sospetto di essere incorsi in violazioni del principio di legalità.
Due, in particolare, sono le riflessioni che questa ricorsività ha sollecitato e che analizzeremo nel prosieguo.
In primo luogo, ci si domanda se questo tipo di approccio possa essere in una qualche misura governato, o falsificato, con l'ausilio del dato linguistico: se il grado di *precisione* dei termini di fattispecie possa davvero fungere da strumento di controllo, contro il rischio che simili espedienti argomentativi si risolvano in formule vuote o in mere clausole di stile.
In secondo luogo, ci si chiede se il richiamo alla predetta distinzione tra interpretazione e analogia non sia alle volte "mal speso", finendo, quindi, per rappresentare uno sforzo vano, una strategia fuori fuoco, o forse un diversivo, rispetto ai reali termini del problema; e ciò soprattutto in quei casi in cui, prima ancora che stabilire se possa aversi analogia, appare bensì prioritario capire quale significato attribuire al termine linguistico, quale ne sia l'estensione praticabile. In queste ultime ipotesi, infatti, si potrebbe ritenere che l'impegno dell'interprete per la salvaguardia della legalità debba concentrarsi, più che nell'interrogarsi sul confine tra analogia e interpretazione estensiva, semmai, e ancor prima, nella fase esegetica e sul buongoverno degli indirizzi interpretativi *teleologico-estensivi*, orientati ad accrescere i margini di manovra dell'organo giudicante.
I quesiti, sorti appunto dall'esame delle più recenti sentenze sull'argomento, imporranno fugaci passaggi sulla natura della distinzione tra interpretazione e analogia, nonché sulle condizioni di impiego dell'analogia come ragionamento *logico*, ispirato a canoni di certezza, dei quali appunto si tratterà nella stretta misura dell'utile.

2.L'occasione per le riflessioni che seguiranno è giunta da una prima pronuncia, nella quale si è posta la questione dell'applicabilità della fattispecie di appropriazione indebita (art. 646 Cp) ad una condotta di sottrazione di *files* aziendali perpetrata da un ex-dipendente di una società, già originariamente qualificata dal giudice di merito come reato di danneggiamento di sistemi informatici o telematici (art. 635-quater Cp) e successivamente riformulata, in sede di appello, nei termini di appropriazione indebita[1].
La questione rinviata alla Corte di legittimità riguarda la qualificazione della sottrazione di *files* informatici nei termini di impossessamento di "cosa mobile"[2] e viene risolta positivamente dai giudici che, convalidando la scelta compiuta in secondo grado, ne giustificano la legittimità sulla base del seguente argomento: ricostruire la nozione di "cosa mobile" alla stregua di parametri e di fonti che, seppur mutati dal momento in cui la legge penale fu formulata, tuttavia non alterano la sostanza dell'oggetto di giudizio, non implica una violazione del principio di legalità in materia

[1] Cass. 10.4.2020 n.11959, con nota di N. Pisani, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i* files *informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *DPP* 2020, 651 ss.
[2] Sul concetto di "cosa mobile" e, in particolare, su quello di mobilità, la giurisprudenza si era già espressa, cfr. Cass. 19.2.2019 n. 7559, in *DeJure GFL*, relativa alla qualificazione in termini di tentato furto aggravato della condotta (non consumatasi) di sradicamento di una colonnina telefonica dal marciapiede mediante cavo da traino.

penale, *«essendo rimasto fermo lo stesso nucleo significativo dell'espressione usata per indicare gli estremi costitutivi delle fattispecie ed il disvalore della figura criminosa»*.
Adottando un approccio funzionale, fondato sulla *ratio*, i giudici dapprima individuano il fondamento della punibilità della condotta di appropriazione nella spoliazione del bene suscettibile di detenzione: una detenzione che difficilmente potrebbe immaginarsi in relazione al *file*, con riferimento al quale non sembra praticabile alcuna materiale apprensione; di seguito essi dimostrano, attraverso il recupero delle caratteristiche più salienti del *file* informatico, che, seppur non materialmente apprendibile, questo può a buon diritto ritenersi "cosa mobile". La trasferibilità dell'oggetto e la sua capacità di essere *«inviato da un sistema o un dispositivo ad un altro sistema, a distanze rilevanti»*, oppure custodito in *«ambienti "virtuali" (corrispondenti a luoghi fisici in cui gli elaboratori conservano e trattano i dati informatici)»* sono caratteristiche, infatti, che *«confermano il presupposto logico della possibilità del dato informatico di formare oggetto di condotte di sottrazione e appropriazione»*.
Onde chiarire la natura dei propri passaggi argomentativi, la Corte precisa, inoltre, di aver svolto un'interpretazione conforme al principio di legalità. In particolare, adottando un criterio ricostruttivo ripreso dalla Corte Costituzionale, in relazione al *«fenomeno della descrizione della fattispecie penale mediante ricorso ad elementi (scientifici, etici, di fatto o di linguaggio comune), nonché a nozioni proprie di discipline giuridiche non penali»*, i giudici spiegano che, ove il significato di questi riferimenti muti nel corso del tempo, cionondimeno, mantenendosi inalterati la sostanza nonché *«lo stesso contenuto significativo dell'espressione usata per indicare gli estremi costitutivi della fattispecie»*, non vi sarebbe ragione per ritenere escluso il caso in oggetto dall'ambito di applicazione della fattispecie di appropriazione indebita. Secondo la Cassazione, più precisamente, non si sarebbe realizzato in questo caso alcun rischio di esorbitare dai limiti di un'interpretazione di tipo *«logico-sistematico, assiologico e per il principio dell'unità dell'ordinamento, non in via analogica (Corte Cost. n. 414 del 1995)».* In definitiva, il principio di tassatività non verrebbe violato - così affermano i giudici - quando la complessiva descrizione del fatto consenta comunque all'interprete di individuare l'ambito di applicazione della norma e di distinguere i casi conformi alla fattispecie astratta da quelli non conformi; e ciò, si afferma, tenuto conto delle *finalità* perseguite dall'incriminazione della condotta, nonché del più ampio *contesto sistematico* nel quale la norma trova collocazione.
La Corte, dunque, fuga ogni sospetto sulla natura *analogica* – e non meramente *estensiva* - del procedimento argomentativo seguito, riconoscendo all'espressione "cosa mobile" un'ampiezza tale da permetterne la legittima applicazione al dato informatico, senza che ciò implichi il disconoscimento della determinatezza e della tassatività della fattispecie.
La nozione penalistica di "cosa mobile" sembra rivelarsi del resto sufficientemente aperta da poter acquisire i più svariati significati, senza che il giudice rischi per ciò di incorrere nel divieto di analogia *in malam partem*. Pare confermarlo un'altra pionieristica pronuncia[3], con la quale i giudici hanno qualificato in termini di rapina la condotta di un medico che, anestetizzata un'infermiera non consenziente, aveva estratto dall'utero di costei i gameti destinati, dopo una fecondazione "artificiale", ad un successivo impianto nell'utero di una paziente della propria clinica privata, agendo così nell'intento di procurarsi un ingiusto profitto. L'espressione "cosa mobile*"* è stata estesa anche agli ovociti, attraverso un'articolata ricostruzione *interpretativa* fondata per lo più sul recepimento di precedenti giurisprudenziali e su di una complessa rivisitazione degli elementi della fattispecie di rapina (art. 628 Cp), basata sull'estensione del concetto di "mobilità", tipico della "cosa mobile", anche alla "mobilizzazione" o "avulsione" di

[3] Cass. 30.12.2020 n. 37818, in *DeJure GFL*.

materiale organico del corpo umano[4]. La sentenza in questione appare censurabile sotto molteplici profili: non ultimo quello di aver riletto la fattispecie di rapina sulla base del disvalore "globale" assunto dalla condotta, i cui segmenti sono, sì, tutti presenti, ma in una sequenza diversa da quella imposta dalla figura criminosa di fonte legislativa[5]. In questa sede, tuttavia, preme notare che la Corte di legittimità non parla mai di analogia e, anzi, si affida al rassicurante rinvio alla precedente giurisprudenza per convalidare la coerenza del proprio ragionamento, e avvalorarne l'orientamento teleologico: l'estensione dell'espressione "cosa mobile" agli ovociti viene spiegata nei termini di un necessitato adattamento interpretativo del termine al caso, pienamente conforme alla relativa nozione penalistica.
Fatta questa prima perlustrazione della casistica, ci sembra interessante notare che la Corte ha in entrambi i giudizi escluso - in modo espresso (nel primo) ed in modo tacito (nel secondo) - di essere incorsa nella violazione del divieto di analogia, assumendo che il concetto di "cosa mobile" risulterebbe adattabile, in via interpretativa, e attraverso il ricorso alla *ratio* delle disposizioni via via richiamate, ad una vasta categoria di casi.

3.Il tema dell'analogia è stato ripreso in modo esplicito, più recentemente, dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con una pronuncia sull'estendibilità ai conviventi *more uxorio* della causa di non punibilità di cui all'art. 384 Cp prevista per i prossimi congiunti; e, successivamente, dalla Consulta, con un arresto in tema di maltrattamenti, incentratosi, in particolare, sulla nozione di *convivenza*[6], come richiamata dalla fattispecie di cui all'art. 572 Cp
La sentenza costituzionale, dalla quale ora partiamo, riferita ad una questione di carattere processuale poi dichiarata inammissibile[7], ha colto l'occasione per trattare, in via pregiudiziale, un profilo di estremo interesse per i temi che ci riguardano: essa ha dovuto preliminarmente chiarire se le vessazioni commesse da un soggetto legato alla persona offesa da una relazione affettiva e da un'assidua frequentazione, seppur in assenza di una stabile coabitazione, possano essere qualificate più propriamente nei termini del reato di maltrattamenti contro familiari e *conviventi* (art. 572 Cp), che non nei termini del più lieve reato di atti persecutori aggravato dalla circostanza del legame da *relazione affettiva* (art. 612-bis, comma 2 Cp).
Ad una risposta sostanzialmente negativa, su tale questione pregiudiziale, la Consulta giunge, tra i molteplici rilievi, osservando che, pur avendo l'orientamento favorevole ad una riqualificazione del fatto nei termini della più grave fattispecie di maltrattamenti il pregio, *«dal punto di vista teleologico»*, di garantire l'estensione della tutela penale ad una più ampia fascia di potenziali persone offese, *«la garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch'essa svuotata laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere*

[4] *Ex multis*, Cass. n. 8514/1974, in *DeJure GFL*, con riferimento al furto di un cancello; Cass. 18.2.2016 n. 6617, in *DeJure GFL*, in relazione al furto di alberi piantati nel terreno; Cass. 19.2.2019 n. 7559, in *DeJure GFL*, sul tentato sradicamento di una colonnina telefonica.
[5] Per un'analisi critica, cfr. A. Vallini, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del "tipo criminoso"*, in *GI* 2021, 1735.
[6] C. cost., 14.5.2021 n. 98, in *DeJure GFL*.
[7] La questione processuale sollevata dal giudice di primo grado, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 Cost., riguardava l'irragionevolezza della preclusione, per l'imputato, di optare per il rito abbreviato al termine del dibattimento. Tale preclusione, prevista dal codice di procedura penale, è stata ritenuta in contrasto con i principi di uguaglianza e del giusto processo, poiché, posto che, nel caso in esame, il fatto era stato riqualificato al termine della fase dibattimentale, tale riqualificazione comportava un diverso scenario di esiti sanzionatori, che, tuttavia, l'imputato non aveva potuto considerare anticipatamente in vista della scelta delle strategie difensive più appropriate.

dalla sua immediata lettura». Non sembra, infatti, che la situazione del caso oggetto della questione, sostanziantesi in una relazione affettiva connotata da permanenze assidue, ma non stabili, della persona offesa nell'abitazione dell'imputato, possa ritenersi pari a quella in cui si trovi una "persona della famiglia" o una persona "comunque convivente" (come vorrebbe l'art. 572 Cp). Questa parificazione sarebbe preclusa, secondo i giudici costituzionali, dall'art. 25, co. 2 Cost.[8].

Passiamo ora alla prima pronuncia di quelle appena richiamate.

Qui il Supremo Collegio apertamente riconosce e accoglie l'analogia come mezzo per l'estensione *in bonam partem* della fattispecie di cui all'art. 384 Cp - riferita, come si diceva, ai *prossimi congiunti* - anche ai conviventi *more uxorio*. Gli argomenti della sentenza che più interessano ai fini che ci siamo proposti sono quelli che hanno fatto leva in larga misura su considerazioni di tipo *assiologico.* L'estensione della fattispecie penale anche ai conviventi *more uxorio* si rende possibile, infatti, grazie ad un' *"interpretazione valoriale"*, mutuata per lo più dalla giurisprudenza europea, diretta ad arricchire di significato la lettera della legge per ciò che attiene ai destinatari della causa di non punibilità.

Il quadro storico-evolutivo della materia, ricavato dalla giurisprudenza nazionale ed europea, permette ai giudici di trarre in via interpretativa i principi che governano la parificazione giuridica tra convivenze di fatto e coniugio: il concetto di "vita familiare", elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso l'interpretazione dell'art. 8 § 1 Cedu, si estende, infatti, oltre i confini delle relazioni familiari giuridicamente istituzionalizzate, andando a ricomprendere la famiglia "in senso sociale", purché fondata su comprovati legami affettivi.

Ebbene, questa seconda rassegna di casi ci offre l'occasione per notare qualche ulteriore profilo utile allo sviluppo del nostro discorso: la prima sentenza analizzata, nella quale trovano menzione numerosi precedenti di legittimità a sostegno dell'interpretazione a cui anche il giudice rimettente ha fatto richiamo, prova come ad una stessa realtà – nella specie, fatti di vessazioni a danno del proprio partner non anche "coinquilino" – siano state assegnate qualifiche diverse secondo il diverso percorso argomentativo scelto dai giudici; si nota, con più esattezza, come questo diverso approccio argomentativo porti a sostenere, in taluni casi, che l'estensione della nozione di convivenza anche alle relazioni affettive prive di coabitazione è solo "interpretazione", in talaltri, come appunto quello della pronuncia costituzionale, che tale estensione è piuttosto da reputarsi una vera e propria "analogia".

La seconda pronuncia, invece, si presta a far riflettere sull'utilità pratica del richiamo ai valori e alla dimensione sociale nella ricostruzione del significato degli istituti. Si nota come questo approccio, certamente attento a valorizzare l'aspetto sostanziale dei problemi sottesi all'interpretazione e all'applicazione della norma giuridica, tenda tuttavia ad una necessaria *espansione* dei confini legali della fattispecie (un'espansione, peraltro, apertamente riconosciuta come analogica[9]). Di ciò, tuttavia, tratteremo nel prosieguo.

---

[8] La pronuncia della Consulta appare ancor più incisiva se teniamo conto della progressiva evoluzione, costituzionalmente orientata e generalmente estensiva, del concetto di "famiglia"; per un *excursus*, corredato da ampia bibliografia sul tema, si rinvia, tra i più recenti contributi, ad A.A. Salemme, *Il delitto di maltrattamenti in famiglia,* in *Diritto penale della famiglia*, a cura di G. Fidelbo, Torino 2021, 353 ss. in particolare.

[9] Per osservazioni critiche sull'estensione analogica delle scusanti (profilo sul quale l'Autore si è maggiormente soffermato), cfr. G. Fornasari, *Cause di non punibilità - applicazione dell'art. 384 Cp e famiglia di fatto: brusco* overruling *delle Sezioni Unite,* in *GI* 2021, 1725 ss.

4.In una quarta pronuncia[10], in cui a venire in causa è stata, questa volta, la nozione di *stampa*, la Corte di Cassazione ha dovuto pronunciarsi sull'ambito applicativo del particolare regime di esclusione dal sequestro preventivo al quale possono di regola essere assoggettate le testate giornalistiche telematiche, considerate da unanime giurisprudenza funzionalmente assimilabili a quelle tradizionali in formato cartaceo[11].
In particolare, lamentando il ricorrente la mancata estensione, *«almeno in via analogica»*, delle garanzie in materia di sequestro di stampati (direttamente derivanti dall'art. 21, co. 3 Cost.), si poneva la questione di capire se un simile regime potesse essere applicato anche al caso di un sito internet destinato alla trasmissione di servizi televisivi, e se la posizione del delegato al controllo del sito web di una trasmissione televisiva potesse equipararsi a quella del direttore di testate giornalistiche tradizionali o telematiche.
Richiamando il precedente giurisprudenziale che aveva convalidato l'estensione della nozione di *stampa* anche alle testate giornalistiche telematiche, sulla base di un'interpretazione evolutiva costituzionalmente orientata e, asseritamente, *non analogica*[12], la Corte ha dimostrato, proprio sulla scorta di queste premesse e procedendo *a contrario*, che nel caso del sito non potevano trovare luogo gli stessi presupposti argomentativi che nell'anteriore pronuncia avevano giustificato un effetto estensivo; e ciò, sulla base di una ricostruzione *funzionale* delle fattispecie.
A fondamento dell'interpretazione estensiva della nozione di stampa anche alle testate giornalistiche telematiche registrate, il Supremo Collegio segnalava, nell'arresto precedente, la valorizzazione del legame tra l'obbligo di registrazione della testata *online*, con indicazione del direttore responsabile, e l'individuazione delle responsabilità collegate alle mansioni direttive, indispensabili all'attivazione delle garanzie costituzionali in materia di sequestro; garanzie che non potrebbero essere estese – così sostiene la Corte in quest'ultima pronuncia - ai servizi collegati ad una trasmissione televisiva priva di "registrazione" e di una ripartizione interna delle mansioni (anche direttive) giuridicamente rilevante. Ciò porta a concludere, da un lato, che la figura del "delegato" della società ricorrente non può essere assimilata a quella del direttore responsabile di una testata giornalistica telematica registrata, con conseguente esclusione dell'assoggettabilità del primo al regime (più gravoso) di cui all'art. 57 Cp; dall'altro, che il caso in esame risulta sottratto anche all'ambito applicativo delle garanzie costituzionali in materia di sequestro preventivo, la cui estensione comporterebbe, in mancanza delle predette condizioni, un ingiusto privilegio.
Si richiama, infine, una quinta pronuncia relativa ad un caso di furto[13]. Convalidando la ricostruzione ermeneutica effettuata dal giudice di primo grado, la Corte di Cassazione ha in questo arresto confermato la condanna per furto aggravato dalla circostanza dell'essere il fatto commesso "all'*interno* di un mezzo di pubblico trasporto" (art. 625, comma 1, n. 8-bis Cp) a carico di un soggetto ritenuto responsabile di una sottrazione di portafogli perpetrata in prossimità di una fermata dell'autobus ai danni di un passeggero in procinto di salire a bordo del pubblico mezzo.
I giudici hanno ritenuto, infatti, di poter applicare l'aggravante sulla base di un'interpretazione *estensiva* della fattispecie circostanziale, così da valorizzarne al massimo grado la *funzione* di tutela nei casi di minorata difesa tra i quali si annoverano, secondo i giudici, anche le situazioni di ingresso e di uscita dai pubblici veicoli. La Corte ha precisato che, rappresentando tale

[10] Cass. 24.5.2021 n. 20645, in *DeJure GFL*.
[11] Cass. S. U., 17.7.2015 n. 31022, in *DeJure GFL*.
[12] Per una critica al percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite Fazzo, sopra richiamate, cfr. L. Paoloni, *Le Sezioni Unite si pronunciano per l'inapplicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa:* ubi commoda, ibi et incommoda*?*, in *CP* 2015, 3471.
[13] Cass. 4.3.2021 n. 8951, in *DeJure GFL*.

ricostruzione *«l'esito di un'interpretazione estensiva volta ad ampliare la portata letterale della norma, in coerenza con la ratio di quest'ultima»,* essa non potrebbe, per tale ragione, configurare un'analogia *in malam partem.*
Anche di queste ultime due pronunce notiamo anzitutto, rispetto alla seconda in particolare, un procedere argomentativo stando al quale, ricostruita la *ratio* della fattispecie della cui applicazione si discute, e riconosciuta la stessa logica che ne sorregge l'applicazione anche in capo al caso concreto oggetto di giudizio – della cui qualificazione evidentemente si dubita, non essendo esso inequivocabilmente riconducibile al tenore letterale della disposizione – si afferma di aver per queste stesse ragioni "interpretato" la fattispecie secondo la sua *ratio*, evitando perciò l'aperto conflitto con il divieto di analogia *in malam partem*. D'altra parte, emerge da entrambe le pronunce la rilevanza assunta dalla *funzione*, usata, quando possibile, come strumento di adeguazione interpretativa della fattispecie al caso.

5.La giurisprudenza richiamata fornisce ottimi spunti per tornare a riflettere sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva e cogliere un aspetto, in particolare, che ci pare ricorra nelle pronunce analizzate.
Questo aspetto ricorrente sta nell'*impiego* stesso di questa distinzione a fini argomentativi.
In quasi tutte le sentenze i giudici convalidano la propria decisione affermando di aver solo interpretato la disposizione poi applicata, e di non essere per questo incorsi in forme di analogia vietata[14]; o, al contrario, escludono di voler estendere la fattispecie al caso non previsto, perché altrimenti verrebbero superati i limiti del divieto di analogia in materia penale.
La struttura di questi procedimenti argomentativi appare quanto mai semplice, e prevalentemente assertiva: in un caso, il ragionamento svolto non può essere qualificato analogico, perché esso in realtà consiste in una mera interpretazione; e, viceversa, nell'altro caso, il ragionamento svolto non può essere qualificato interpretazione, perché esso in realtà consiste in un'analogia (si riprendano, ad esempio, la sentenza relativa ai *files* informatici, quella sul furto aggravato per essere stato commesso all'interno di un mezzo di pubblico trasporto, nonché quella sull'assoggettabilità a sequestro del sito di una trasmissione televisiva: tutte accomunate, come visto, dal ricorso a ricostruzioni "evolutive" o "teleologiche", invocate allo scopo, più o meno esplicito, di escludere l'analogia *in malam partem*).
Questo modo di procedere, che si realizza qualificando il proprio percorso argomentativo unicamente attraverso la negazione di quello antagonista, serve in queste sentenze a corroborare la validità della soluzione applicativa via via scelta dal giudice. Tuttavia, esso finisce per assumere i tratti di un espediente tautologico che scarnifica la motivazione giudiziale, rendendola del tutto superflua sul piano argomentativo.
Due sono le caratteristiche, di questo metodo, che riteniamo qui interessante mettere a fuoco.
In primo luogo ci pare che, da un canto, esso denunci una certa povertà di argomenti, poiché non affonda nel cuore del problema che pretende di toccare: quello, cioè, di indicare in che cosa consista effettivamente la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva. A tale riguardo, aggiungiamo, però, che converrebbe tuttavia anche capire se ciò rappresenti un errore dei giudici,

[14] "In quasi tutte" perché è possibile ritenere esclusa dal novero delle sentenze che adottano in via automatica la distinzione come argomento di convalida quella del Supremo Collegio, relativa all'estendibilità della fattispecie di cui all'art. 384 Cp alle convivenze *more uxorio*. Questa pronuncia ha in effetti il pregio di aver compiuto un'analisi più rigorosa dei passaggi richiesti per la verifica del procedimento analogico e di aver poi appellato tale procedimento con il nome che più gli si addice. Rinviamo sul punto alla trattazione di V. Velluzzi, *L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. Un. Penali, 17.3.2021, n. 10831*, in *www.discrimen.it* 30.7.2021.

da leggere come una reprensibile mancanza, o non piuttosto una situazione "necessitata", in una certa misura più tollerabile.
In secondo luogo, questo metodo argomentativo ci lascia intendere che la distinzione è rivolta ad un fine pratico, rappresentato, come a breve si vedrà, dall'esigenza di legittimare l'applicazione o non applicazione di una certa sanzione al caso sprovvisto di disciplina. Sembra, cioè, che il giudice sappia ben orientare il proprio ragionamento in vista degli scopi applicativi che ritiene più opportuni, salvo poi appellare tale percorso "interpretazione, non già analogia" prescindendo da un'effettiva disamina delle differenze tra i due procedimenti, così "trasfigurando" la propria operazione estensiva all'occasione, secondo un criterio di "utilità" (qui rappresentato dalla necessità di legittimare la bontà e la correttezza del proprio procedimento). Si potrebbe ritenere, insomma, che il legame tra scelta degli strumenti e conseguimento dei fini risulti rovesciato: non è lo strumento argomentativo scelto a dire se il giudice abbia fatto analogia o interpretazione; bensì, è il fine che questo si prefigge di raggiungere (applicare la pena al caso non punito né punibile) ad imporre di qualificare il procedimento seguito secondo la definizione più conveniente e meno problematica; è infatti chiaro che non potrà essere applicata una sanzione penale (o un'aggravante) al caso "dubbio", se non in virtù della sola "interpretazione"[15].
Questi profili ora esposti sono interrelati e dalla loro combinazione prendono forma alcuni ulteriori interrogativi, rispetto a quelli già posti nei precedenti paragrafi, di cui renderemo conto nel successivo svolgimento del lavoro.
Per cominciare, ci si concentri sul primo profilo di quelli ora illustrati.

6. Partendo, dunque, dal primo degli aspetti sopra individuati, ci chiediamo se l'asciuttezza argomentativa delle pronunce richiamate non possa ricevere una parziale spiegazione dalla giurisprudenza stessa.
In alcuni arresti, infatti, i giudici hanno fatto richiamo a precedenti giurisprudenziali di tenore opposto rispetto alla soluzione che si intende patrocinare, segnalando di volersi apertamente discostare dai pregressi orientamenti in quanto non (più) condivisibili.
Si riprenda il caso dei maltrattamenti: nell'esaminare il concetto di convivenza, la Consulta ha tenuto conto dell'indirizzo interpretativo più aperturista, diretto ad estendere la fattispecie di maltrattamenti anche a relazioni caratterizzate dalla *«condivisione di progetti di vita"*, dunque *«anche quando manchi una stabile convivenza e sussista, con la vittima degli abusi, un rapporto familiare di mero fatto, caratterizzato dalla messa in atto di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà ed assistenza»*, ma ha poi escluso che una simile ricostruzione potesse essere accolta, nonostante il caso trattato fosse, per caratteristiche, somigliante alla casistica richiamata da tale orientamento.
Con la sentenza in esame la Corte ha inteso leggere lo stesso tipo di vicenda, che già si era presentato all'esame dei giudici, con lenti diverse da quelle adottate dall'indirizzo maggioritario della Corte di legittimità, così dimostrando che uno stesso fenomeno può ricevere, nel concreto svolgersi dei diversi giudizi e delle diverse correnti interpretative, plurime qualifiche.
Qualcosa di simile ritroviamo anche nella pronuncia relativa alla praticabilità di un'interpretazione estensiva della nozione di stampa - già applicata dalla giurisprudenza alle testate telematiche – anche nel caso del sito web di una trasmissione televisiva: un'opzione, questa, che, come visto in

[15] Sul punto torneremo oltre, ma si segnala fin da ora, su questo argomento, il ficcante contributo di N. Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *GI* 1968, 697-698.

precedenza, non è stata abbracciata dalla Corte, giacché ciò avrebbe significato ammettere una forma di analogia *in malam partem.*

Ora, si comprende da questi esempi che uno stesso caso, o, quantomeno, casi riconducibili ad una categoria di ipotesi analoghe, possano essere trattati diversamente secondo il percorso argomentativo seguito e che, proprio in ragione di tale scelta, la trattazione del caso potrà assumere diverse denominazioni, talvolta interpretazione estensiva, talaltra analogia. Questa varietà di qualifiche per categorie di casi tutto sommato simili ci pare in una certa misura fisiologica, tuttavia essa mai chiarisce il problema della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva che rimane, in tutti gli orientamenti che via via si susseguono, difficilmente accertabile. Questa distinzione, invocata e non *spiegata*, funge semmai da strumento per il conseguimento di un fine pratico del tutto irrelato dalla previa individuazione delle effettive differenze tra analogia e interpretazione estensiva: cioè quello di alternativamente applicare la fattispecie incriminatrice al caso non previsto, così scongiurando il sospetto di aver fatto analogia; o di non applicare la disposizione penale al caso non previsto, per non incorrere in censure in punto di legalità.

Dunque, e venendo così al secondo profilo di quelli innanzi anticipati, questi potenziali impieghi argomentativi della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva sono accomunati, nella sostanza, dal rispondere entrambi a due congiunte esigenze: da un lato, quella di applicare la sanzione penale a determinati casi non immediatamente riconducibili alla fattispecie penale, e tuttavia meritevoli della medesima sanzione; dall'altro, l'esigenza (dell'interprete) di convalidare la menzionata applicazione, ribadendone la correttezza e la conformità al principio di legalità penale, indipendentemente da una effettiva verifica di questi profili[16].

Per averne un saggio, si torni, per esempio, sul caso dei *files* informatici: la riqualificazione del fatto nei termini di appropriazione indebita, in sostituzione dell'originario titolo di reato di danneggiamento di sistemi informatici, deve essere apparsa ai giudici praticabile forse anche in ragione del fatto che le due fattispecie prevedono risposte sanzionatorie affini. La prima fattispecie è infatti punita con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 1.000 a euro 3.000; mentre la seconda con la reclusione da uno a cinque anni. Dal momento che il passaggio da una fattispecie all'altra comporta rimarchevoli (e sospette) sperequazione trattamentali, non sembra da escludere che la pressoché totale sovrapponibilità delle cornici edittali abbia costituito un fattore rassicurante per il giudice nella riqualificazione del fatto.

Se tutte queste considerazioni fossero corrette, l'automatismo argomentativo rintracciato in alcuni arresti si lascerebbe spiegare come una costante *fisiologica* dovuta alla scarsa rilevanza pratica che assume la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva dal punto di vista descrittivo. In altri termini, se non c'è modo di fondare con certezza tale distinzione sulle caratteristiche dei due procedimenti, sembra allora naturale, e ben più coerente, almeno rispetto agli scopi applicativi, fare come i giudici hanno fatto: impostare il ragionamento affermando che è stata adottata una soluzione, perché non si è inteso adottare l'altra, come espediente retorico per la legittimazione *a posteriori* del proprio discorso.

Da queste poche battute è possibile affermare, in via di prima ipotesi, che l'unica distinzione alla quale conviene appellarsi in tema di analogia e interpretazione riposa, in giurisprudenza, *sul piano dei fini operativi*[17] (in base al risultato applicativo che vuole ottenere, il giudice determinerà la

[16] Sull'interscambiabilità legata ai fini argomentativi e per una ricca analisi di casi giurisprudenziali, anch'essa finalizzata a dimostrare come l'argomento dell'*esprit de la loi*, in particolare, possa essere utilizzato da espediente per l'interpretazione analogica, cfr. F. Gorphe, *Est-il desirable que le juge puisse retenir et punir un fait qui ne rentre expressement sous le termes d'une disposition legale*, in *GP* 1937, 657.

[17] Su questi profili, come già anticipato, di estremo interesse, N. Bobbio, *op.* cit., 697-698.

regola argomentativa da adottare); ne deriva, dunque, che la predetta distinzione potrà essere intesa in senso esclusivamente *funzionale*: in relazione, cioè, all'efficacia di questo argomento ai fini dell'applicazione della pena.
E' su questo sentiero, allora, affiorante nel solco che separa concettualmente il piano descrittivo del problema da quello operativo, che riteniamo proficuo avanzare di qualche passo nella ricostruzione dei prossimi passaggi.

7. Obbedendo all'ordine che ci siamo dati, cominciamo da questo primo profilo messo in evidenza, che per comodità chiameremo qui "interscambiabilità delle qualifiche", con ciò alludendo alla particolare situazione che si genera quando l'applicazione di una certa fattispecie incriminatrice ad uno stesso tipo di caso abbia potuto, nella giurisprudenza, essere denominata ora "interpretazione estensiva", ora "analogia" (ancora si ricordi l'estensione del reato di maltrattamenti ai casi di relazione affettiva senza convivenza, fondata su un procedimento appellato dalla Corte di legittimità "interpretazione" e successivamente qualificato dalla Consulta come vera e propria "analogia").
Abbiamo appena riflettuto – in via di mera ipotesi - su come questo fenomeno possa rivelare il perché della povertà argomentativa dei giudici nel motivare in dettaglio e nello spiegare la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva in alcune pronunce; e abbiamo altresì precisato che tale distinzione viene spesso invocata per fugare ogni sospetto sulla (il)legittimità del percorso argomentativo giudiziale.
Il bisogno, avvertito dai giudici, di confermare la bontà del proprio discorso origina dalla diversa disciplina a cui soggiacciono interpretazione e analogia in relazione al settore penale. A questo proposito, non si può dubitare che una prima importante differenziazione tra i due procedimenti derivi, infatti, proprio dal dato normativo: l'art. 14 delle Preleggi, l'art. 1 Cp, primariamente, e l'art. 25, co. 2 Cost., che attrae solo in via implicita nel proprio petto questo particolare corollario del principio di legalità[18].
Le ragioni che fanno da retroterra alla diversa disciplina normativa possono dirsi in larga parte di tipo ideologico[19] e politico[20]. Esse tutte convergono nella presunta creatività del procedimento analogico, attraverso il quale il giudice si arrogherebbe un potere svincolato dal controllo legislativo. Tra le ragioni più vistose alla base del divieto di analogia in materia penale vi sarebbe, infatti, quella per cui, in mancanza di un riferimento normativo per il caso concreto, l'interprete farebbe rinvio direttamente al *principio* che governa[21], al di sopra della norma, l'assimilazione del caso previsto a quello sprovvisto di disciplina[22]. Con l'analogia, insomma, come solitamente si

[18] Volutamente ci asteniamo per il momento dal richiamare fonti europee, consapevoli delle diverse implicazioni che tale richiamo porterebbe necessariamente con sé, diverso essendo il modo del sistema sovranazionale di concepire la legalità penale e la forza delle fonti. Sul concetto di prevedibilità, inoltre, mutuato dall'ordinamento europeo (art. 7 Cedu), si rinvia al § 14.
[19] L. Caiani, voce *Analogia,* in *ED* 1958, 363-364.
[20] G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale,* a cura di A.M. Stile, Napoli 1991, 7-8.
[21] Principio comune alla norma posta e a quella da porre, così G. Vassalli, *Analogia nel diritto penale*, in *NssDI*, Torino 1957, 607 - 608.
[22] Così M. S. Giannini, *L'analogia giuridica,* in *Jus* 1941, 531-532. Cfr. anche N. Bobbio, *Analogia*, in *NssDI*, Torino 1957, 605. L'osservazione ci impone di precisare che la fonte del "principio" è stata oggetto di un dibattito oscillante tra gli orientamenti di stampo positivistico, ancorati sulla tesi di Vittorio Scialoja (1880), e le opinioni finalizzate a valorizzare richiami al diritto naturale, di cui fu iniziatore Giorgio Del Vecchio, così in N. Bobbio, *Principi generali di diritto,* in *NssDI*, XIII, Torino 1968, 891. Per alcuni, il principio, lungi dal rappresentare derivazione o corollario della norma giuridica, sarebbe, semmai, di essa un *prius*; con la conseguenza che l'*extensio* della norma sarebbe

afferma, il giudice si muoverebbe oltre la norma giuridica e della ricostruzione esegetica del suo significato[23], con conseguente violazione del principio di separazione dei poteri.
Stando così le cose, tuttavia, sembrerebbe, a prima vista, che la vera ragione di una distinzione alberghi, in realtà, nel diverso fondamento, e, di conseguenza, nel diverso modo di procedere del ragionamento giudiziale: poiché nello svolgere l'analogia il giudice seguirebbe determinati passaggi, diversi appunto da quelli che seguirebbe nell'interpretazione, sarebbe la struttura dei due percorsi argomentativi a divergere radicalmente. Questa idea, tuttavia, è stata sottoposta ad una penetrante critica.
Come a breve si vedrà, può dirsi risalente, infatti, la tesi per la quale una distinzione vera e propria tra interpretazione estensiva e analogia sul versante *strutturale* mancherebbe[24].

8. Autorevoli studiosi hanno spiegato che entrambi i tipi di ragionamento procedono all'*extensio* della norma, per far sì che in essa rientrino più casi possibile, soprattutto quando il fatto da valutare si consegni all'interprete "problematico" o "ambiguo"[25]. Nella specie, si è affermato che

---

«conseguenza dell'applicazione del principio, e non già l'applicazione del principio [è] una conseguenza dell'estensione della norma», così M. S. Giannini, *op. cit*., 535. Per V. Crisafulli, *Determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Riv. Int. di Fil. Dir.* 1941, 154-159, la scoperta dei principi generali non avviene per astrazione generalizzatrice, come vorrebbe la teoria tradizionale, bensì per *«induzione immediata e d'insieme»,* avente come dato di partenza, oltre alle norme scritte, *«la realtà stessa del modo di essere, e del funzionamento delle istituzioni, cui si riferisce, ossìa le norme che sono immanenti al loro porsi ed all'effettivo realizzarsi ed esplicarsi della loro vita concreta»*. Per la teoria tradizionale, si veda, invece, il Carnelutti, cfr. F. Carnelutti, *L'equità nel diritto penale*, in *Riv. dir. proc. civ*. 1935, 107. Su quale sia la fonte, poi, dalla quale far derivare i principi generali di cui il giudice può avvalersi nell'attività interpretativa - se, in particolare, fonti legislative o fonti di diritto in generale, entro le quali debba ritenersi ricompresa anche l'opera della *giurisprudenza* - cfr. G. Pacchioni, *I principi generali di diritto*, in *Arch. Giur*. 1924, 140-142, 146.

[23] Tra le più comuni definizioni si possono citare le seguenti: *«sviluppo ulteriore della legge, con deduzione da essa di nuove norme per casi non contemplati»; «integrazione della legge»* e *«ritrovamento integrativo»* ecc. Nella dottrina tedesca si preferisce parlare di *Rechtsfindung* in luogo di *Auslegung*, cfr. sul punto R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma 1974, 272. L' A. precisa che sul concetto di analogia si avvicendano almeno due teorie delle quali l'una considera il procedimento analogico come creazione del diritto: la sentenza pronunciata nell'applicazione del procedimento analogico sarebbe sentenza *«dispositiva»*, cioè *«creatrice di diritto per il caso singolo»;* l'altra considera invece l'analogia come una fase ulteriore della cd. interpretazione logica, tanto che non sarebbero facilmente rintracciabili le differenze rispetto alla interpretazione cd. *"estensiva".* Rileva altresì l'Autore che la dottrina tedesca è orientata in questo ultimo senso, e richiama a questo riguardo le parole del von Thur, per il quale l'analogia *«ist Anwendung des richtig verstandenen Gesetzes»*. Sul fondamento razionale dell'analogia, di cui l'Autore tedesco è sostenitore, si rinvia al prosieguo della trattazione (cfr. nota 39). Sulla duplice natura dell'interpretazione come *dichiarazione* e come *creazione*, secondo il diverso punto di vista adottato (giuridico e storico-filosofico), cfr. T. Ascarelli, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. Cc nel diritto privato*, in *Arch. Giur.* 1935, 250-251.

[24] N. Bobbio, *L'analogia e il diritto penale*, in *Riv. pen.*. 1938, 536-537; L. Caiani, *op.cit*., 354.

[25] N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino 2011, 26, ove si chiarisce che l'estensione analogica è un *modo* della interpretazione estensiva, un mezzo cioè per operarla. Sono poi questi i cardini dell'ermeneutica giuridica, nell'ambito della quale si segnalano A. Kaufmann, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo,* Napoli 1982, 31 ss. ove l'Autore introduce le fondamenta a sostegno della propria idea di diritto concreto come corrispondenza tra norma giuridica e fatto storico. In particolare, Egli illustra il processo di reciproco adeguamento tra i due ora citati estremi, come un «*dischiudersi* senza interruzione del fatto alla norma e della norma al fatto», in ciò consistendo - si afferma - l'*extensio* dell'analogia (56 ss.). Cfr. Anche W. Hassemer, *Fattispecie e tipo: indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli 2007, 166 ss. e F. C. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, pp. 348 ss.; O. Di Giovine, *Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Crim* 2010, 366. Della stessa Autrice, con riguardo all'applicazione del circolo ermeneutico all'interpretazione della fattispecie, cfr. *Pornografia minorile – La cassazione torna sul concetto di pornografia minorile: ma è possibile interpretare un*

interpretazione e analogia condividerebbero un profilo, in particolare, rappresentato dalla loro funzione *integrativa*, dacché entrambe *«introducono nel processo interpretativo un elemento che va al di là del semplice compito di chiarificazione, per innestare su di esso un ulteriore compito di adattamento e di adeguazione della norma giuridica»* [26].
Ebbene, l'estensione, incarnata da questo processo di "adattamento", di "adeguazione" normativa, cerca di rispondere alla necessità di valutare fino a che punto possano certi casi (cd. "dubbi"[27]) essere ricompresi nella fattispecie e si edifica, quindi, su un vaglio di *opportunità*, relativo al se fornire tali casi di una disciplina, in omaggio ad una vocazione normativa tipica, appunto, sia dell'interpretazione, che dell'analogia[28].
Tanto nell'una, quanto nell'altra, inoltre, questa estensione si svolge all'interno di un più ampio procedimento comparatistico[29], in parte controllato dal parametro normativo e dal dato linguistico[30], in parte rimesso ad una valutazione condotta sulla scorta di ulteriori criteri[31]. Tale procedimento è diretto a stabilire la *ratio*[32] della disposizione normativa (cd. *ratio legis*), altro non

testo senza contesto?, in *GI* 2020, 1480 ss. Per una panoramica del retroterra che porta al fiorire degli studi sull'ermeneutica, in particolare, cfr. M. Vogliotti, *Legalità*, in *ED*, Annali VI, 2013, 371ss.

[26] E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, 134. Analogia, interpretazione estensiva e restrittiva rientrano nel canone civilistico dell'interpretazione *suppletiva* che si attua integrando *«la valutazione normativa nella sua razionalità, sviluppandone ulteriori conseguenze ad essa coerenti»*, cfr. 19-20; anche 164. Sulla funzione integrativa dell'interpretazione, cfr. anche F. Antolisei, *Il giudice penale e la legge*, in *Riv. it. dir. pen*. 1940, 471.

[27] Sulla distinzione tra "lacuna", d'interesse del legislatore, e "caso dubbio", di cui deve interessarsi l'interprete, cfr. G. Brunetti, *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, in *GI* 1923, III, 12.

[28] Questa funzione normativa si traduce nel trarre dalla norma giuridica *«massime di decisione e di azione pratica da osservare e applicare»*, così in E. Betti, *Interpretazione della legge*, cit., 34. Sul punto, anche E. Betti, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelman*, in *Riv. Int. di Fil. Dir*. 1925, 51-52, ove, nel ricostruire il pensiero dell'Autore tedesco, si illustra che l'attività interpretativa, implicante giudizi di valore, mira a soddisfare tanto un'esigenza *logica*, quella, cioè, di inquadrare armonicamente la decisione per il caso singolo nel complessivo sistema giuridico – quanto un'esigenza *pratica*: di servire al trattamento dei casi concreti in conformità con gli scopi della legge.

[29] Potremmo ricavare indiretta conferma della debolezza della distinzione tra interpretazione estensiva e analogia dal fatto che il termine "analogia" è stato da alcuni studiosi inteso nel significato di *comparatio*: come quel momento dell'interpretazione, cioè, in cui si effettua un raffronto tra la norma presa in esame e le norme corrispondenti o differenti, ai fini di una conoscenza sistematica, così (con espresso riferimento agli studi di Hopper e di Gentili), in M. S. Giannini, cit., 519. Facendo seguito a queste considerazioni, l'Autore segnala che altri, come il Thibaut, addirittura respingono in radice il termine, ravvisandovi un doppione di quello di interpretazione estensiva.

[30] N. Bobbio, *Scienza del diritto, op. cit.*, 26, ove l'Autore spiega che l'analogia è un'operazione logica in senso stretto non esorbitante, cioè, *«dalla considerazione della scienza giuridica come analisi del linguaggio; è quindi una delle operazioni con cui si effettua quell'analisi linguistica del diritto in cui consiste la giurisprudenza»*.

[31] Tutti i giudizi di somiglianza soffrono, del resto, un certo relativismo, compreso quello posto a fondamento del pensiero analogico. Secondo Bobbio la regola della *similitudine* confermerebbe il carattere convenzionale del linguaggio giuridico: che ai casi simili debba essere applicata la medesima disciplina è stabilito in via convenzionale (la qual cosa potrebbe far pensare che l'estensione analogica, ammessa dalle regole del linguaggio giuridico, potrebbe cadere al cessare di tale convenzione, una volta, cioè, che questa non sia più giudicata conveniente in relazione alle contingenze storiche), cfr. N. Bobbio, *Scienza del diritto, op. cit.*, 25. Il carattere convenzionale dei criteri che guidano il ragionamento per analogia, per quanto denunci il proprio carattere relativistico, non dovrebbe ritenersi, tuttavia, a nostro avviso, corrispondente alla nozione di arbitrio. Sul punto, *contra*, E. Morselli, *Analogia e fattispecie penale*, in *IP* 1990, 531, ove si mette in luce che «*ogni ragionamento per similitudine su cui viene fatto consistere il ricorso all'analogia rischia in tal modo di cadere nell'*arbitrium iudicis».

[32] Anche denominata «*ragion sufficiente*», la cui portata – osserva il Betti - può essere intesa diversamente, secondo il significato che voglia essere attribuito alla norma giuridica, la quale può essere presa in considerazione, alternativamente, o come fatto storico, di cui bisogna ricercare la causa, o come un giudizio, di cui bisogna ricercare il fondamento, cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge*, cit., 166. Intesa la norma come fatto storico, la sua *ratio* sarà

essendo questa che la sua funzione rispetto al caso, anche quando non espressamente richiamato, ma ad essa *razionalmente* riconducibile[33]. La ricerca della *ratio legis*, che analogia e interpretazione condividono, comprende in sé, infatti - oltre ad una più immediatamente evidente componente valutativa - un profilo razionale, *logico*, che orienta il giudice nel trarre dal precetto penale una regola di diritto coerente rispetto alla vicenda esaminata e al bisogno di pena che essa esprime[34]. Vediamo più da vicino.

9.Nell'analogia la ricostruzione della *ratio legis* svolge una funzione importantissima, giacché essa predispone, come ora si diceva, gli strumenti per procedere all'assimilazione fra i casi: è la funzione della norma, detto in altri termini, a stabilire in quale misura i casi possano essere ritenuti fra loro simili (e in quale misura diversi); e solo se tale funzione può essere replicata per i casi non regolati, l'assimilazione si realizza compiutamente (si ricordi il caso dell'estensione della nozione dei prossimi congiunti – che ricordiamo prevista in termini tassativi dall'art. 307, co. 4 Cp - ai conviventi *more uxorio*, resa possibile attraverso una ricostruzione della *ratio* legislativa alla stregua del sistema nazionale e sovranazionale). Con ciò chiariamo anche, *per incidens*, che il giudizio di similitudine non riguarda le caratteristiche estrinseche dei fatti oggetto di comparazione, bensì solo la loro rispondenza alla funzione normativa.
Ora, posto che la ricerca della *ratio legis* si esaurisce nell'interpretazione del precetto, al quale essa è vincolata per essere ad un tempo una ricostruzione logica e letterale[35], sembra possibile trarre da questi pochi passaggi almeno due considerazioni di primaria rilevanza.
La prima è che l'analogia presuppone l'interpretazione del precetto penale[36]: solo una volta che il giudice abbia chiarito il significato della fattispecie incriminatrice e, con esso, la disciplina dei casi ad essa corrispondenti, egli disporrà di un mezzo per comparare le fattispecie concrete rimaste fuori dalla fattispecie incriminatrice, individuandone le somiglianze con quelle ad essa interne.

---

data, allora, dal fine (causa finale) in vista del quale fu posta, venendo essa a corrispondere al principio di causalità; intesa la norma, invece, come giudizio, o *«espressione attuale di una esigenza perenne»*, la sua *ratio* risiederà nel suo attuale fondamento: quest'ultimo, poi, sarà *logico*, se si ravvisa la norma sotto forma di giudizio logico; sarà *assiologico*, se si ravvisa la norma sotto forma di valutazione comparativa tra interessi in conflitto (p. 169).

[33] R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma 1974, 268-9, 275, 280, ove emerge che tanto nell'interpretazione quanto nell'analogia *«è la consequenzialità logica, la coerenza intima della disciplina quella che irradia la luce della disposizione oltre la specifica previsione letterale, per cui la stessa disposizione, razionalmente interpretata, regola ad un tempo i casi letteralmente previsti e quelli analoghi»*. In senso analogo, dello stesso Autore, cfr. anche R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo 1965,174.

[34] Cfr. N. Bobbio, *L'analogia,* cit., 530, per il quale l'analogia è *«deduzione logica dalla ragione della legge»*.

[35] R. Quadri, *Dell'applicazione,* cit., 268 per il quale non avrebbe senso distinguere fra interpretazione letterale e logica, potendo il senso di un riferimento normativo essere compreso solo attraverso la congiunta combinazione di questi due profili: o per meglio dire *«l'interpretazione letterale è già, come tale, logica, riguardando la costruzione di un discorso sensato e coerente»*. La ricerca della *ratio* implica un giudizio *teleologico* poiché la norma è strumento per un fine di convivenza sociale, così, ancora, in E. Betti, *Interpretazione della legge*, cit., 267-270.

[36] Ci sembra affine la distinzione tra "interpretazione fondamentale" e "interpretazione analogica", M. Boscarelli, *L'analogia giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*. 1954, 642; la prima *«conduce alla ricognizione del caso contemplato e dell'effetto giuridico che esso condiziona»* ed è pertanto *necessaria*; la seconda, *«noto il caso contemplato (…) e noto l'effetto giuridico, e così compiuta l'interpretazione fondamentale, conduce a constatare che, data la validità della* ratio legis *anche rispetto a casi diversi da quello contemplato, il contenuto della norma è tale che anche quei casi condizionano lo stesso effetto giuridico»* ed è pertanto eventuale. Riprende questa dicotomia A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020, 403 ss., dall'Autrice individuata nelle: analogia-interpretazione (ordinaria e necessaria) e analogia-integrazione (eccezionale ed eventuale).

La seconda, che dalla prima discende, si fonda sulla constatazione che, per potersi compiutamente svolgere, l'analogia richiede che la fase interpretativa non solo la preceda, ma giunga, altresì, a conclusione certa, ad un risultato univoco; cosa che, d'altro canto, come facilmente si comprende, dipenderà, poi, in larga parte dal tenore linguistico del precetto, dalle sue qualità di precisione e perspicuità (si rinvia per questo aspetto al paragrafo che segue).
Cominciando dalla prima di queste considerazioni, dire che l'analogia presuppone l'interpretazione significa affermare che senza una previa individuazione dei confini del precetto sarebbe davvero difficile cogliere i casi da questo richiamati, e così, parimenti, sarebbe difficile riconoscere la lacuna[37] dalla quale muovere per edificare il ragionamento per analogia. L'assimilazione tra i casi presuppone che il giudice sappia distinguere i casi *considerati* da quelli *non considerati*[38], potendo egli così solamente trapiantare in questa seconda famiglia di fatti i semi della normativa di cui è provvista la prima.
Ciò implica, inoltre, che il confine tra i casi *considerati* e quelli *non considerati* si mostri inequivoco: ci pare, infatti, che quanto più l'interpretazione della fattispecie incriminatrice è in grado di approdare a risultati precisi, tanto più in grado sarà il giudice di valutare quali casi, rimasti estranei all'ambito di tutela della fattispecie, meritino la risposta penale.
Tutto questo sollecita nuove riflessioni che, in breve, potremmo così sintetizzare: in primo luogo, se l'analogia segue la fase esegetica, e, vieppiù, richiede che questa si sia conclusa con un esito inequivocabile e preciso – nei limiti, peraltro, di quanto ragionevole, trattandosi pur sempre di interpretazione e non di formule matematiche - ci sembra da condividere la tesi per cui l'analogia può a buon diritto ritenersi un procedimento fondato su parametri razionali[39], su risultati interpretativi chiari e su passaggi certi. L'analogia, in breve, presuppone certezza ed è essa stessa un procedimento strutturalmente *certo*[40].
In secondo luogo, ci sembra interessante far luce su un ulteriore profilo, per l'importanza che assume nella pratica del giudizio. L'aspetto razionale del ragionamento analogico risiede anche nella netta separazione, concettuale e operativa, tra interpretazione e "giudizio trattamentale": l'una finalizzata a individuare i confini della fattispecie incriminatrice, l'altro rappresentato dalla valutazione di opportunità che il giudice compie per applicare la pena. L'analogia che, come evidenziato, si rivolge al vuoto trattamentale con lo scopo di colmarlo, opera unicamente in questa seconda fase applicativo-sanzionatoria, dove si insediano le scelte legate all'opportunità della

[37] Conviene peraltro ricordare che oltre alle lacune intese come *«vuoto che si apre oltre la legge»*, possono considerarsi tali anche quelle generate dall'ampiezza della norma: il riferimento va in particolare alle norme, soprattutto di derivazione costituzionale o internazionale, che enunciano solo principi generali e non anche le modalità di applicazione di quei principi, oppure indicano il fine da raggiungere ma non anche i mezzi necessari per il suo conseguimento. Questa è la lacuna cd. tecnica o *intra legem*, rispetto alla quale il vizio risiede non tanto nella radicale mancanza della norma – che, per contro, esiste - bensì nella sua eccessiva estensione, cfr. N. Bobbio, *Lacune del diritto*, in *NssDI*, IX, Torino 1968, 422.
[38] La precedente formulazione dell'art. 14 conteneva un riferimento ben più restrittivo ai *«casi espressi»* (art. 4 Prel. 1865), poi sostituita con l'espressione «casi *considerati*» ritenuta più adeguata *«per mantenere l'esclusione dell'interpretazione analogica, e, nello stesso tempo, non impedire…l'interpretazione estensiva»* (Parere dell'Un. Cattolica del s. Cuore di Milano – rel. Rovelli), cfr. R. Quadri, *Dell'applicazione,* cit., 292.
[39] Per il riconoscimento del "motivo" razionale dell'analogia, cfr. A. Von Thur, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgelichen Rechts*, I Bd. Duncker & Humblot, Berlin 1910 (rist. 1957), 41, ove si afferma che *«Die Analogie beruht, wie die heutige Interpretation des Gesetzes, auf einem Postulat (…) welches wir in bezug auf unsere Rechtsordnung aufstellen: das Gesetz soll vernünftig und einleuchtend sein (...)»*.
[40] Si tratta di una certezza ricavabile *a contrario*, anche detta *negativa*, sul punto F. C. Palazzo, *Il principio,* cit.*,* 8. Più di recente, con riferimento alla struttura dei tre cerchi concentrici per la rappresentazione delle aree semantiche (area di certezza positiva, area d'incertezza, area di certezza negativa), cfr. F.C. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia,* in *DPP* 2021, 1223.

pena[41]. Essa agisce per cercare la massima più adeguata al caso, intervenendo sull'aspetto dinamico e *prescrittivo* della norma incriminatrice, la cui attivazione dipende dall'*«interno congegno»*[42] tra precetto e sanzione in essa contenuto. E d'altra parte, anche in tale fase, di valutazione dell'opportunità della pena, sembra difficile pensare che il giudice possa operare ricostruzioni imponderabili, genuinamente arbitrarie, essendo comunque il suo ragionamento incardinato su criteri ricavati dalla disposizione di legge e – in ordine ad una riscoperta e attuale sensibilità - ispirati al principio di *proporzione*[43]. Sembrerebbe, anzi, piuttosto, che proprio per questa loro vocazione, i passaggi analogici siano oltre che ancorati ad una sequenza ben scandita, anche accompagnati da una ponderazione equitativa della misura sanzionatoria[44].
Le considerazioni finora svolte certamente non intaccano il divieto di analogia in materia penale fissato dall'ordinamento, e del quale qui non si discute. Esse, piuttosto, si sviluppano con l'intento di recuperare alcuni profili del procedimento analogico che, pur ancorati ad un principio razionale, ricevono, tuttavia, un assai scarso riconoscimento nella trattazione del tema. L'automatismo argomentativo che abbiamo rintracciato, infatti, mostra che l'analogia viene richiamata unicamente a scopo difensivo, dando implicitamente per presupposto che si tratti di un pericolo sempre incombente quando si fa interpretazione. Con lo sviluppo del nostro scritto vorremmo sottoporre quest'idea ad un ripensamento.

10.Giunti a questo punto del nostro discorso, conviene ora riprendere la casistica esaminata per sottoporre ad esame un ulteriore aspetto.
Se per aversi analogia è preferibile che il risultato dell'interpretazione giudiziale sia certo e univoco, si comprende che, in primo luogo, le fattispecie sulle quali potrà più facilmente edificarsi il ragionamento analogico saranno, per lo più, quelle contenenti riferimenti linguistici perspicui[45].

---

[41] Cfr. N. Bobbio, *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, in *GI* 1951, 232. L'interpretazione analogica sembra fondata non certo sulla identità naturalistica dei casi, bensì sulla *«corrispondenza e congruenza della base logica del trattamento giuridico:* convenientia rationis». Sul modo attraverso il quale il procedimento analogico abilita l'emersione della *«qualità giuridica delle situazioni»,* si rinvia ad un suggestivo passo di A. Baratta, *Note in tema di analogia giuridica,* in *Studi in onore di E. Betti*, I, Milano 1962, 574 ss.
[42] N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 21-22.
[43] Da identificarsi, si potrebbe ritenere, con la sua particolare vocazione *«ordinale»* o *«comparativa»*, cfr. sul punto F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 160-161. Per ulteriori riferimenti al principio di proporzionalità (e alla sua riscoperta) come canone ermeneutico, v. nota 72.
[44] Si è osservato che l'analogia, oltre a basarsi su un fondamento logico, risponde anche ad una giustificazione etica, rispondente *«al più elementare senso di giustizia»*. che ispirandosi al principio di uguaglianza richiede che situazioni simili ricevano un trattamento analogo, così N. Bobbio, *L'analogia,* cit., 530-531. Aggiungiamo che, poiché appartiene a tale senso di giustizia anche l'idea di proporzione, che nel nostro ordinamento costituzionale deve orientare il giudice nella valutazione del trattamento sanzionatorio, se ne può trarre che l'analogia difficilmente potrà discostarsi da tale criterio, esondando in forme di arbitrio. Sui rapporti, poi, tra *analogia* ed *equità,* cfr. M. Rotondi, *Equità e principi generali di diritto,* in *Riv. dir. civ*. 1924, 266 ss. per il quale l'equità sarebbe diversa tanto dall'interpretazione, quanto dal richiamo ai principi generali, a cui fa riferimento l'art. 12 Preleggi (art. 3). Per una chiara distinzione tra analogia ed equità: la prima frutto di un procedimento "estrattivo" che parte dalla norma giuridica, la seconda relativa ad analogo procedimento "estrattivo" che muove, però, dalla coscienza sociale, cfr. F. Carnelutti, *L'equità,* cit., 107-108, ove si afferma che *«l'analogia è un vero procedimento di estrazione, che impegna il giudice a discendere nelle viscere del complesso legislativo»*.
[45] In senso affine R. Rinaldi, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva,* in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni,* a cura di E. Dolcini, T. Padovani, F. Palazzo, Milano 1994, 10 (ove si parla di formulazione della fattispecie in termini *rigidi*). Conviene tuttavia precisare che le singole componenti del precetto, in cui è racchiusa la fattispecie, devono poi raccordarsi sul piano sintattico e grammaticale per attribuire un significato determinato al cd. *enunciato normativo*, il quale, di tali componenti, rappresenta appunto la sintesi, cfr. F. C. Palazzo, *Il principio,* cit., 320.

In secondo luogo, e per ciò che concerne la frequenza statistica dell'analogia nella prassi, i margini entro i quali rinvenire le tracce del vero e proprio ragionamento analogico non potranno che essere piuttosto ristretti: ciò, appunto perché, da un lato, non sono molte le fattispecie dotate del pregio di essere linguisticamente all'altezza d'un simile compito; e, d'altra parte, pur in presenza di fattispecie perspicue, non è detto che tutti gli interpreti abbiano il pregio di saper in esse trovare il necessario e bastevole.

Ai nostri fini, la prima soltanto di queste due ipotesi è qui d'interesse. Partiamo dunque dal ruolo ricoperto dalla *precisione* del riferimento linguistico[46].

Per riprendere gli esempi della giurisprudenza, si è visto che la nozione di *cosa mobile*, pur vantando una risalente tradizione giuridica, ha subito un considerevole numero di riadattamenti giurisprudenziali, rivolgendosi ora alle fonti energetiche, ora alle cabine telefoniche, ora ai dati virtuali e, da ultimo, anche alle cellule germinali femminili. Del resto, sembra difficile attribuire un significato univoco al termine "cosa" e, d'altra parte, anche il suo attributo "mobile" appare alquanto elastico e capace (si pensi solo all'asserita estendibilità del concetto di *mobilità* a quello di *mobilizzazione*). Deve pertanto comprendersi la scelta del giudice che abbia deciso, nel dubbio suscitato da tale vastità di possibili significati, di ripararsi dietro la rassicurante fortezza dell'interpretazione teleologica, *«logico-sistematica, assiologica»* e così via dicendo. Sarebbe, per contro, francamente difficile immaginare l'applicazione analogica di un riferimento normativo tanto ampio: come affermare con certezza, infatti, che l'attribuzione ad un termine di uno dei suoi tanti possibili significati sia già analogia e non ancora "interpretazione"? In questi casi, infatti, il giudice potrebbe fare affidamento solo su un criterio incerto per individuare la *ratio* e ciò andrebbe a detrimento di tutti i passaggi successivi, compresa la comparazione.

Ci pare che questa considerazione trovi altresì riscontro in una pronuncia, in particolare, tra quelle esaminate, benché da una prospettiva parzialmente diversa da quella che qui stiamo abbracciando. Nell'escludere che la nozione di *convivenza* possa essere estesa ai rapporti affettivi caratterizzati da un'assidua frequentazione, e non da una stabile coabitazione, la Corte Costituzionale afferma che la determinatezza della fattispecie sarebbe svuotata ove al giudice penale *«fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura»*. Dalle parole della Consulta ci sembra che sia possibile intravedere una correlazione diretta tra precisione linguistica e rischio analogico. Del resto, benché il significato del termine "convivenza" sia andato mutando nel contesto giuridico, anche in relazione all'evoluzione del concetto di famiglia[47], ci sembra lecito pensare che, nella sua immediatezza, il termine alluda pressoché unicamente alla condizione (letteralmente intesa) del «vivere insieme, in uno stesso luogo»[48]. Di qui, l'applicazione del termine ad una diversa casistica comporterebbe l'analogia.

Si pensi inoltre, di nuovo, al caso del furto, a cui può essere applicata la circostanza di cui all'art. 625, c. 8-bis Cp se commesso *all'interno di mezzi di pubblico trasporto*. Ora, ci sembra incontestabile che il fatto consumatosi in prossimità del mezzo, durante le fasi di discesa e di salita, non può considerarsi ricompreso nella menzionata espressione dal punto di vista strettamente letterale. Di qui, dovrebbe potersi ritenere a buon diritto analogica l'applicazione della circostanza anche a fatti non occorsi all'interno del pubblico mezzo.

[46] Sulla "sufficiente specificità" del precetto, chiare le pagine di G. Licci, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano 1989, 115 ss.

[47] Di nuovo, cfr. A.A. Salemme, *op. cit*., 348 e ss.

[48] Vocabolario Treccani, in www.treccani.it.

Con tutto quanto ora esposto, intendiamo affermare che sarebbe impreciso chiamare "interpretazione" l'operazione estensiva con cui si applica una disposizione certamente riferibile ad alcuni casi soltanto, anche a fattispecie concrete estranee a quelle immediatamente e univocamente suggerite dal riferimento linguistico. Altrettanto imprecisa rischia di essere, d'altra parte, l'opzione inversa: quella di chiamare "analogia" l'estensione interpretativa di un termine che nasce incerto nel suo significato, *visto che senza un chiaro riferimento terminologico non è possibile distinguere i casi da sottoporre al giudizio di similitudine*.
Queste considerazioni si espongono peraltro ad una critica agevolmente prevedibile e derivabile dalla teoria ermeneutica, per la quale ogni interpretazione presuppone analogia[49]: esse implicano che il confine tra i possibili significati di una fattispecie possa essere ricavato in prima battuta dal dato letterale formale, in un momento anteriore alla comparazione con il caso concreto; come se non fosse, piuttosto, proprio questa - la fase comparativa - lo strumento necessario per la ricostruzione del significato stesso del riferimento linguistico (e, in via derivata, eventualmente, dell'enunciato normativo della fattispecie). Sono tuttavia altrettanto note le repliche a cui poter fare appello: come già autorevolmente osservato, sembra difficile procedere alla comparazione fra i casi[50] se prima non è chiarito il criterio normativo che la deve orientare[51]. Tuttavia, anche accogliendo le critiche ora anticipate, ci sembra che rimanga comunque aperto il problema di distinguere tra analogia e interpretazione estensiva sul piano empirico. Il dibattito su dove sia il confine, come già innanzi illustrato, potrebbe rivelarsi sterile se incentrato unicamente sui profili descrittivi della questione[52], giacché l'individuazione del punto in cui l'estensione, fondata sulla *ratio*, si risolve nella ricostruzione del significato del precetto, e da quale punto in avanti essa serve all'applicazione della sanzione penale a fatti "nuovi" appare una questione in larga parte rimessa al giudizio dell'interprete e sottratta, nel maggior numero di casi, a sicuri criteri di verifica (questo il problema della cd. *ampiezza dell'ipotesi normativa*)[53].
Ciò che s'intende rilevare, sulla base delle precedenti premesse, è che, se nella maggior parte delle ipotesi una distinzione tra interpretazione e analogia non può essere provata, esistono tuttavia casi-limite in cui le premesse per aversi analogia debbono ritenersi inequivocabili. Queste premesse ricorrono quando il dato linguistico che compone la fattispecie risulta perspicuo nella sua formulazione letterale, ovvero univocamente riferibile ad una ristretta e definita categoria di oggetti. Del resto, la precisione linguistica e la tassatività (si ricordi, a tal proposito anche

[49] Cfr. nota 25.
[50] Sul punto, cfr. V. Velluzzi, *L'analogia,* cit., 6 (nota 11).
[51] Un'osservazione, questa, derivante dagli studi sull'ermeneutica giuridica e dalla concezione storicizzata del diritto, per cui l'interpretazione non potrebbe prescindere dal comprendere *«il momento dinamico-creativo della attuazione del diritto da parte del giudice»,* cfr. R. Quadri, *Dell'applicazione,* cit., 248, ove l'A. Afferma che, malgrado la suggestione di questi orientamenti, i due momenti della *rilevazione della norma* e quello della sua *applicazione* andrebbero mantenuti distinti, onde evitare di cadere in un circolo vizioso.
[52] L'impossibilità di rinvenire un confine tra interpretazione ammessa e analogia vietata sul piano linguistico è rilevata anche da M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011, 121 ss., ove l'Autore propone di rintracciare tale confine, invece, nel *tipo criminoso*, di origine ermeneutica (cfr. nota 20), la cui fonte va oltre l'immediato riferimento linguistico, arricchendosi, piuttosto, di spunti tratti dalla dimensione empirica e dell'intero *corpus iuris*. Cfr., similmente, altresì, F. C. Palazzo, *Legge penale*, in *DigDPen,* VII, Torino 1993, 362, ove il "tipo criminoso" viene ricondotto solo in parte al coefficiente linguistico di fattispecie, poiché esso *«vive interamente nel, e per mezzo del, significato linguistico nel quale però non si esaurisce e non si identifica»*.
[53] Rimane aperto, infatti, come si è obiettato, il problema di individuare come possa porsi una differenza fra le varie estensioni, così in M. S. Giannini, *op. cit.*, 516-517, in particolare, ove si domanda: *«se un'ipotesi normativa investe più situazioni di fatto, estendendosi al di là di quello che comporta la sua enunciazione letterale (formulazione dell'ipotesi), in base a qual criterio può porsi una differenziazione tra le varie estensioni?»*.

l'estensione della nozione di prossimi congiunti ricavabile dall'elencazione di cui all'art. 307, co. 4 Cp anche ai conviventi *more uxorio*) sono comunemente ritenuti il volto speculare dell'analogia[54].
Il grado di *precisione* e di *univocità* dei termini di potrebbe fungere da "indicatore di rischio" per un più agevole *smistamento* dei "casi dubbi" con dirette conseguenze sul piano pratico-argomentativo: in tutti i casi in cui manchino le premesse per l'analogia vera e propria, e cioè in tutti i casi in cui il termine è riferibile a più significati per la sua ampiezza, potrebbe rivelarsi in definitiva inutile, o fuorviante, fare richiamo al divieto di analogia per legittimare una determinata opzione interpretativa. Solo ove il giudice decidesse di varcare il confine di un termine evidentemente univoco il riferimento all'analogia in via argomentativa risponderebbe ad una reale necessità.
Si pensi, a titolo di esempio, all'espressione *gregge*, di cui all'art. 636 Cp, fattispecie relativa all'introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo. Il significato del termine nella sua portata letterale – ovvero «branco di ovini affidato alla guida e alla custodia di uno o più pastori»[55] - si consegna all'interprete inequivocabilmente preciso e conchiuso, con la conseguenza che il giudice che applicasse la suddetta fattispecie alla condotta di abbandono di uno sciame di api incorrerebbe in una forma di analogia vietata difficilmente celabile. Stesso può dirsi per il noto caso di scuola relativo all'applicazione agli struzzi del divieto di circolazione dei *quadrupedi* all'interno delle aree verdi urbane[56]. La definitezza del termine *quadrupedi* rende evidente che solo ove si aprisse il divieto anche ai bipedi sarebbe integrata l'analogia vera e propria.
Le nostre riflessioni portano, inoltre, a considerare che, proprio perché l'analogia sembra prediligere la precisione e la perspicuità del dato linguistico di fattispecie, ne viene che, anzitutto, la sua frequenza sarà assai ridotta, poiché, come si diceva, sempre più esiguo è il numero di tali fattispecie nel tessuto legislativo contemporaneo; e, d'altra parte, tale ricorrenza sarà *ictu oculi* riconoscibile. La distinzione tra significato univoco e non univoco, benché assai rara, potrebbe sussistere in tutti i casi di consolidata convenzione linguistica ed elidere in origine il problema del cd. "alone marginale"[57].
Al contrario, tutti i casi in cui venga in questione l'applicazione di una fattispecie dai termini ambigui – perché più svincolati dalle strette maglie della consuetudine linguistica e dalla stipula di un (tendenzialmente) univoco significato da assegnare al termine - essi potranno ragionevolmente ritenersi appannaggio dell'interpretazione e delle sue molteplici estensioni. Su queste estensioni converrà, allora, concentrare un vaglio più accurato.
Per il momento, e tanto illustrato, cerchiamo ora di formulare un primo ordine di conclusioni rispetto alle questioni che ci eravamo proposti di trattare in principio.

11.Al principio si è posta la domanda: può il grado di *precisione* del termine di fattispecie incidere anche solo indirettamente sulle strategie argomentative del giudice?
Giunti a questo punto, la nostra risposta si declina in senso positivo, ma con alcune doverose precisazioni.

---

[54] G. Marinucci- E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 168.
[55] G. Devoto- G. C. Oli, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano 2008.
[56] G. Marinucci – E. Dolcini, *op. cit.*, 171.
[57] F. C. Palazzo, *Il principio di determinatezza,* cit., 384, ove, nell'illustrare la distinzione tra *«nucleo centrale»* e *«alone marginale»* di un termine, si afferma che la sussunzione dei casi rientranti in quest'ultimo "cerchio" presuppone una preliminare scelta sulla molteplicità delle definizioni che a tale termine possono essere attribuite, imponendo al giudice, dunque, una valutazione su quale definizione si riveli più adeguata.

La componente linguistica, da cui dipende il coefficiente di precisione della fattispecie, può agevolare, a nostro avviso, il riconoscimento delle ipotesi in cui più frequentemente potrà o non potrà aversi analogia, secondo un rapporto di corrispondenza diretta (maggior precisione-maggiore frequenza e viceversa). Si comprende, allora, che la cifra linguistica si rivela utile come strumento di semplificazione argomentativa, onde evitare che l'interprete, spinto dalla preoccupazione di giustificare il proprio operato, faccia ricorso a formule vuote: in pratica, riprendendo il caso del furto in prossimità del mezzo di trasporto, se è netto il confine tra ciò che è interno ovvero esterno allo spazio di un mezzo pubblico, sarà preclusa a priori la possibilità di giustificare l'applicazione di tale fattispecie al caso di un furto consumatosi al di fuori del mezzo, sostenendo che si tratti di una interpretazione estensiva: *non potrà che essere analogia* (qualunque sia l'argomentazione "teleologica" che si voglia portare a sostegno).
Il dato linguistico non potrebbe, invece, dir molto su dove effettivamente *sia* il confine tra le due operazioni di integrazione normativa in tutte le ipotesi restanti di ambiguità linguistica.
Possiamo, allora, concludere che, tenuto conto che il fine dell'analogia è applicare la pena a casi non previsti dalla fattispecie incriminatrice, muovendosi essa nell'area della punibilità e al di là dell'interpretazione, essa sembrerebbe poter ricorrere, in astratto, per lo più in corrispondenza di termini "chiusi" e perspicui. In questi casi, il giudice avrebbe non solo il dovere, bensì anche la necessità di fare riferimento alla distinzione tra analogia e interpretazione, solo ove decidesse di spiccare un salto oltre il significato letterale (immediatamente comprensibile) del dato normativo per applicare al fatto non considerato le conseguenze sanzionatorie ritenute ad esso più confacenti e *proporzionate* (si veda il caso dei conviventi *more uxorio*, di espressa analogia *in bonam partem* diretta all'esclusione della pena[58]).
Potrebbe, per contro, rivelarsi del tutto accessorio il problema del confine quando ad essere in gioco è la ricostruzione ermeneutica della "cosa mobile", posto che qui il giudice potrebbe solo valutare *come* interpretare l'espressione in parola per giungere alla fissazione di un suo qualche significato, coerente con il sistema normativo di riferimento, oltre che dell'uso comune di un dato termine linguistico. Questi ci sembrano i casi, peraltro, in cui lo sforzo argomentativo giudiziale si rende più che altrove complesso e lontano dall'analogia, giacché il giudice è costretto dalla cogente urgenza di spiegare che il suo operato non esonda dai limiti di una *ragionevole*[59] ricostruzione del testo di legge. Difficilmente, infatti, egli potrebbe fare affidamento sulla sola lettera della legge, essendo questa troppo ampia per fungere da sicuro parametro. Piuttosto, il giudice farà ricorso a criteri integrativi, tra i quali comincia a farsi strada, tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina costituzionali, anche il principio di proporzione[60].

---

[58] Si veda su questo profilo, a commento della sentenza richiamata, F.C. Palazzo, *Conviventi more uxorio e analogia* in bonam partem: *prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, a margine di Cass., S.U., 17.3.2021 n. 10381, in *www.sistemapenale.it* 22.3.2021.

[59] Facciamo riferimento alla congruità e all'interna logicità dell'enunciato normativo, si rinvia sul punto di nuovo a G. Licci, *Ragionevolezza,* cit., 10-11. Per un confronto tra proporzionalità e ragionevolezza, e per il loro impiego, talvolta sovrapposto, nella giurisprudenza costituzionale, cfr. F. Viganò, *La proporzionalità,* cit., 233 ss.

[60] Cfr. V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie,* in AA.VV., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 371-372, ove si menziona l'impiego ermeneutico del principio, con richiamo alla giurisprudenza costituzionale: in particolare, C. cost. 21.7.2011 n. 224. In questa sentenza, e aderendo ad altre precedenti, la Corte fa presente che, nelle ipotesi in cui ad una disposizione penale possano essere ricondotte plurime fattispecie concrete, spetta al giudice orientarsi nella scelta tenendo conto anche del parametro sanzionatorio: *«al legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore, spettando, in tali casi, al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale (ex plurimis, sentenze n. 250 e n. 47 del 2010; ordinanze n. 213 del 2000 e n. 145 del 1998)».*

A questo ultimo tema, in particolare - al ruolo integrativo, cioè, di altri criteri nella ricerca delle molteplici estensioni di significato di un termine - dedichiamo le battute finali delle nostre riflessioni. Potremo, così, articolare una possibile risposta in ordine al secondo quesito di quelli posti in apertura, relativo all'opportunità di elaborare tecniche di controllo, più che con riferimento al confine (sempre problematico) tra interpretazione estensiva e analogia, piuttosto, sulle ricostruzioni esegetiche estensive di stampo teleologico, per essere queste nient'affatto sottratte al pericolo di patenti conflitti con il principio di legalità.

12.La spiegazione di *come* l'interprete agisca nel ricostruire il significato di una fattispecie si ricava, anzitutto, dai termini che questi utilizza per illustrare il proprio percorso argomentativo.
A questo proposito, rileviamo che in tutte le sentenze in cui i giudici hanno qualificato il proprio percorso argomentativo "interpretazione" – ad es. rispetto ai *files* informatici, al furto alla fermata dell'autobus e al concetto di convivenza secondo i precedenti della Corte di legittimità - essi hanno invocato la funzione di tutela della disposizione penale, chiamando così in causa il modello di interpretazione cd. *teleologico*.
L'interpretazione teleologica – che nelle pronunce esaminate spesso si è affiancata ad altri modelli, come quelli di interpretazione sistematica ed evolutiva[61] - viene utilizzata nelle sentenze per conciliare la lettera della legge con la soluzione ermeneutica più confacente alle esigenze di tutela ricostruite in relazione al caso storico[62], nonché, in alcuni, in particolare, ai *mutamenti sociali* e al *senso comune*[63].
Tra gli espedienti argomentativi impiegati in questa opera di adeguazione devono richiamarsi i *valori* (si pensi di nuovo all'interpretazione valoriale nella sentenza sui conviventi *more uxorio*), la *ratio decidendi* (così per il caso del sito internet rispetto alla nozione di stampa o di quello sull'aggravante applicata al furto consumatosi nella fase di salita sul mezzo pubblico); in altre pronunce si è invece fatto ricorso al *bene giuridico*[64], altre volte, ancora, si ricorre al principio di

[61] Per i richiami più importanti, si riprendano le sentenze sui *files* informatici, sulla nozione di *convivenza*, e sull'applicabilità della causa di non punibilità alle convivenze *more uxorio.* In particolare, per un confronto tra analogia ed interpretazione evolutiva, cfr. F. Milani, *Interpretazione evolutiva*, in *Riv. Int. di Fil. Dir.* 1950, 346.
[62] Le valutazioni che presidiano la ricostruzione della *ratio* sono storicamente determinate e sottratte – proprio per questo aspetto valutativo e relativistico – al principio di verificazione, cfr., con riguardo rispettivamente ai tratti storici, valutativi e non verificabili, cfr. le riflessioni di M. Boscarelli, cit., 645; L. Caiani, *op. cit*., 363-364; N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 56.
[63] Si mutuano qui le espressioni di matrice giurisprudenziale richiamate dalla Corte Costituzionale nella sentenza in materia di convivenze *more uxorio.* Tra le argomentazioni alla base di alcuni orientamenti favorevoli ad un'estensione della causa di non punibilità di cui all'art. 384 Cp viene fatto rinvio a quella per cui «*solo accogliendo una nozione di famiglia e di coniugio in linea con i mutamenti sociali avvenuti negli ultimi anni è possibile 'ricondurre il sistema a coerenza, evitando soluzioni che contrastano – prima ancora che con una visione unitaria del tema – con il senso comune'».* Sulla concezione *dinamica* dell'ordinamento, e sulla necessità che l'interpretazione si snodi attraverso una valutazione che tenga conto del contesto sociale, cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge*, cit., 30-31. Sul carattere dinamico ed evolutivo connaturato all'interpretazione, *ibidem*, 126-127.
[64] Si osservi la recente Cass. 7.5.2021 n. 17802, in *DeJure GFL*, ove, con specifico riferimento all'art. 600 Cp la Corte ha espressamente stabilito che ai fini della configurabilità della fattispecie *«non è richiesto che il soggetto passivo si trovi in una condizione analoga a quella della schiavitù»* essendo sufficiente, sulla base di una ricostruzione ispirata al bene giuridico tutelato, provare l'asservimento della persona offesa come effetto dell'altrui condotta. Si precisa appunto che, benché questo nuovo modo d'intendere la "schiavitù", si discosti dalla ormai abolita concezione di schiavitù come status della persona, ciò *«non impedisce che, quantomeno nella prospettiva penalistica afferente alla tutela sostanziale dei beni giuridici, la situazione soggettiva della vittima possa essere costruita su un'analogia concettuale, non rilevante stricto iure con la schiavitù».* Sulla funzione interpretativa del bene giuridico, tra i numerosi e autorevoli contributi, cfr. A. Pagliaro, *Bene giuridico e interpretazione*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano 1965, 407, ove si recupera il 'fatto sociale' come elemento indispensabile alla comprensione della disposizione

offensività. Tutti questi parametri servono a far sì che l'interprete "aggiorni" gli elementi di fattispecie facendovi ricomprendere significati che la lettera non menziona espressamente, e che pure meritano una considerazione giuridica.
Se il maggior pregio di questa tecnica ermeneutica sta nel rendere *attuale* il senso della disposizione normativa in relazione ai bisogni di tutela storicamente emergenti, si può tuttavia anche constatare che i criteri attraverso i quali il giudice può di volta in volta compiere una simile opera di restauro normativo sono oltre che numerosi, assai variegati, con la conseguenza di rendere talvolta incerta e ondivaga l'interpretazione di un termine e di una fattispecie. D'altra parte, la ricerca del *fine di tutela* implica sempre un ampliamento degli orizzonti testuali in senso stretto[65] (si pensi, appunto, alle progressive sorti della *cosa mobile*, giunte, nella specie, all'accoglimento dell'estensione del vocabolo "cose" anche alle onde elettromagnetiche[66]).
Ci sembra che la casistica esaminata ci dia conferma di questo, poiché da essa è possibile ricavare che, in tutti i casi in cui l'interprete debba orientarsi tra più opzioni ermeneutiche, può accadere che questi si giovi della sanzione come ulteriore criterio ausiliario; non solo sul piano concreto, al fine di capire *se* applicare la fattispecie al caso – una volta ponderati in via comparatistica tutti gli interessi di cui questo è portatore[67] - bensì anche in una fase anteriore, ove si debba decidere *quale* fattispecie applicare. Si torni nuovamente sulla casistica esaminata: benché di ciò la Corte Costituzionale non faccia espressa menzione, l'applicazione del reato di maltrattamenti ai casi di vessazioni a danno del *partner* non convivente, largamente condivisa nella giurisprudenza di legittimità e accolta in via interpretativa, potrebbe dirsi in parte motivata dall'intenzione di applicare un trattamento sanzionatorio più afflittivo di quello previsto dalla fattispecie concorrente di cui all'art. 612-bis, co. 2 Cp: mentre, infatti, gli atti persecutori aggravati determinano l'aumento della pena della reclusione da un anno a sei anni e sei mesi, la pena per il reato di maltrattamenti parte dalla reclusione da tre a sette anni.
Ora, che la sanzione possa guidare l'opera interpretativa, attraverso il principio di offensività - la cui utilità pratica si dispiega, appunto, proprio nella sua intrinseca graduabilità[68] - è un dato della prassi giurisprudenziale ormai difficile da contrastare. D'altra parte, possono dirsi altrettanto ben radicate, per quanto forse percepite come anacronistiche, le critiche alle interpretazioni che fanno

normativa. A rilevare i limiti del criterio in esame, nel dibattito classico, F. Antolisei, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. It.* 1939, 3 ss. (in particolare 25 ss.)

[65] Concordiamo, in ciò, con F.C. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *RIDPP* 2020, 1257. Altri autori invece osservano che l'interpretazione teleologica, condotta sulla base della *ratio legis*, non soltanto contribuisce a far *«saltare i vincoli di tale testo»* in senso estensivo, bensì anche, al contrario, a restringere il significato della legge ove sia esso troppo ampio, cfr. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, 126; sui molteplici effetti dell'interpretazione teleologica, anche G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 107. Ci sembra che la distinzione riguardi senz'altro i *contenuti* dell'interpretazione (i risultati sostanziali alla stregua del caso), ma che rimangano per contro inalterate le strutture dei procedimenti.

[66] Cfr., per i riferimenti giurisprudenziali, L. Gizzi, sub *art. 674*, in *Codice Penale*, II, a cura di T. Padovani, Milano 2019, p. 4832.

[67] Il momento teleologico rappresenta la sede di una valutazione comparativa tra interessi confliggenti che, prima ancora che compito dell'interprete, è piuttosto affare del legislatore (la precisazione serve a fugare ricostruzioni soggettivistiche), cfr. sul punto E. Betti, *Interpretazione della legge*, cit., 267-270. Per l'ambito civilistico, con riferimento, dunque, ad un settore di regole non direttamente trasponibili in ambito penale, cfr. sul tema D. Rubino, *Valutazioni d'interessi nell'interpretazione della legge*, in *FI* 1949, IV, 3 e ss.

[68] Per tutti cfr. Cass. 2.9.2020 n. 24990, in *DeJure GFL*, con particolare riguardo alla digressione sulla lettura gradualistica della fattispecie penale.

della gravità del fatto e della sua punibilità in concreto validi parametri per la sua stessa qualificazione[69]. Non è tuttavia questa la sede per farne menzione.
Ciò che invece sembra interessante osservare, tenendo conto delle sentenze che abbiamo preso in esame e delle considerazioni che ne sono derivate, è che il timore di cadere nell'analogia e, di qui, la preoccupazione, in più occasioni manifestata dai giudici, di schermire i propri argomenti dietro la distinzione tra *interpretazione* e *analogia*, meriti in una certa misura di essere ridimensionata.
E questo perché non soltanto, come si diceva, le condizioni per aversi analogia possono essere *nei fatti* più restrittive, statisticamente meno frequenti e, in ogni caso, razionalizzabili; ma anche perché, nella prassi, potrebbe essere, anzi, proprio la fase esegetica quella più esposta ai rischi di cedimento in punto di legalità. Proprio in quelle ipotesi in cui il significato del riferimento linguistico appare più ambiguo e aperto, il giudice si troverà più esposto al rischio di far dire alla fattispecie più di quanto essa possa *ragionevolmente* dire, aprendosi in tal modo ad opzioni relativistiche[70], ideologicamente orientate[71] o inclini a premiare aspetti legati più alla gravità del fatto che non alla sua (prioritaria) *qualificazione*[72].
Solcato questo sentiero, e prima di avviarci alla conclusione, prendiamo un ultimo esempio della casistica e, in particolare, una recente sentenza in tema di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente[73]. La pronuncia si presta ottimamente, infatti, a fungere da strumento per un sintetico epilogo delle questioni finora trattate.

13.Con la sentenza sopra richiamata la Sesta Sezione della Corte di Cassazione ha accolto i motivi di ricorso degli imputati[74], condannati in primo e secondo grado per il reato di cui all'art. 353-bis Cp per avere questi turbato il procedimento amministrativo diretto alla stipula di un contratto tra un ente pubblico trentino e un'impresa privata, per la realizzazione di un sistema di sicurezza in occasione di una manifestazione sportiva. Tale turbativa sarebbe stata realizzata attraverso collusioni e altri mezzi fraudolenti, tra i quali, ad essere contestata, l'artata configurazione di una situazione di urgenza tale da esigere una procedura di affidamento diretto per la scelta del contraente; situazione di urgenza del tutto fittizia e creata all'unico scopo di evitare la pubblicazione di un bando di gara.
La Corte viene investita, tra le molte, anche della seguente questione: se il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis Cp) possa configurarsi anche quando la condotta perturbatrice sia finalizzata ad evitare la gara e a consentire l'affidamento diretto in assenza delle condizioni richieste dalla legge.

---

[69] Essenzialmente quella d'incorrere in un'inversione di metodo: sul tema del rapporto tra precetto e sanzione, e sulle diverse versioni di questo rapporto, cfr. M. Krahl, *Tatbestand und Rechtsfolge*. *Untersuchungen zu ihrem strafrechtsdogmatisch-methodologischen Verhältnis*, Frankfurt am Main 1999, 75 e ss. Nella dottrina italiana, più diffusamente., cfr. G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova 2009, 155 ss.
[70] Sulla componente *irrazionale* del metodo teleologico, trattata dallo Schwinge nella sua opera dedicata al tema, e per un suo inquadramento anche filosofico, cfr. R. Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *Riv. Int. di Fil. Dir.* 1933, 557-558.
[71] Sul punto, G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *RIDPP* 2001, 356-357.
[72] Per un utilizzo anche del criterio di *proporzionalità* come strumento ermeneutico, cfr. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 326 ss. Sul punto anche V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in *CP* 2018, 2230.
[73] Cass. 16.2.2022 n. 5536, in *DeJure GFL*.
[74] La Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata per estinzione del reato per avvenuta prescrizione. Tuttavia, come si vedrà, essa argomenta i motivi di ricorso relativi all'applicazione della fattispecie in esame ritenendoli fondati.

Sul punto i giudici rispondono in senso negativo: *«non è configurabile* [il reato in questione] *quando la decisione di procedere all'affidamento diretto è essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte ad evitare la gara»*. La Corte argomenta che la norma incriminatrice, della cui applicazione si discute, impone una condotta finalizzata a alterare il contenuto di un atto che fissi le regole di partecipazione ad una procedura selettiva per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione. Il dettato della norma prevede, infatti, che è punito chi *«(...) turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente»*.
Nel caso di specie, si pone tuttavia il problema di capire il significato dell'espressione "o di altro atto equipollente", poiché si dubita che la procedura di affidamento diretto per la scelta del contraente possa rientrarvi.
La conclusione a cui arriva la Corte su questo specifico profilo è che l'espressione "atto equipollente", debba essere intesa tenendo conto della *funzione* del bando: deve, cioè, trattarsi di un atto che sul piano contenutistico *«assolva la stessa funzione del bando»*. La condotta di turbativa diretta non ad alterare il contenuto del bando, bensì ad impedire proprio lo svolgersi della gara, attraverso l'affidamento illegittimo diretto dei lavori, esorbiterebbe dunque - secondo la Corte - dal *«perimetro testuale della norma»*. Una diversa soluzione, che accogliesse nell'ambito applicativo della fattispecie anche il caso in esame, attraverso considerazioni di natura teleologica, incorrerebbe fatalmente in una violazione del principio di legalità e di tipicità della fattispecie per analogia *in malam partem.* A questo proposito, e a suffragio della propria ricostruzione, la Corte richiama anche la sentenza che già abbiamo esaminato (C. cost. 14.5.2021n. 98) relativa al reato di maltrattamenti, ove, come già visto, viene valorizzato un inedito ritorno al dato testuale.
Le tappe che i giudici percorrono per arrivare alle suddette conclusioni sono così articolate: in primo luogo essi rinvengono la *ratio* della disposizione in esame nella prevenzione di fenomeni di cd. "profilatura" e preparazione di bandi personalizzati, così rilevando, anche da un confronto con la limitrofa fattispecie di cui all'art. 353 Cp (*Turbata libertà degli incanti*), che il reato in esame risponde ad un'esigenza di anticipazione della tutela penale, giacché punisce le condotte di turbativa *anteriori* al momento della formale indizione della gara[75]. Alla luce di questa ricostruzione sul fine di tutela si è posto, poi, il problema di capire quale sia l'esatto significato dell'espressione *"o altro atto equipollente"* - accessoria, nel testo della disposizione, al termine *"bando"* – sul quale due indirizzi in particolare si sono avvicendati. Sinteticamente: per un primo orientamento, l'equipollenza andrebbe valutata in relazione agli *effetti* del procedimento amministrativo, vale a dire alla stipulazione di un contratto e, ancor prima, all'aggiudicazione di un'opera ad un contraente all'uopo selezionato; sarebbe, quindi, da considerarsi "equipollente" ogni atto che *«abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente»*, ivi compresa quella di affidamento diretto illecitamente utilizzato a scopi elusivi. Per un secondo indirizzo, invece, sarebbe il *funzionamento* - vale a dire, la struttura - del procedimento amministrativo ad ispirare l'equiparazione tra l'"altro atto" e il "bando", con la conseguenza che solo le procedure amministrative connotate da un momento agonistico, di competizione (anche informale), proprio della pubblica gara, dovrebbero considerarsi ricomprese nella predetta figura criminosa. In breve, *«il reato è cioè configurabile in ogni situazione in cui si debba sviluppare la libera attività di concorrenza»*.

[75] Per una ricostruzione dei salienti elementi della fattispecie, anche in relazione alla turbata libertà degli incanti (art. 353 Cp), cfr. V. Mormando, *Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento amministrativo – Il commento,* in *DPP* 2011, 398 e ss.

13.1. Ebbene, ci pare che, anche qui, la varietà di indirizzi metta in luce un aspetto di cui difficilmente sembra potersi dubitare: l'espressione *«altro atto equipollente»* non può a tutta prima dirsi univoco e precisamente circoscritto nel suo significato, giacché il concetto di equipollenza, intrinsecamente relativo, richiede appunto un confronto fra due termini sulla base di un determinato criterio.
La ricerca dell'equipollenza passa, quindi, dalla necessaria comparazione (analogica) tra due termini, e si edifica, a sua volta, sulla scorta di parametri che non potranno che essere a nostro avviso, in una certa misura, il frutto di una presa d'atto "politica"[76]. Gli indirizzi che abbiamo sopra richiamati appaiono entrambi compatibili e coerenti con la *ratio* di anticipazione della fattispecie in esame e, benché da punti di vista diversi, potrebbero effettivamente ricevere cittadinanza sotto il presidio della formula normativa. Del resto, per un verso, il riferimento agli "atti equipollenti" consente di ricomprendere anche procedure di aggiudicazione in cui si prescinde da una gara formale (per esempio trattative private)[77], per altro verso, non sembra del tutto da escludere che l'alterazione del contenuto di un bando diretto all'indizione di una pubblica gara possa essere intesa, per estensione, anche nei termini della totale soppressione di tale contenuto sempre al fine di aggirare - stavolta, però, eludendola direttamente - la procedura pubblica. Il problema rimane semmai quello di capire quale estensione ritenere, più che accoglibile sul piano linguistico, *adeguata* rispetto ad altri criteri (non ultimo, come spesso accade, quello sanzionatorio trattamentale).
Con ciò non si vuole entrare nel merito dell'opzione patrocinata dalla Corte di Cassazione, bensì rilevare quantomeno due distinti profili.
Il primo è che – così almeno ci pare – non si possa ritenere univoco, con assoluta certezza, il significato dell'espressione oggetto del vaglio giudiziale; ci sembra che, anzi, il termine offra l'occasione per un'apertura a plurime ricostruzioni sulla base di diversi criteri. Da ciò deriva che, in primo luogo, potrebbe ritenersi inappagante – e non pienamente pertinente - il riferimento che la Corte di Cassazione fa al criterio letterale e alla sentenza costituzionale, insieme richiamati per rigettare l'indirizzo contrario a quello ritenuto preferibile; in seconda battuta, e come diretto corollario, ci pare inadeguato anche il riferimento al divieto di analogia *in malam partem* che, per le ragioni già note, pare piuttosto assumere le vesti di un argomento di circostanza.
Tutto quanto ora illustrato ci riporta al punto dal quale questa breve (ed ultima) deviazione sulla casistica ha preso avvio: in tutti questi casi, in cui la lettera della legge non basta - e in cui, quindi, il richiamo all'analogia potrebbe rivelarsi sterile - non è forse più congruo anzitutto parlare di "interpretazione" e, quindi, riflettere sulle tecniche per un suo buongoverno?

14. Arriviamo, così, ai risvolti pratici di tutto ciò che precede. In quest'ultima tappa, infatti, intendiamo far cenno – ed un cenno soltanto, essendo le nostre riflessioni solo il punto di inizio di un'analisi che si promette più approfondita - ad alcune possibili strategie di "buongoverno" delle

[76] Sulle diverse concezioni dell'interpretazione, come *«conoscenza del diritto»* e *«funzione della volontà»*, e sulla necessaria componente *politica* che questa seconda concezione dell'interpretazione comprende, cfr. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, vol. II, Torino 1989, 110-115 in particolare.
[77] Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I., Bologna 2021, 341-342. Sul punto anche G. Giordanengo – S. Valentini, *Le fattispecie di turbata libertà degli incanti e di turbata libertà del procedimento alla luce della L. 136/2010*, in *Urbanistica e appalti* 2011, 151, ove si afferma che l'espressione sembra riferirsi anche alle procedure diverse dalla gara, come le trattative private, proprio in quanto manca un espresso riferimento a "gara nei pubblici incanti" e "licitazioni private", che invece compare nell'art. 353 Cp.

estensioni interpretative giudiziali, passando attraverso un confronto, in questa sede necessariamente sommario, con l'attuale dibattito sul tema e con proposte già esistenti.
Il problema della cd. "*giustiziabilità*" dell'analogia occulta – o, se si preferisce, e più genericamente, delle estensioni *in malam partem* - è stato proprio di recente sottoposto a rinnovato esame[78]. In particolare, si è riflettuto sulla potenziale praticabilità di un rimedio estraneo al nostro ordinamento[79] per un controllo sull'interpretazione giudiziale della norma penale: il rinvio diretto alla Corte Costituzionale. Benché siano molte le ragioni che ostano all'implementazione di un simile istituto nel nostro sistema, lo strumento in parola – così si è osservato[80] - potrebbe guadagnare un certo margine di plausibilità nelle situazioni di contrasto tra le Sezioni Unite e Sezione semplice, come previsto dall'art. 618, c. 1-bis Cpp.[81]. Per quanto non soggiogati dal vincolo del precedente, i giudici potrebbero cadere, infatti, nell'*impasse* di non sapere quale strada sia costituzionalmente più sicuro percorrere: se non confliggere, cioè, con un indirizzo interpretativo ormai stabilizzatosi e, quindi, dotato di apprezzabili margini di prevedibile certezza, soprattutto ove avallato dal *dictum* delle Sezioni Unite, o discostarsene allo scopo di un suo più rigoroso controllo. Il nodo sensibile, insomma, sembra risiedere, in questi casi, nella necessità di capire quale profilo della legalità tutelare: se la certezza che deriva dal consolidamento di un certo indirizzo ermeneutico, secondo l'approccio di matrice europea[82], o la riserva di legge in materia penale[83] che verrebbe insidiata ove fosse ceduto il passo all'analogia, anche se avallata da un costante orientamento giurisprudenziale.
Ebbene, trasponendo ora queste considerazioni nell'analisi della casistica che abbiamo finora svolto, ci sembra possibile notare che entrambe queste componenti interne alla legalità abbiano subito cedimenti nelle pronunce esaminate, e che tali cedimenti siano in buona misura derivazione degli automatismi argomentativi nel fare ricorso alla distinzione tra interpretazione e analogia. Per un verso, infatti, come si diceva al principio, il richiamo alla distinzione nasce spesso da un rovesciamento tra strumento e fine argomentativo, giacché esso viene impiegato per giustificare *a*

[78] F. C. Palazzo, *Costituzione,* cit.,1218.
[79] E invece presente in altri sistemi, come in Germania dove vige l'istituto della *Verfassungsbeschwerde* (§ 93, Abs. 1, Nr. 4a, 4b GG), o in Spagna, attraverso *recurso de amparo* (art. 53, c. 2 Constitución española).
[80] F. C. Palazzo, *ibidem* cit. Cfr. anche, a proposito della cd. *«nomofilachia condivisa»*, V. Manes, *Dalla fattispecie,* cit., 2239.
[81] Su questo specifico punto, recentemente, con riferimento alle ipotesi di confisca diretta in caso di prova della lecita provenienza del denaro, e per la bibliografia ivi richiamata, cfr. M. Scoletta, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*, in *www.sistemapenale.it* 2021.
[82] Per l'ampia analisi sul tema, cfr. A. Massaro, *Determinatezza,* cit., 437 ss.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale,* in *La crisi della legalità. Il sistema "vivente" delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero - S. Moccia - G.A. De Francesco - G. Insolera - M. Pelissero - R. Rampioni - L. Risicato, Napoli 2016, 213. In punto di legalità europea - un tema che non riteniamo di poter approfondire in questa sede - la letteratura è sterminata. Per una ricognizione delle più recenti monografie si richiamano A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine epistemica*, Napoli 2020, 97 ss. D. Perrone, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino 2019, 206 ss. (in particolare sul concetto di *prevedibilità* europeo). Per i cospicui riferimenti bibliografici e per un'analisi sul (potenziale) legame tra prevedibilità e il nostro art. 5 Cp, rinviamo al contributo di A. Vallini, *Culpa iuris,* in *ED*, *I Tematici* II, Milano 2021, 364.
[83] Ci sembra che il *pendant* del divieto di analogia sia questo corollario della legalità penale, più che la determinatezza, potendo anche le fattispecie dai termini perspicui ed univoci essere, come visto, suscettibili di applicazione analogica; di ciò anche in F. C. Palazzo, *Il principio di determinatezza,* cit., 13. D'altra parte, non necessariamente l'ampiezza di un termine esclude il ricorso al sillogismo, cfr. sul punto, V. Velluzzi, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010, 81 ss.

posteriori una scelta applicativa già compiuta, anche senza un previo controllo in punto di legalità. Per altro verso, gli automatismi - questi, sì, tendenti a ripetersi - lungi dall'approdare a risultati contenutisticamente prevedibili, possono, anzi, condurre ad esiti variabili (si pensi, di nuovo, al caso dell'estensione della nozione di stampa alle testate telematiche e non al sito web di una trasmissione televisiva, sulla base di procedimenti estensivi sostanzialmente analoghi).
Rispetto al primo di questi vizi ci sembra di poter affermare che il dato linguistico - in particolare, il suo grado di specificità e precisione - possa (ancora) fungere da valido indicatore per la selezione dei casi e per il riconoscimento delle situazioni di rischio in cui più frequentemente possono occorrere le premesse per aversi analogia. Con la conseguenza che almeno in rare, ma ben delineate ipotesi la tentazione di fare un uso improprio della distinzione tra interpretazione e analogia a fini argomentativi sarà presumibilmente più attenuata.
Ciò lascia tuttavia intatto – e veniamo così al secondo vizio - il problema della legittimazione e della calcolabilità delle decisioni giudiziali, e delle relative motivazioni, in relazione alle fattispecie più ambigue, rispetto alle quali potrebbe essere ragionevolmente avvertita la necessità di un più penetrante controllo[84].
Appare quanto mai problematico rispondere in maniera efficace all'esigenza di un più stretto vaglio dell'interpretazione "estensiva", ove spesso germogliano, in particolare in seno alle ricostruzioni teleologiche, vere e proprie opzioni di politica criminale. Ponendo per il momento da parte il rimedio del ricorso diretto alla Corte Costituzionale, al quale abbiamo fatto anteriormente cenno solo *de relato*, vorremmo qui invece vagliare due diversi strumenti, di carattere preventivo, che potrebbero coordinarsi in vista di un unico fine. Si potrebbe immaginare di agire, da un lato, sul piano precettivo, introducendo nel vigente codice un comando legislativo che prescriva un obbligo di interpretazione *"stretta"*, in senso analogo ad altri ordinamenti (si pensi, a titolo di mero esempio, a quello francese[85]); dall'altro, sul piano delle tecniche argomentative, per la costruzione della parte motiva delle decisioni giudiziali.
Con riferimento alla prima strada, ne constatiamo fin da ora il mero carattere dichiarativo-programmatico. L'efficacia pratica di tale prescrizione, in sé, è in effetti di limitato spessore, perché il controllo sulle "estensioni" di una disposizione di legge, per rintracciare quella più "ristretta", non sembra infatti né scrutinabile con metodi rigorosi e oggettivi, né, del resto agevolmente attuabile, tenuto conto delle difficoltà che potrebbero nascere dall'adire le giurisdizioni superiori; per non parlare, poi, dei delicati confini che un simile vaglio potrebbe lambire rispetto alle ipotesi di responsabilità civile e disciplinare dei magistrati[86]. Infine, si potrebbe aggiungere che il nostro ordinamento conosce già disposizioni dirette alla guida e al

[84] Anche G. Tuzet, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva,* in *Crim* 2011, 519.
[85] Si pensi all'art. 111-4 del Code pénal, che prescrive: *«La loi pénale est d'interprétation stricte»* (cfr. Crim. 10 déc. 1985 n. 85-90.814, in Y. Mayaud - C. Gayet, *Code Pénal Annoté*, Paris 2020, per cui *«Les textes comportant une sanction pénale doivent être strictement interprétés, dès que leur signification est dépourvue de toute ambiguïté»*; ma anche all'ordinamento penale internazionale regolato dallo Statuto di Roma, benché ispirato a ragioni diverse da quelle sottese al principio di legalità nazionale. In particolare, il riferimento è alla «*strict construction*» dell'art. 22 (2) Rome Statute, derivante da una proposta americana, in sostituzione dell'originaria giapponese, v. sul punto P. Saland, *International Criminal Law Principles*, in *The International Criminal Court. The Making of the the Rome Statute*, ed. Roy S. Lee, The Hague-London-Boston 1999, 194-5; quanto alla giurisprudenza della Corte Penale Internazionale, in particolare, sul tema cfr. ICC, *Prosecutor v. Katanga*, Case No. ICC-01/04-01/07, *Judgement Pursuant to Art. 74 of the Statute* (Mar. **7,** 2014), §§ 52-53.
[86] Il regime di responsabilità civile e disciplinare dei magistrati è regolato rispettivamente, all'art. 2, co. 2, l. 13.4.1988 n. 117 (Legge Vassalli), come modificata dalla l. 27.2.2015 n. 18 e all'art. 2, co. 2, d. lgs. 23.2.2006 n.109, convertito con emendamenti con l. 24.10.2006 n. 269, ove espressamente si esclude che possa dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto o quella di valutazione del fatto e delle prove.

buongoverno dell'attività interpretativa (come l'art. 12 Preleggi al Cc) e che a poco gioverebbe aggiungerne un'altra nel codice penale. Ciò detto, ci sembra, allora, che l'introduzione di un obbligo di interpretazione stretta non assolva, da sola, che un compito *comunicativo*, a suffragio di un "ritorno" ad una pratica più osservante del culto della parola. Tuttavia, si potrebbe pensare di abbinare tale soluzione a un ulteriore strumento, di maggior pregnanza pratico-applicativa, che investa la *tecnica argomentativa* giudiziale[87], questa sì, assoggettabile a un più specifico scrutinio di coerenza e ragionevolezza da parte dei giudici di legittimità.

In tutti i casi di ambiguità linguistica - e in mancanza delle necessarie premesse per fare riferimento all'analogia - il giudice dovrà ricorrere, come si diceva, ad ulteriori criteri e considerazioni per convalidare la bontà di un'ipotesi interpretativa in luogo delle possibili alternative. A tale riguardo, abbiamo già individuato, per esempio, l'importanza assunta dalla considerazione di elementi mutuati dalla fase commisurativo-sanzionatoria (nelle vesti dell'offensività o della proporzione), benché spesso sottotraccia, o dall'aperto approccio orientato a scelte di valore.

Ebbene, tenuto conto di questo dato – che ci pare incontrovertibile, soprattutto nel solco dell'odierna corrente convenzionale ed europea – e senza qui entrare nel merito della sua fondatezza metodologica, si potrebbe riflettere sull'opportunità di integrare il ragionamento giudiziale attraverso il ricorso ad "indicatori tipologici"[88], sulla scorta di vere e proprie sottofattispecie esemplificative, da utilizzare, nel corpo della motivazione, come termini di comparazione nel vaglio dei possibili significati che il caso può assumere alla luce del metro linguistico della fattispecie legislativa e della sua correlata gravità[89]. Mediante il confronto tra diversi indicatori, mutuati in parte dal contesto fattuale oggetto del giudizio, in parte da precedenti giurisprudenziali relativi alla stessa materia, la selezione tra i significati più adeguati al testo di legge e, insieme[90], al profilo ponderale della fattispecie[91] potrebbe forse risultare agevolata. Non solo, l'istituzione di vere e proprie consuetudini argomentative potrebbe, d'altro canto, rappresentare un mezzo efficace per la salvaguardia della prevedibilità delle decisioni giudiziali, prima ancora che nei contenuti, anzitutto nel metodo per giungere ad una loro definizione[92].

---

[87] Sull'opportunità di valorizzare forme di controllo dell'interpretazione "estensiva", cfr. G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *RIDPP* 1989,1556 ove si rileva che, posta l'identità strutturale dei due procedimenti interpretativi e che, quindi *«anche l'interpretazione estensiva è analogia»*, il giudice dovrebbe essere gravato dell'obbligo di adeguatamente motivare ogni estensione della legge che comporti effetti *in malam partem.* Si veda anche C. F. Palazzo, *Il principio*, cit., 14.

[88] Si mutua qui il termine "indicatore" da A. di Martino, *Tipicità di contesto, a proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis Cp*, in *www.archiviopenale.it* 2018 (3), 16-17. Conviene precisare che l'Autore parla di "indicatori" sul piano, tuttavia, della formulazione della fattispecie penale: Egli osserva che attraverso un intervento mirato già in sede di tipizzazione è possibile, di fatto, anticipare – e così prevenire – difficoltà pratiche nella fase applicativa, in quanto tali indicatori potrebbero fungere da adeguati strumenti di guida per l'argomentazione interpretativa (sul punto, in particolare, p. 63).

[89] Per l'attuazione più concreta del principio di prevedibilità della decisione giudiziale attraverso la creazione di *(sotto)regole di giudizio* più specifiche, tra cui anche sottofattispecie intese come *«classi di ipotesi a cui la disposizione debba o non debba trovare applicazione»*, cfr. F. Viganò, *Il principio*, cit., 41. Sul positivo contributo del cd. *«analogical reasoning»*, fondato sulla comparazione tra casi, nelle tecniche di motivazione giudiziale e legislazione, cfr. R. Sunstein, *On Analogical Reasoning*, in *Harv. L. Rev*. 1993, 781.

[90] Sulla fusione di questi due aspetti, ispirati il primo al principio di legalità, e il secondo, a quello di proporzione, sembra interessante richiamare la letteratura anglosassone, ove *«strict construction»* è spesso intesa come sinonimo di *"lenity"*, cfr. C. Davidson, *How to Read International Criminal Law: Strict Construction and the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *St. John's L. Rev*. 2017, 45.

[91] Si ricordino i passaggi di A. Moro, *L'antigiuridicità penale*, Palermo 1947, 22 e 132.

[92] Per la stretta correlazione tra prevedibilità e *iter* argomentativo, v. A. Massaro, *op. cit.*, p. 452.

Per fare un esempio, riprendiamo i casi, tra quelli esaminati, relativi alla nozione di "cosa mobile", con particolare riferimento alla sentenza sugli ovociti. Si potrebbe pensare che un primo abbozzo della tecnica in parola trovi espressione già in quel passaggio della parte motiva che, seppur molto ridotto, illustra un confronto con altre fattispecie concrete in precedenza considerate dalla giurisprudenza, e qui riprese in guisa di riferimenti per la comparazione (alludiamo alle fattispecie di furto di energia elettrica, allo sradicamento di una colonnina telefonica, e all'avulsione di alberi radicati nel terreno). Al di là del merito della soluzione interpretativa a cui arrivano i giudici, tali richiami si rivelano utili a stabilire un percorso argomentativo il più possibile ancorato ad un contesto giurisprudenziale già esistente, attraverso il confronto con *exempla* della casistica. Prendiamo, ancora, il caso della convivenza. Ove si ritenesse che il termine manchi di perspicuità nel suo significato e debba essere per questo ricostruito in modo più rigoroso, si potrebbe immaginare una illustrazione iconografica delle diverse "gradazioni" di convivenza da sottoporre a confronto: dalla coabitazione stabile e continuativa, alla frequentazione assidua di due *partners* che, pur abituati a prolungate e reciproche permanenze nelle rispettive dimore, non accompagnino tuttavia tale frequentazione alla costante condivisione degli spazi abitativi; per infine passare ai casi di frequentazione saltuaria accompagnata dalla condivisione di luoghi abituali destinati agli incontri, come nel caso degli amori clandestini. Questa esemplificazione, già nota alla giurisprudenza, ma non adottata in modo sistematico, potrebbe agevolare il confronto fra le diverse definizioni di un termine e predisporre il terreno per un ragionamento più serrato a sostegno della soluzione che si ritiene preferibile.

L'intervento congiunto sul piano normativo e su quello pratico argomentativo potrebbe dunque tradursi in una virtuosa sinergia, a conciliazione di due anime molto diverse della legalità, ma non per questo del tutto incompatibili[93]; in questo modo incentivando non soltanto un ritorno alla precisione come canone ermeneutico[94], bensì anche l'obbedienza alla legalità linguistica[95], come rinnovato approccio nella cultura giuridica contemporanea.

[93] G. De Francesco, *Legislatore e giudice: a ciascuno il suo*, in www.lalegislazionepenale.eu 19.3.2020.
[94] G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso*, cit,, 82.
[95] N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano 2021, 18.

DIRITTO E GIUSTIZIA, PACE E GUERRA, NEL RICORDO DI MIREILLE DELMAS-MARTY GIURISTA E UMANISTA "VISIONARIA"

di Mario Chiavario
Professore emerito, Università degli Studi di Torino

"Giurista eminente", "umanista di fama internazionale": questi, alcuni degli appellativi con cui è stata celebrata sui principali quotidiani francesi Mireille Delmas-Marty, deceduta ottantenne il 12 febbraio scorso. A dimostrare tangibilmente il credito di cui godeva, e del quale tali omaggi danno sintetica ma fedele testimonianza, basterebbe del resto rammentare che nel 2007 era stata eletta tra i membri del prestigioso *Institut de France* (nella branca dell'*Académie des sciences morales et politiques*), oppure enumerarne le molte lauree *honoris causa* ricevute (tra esse, due in Italia: Urbino e Ferrara) nonché l'essere stata chiamata a tenere cicli d'insegnamento e "lezioni magistrali" in Atenei di eccellenza di tutto il mondo (tra gli altri, Cambridge e Firenze, anche nella sede dell'Istituto universitario europeo).
Ci sono però due ulteriori aggettivi, a loro volta affiorati su quelle pagine, che consentono di mettere in luce più direttamente, e forse più efficacemente, aspetti intrinseci della personalità di questa donna, senza bisogno di fare a gara nell'inanellare superlativi di maniera (abitudine per lo più innocente, ma cui lei, almeno per quanto ho potuto conoscerla, non mi è mai parsa indulgere).
Il primo di tali aggettivi è "*infatigable*", "instancabile", evocato mettendosene talora in risalto - come a più d'uno era venuto spontaneo fare già quando lei era in vita- l'apparente contrasto con la "fragile *silhouette*" del fisico. E tale poteva davvero definirsi, tanto si è spesa, lungo tutta una vita, nell'elaborazione e rielaborazione, critica e autocritica, di un ventaglio, continuamente ampliato, di idee stimolanti, basate su una solida cultura, ricche di originalità ma soprattutto non chiuse al (e anzi, spesso costituenti frutto del) confronto senza pregiudizi con una pluralità di interlocutori, non di rado interdisciplinari a vasto raggio.
E il secondo aggettivo è "*visionnaire*", "visionaria", nell'accezione invalsa in Francia, ma ormai anche dilagante nell'italiano "colto". Ossia, non -come generalmente capitava di fare fino a qualche tempo fa con l'avallo di ineccepibili dizionari- per designare, con qualche aria di compatimento, persone in preda di fantasticherie (se non addirittura di allucinazioni visive), e invece intendendosi mostrare apprezzamento per chi palesi una non comune capacità di progettazioni anticipatorie, audaci eppur lucide, tanto più se fondate su rigorose analisi e su approfondite riflessioni sul passato e sul presente, e idonee, al di là delle immediate accoglienze ricevute (spesso incredule), a lasciare nel tempo tracce indelebili: e non soltanto tra i cimeli di qualche museo dei sogni velleitari.

***

In Mireille Delmas-Marty ambedue le caratteristiche, d'altronde, non sono rimaste confinate nella sola attività svolta in ambito accademico o comunque in studi meramente teorici, per essersi altresì espresse, combinandosi tra loro, nell'esercizio di ruoli istituzionali, ricoperti in ambito nazionale e in ambito europeo, mediante la formulazione di incisive e impegnative proposte di riforme o di integrazioni del *ius conditum*.
Il primo esempio che viene in mente è d'obbligo. Lo richiama la sigla EPPO, che sta per *European Public Prosecutor's Office*, ufficio recentemente entrato in funzione nell'ambito della UE. Ebbene,

principale antesignana ne fu, a cavallo tra il secolo scorso e quello attuale, proprio quell'intellettuale "visionaria", alla testa di un *trust* di cervelli investito del compito di esplorare nuovi modi per rafforzare penalmente gli interessi finanziari dell'allora Comunità europea, e il cui poderoso lavoro giunse a predisporre, ben al di là di quanto strettamente richiesto dal committente, un vero e proprio sistema di princìpi intesi a fondare, per l'Europa, un nucleo comune di diritto penale, sostanziale e processuale.
Quel progetto, ambiziosamente battezzato "*Corpus iuris*", venne accantonato su pressione di istanze accentuatamente "sovraniste" degli Stati. Ma l'idea era gettata ed ecco che ora ha trovato sbocco, sia pur parziale e ancora contrassegnato da non poche concessioni a quelle istanze. E non a torto si è sottolineato che senza l'intelligenza vivace e prospettica e le energie profuse, con fermezza e costanza, da quella donna dai toni gentili e discreti non si sarebbe raggiunto neppure l'odierno, minimale risultato.

***

Vorrei però soffermarmi anche, e un po' di più, su un altro esempio, che può trarsi da vicende in sé tutte "francesi", eppur non prive, a loro volta, d'interesse anche per chi viva al di fuori dell'"*Hexagone*" e in particolare al di qua delle Alpi.In proposito si deve risalire più indietro nel tempo, per guardare al lavoro svolto, tra il 1988 e il 1990, dalla Commissione "*Justice pénale et droits de l'homme*" istituita presso il Ministero della giustizia transalpino e a sua volta presieduta da Mireille Delmas-Marty: ne uscirono taluni "rapporti" vertenti principalmente sui problemi della fase preparatoria dei procedimenti penali, il conclusivo dei quali delineava argomentatamente una profonda riforma, anche lì, anzitutto, attraverso la definizione di taluni principi, considerati basilari ma non esaurentisi in una ripetizione delle norme costituzionali in tema di giustizia e, in stretta connessione, attraverso la proposta di un più cospicuo insieme di regole ispirate dai primi e ad essi subordinate. Non vi si celava la volontà di un superamento dei tratti più inquisitori, trasmigrati dal napoleonico *Code d'instruction criminelle* al più recente *Code de procédure pénale*; e, pur senza aderire *sic et simpliciter* allo schema bloccato in senso rigidamente dualistico sulla contrapposizione "secca" tra "inquisitorio" e "accusatorio", non ci si adeguava tuttavia all'abitudine che hanno molti, ad uscirne col parlare, con ambigua genericità, di "sistema misto" ogniqualvolta si scorga, in un impianto processuale, qualche spruzzata di "*adversary*" a nascondere l'inquisitorietà dell'insieme. Emblema del progetto, a significare una diversa, e più impegnativa, via d'uscita, il "processo contraddittorio"; e già l'aggettivo dice che la scelta di fondo non era pigramente "neutrale" ma piuttosto rifletteva una particolare sensibilità per ciò che promanava dal "vissuto", più ancora che dalla lettera, delle fonti di tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le quali, pur volutamente prive di espliciti riferimenti all'uno o all'altro dei poli del dualismo classico, non mancavano di sollecitare soprattutto modifiche alle legislazioni (e alle mentalità) maggiormente impregnate di spirito inquisitorio.
Nell'immediato, pure lì fu un insuccesso. A riuscire indigesta -e, si può dire, a destra come a sinistra- l'intenzione di trasformare un impianto, avente come asse portante la figura del "*juge d'instruction*", in uno che fosse "altro" non solo per un cambio di etichette ma perché costruito su un diverso equilibrio di funzioni, il quale evitasse la confusione tra poteri giurisdizionali e poteri investigativi (non troppo diversamente da quanto si è cercato di disegnare nel nostro codice del 1988, cui la stessa Delmas-Marty guardava con vivo interesse, come confermato da un confronto a più voci, tenutosi a Torino nel medesimo anno -il 1990- di redazione del "rapporto finale" della Commissione).

Chi era al *Centre Pompidou* il 26 marzo 1991, tra i 400 partecipanti al Colloquio internazionale organizzato dal quotidiano "Le Monde" ed avente per tema proprio quello preso a prestito dalla denominazione della suddetta Commissione, può ben ricordare il gelo che percorse la sala durante l'allocuzione di apertura di Georges Kiejman, celebre avvocato chiamato nel Governo Rocard ad affiancare il titolare "politico" del dicastero della giustizia (che rimase investito della sola gestione "*routinière*" e non delle riforme di maggior rilievo, devolute al più autorevole collega "tecnico"): dopo essersi speso in elogi del valore scientifico del progetto presentatogli, l'oratore non solo diede però conto delle riserve che esso aveva suscitato tra avvocati e magistrati, ma, con un tono di voce più sommesso e pur eloquente nel dosaggio di accenti e pause, non tacque di condividerle sostanzialmente e, con una domanda retorica giustapposta alla menzione del precedente accantonamento di altri progetti (uno dei quali recante la firma addirittura di una "star" politico-giuridica come Robert Badinter, all'epoca presidente del *Conseil constitutionnel* dopo essere stato a sua volta Guardasigilli), così chiuse il discorso sul punto: «si può sperare d'imporre una riforma più ambiziosa prima di aver rimesso in grado di funzionare l'attuale organizzazione giudiziaria cominciando col darle i mezzi umani e materiali che reclama?» E con un simile benservito il progetto, in quella specifica versione, passò, come si suol dire, agli archivi.

Neppure questo, tuttavia, fu un semplice "come non detto": e non soltanto perché gli "Atti" del Colloquio -pubblicati l'anno successivo con una leggera variante nel titolo, divenuto "*Procès pénal et droits de l'homme*" e fatto seguire da un sottotitolo ancor maggiormente proiettato in avanti ("*Vers une conscience européenne*")- testimoniarono dell'inquadramento di quel progetto in un vasto scenario di movimenti riformatori su scala europea; né unicamente perché, nell'intervento conclusivo del Colloquio stesso, colei che ne era stata promotrice, pur senza rinchiudersi in una risentita difesa del lavoro proprio e di chi l'aveva affiancata, affidò a sua volta a una serie di interrogativi (a dire il vero, meno retorici) il suo contributo d'avvio alla prosecuzione del dibattito tra gli "addetti ai lavori" e sui *media*, ribadendo comunque la fiducia nel metodo della "normazione per princìpi": fino ad auspicare che una loro "*summa*", ricavata da una riscrittura delle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da integrare «alla luce della giurisprudenza delle Corti europee e nazionali», potesse «inscriversi un giorno in sovraimpressione su dei codici nazionali» non privati delle loro identità e differenze contenutistiche ma subordinati a una piattaforma comune.

L'immediato, apparente fallimento, inoltre, non bloccò nella stessa Francia la diffusione e la penetrazione, tra studiosi e operatori del diritto ma anche nelle forze politiche, dei germi di civiltà giuridica disseminati in quel progetto, contribuendo a ispirare altre iniziative innovative e a portarne alcune ad esiti almeno parzialmente positivi: tali, in particolare, quelle dirette ad allentare i legami tra il potere esecutivo e le procure, ad eco della "visione" di un pubblico ministero «diverso» e dotato di «nuove garanzie statutarie» che nel progetto stesso costituiva necessario complemento -o, più ancora, necessaria premessa- di quella contestuale ridistribuzione di funzioni, tra *parquet*, polizia e organi della giurisdizione, proposta pur senza contestare il principio del ruolo primario da riconoscere ai poteri più propriamente politici anche quanto a una "politica criminale" da gestire in visuale fortemente unitaria. E al "rapporto" del 1990 un omaggio, non solo di maniera (almeno così si vuol sperare), è stato fatto con la sua riproposizione, tra i documenti di riferimento per la discussione agli "Stati Generali" della giustizia francese, convocati dal Presidente Macron nell'ottobre 2021.

***

La bibliografia delle principali pubblicazioni di Mireille Delmas-Marty si apre in modo che può apparire sorprendente, agli occhi di chi abbia familiarità unicamente con successivi e più noti "titoli": al primo posto, seguendo l'ordine cronologico, è infatti un agile volumetto dei "*Que sais-je?*" su matrimonio e divorzio (poi onorato da riedizioni ancora alle soglie degli anni Novanta, così come quello di poco posteriore, e di inquadramento più generale, sul diritto di famiglia). Ci si stupisce meno se si pensa alle tradizionali regole organizzative dell'insegnamento superiore francese, con la collocazione delle "*sciences criminelles*" non, come ci aspetteremmo a prima vista noi italiani, nell'area delle discipline pubblicistiche, ma a fianco del "*droit privé*" (originariamente, anzi, al suo interno); e non si ignora dunque che tappa obbligata anche per le specializzazioni penalistiche è stata ed è tuttora, in quel Paese, la dimostrazione di una solida padronanza di tutto quanto rientrante nell'amplissimo contenitore del diritto privato, facendone fede, in particolare, l'esito dell'impervia e faticosissima prova dell'"*agrégation*", che dal canto suo la già promettente studiosa parigina superò brillantemente quando non aveva ancora compiuto i trent'anni.
Ben presto, in lei, divenne però preminente la specializzazione nelle materie penalistiche, palesata anzitutto sul terreno del diritto penale dell'economia con un cospicuo volume uscito nel 1973 (e a sua volta ripubblicato poi in varie edizioni): *Droit pénal des affaires*. Ed è proprio per la considerazione acquisita in quanto penalista di grande cultura e di ampia capacità progettuale - rivelata poi anche da saggi di carattere più generale (quali *Les chemins de la répression* e *Modèles et mouvements de politique criminelle*)- che, come si è visto, le venne affidato, alla fine degli anni ottanta, il compito di presiedere al lavoro preparatorio di un'organica riforma del processo penale. Già i due scritti appena citati -e, d'altro lato, quanto dimostrato con l'elaborazione del progetto di riforma di cui si è detto- indicavano del resto che si trattava di una specializzazione tutt'altro che asfitticamente settoriale. E, ciò, non solo perché copriva entrambi i versanti, sostanzialistico e processualistico, che si è soliti distinguere all'interno dell'insieme (così, ancora una volta in sintonia con i postulati dell'organizzazione della didattica universitaria transalpina, la quale, diversamente dalla nostra, spinge i docenti a farsi esperti "*in utroque*" nonché ad analizzare il "sostanziale" alla luce del "processuale" e viceversa) ma perché ne traspariva una, non meno spiccata, sensibilità per le cosiddette "discipline accessorie"; e qui, sicuramente, andando presto ben oltre gli standard di minima imposti a loro volta dal confluire ufficiale del tutto in una grande categoria di "*Sciences criminelles*": il che è, ad esempio, asseverato già da una recensione del 1981 alla seconda edizione della citata trattazione sul diritto penale dell'economia, dove si sottolineava come l'autrice avesse «saputo utilizzare al meglio» il metodo della collana in cui il volume era inserito, offrendo al lettore («francese o straniero» che fosse), dopo una puntuale e chiara illustrazione della normativa relativa a ognuna delle diverse fattispecie di reato, una ricca panoramica, per ciascuna di esse, sullo «stato delle questioni», spaziante dalla storia alla criminologia e alla politica penale, dalla dottrina giuridica alla prassi giudiziaria, dal diritto comunitario al diritto comparato, al diritto internazionale.

***

D'altronde, se in un primo momento -come si è appena riferito- l'interesse per il diritto comparato poteva, sì, già palesarsi inequivocabilmente, ma in termini tali da farlo figurare soltanto come uno tra i molti lati di una personalità ancora in parte da precisarsi, la comparazione giuridica è via via venuta a rappresentare per Mireille Delmas-Marty, più che oggetto primario di studio, metodo privilegiato di lavoro.

Non meno significativo è poi che lo sguardo della giurista sia venuto sempre più a puntare soprattutto sui princìpi e sui valori, non dati però come degli apriori ma piuttosto raccordati a scelte *lato sensu* politiche e messi, non solo episodicamente, in stretto collegamento con tematiche come quelle dei diritti umani e dei crimini contro l'umanità (cose che in Francia come in Italia, allora, non potevano certo dirsi usuali, nonostante la radicata e attiva presenza, in ambedue i Paesi, delle sezioni di un organismo quale l'*Association internationale de droit pénal* e il ruolo assunto, su scala continentale, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'allora Comunità europea). Ne danno testimonianza principale alcuni libri, rimasti tra i più noti dell'autrice.

È del 1986 il primo, "*Le flou du droit*", dove alla suggestione che promana dall'aggettivo/sostantivo con cui esordisce il titolo si accompagna appunto, tramite il sottotitolo ("*Du code pénal aux droits de l'homme*"), un inequivoco richiamo ai diritti della persona umana come pietre di paragone per saggiare gli atteggiamenti di una società e delle sue istituzioni di fronte ai fenomeni ascrivibili alla sfera della criminalità; e fin d'ora può notarsi che proprio questo sottotitolo sarebbe poi stato elevato a titolo nella traduzione italiana di Alessandro Bernardi, uscita nel 1992: soluzione rivelatasi particolarmente felice, al di là del concorso che vi può avere portato la constatazione dell'impossibilità di trovare nella nostra lingua una parola che rendesse con sintesi e precisione i concetti di "sfumato", "sfocato", "instabile" e altri ancora, tutti e ciascuno riconoscibili nel vocabolo dell'originale e nel suo omologo inglese -"*fuzzy*"- che la stessa autrice non nascondeva di aver avuto presente nel proporre quello del proprio idioma. Del 1992, invece, la terza tra le opere di cui trattasi, "*Les grands systèmes de politique criminelle*", che riprende e amplia il lavoro circa i "modelli" e i "movimenti" sullo scacchiere delle risposte "politiche" alle varie forme di criminalità. Tra i due, a fare per così dire da ponte, il collettaneo "*Raisonner la raison d'État*" (qui è prospettico il riferimento ai diritti umani trasposto nel sottotitolo *"Vers une Europe des droits de l'homme*"): frutto, sì, collettaneo dei lavori di un seminario intereuropeo, ma, pur senza che si debba sminuire l'apporto di prim'ordine e del tutto personale di ciascuno dei singoli coautori, ma non tale da non far riconoscere nella struttura e nell'impostazione generale - con l'obiettivo a sua volta puntato sulla "*politique criminelle*", esaminata e trattata ancora una volta in chiave comparatistica- l'impronta determinante della curatrice.

È di quegli anni, del resto, la creazione di quell'*Association de recherches pénales européennes,* della quale Mireille Delmas-Marty fu promotrice principale e "storica" prima presidente, rimanendone poi animatrice essenziale: organismo, questo, assurto a punto di riferimento privilegiato, anche per intensi soggiorni di studio, per decine e decine di giovani ricercatori di tutto il mondo, parecchi dei quali destinati a divenire a loro volta giuristi di eccellenza, come tali apprezzati nei loro paesi e anche al di fuori di essi. Quanto a me, da modesto processualpenalista già non più giovane in quegli anni, piace riandare soprattutto all'esperienza di tipo diverso, vissuta durante le giornate di periodici incontri presso la sede di Rue Saint-Guillaume, mediante i quali per un quadriennio, sotto l'egida dell'*Institut de droit comparé* e poi della stessa A.R.P.E., ci s'interrogava sul come e sul quanto fosse ricostruibile un'identità europea nel campo del diritto processuale penale. Era, quello, un gruppo di cui facevano parte anche Françoise Tulkens, la quale sarebbe poi stata eletta giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo, e il futuro "istruttore" dei processi internazionali per i crimini commessi in Cambogia durante il regime dei "khmer rossi", Marcel Lemonde, insieme ad altri giuristi di rango, tra i quali alcuni ben conosciuti e apprezzati anche in Italia, come John Spencer, Heike Jung, Denis Salas … : da quell'esperienza, caratterizzata da un clima sùbito divenuto anche fattore di autentiche e salde amicizie, chi scrive ebbe modo di apprendere molto, e più ancora di imparare molto, non solo per quantità di

informazioni puntuali e qualità di delucidazioni preziose, ma anche per l'approccio ad un metodo di lavoro non improvvisato (sulla scorta iniziale di una "griglia" dettagliata, predisposta da un'équipe di giovani collaboratori della stessa Delmas-Marty, e però discussa a fondo e rimodellata con il contributo di tutto il gruppo) e per un appassionante intrecciarsi di domande, di approfondimenti, di tentativi di risposta, fatti confluire in abbozzi, individuali e collettivi, di un quadro che si andava via via delineando. E dal tutto sarebbe alfine scaturito quel prodotto editoriale ("*Procédures pénales d'Europe*"), una versione del quale -in parte risistemata per renderla più congrua al presumibile *background* conoscitivo dei lettori "nazionali"- si ebbe anche in Italia, qui varcando con una seconda edizione la soglia del nuovo millennio.

***

"*Le flou du droit*", "*Raisonner la raison d'État"* (con i non meno significativi, e già ricordati, sottotitoli), "*Les grands systèmes de politique criminelle*" : tre opere che, ciascuna di per sé e soprattutto nell'insieme, già lasciavano presagire che la comparazione giuridica e l'attenzione per i diritti umani sarebbero stati anche tramiti per ulteriori, progressivi allargamenti di uno spettro di analisi, di riflessioni e di messaggi ideali, ben al di là degli orizzonti pur vasti del diritto penale, ancorché inteso nel suo significato più ampio.
La conferma è venuta dall'impressionante sequela di volumi, di cui Mireille Delmas-Marty è stata successivamente autrice o curatrice e che si è snodata, lungo più di altri due decenni, a cominciare da un lavoro tutto proiettato in avanti sin dal titolo ("*Vers un droit commun*" del 1994). Tra essi - senza pretendere di stabilire una gerarchia d'importanza rispetto ad altre opere, qui non ricordate nominativamente- mi limiterò a citare la tetralogia ("*Le relatif et l'universel*" del 2004, "*Le pluralisme ordonné*" del 2006, "*La refondation des pouvoirs*" del 2007, "*Vers une communauté des valeurs*" del 2011) raccolta sotto il segno de "*Les forces imaginantes du droit*": non taciuto adattamento di un'espressione, "*Les forces imaginantes de l'esprit"*, coniata dal filosofo della scienza Gaston Bachelard. Nel frattempo, alla fine del 2002, dalla Sorbona, dov'era approdata dodici anni avanti come penalista, era passata all'ancor più prestigioso *Collège de France*, chiamatavi alla cattedra di "*Ètudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*": al qual riguardo, sin dalla lezione inaugurale del 20 marzo 2003, enunciava un programma tra i più ambiziosi, tra l'altro volto a evidenziare una funzione, non meramente «cognitiva» ma programmaticamente «critica», della ricerca comparatistica, così da mettere in discussione anche «un processo d'internazionalizzazione troppo sicuro di sé, e ora burocratico, nello spingere l'unificazione sino ad ogni dettaglio quando è facile e nel rinunciarvi quando sarebbe utile, ora egemonico, nell'imporre senza riguardo la legge del più forte».

***

Nel suo navigare in un mare sempre più aperto, Mireille Delmas-Marty non ha suscitato soltanto ammirazione (peraltro, si può dire, unanime) e vaste aree di consenso (non di rado inducendo altri a spostare ulteriormente in avanti, quanto ad audacia di prospettazioni, i traguardi perseguiti sulla scorta dei suoi insegnamenti), ma -com'era pressoché inevitabile- anche riserve e qualche contestazione, sia di carattere strettamente teorico sia in chiave più "politica" nel senso ampio del termine. Del tutto inadeguato dal primo punto di vista, io lo sono largamente anche dal secondo; e comunque non può essere questa l'occasione per affrontare a fondo una problematica assai complessa, nella quale sono coinvolte questioni formidabili come quella del peso da riconoscere,

in facto e in termini di dover essere, all' "a-razionale" e all' "irrazionale" nelle diverse esplicazioni (normative, giudiziarie o d'altro genere) di ciò che chiamiamo "diritto"; e d'altronde vi penetra, più specificamente, il timore di veder sminuito, dall'insistenza sul "*flou*" e sulle "*forces imaginantes*", il valore della legalità penale e processuale (che comporta anche un alto grado di chiarezza e di determinatezza delle norme giuridiche e di prevedibilità del loro applicarsi ai singoli casi e alle singole situazioni), con il rischio di lasciare campo libero al disordine normativo e agli eccessi e agli arbitrii di una giurisprudenza totalmente "creativa".

In proposito, non basta osservare che come cittadina francese -ma si può dire, a pieno titolo, anche europea e "del mondo"- Mireille Delmas-Marty ha più volte assunto pubblicamente, in relazione a specifiche leggi o a specifici atteggiamenti delle autorità, prese di posizione a intransigente difesa dei princìpi dello Stato di diritto contro le sue degenerazioni in senso autoritario e contro scivolamenti verso lo Stato di polizia, scorgendovi pericolosi cedimenti a pressioni di paure, spontanee o artificiosamente suscitate o alimentate, e ad istanze "*sécuritaires*", da lei non confuse con le più autentiche esigenze di salvaguardia del "*droit à la sûreté*" come consacrato, accanto a quella del "*droit à la liberté*", a partire dalla "Dichiarazione" dell' 89.

Per restare sul terreno del dibattito strettamente culturale, non è un mistero che questa intellettuale, "cartesiana" al 101 % quanto a lucidità e chiarezza espositive, tralucesse però in abbondanza *esprit de finesse*, come integratore e correttivo dell'*esprit de géometrie*, a specchio, in ciò, dell'amato Pascal. Nel suo pensiero, come ha messo in evidenza Francesco Palazzo, è comunque centrale un'idea-forza: quella del "pluralismo ordinato", ovvero dell'"ordinare il molteplice", come compito essenziale del diritto e dei giuristi; formula, la seconda, che a mio parere più ancora della prima mette l'accento sulla propulsività di una volontà operosa; nell'una e nell'altra delle due formule, in ogni caso, non venendo meno il riconoscimento, altrettanto essenziale, della razionalità, potenzialmente insita nella nozione dell'"ordinare" nel senso, non di "*dare* ordini" ma di "*mettere* ordine", quale che poi sia la modalità grammaticale in cui il verbo, come si suol dire, viene "coniugato".

Nel pensiero di Mireille Delmas-Marty l'importanza del "mettere ordine" si accompagna inoltre a (o si scioglie in) una quantità di richiami ad esigenze più specifiche, non meno cariche di responsabilizzazione per il diritto e per i giuristi, traducendosi in una fiducia, tanto in un'intelligenza quanto in una volontà congiuntamente orientate in direzione opposta ad esaltazioni o incentivazioni dell'irrazionale. Così è quando la si vede impegnata nel suggerire ardui ma salutari sforzi di armonizzazione tra il "relativo" e l'"universale", o nel coniare apparenti ossimori come la "sovranità solidale" (contrapposta alla più scontata, ma pericolosa, "sovranità solitaria"). Ed è stimolante anche l'accento da lei posto sull'"invenzione", da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, de "*la marge nationale d'appréciation*": vale a dire, circa lo spazio lasciato, dalle norme dell'omonima Convenzione in tema di possibili limiti alle libertà individuali, alle valutazioni dei singoli Stati, risultandone legittime applicazioni anche divergenti di tali norme, ma sempre in un quadro definito nei suoi contorni essenziali e invalicabili.

Il dibattito su queste tematiche, e sui modi di affrontarle, non è chiuso. Va comunque aggiunto che è stata la stessa Mireille Delmas-Marty -attrezzata, tra l'altro, a muoversi anche nel campo di una logica diversa da quella "binaria" del "sì/no" e dell'"aut aut", e particolarmente in grado, perciò, di approfondire la tematica del "compatibile" - a ribellarsi al volerla dipingere come fautrice della più capricciosa irrazionalità all'insegna di un'entusiastica ammirazione per un' "indeterminatezza" giuridica che diventasse senza limiti e senza freni. «Intendiamoci bene!» - affermava nella citata prolusione al *Collège de France*- «Dire che l'indeterminatezza è necessaria» (e lei lo aveva poc'anzi fatto, riferendosi particolarmente allo «stadio attuale» dei processi di

ricomposizione del diritto, collegati all'accentuarsi e al rimodularsi della sua internazionalizzazione) «non implica da parte mia né il suo elogio incondizionato né un patrocinare un diritto senza rigore. Al contrario, per avere dedicato un po' del mio lavoro allo studio della logica di gradazione detta "logica floue", io sostengo che l'indeterminatezza è un appello a una maggiore trasparenza nelle motivazioni e a un maggior rigore nel metodo. Perché non bisogna confondere indeterminatezza e arbitrio».

***

Tra le opere che portano la firma di Mireille Delmas-Marty la più recente è "*Une boussole des possibles – Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*", pubblicata nel 2020 (la traduzione italiana, a cura di Emanuela Fronza e Carlo Sotis, è uscita nel 2021). Al centro, la trasposizione della lezione tenuta nel 2011, a conclusione di quel quasi decennale insegnamento dell'autrice al *Collège de France,* che già abbiamo ricordato. Vi sono inserite robuste note di aggiornamento, comunque ben distinte dal testo, e soprattutto vi sono, anteposta, una breve ma densa premessa e, infine, un agile *post scriptum,* non meno interessante nella sua spiccata singolarità.
L'originario corpo centrale si snoda nell'articolata illustrazione di tre compiti, individuati come essenziali per un diritto "in divenire" e ricondotti ad altrettanti verbi emblematici. Il primo di essi è *resistere*: resistere *"*alla disumanizzazione", esemplificata con una ricchezza di riferimenti negativi che vanno da quelli alla legittimazione -o quantomeno alla tolleranza- di pratiche ignominiose da parte di Stati anche di lunga tradizione democratico-liberale, fino alle esasperazioni biotecnologiche come quelle che portano alla «predeterminazione dell'essere umano» (quali la clonazione ma, per certi versi, anche la procreazione assistita); peraltro, la "resistenza" è auspicata anche contro la tentazione, per certi versi opposta, di "criminalizzare tutto", non esclusa, nella critica, pure un'eccessiva dilatazione della categoria dei crimini contro l'umanità (di cui andrebbe preservata l'eccezionalità di previsione). Secondo verbo, *responsabilizzare,* avente quali destinatari diverse categorie di "attori globali", compresi gli Stati e i capi di Stato: con il che si prende atto, più che positivamente, della caduta del tabù della loro irresponsabilità penale ma senza tacere la denuncia della disumanità di esecuzioni capitali (tanto più se precedute da processi tutt'altro che rispondenti al paradigma del "*fair trial*" o addirittura realizzate in forma di dirette eliminazioni fisiche), anche se a carico di personaggi già autori o mandanti di crimini feroci e di gestione tirannica del potere e poi caduti nella polvere o braccati senza scampo. Infine, "*anticipare*"*:* anticipare «i rischi futuri», senza però cedere alla suggestione della paura (e qui ritorna, tra l'altro, il rifiuto della tendenza a fare, della "*sécurité*", un giustificativo di ogni sfregio alle libertà pubbliche). Il tutto, non senza che si tracci, *inter alia,* una distinzione, tra il primo dei tre compiti, più facilmente riportabile al «ruolo tradizionale del diritto: stabilire dei divieti», e gli altri due, che maggiormente implicherebbero, per il diritto, la capacità di sprigionare "forze immaginative". Concludeva il discorso quello che altri avrebbero probabilmente definito un sogno, e che l'oratrice preferiva enunciare nella forma dell'ipotesi -prudenzialmente avvolta da un "forse"- di un diritto, appunto, "in divenire", il quale potesse fare in modo «che la paura diventi solidarietà di fronte al rischio e che la responsabilità si apra alla speranza».
Quanto alla premessa che, redatta nel settembre 2019, si trova anteposta al testo suddetto, si apre e si chiude con esplicite conferme dell'attualità dei tre verbi che di questo avevano costituito l'ossatura e il cui concretarsi viene ritenuto dall'autrice sempre più fondamentale «nelle nostre società, caratterizzate dall'avanzare incessante della mondializzazione». Non ci si nasconde,

tuttavia, «l'impressione di essere precipitati in un altro mondo», e ci si spinge a chiedere «se sia ancora il caso di utilizzare un tono razionale e rassicurante» come quello con cui l'autrice stessa, a quel tempo, pur senza cedere a un troppo facile ottimismo, aveva preso congedo da colleghi e studenti; né si potrebbe «continuare a sostenere che l'umanesimo giuridico "comincia a divenire realtà"». Impietose, poi, le constatazioni della necessità di rivedere determinate certezze. Così, quella sull'irreversibilità di un sia pur lento progredire dell'integrazione europea; e più ancora, quella che, pur nella consapevolezza della fragilità intrinseca della democrazia, si nutriva circa la tenuta del «trinomio "democrazia/diritti umani/Stato di diritto" […] forte dei secoli che ci erano voluti per crearlo»: sarebbero «bastati pochi anni per smantellarlo senza che nessuno si allarmasse, a esclusione di qualche "anima bella", che continua a perseguire ideali di bontà e bellezza, oramai sacrificati in nome dell'unico obiettivo considerato legittimo: l'efficacia». Né mancano timori sugli eccessi della digitalizzazione (che potrebbe «arrivare addirittura a neutralizzare qualsiasi forma di ragione critica») e pungenti strali sono inviati contro le rinvigorite «correnti dette "populiste"», con una critica che denuncia anche l'illusorietà della fede nel «ritiro nel presunto rifugio dello Stato-nazione (*America first*)», come risposta alle più urgenti domande delle odierne società, laddove «la mondializzazione e le interdipendenze che la accompagnano [sono] irreversibili e in piena espansione». Com'era nello spirito di Mireille Delmas-Marty, neppure qui siamo dunque a una mera riverniciatura del "*déjà vu*" o all'autocompiacimento per un "ma io lo dicevo …": pubblicando un testo pensato e formulato quasi dieci anni avanti, l'autrice confessa che, «intenti ad analizzare le logiche giuridiche soggiacenti, non avremmo mai immaginato che gli effetti si sarebbero sviluppati così rapidamente, fino a portarci dove siamo oggi, anche se, di fatto, non ne eravamo poi molto lontani»; si limita a rivendicare di avere «già identificato vari segni premonitori, oggi più che mai attuali», trovando in ciò la spinta all'idea di fornire, ripescando quelle pagine, «un piccolo faro che prova a far luce su quanto accaduto».

Un ulteriore contributo, metodologicamente e graficamente più originale, lo fornisce il *post scriptum*, che così offre un'ulteriore prova della versatilità dell'autrice, anche nella scelta dei modi con cui comunicare pensieri e sentimenti. Intanto, vi si riflette la collaborazione con un artista, Antonio Benincà, il cui frutto tangibile è stata una scultura collocata all'interno del castello di Goutelas (edificio risalente ad epoca medievale che, intelligentemente restaurato, è divenuto, soprattutto su impulso di Paul Bouchet, marito della studiosa parigina, importante luogo di incontri scientifici e altre manifestazioni culturali). Raffigura il medesimo strumento -la bussola- che dà nome al libro: una bussola la quale, tuttavia, manca di polo magnetico; e del resto a un ventaglio di "possibili", al plurale, fa riferimento complementare il titolo dato al plastico così come al volumetto: torna dunque la predilezione per un pluralismo, da non lasciare peraltro al disordine più o meno costituito ...

Ne vuol far fede, per il lettore del libro, la schematica trasposizione grafica di quella "rosa dei venti" che nel plastico sta alla base della singolare bussola prodotta dall'artista, giacché qui ritroviamo, in una insolita forma comunicativa , la tendenza di Mireille Delmas-Marty ad affidare messaggi agli accostamenti di coppie di vocaboli (sintetizzanti dualismi valoriali più che meramente concettuali), frutto di una viva ricerca di vie per conciliare spinte, potenzialmente, e di fatto ordinariamente, confliggenti, che è venuta sempre più a segnare la sensibilità di questa giurista-umanista. Mediante una metafora tra "venti del mondo" e "venti dello spirito" -e, specificamente, venti della mondializzazione- agli estremi degli assi principali della rosa, verticale e orizzontale, troviamo le coppie libertà/sicurezza e competizione/cooperazione, mentre in subordine sono situate altre due coppie -innovazione/conservazione ed esclusione/integrazione- derivanti da intersezioni delle prime; così, «proiettata verso il cielo, la rosa terrestre diviene una

ronda aerea, una sorta di giostra o di grande caos in cui i venti si scontrano a due a due »; ma è la stessa Mireille Delmas-Marty ad attribuire funzione di «regolatori e riconciliatori», con «la vocazione di conciliare gli opposti», a una serie di princìpi «collocati al centro della nostra bussola»: «fratellanza, ospitalità, uguaglianza, dignità, solidarietà sociale, solidarietà ecologica, responsabilità, creatività ». Lo ha lasciato scritto lei stessa in un messaggio che è oggi impresso a tutte lettere, per evidenziarsi direttamente alla vista dei visitatori della scultura di Benincà, suggerendo che a far «ritrovare l'essenziale» sia il «ripensare il nostro rapporto col mondo in nome di tali princìpi», e così esemplificando: «che si tratti, di fronte alle migrazioni della coppia esclusione – integrazione, di fronte alla crisi sociale della coppia competizione – cooperazione, di fronte al cambiamento climatico della coppia innovazione – conservazione, di fronte alla pandemia della coppia sicurezza – libertà, in ogni caso la risposta giuridica non sarà duratura se non porta in sé un equilibrio sostenuto da tali principi».
Si può essere più o meno attratti dal simbolismo affidato a quelle immagini. Quello che abbiamo or ora trascritto è comunque un messaggio stimolante. E ulteriori messaggi, diretti o in filigrana, si possono ricavare, come già da altri osservato, da quest'ultimo libro, e in misura persino maggiore che dalle precedenti opere di Mireille Delmas-Marty, pur se parecchio si trova già, quantomeno *in nuce*, in qualcuna di esse: così, per riprendere testualmente ciò che ha scritto ancora Palazzo, ne scaturisce «che il più autentico obiettivo del diritto è la giustizia, e una giustizia che in ultima analisi -di nuovo ritorna l'eco pascaliana- si identifica con la pace»; ma viene altresì in risalto «la necessità di recuperare una dimensione del dovere, che significa in fondo uno spostamento dell'asse della nostra esistenza dal proprio io all'altro: in breve, la solidarietà come imperativo etico per non compromettere il processo di civilizzazione alimentato – pur tra cadute, regressi e soste – dallo slancio vitale dell'essere umano».
In ogni caso, non invitavano al pessimismo parole come quelle che, nelle righe finali del libro, possono anche leggersi come una specie di congedo da (ma non come rottura di) un ideale dialogo con un grande, e sempre crescente, pubblico di lettori: sì, «in questo XXI secolo in cui si parla solo di suicidio dell'Occidente, disintegrazione dell'Europa e collasso del pianeta, è più che mai necessario lanciare un'allerta», ma «non per questo, tuttavia, è il momento di rinunciare alla speranza».

***

Mireille Delmas-Marty si è spenta pochi giorni prima che tante speranze subissero un colpo durissimo a causa dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia, con il suo tragico seguito, non solo di quantità di morti e feriti in battaglia, ma di stragi e devastazioni a tappeto, di eliminazioni di inermi, di stupri di gruppo e altre atrocità sui corpi delle persone, di riduzioni in miseria di un gran numero di individui e di famiglie, di esodi di massa. E a colpire, nei nostri Paesi, è anche il fatto che sia l 'Europa a fornire lo specifico teatro di guerra, benché non si possa ignorare che questo non è l'unico tra quelli che in tutto il mondo offrono quotidianamente spettacoli analoghi e anche più spaventosi; né si può dimenticare che dentro gli stessi confini europei, pur dopo la conclusione della seconda guerra mondiale, conflitti bellici si erano pur già avuti (in particolare nei Balcani) e che dal 2014 una sorta di guerra strisciante -con unilaterali annessioni di territori (Crimea) e secessioni di regioni (Donbass)- già affliggeva le contrade nelle quali la "guerra-guerra", sia pur con l'etichetta di "operazione militare speciale", è poi divampata dal 24 febbraio di quest'anno. E, come in tutte le guerre, emerge altresì quella che il titolista di un quotidiano ha scolpito nell'ossimoro "malvagità dei buoni": volendo dirla in altro modo, meno efficace ma forse

più realistico, è l'allignare della disumanità, talvolta, anche tra coloro i quali stanno "dalla parte giusta": sia perché l'*à la guerre comme à la guerre* può indurre a non andar troppo per il sottile nel reclutarvi combattenti che forse definire "buoni" è un po' azzardato; sia perché -ed è forse l'aspetto più angosciante- in certi scenari può diventare irresistibile, persino in chi è partito con la volontà di non lasciarsi incastrare dalla logica dell'odio, la tentazione -non aliena dal presentarsi nelle forme dell'esigenza ineluttabile- di opporre orrore a orrore.
Non è questa la sede -né avrei io la competenza per farlo- per cercare di cogliere con reale cognizione di causa motivi, sviluppi e prospettive di una vicenda in continua evoluzione, dentro e attorno a un groviglio di interessi anche privati (i guadagni stellari degli investimenti nel mercato delle armi …), di coinvolgimenti diretti o indiretti, stabili o contingenti, di alleanze rafforzate o rovesciate, conclamate o sotterranee, più contro che a favore di qualcuno. Una sollecitazione a non chiudere questo ricordo di Mireille Delmas-Marty con la sola e amara constatazione di una smentita postuma alla speranza mi è tuttavia venuta da un brano di quella stessa "prima lezione" al *Collège de France*, già più volte citata. E mi sono permesso di raccoglierla, pur cercando di non farmi invischiarmi in troppo facili "chissà che ne direbbe lei …".
Pure in quegli anni, specialmente a seguito degli eccidi terroristici dell'11 settembre 2001 e dei loro contraccolpi, larga parte del mondo era immersa in un'atmosfera pesantissima; e in particolare la data prestabilita per tale lezione, 20 marzo 2003, venne a coincidere con quella in cui prese avvio l'invasione dell'Iraq da parte dell'aviazione di quattro Paesi (Stati uniti, Regno unito, Australia e Polonia), legati con molti altri in una più ampia coalizione multinazionale. Erano falliti i tentativi portati avanti soprattutto dal Governo statunitense e volti ad ottenere dall'O.N.U. legittimazione all'uso della forza a fronte di una serie di addebiti mossi al regime dittatoriale di Saddam Hussein, tra i quali quello di detenere armi di distruzione di massa (peraltro contestato, quest'ultimo addebito, anche da parecchi alleati degli Stati uniti, e rivelatosi poi privo del supporto di prove sufficienti); e proprio quel mattino avevano preso autonomamente il via i raid aerei dei "volenterosi". Ebbene, giunta all'epilogo della lezione l'oratrice cominciava con l'affermare che «in questi tempi di discordia l'appello alle forze immaginative del diritto è più che mai necessario», per rivendicare poi con orgoglio, in un «giorno in cui il diritto sembra cedere il passo alla forza» e si constata l'avvento di «una nuova età del ferro», di aver posto il suo insegnamento al *Collège* «sotto il segno del ritorno di Astrea», mitica dea di una giustizia associata all'idea della pace, specialmente dagli umanisti del Rinascimento europeo, come rilevava un precedente passaggio della medesima prolusione.
Linguaggio e metafore risentono della solennità della sede e dell'occasione. Ma proprio quello che può apparire come il più ricercato tra i preziosismi del discorso -la scelta di quel nome, Astrea, fuori di lì sconosciuto ai più- non merita di essere ridotto a mero prodotto della volontà di esibire, a profitto di un pubblico particolare, vasta erudizione e raffinato gusto estetico. Astrea, appunto. E non il più consueto sinonimo, Dike, oppure la madre, Temi. È quel nome, infatti, e non altri, a esprimere in sé stesso (già in lingua greca) un riferimento alle stelle e dunque una specifica idoneità a sintetizzare la leggenda -quantomai aderente a una realtà che anche in quel momento si stava ripetendo- la quale descrive la giustizia come una vergine rifugiatasi lassù per sfuggire alle violenze e ai tradimenti patiti ad opera degli abitanti della terra. Non, dunque, l'idilliaca celebrazione di un'imperturbabile dispensatrice, da un solido seggio e secondo canoni indiscussi, di condanne e assoluzioni; piuttosto, un'implicita sottolineatura della fragilità di quel personaggio e dei valori che questo rappresenta, degli ostacoli e delle opposizioni che ne incontra l'operare, del lavoro di ricerca, d'inventiva e di confronti/scontri attraverso il quale la gestazione delle sue sentenze deve passare, nonché -mi permetto di aggiungere, sperando di non eccedere troppo nella

personale lettura interpretativa di un'immagine non mia- delle fatiche che possono rendersi necessarie perché il genere umano ottenga un non troppo effimero "ritorno di Astrea" dopo ogni forzato esilio. Circa, poi, l'identificazione di Astrea come personificazione, non solo della giustizia, ma anche della pace, essa ci ricorda che ieri come oggi, come domani, non c'è vera giustizia senza pace, così come non ci può essere vera pace senza giustizia.
Si è poi visto che le operazioni belliche, iniziate con il raid aereo del 20 marzo 2003 e passate globalmente alla storia come "Seconda guerra del Golfo", si sarebbero concluse, sul piano militare, con un successo abbastanza rapido degli attaccanti, favorito anche dall'appoggio attivo di minoranze, come quella curda, vessate dal partito baathista allora al potere in Iraq, oltre che dalla scarsa, e poco convinta, resistenza delle forze armate di quest'ultimo. Assai meno positive le conseguenze. Soppressa, sì, la dittatura, ai cui massimi esponenti, d'altronde, non fu, per lo più, risparmiata la pena capitale (rifiutate, in precedenza, anche le sollecitazioni a rimettere i giudizi a un tribunale internazionale autenticamente imparziale). Non assente, inoltre, nella pratica del regime di occupazione, neppure l'uso della tortura. Il ritiro degli occupanti ha poi lasciato un Paese dotato sì di forme istituzionali modellate su quelle delle democrazie ma dilaniato da lotte senza esclusione di colpi tra fazioni, per lo più a base etnica o confessionale. Insomma, neppure lì è "tornata Astrea". Del resto, non era per quella via che qualcuno poteva sinceramente credere che ciò avesse da accadere. Certamente, non mostrava di crederlo Mireille Delmas-Marty.

***

Dal confronto tra la guerra del 2003 e quella del 2022 balzano agli occhi alcune differenze. Anzitutto, vi è che stavolta ad impersonare, non l'aggredito ma l'aggressore, è un autocrate che -oltre a palesare una concezione imperiale del rapporto della Russia (e suo) con il mondo, e a far leva sul nazionalismo per suscitare un consenso di marca populistica, garantito anche dallo strettissimo controllo sui mezzi d'informazione- mette abitualmente in carcere gli oppositori (quando non succede loro qualcosa di peggio). A governare il Paese invaso non è invece un regime dittatoriale sul tipo di quello che a suo tempo dominava a Bagdad, benché neppure la democrazia ucraina sia senza ombre e soprattutto non sia stato senza ombre il trattamento, specialmente da parte dei suoi precedenti governi, della minoranza russofona; né, dunque, possano dirsi del tutto immuni da corresponsabilità, quei governi, circa le cause delle secessioni che hanno fatto da prodromo al successivo intervento delle truppe russe (non era irreprensibile nemmeno il trattamento che negli anni trenta del secolo scorso subivano in Cecoslovacchia i tedeschi residenti nei Sudeti, ma chi non coglie che quello fu soltanto un pretesto, per Hitler, al fine di giungere -tramite l'invereconda e tragica pantomima a quattro del Patto di Monaco del 1938 con la Francia, la Gran Bretagna e l'Italia mussoliniana- ad annettersi quella regione e poi a spazzar via brutalmente lo stesso Stato cecoslovacco?). In ogni caso, nell'Ucraina del 2022, diversamente che nell'Iraq del 2003, la partecipazione collettiva alla resistenza all'invasione -a smentita di chi confidava in un facile successo del *Blitzkrieg*, con defezioni di schiere di uomini in divisa e una quasi totalitaria corsa di cittadini ad aprire porte e a fraternizzare con i "liberatori"- è stata, da subito, coralmente convinta e non priva di adesioni persino all'interno della suddetta minoranza. Dati, tutti, che orientano, non solo a giudicare ancor più severamente l'aggressione di oggi rispetto a quella che Mireille Delmas-Marty giustamente stigmatizzava allora, ma a ritenere non solo legittima ma moralmente doverosa la prestazione, dall'esterno, di efficaci sostegni a quella resistenza: il lasciare l'aggredito a reggere da solo l'urto dell'aggressore, stante la sproporzione di mezzi a disposizione dei contendenti, finirebbe presto col costringere il primo all'alternativa

obbligata tra l'accettazione di qualsiasi diktat e la progressiva distruzione del Paese. È il "soccorso difensivo", anche armato, a supporto di quel «diritto naturale di autotutela individuale o collettiva» di cui parla l'art. 51 dello Statuto delle Nazioni unite, e che non trova un ostacolo assoluto neppure nell'art. 11 della nostra Costituzione, dove il "ripudio" della guerra è formulato soltanto con riferimento all'uso della medesima «come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali»; non, appunto, come sostegno a una sorta di "legittima difesa" collettiva.

Tuttavia, meno ancora che nei conflitti interindividuali legittima difesa e soccorso difensivo possono diventare, nella loro estensione a scenari più vasti, "licenze ad uccidere" dilatabili a piacimento. Ed è la percezione del rischio che ciò accadesse, ad essersi da subito contrapposta, o più spesso intrecciata, con i dati e le sollecitazioni di cui sopra, tra la gente comune e in parte anche tra i detentori di poteri decisionali nei Paesi che si è soliti accomunare nell'aggettivo "occidentali": temendosi, non a torto, continui incentivi a un ulteriore, e chissà quanto prolungato, accumularsi di lutti, devastazioni e altre atrocità. A complicare ulteriormente prospettive, valutazioni e atteggiamenti concreti di governanti e opinioni pubbliche in ogni parte del mondo e particolarmente in Europa, è poi tornata a farsi potentemente tangibile l'eventualità di un angosciante deflagrare degli eventi, come da tempo non accadeva e come, in particolare, non era accaduto all'epoca dell'invasione dell'Iraq: è la possibilità che dal conflitto locale divampi l'incendio planetario di una terza guerra mondiale tra due blocchi, *grosso modo* corrispondenti -a prescindere dai rispettivi supporti ideologici, a loro volta in larga parte inediti- a quelli della guerra fredda della seconda metà del novecento; e, strettamente connesso, è ritornato a farsi sentire vicino l'incombere di un ricorso all'arma nucleare, già fatto balenare da più parti senza che sia facile capire se si tratti di minacce autentiche o di bluff (la seconda ipotesi non molto meno inquietante della prima, giacché anche il solo scherzare col fuoco può provocare, direttamene o per reazione, incendi dagli esiti catastrofici).

Palpitante espressione di una pervasiva sensibilità per questi aspetti del dramma collettivo il "fermatevi!", più volte pronunciato anche da Papa Francesco ma soprattutto fatto proprio, per strade e piazze di tutto il mondo, da folle di persone, largamente portatrici di sincere e lucide istanze non-violente, manifestatesi attivamente (seppur per lo più ignorate dai *media*) anche in Ucraina, quantomeno come complementari, e non in contraddizione, con le altre forme di resistenza. Mentre si scrivono queste note, più ancora che inascoltato, il grido appare oltraggiato dall'intensificarsi delle operazioni belliche, innanzitutto da parte del suo primo e più "naturale" destinatario, ossia da chi la guerra l'ha scatenata; e senza un primo passo da quella parte è difficile pensare che di risposte positive ne potessero e ne possano venire dall'altra, anche perché il grido stesso sarebbe snaturato se fatto valere, nella sostanza, come perentoria richiesta di resa alla prepotenza. A preoccupare -pur in un panorama comunicativo che, condizionato da vere o supposte esigenze di propaganda, induce, per reazione, a non prendere mai troppo alla lettera nessun segnale verbale, da quelli più rassicuranti a quelli più allarmanti - è però che sempre più l'obiettivo di una "vittoria totale sul campo" (e con l'occhio anche al di là dei pur già ampi confini dell'attuale teatro di guerra) stia diventando, per entrambi i contendenti e per buona parte dei loro rispettivi alleati, il vero obiettivo da perseguire: così facendosi più problematico per tutti il contenere il supporto di tipo militare alla resistenza del popolo aggredito nei limiti di un soccorso autenticamente ed esclusivamente "difensivo", e -secondo una dinamica simile a quella attribuita alle "sanzioni", di natura prevalentemente economica, adottate a carico della Federazione russa e di suoi esponenti di spicco- volto essenzialmente a persuadere l'avversario a seri negoziati in vista di non effimeri e fittizi "cessate il fuoco" e poi di una pace equa.

***

Un quadro, insomma, fattosi, negli oltre due mesi trascorsi dall'attacco iniziale, per certi versi, ancora più fosco. E a rasserenarlo non serve molto neppure il guardare a parole, atti, gesti, venuti in questi mesi da soggetti particolarmente qualificati per farsi voci del diritto e della giustizia internazionali in vista della promozione della pace e della coesione tra i popoli, la cui presenza è forse quella che può sollecitare maggiormente un'attenzione in questa sede. In proposito, non può dirsi che sia mancata del tutto l'offerta di energie rientranti in (o assimilabili a) quelle nelle quali confidava l'autrice de "*Les forces imaginantes du droit*", ritenendole indispensabili soprattutto nei tempi duri in cui, di energie, molte ne dispiega, dal canto suo, la forza bruta; ma il bilancio resta piuttosto magro.
Ridotto alla paralisi si è palesato il vertice dell'O.N.U, così come ogni volta che viene messo di fronte a comportamenti discutibili di qualcuna delle "Grandi potenze": a confessarlo amaramente, proprio da uno tra i luoghi su cui più si è abbattuta dal 24 febbraio la furia bellica, lo stesso Segretario generale delle Nazioni unite, sottolineando come ancora una volta il Palazzo di vetro non sia «riuscito a prevenire e a porre fine» a una guerra tanto devastante. Causa principale -o, forse, soltanto espressione macroscopica di squilibri più complessi- il peso del potere di "veto", esercitabile, sempre e soltanto, da ciascuno dei cinque membri permanenti di quel Consiglio di sicurezza, cui lo Statuto dell'Organizzazione volle fosse conferita «la responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale».
Un po' più chiaroscurale il quadro si fa se lo si allarga ad altri soggetti della cooperazione mondiale o "regionale".
Così, almeno a prima vista, non è cosa da nulla che il 16 marzo tredici dei quindici membri della Corte internazionale di giustizia (ossia dell'organo delle Nazioni Unite specializzato per la risoluzione di controversie internazionali) abbiano votato un ordine giuridicamente impositivo alla Russia, tra l'altro, di sospendere immediatamente le operazioni militari in corso sul territorio ucraino. Niente da sopravvalutare, certamente. La motivazione che sorregge il provvedimento è piuttosto guardinga, riflettendo del resto il carattere meramente cautelare del medesimo. Non, dunque, la definitiva censura di un illecito già indiscutibilmente accertato, ma la constatazione della mancanza di prove di un genocidio in atto a danno dell'etnia russofona nelle regioni sudorientali dell'Ucraina, con la conseguente deduzione che questo Stato aveva e ha «un diritto plausibile a non essere oggetto di operazioni militari da parte della Federazione Russa». Purtroppo, l'ordine, com'era assolutamente prevedibile, è rimasto ineseguito, mancando alla Corte il supporto di una forza di polizia in grado di opporsi efficacemente alla sua inosservanza; ed essendo altrettanto prevedibile che eventuali iniziative promosse in sede O.N.U. per forzare all'obbedienza il Governo destinatario dell'ordine sarebbero state bloccate dal veto, nel Consiglio di sicurezza, del rappresentante di questo stesso Governo. Niente caschi blu, insomma. Di quel provvedimento resta un alto valore simbolico, per l'autorevolezza del soggetto che lo ha emesso. E, se i voti contrari del solo giudice russo e del solo giudice cinese possono far pensare che pure qui, ad essere determinanti siano state, anche dall'altra parte, mere logiche di schieramento, a smentire *per tabulas*, almeno parzialmente, il sospetto è la pluralità delle "opinioni separate", che hanno contrappuntato la comune "concordanza" di tutti gli altri giudici quanto alle conclusioni.

***

Maggiore risalto ha avuto la notizia dell'avvio, ad opera della Procura presso la Corte penale internazionale, di un'indagine su crimini di guerra e crimini contro l'umanità: atrocità i cui riscontri oggettivi sono stati abbondantemente posti sotto gli occhi di tutti dai mezzi di comunicazione ma le cui responsabilità soggettive restano da accertare in quei dettagli che soli possono fondare un'imputazione penale. Irta di difficoltà la strada per giungere a quel giudizio davanti a questa Corte, improntato alle regole del *due process of law*, il cui svolgimento dovrebbe rappresentare l'obiettivo "naturale" dell'iniziativa; e tutt'altro che sicuro è che ci si riesca davvero ad arrivare; tantomeno sicuro, poi, che *ceteris paribus* (vale a dire, senza profondi rivolgimenti negli assetti politico-istituzionali dei Paesi coinvolti) si possano eseguire eventuali provvedimenti cautelari ed eventuali condanne contro coloro che venissero riconosciuti come maggiori criminali. Qui non è questione di veti in Consiglio di sicurezza (la Corte penale e la relativa Procura, che pur sono state istituite su iniziativa e con il patrocinio dell'O.N.U., non ne sono veri propri organi). È la mancanza di supporti operativi a loro diretta disposizione, e la correlativa necessità di affidarsi completamente, al riguardo, alla cooperazione degli Stati, che rendono tutto particolarmente difficile, essendo, tra l'altro, escluso, dallo Statuto della Corte, che possa procedersi in contumacia. Tuttavia, dalla potenziale emissione di mandati d'arresto potrebbe venire, anche di fatto, limitata, per chi ne fosse oggetto, la possibilità di compiere viaggi all'estero, stante il rischio di un'esecuzione di tali misure nei Paesi che non rifiutino la collaborazione agli organi della giustizia penale internazionale. Comunque è già qualcosa cheun'indagine si sia potuta aprire, quantunque Russia e Ucraina non siano Parti dello Statuto della Corte penale internazionale (avendo giovato in proposito l'adesione della seconda, seppur limitatamente ai crimini commessi sul suo territorio). Ed è importante che ad essersi messo in moto sia stato un organo indipendente, incaricato di raccogliere e vagliare imparzialmente ogni possibile documentazione e di compiere accurati accertamenti: tutt'altra cosa, insomma, dai frettolosi verdetti, impropriamente formulati sull'onda del solo -e pur generale e indiscutibile- raccapriccio davanti a tanti obbrobri.

Altro segnale significativo è venuto dal Consiglio d'Europa, vale a dire dalla più antica fra le istituzioni del continente dirette a favorire la pace e la coesione tra i popoli, e non totalmente svuotata di ogni rilievo neppure dalla nascita e dalla crescita della UE (dalla quale ultima la Russia, come del resto vari altri Stati europei, è sempre rimasta fuori). Dato il valore fondante che la *rule of law* e il rispetto dei diritti umani hanno avuto e hanno per quell'organismo, a sorprendere non può essere che di esso la Federazione russa non faccia più parte dal 16 marzo, ma semmai il modo tortuoso in cui si è arrivati a tanto, passando per un incrocio di mosse tattiche -o, se si preferisce, di reciproci tentativi di gioco d'anticipo- tra la predisposizione e l'emanazione di un provvedimento sanzionatorio, ai sensi di precise previsioni statutarie, e un ritiro volontario: il tutto, peraltro, quasi a ricalco di una vicenda che più di cinquant'anni or sono (era il 1969) vide, quale antagonista del Consiglio, la "Grecia dei colonnelli", ossia il dispotico regime di una cricca installatasi al potere nel Paese già culla della democrazia. Allora come ora, la conclusione appariva, in ogni caso, pressoché obbligata. Fuori luogo, però, sarebbe trarne un motivo di esultanza, giacché -per limitarci alla vicenda attuale- tale fuoruscita ha almeno un paio di contraccolpi negativi, proprio dal punto di vista dei valori in nome dei quali essa si è realizzata: comporta infatti il venir meno della possibilità di un dialogo non meramente occasionale tra autorevoli esponenti di culture giuridiche diverse all'interno di una struttura quale quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, che del Consiglio d'Europa è organo di non secondaria importanza e si colloca tra i più adatti a favorire la reciproca conoscenza -e, fin dove possibile, la reciproca comprensione e l'avvicinamento- degli orientamenti culturali sottostanti ai rispettivi modi di concepire e di vivere il diritto e la giustizia; e, soprattutto, lascia senza una qualificata sede

di tutela le doglianze di un gran numero di persone fisiche e giuridiche contro repressioni e soprusi, la cui denuncia aveva spesso trovato udienza a Strasburgo.
Di maggiore risonanza, ma di minore rilievo pratico, un provvedimento, di analogo tenore, successivamente decretato (il 7 aprile) dall'Assemblea generale delle Nazioni unite: si tratta della sospensione della Russia dal Consiglio dell'O.N.U. per i diritti umani, organo dotato di competenze assai limitate ed al quale è stata spesso addebitata la tendenza a far giocare, nelle risoluzioni, considerazioni di carattere politico più che giuridico, come invece la sua denominazione parrebbe imporre. Del resto, è stato giustamente osservato come sia a dir poco paradossale il fatto che di quel Consiglio la presidenza resti conferita all'Arabia saudita, non certo un campione da portare ad esempio per attenzione, cura e salvaguardia degli *human rights* ... Si è d'altronde notato che la maggioranza dei voti a favore della risoluzione è stata alquanto inferiore a quelle che in due precedenti occasioni avevano sostenuto altrettante risoluzioni di mera condanna della Russia per quanto accaduto a partire dal 24 febbraio.
Quanto alla presa di contatto che il Segretario generale dell'O.N.U., António Guterres, ha voluto avere negli ultimi giorni di aprile sia con il presidente russo sia con quello ucraino, sfidandoscetticismi e diffidenze, l'aspetto più apprezzabile sta forse nella già citata, sincera ma amara, confessione d'impotenza, formulata avendo nelle orecchie il rumore dei missili russi lanciati sulla città di Kiev proprio a pochissima distanza dal luogo in cui lui si trovava a colloquio, reduce dal viaggio a Mosca. Gli va inoltre dato atto che le sue non sono state soltanto rituali visite di protocollo. In particolare, ne è venuto un appello comunque coraggioso -lanciato con gli occhi su prove inconfutabili del dato oggettivo della commissione di crimini gravissimi- per una cooperazione, anche da parte della Russia, alle relative indagini nella sede competente; e non importa se al momento la sollecitazione appaia lontanissima dalla probabilità di essere raccolta seriamente.
Rimanendo, poi, il dubbio che la parte più rilevante dell'impegno di questo ideale costruttore di ponti si sia svolta e si svolga sottotraccia, non va taciuto che Guterres è ripartito per New York avendo ottenuto l'assenso delle due parti alla partecipazione dell'O.N.U. stessa e del Comitato internazionale della Croce Rossa a una tra le più delicate operazioni di evacuazione di civili da zone pericolosissime. Una goccia d'acqua, in un immane inferno ancora bruciante, ma a volte è già molto il pochissimo. Ed è semmai sconcertante, al constatare nuovi ostacoli, ritardi e voltafaccia *de facto*, che neppure tregue e corridoi umanitari davvero "garantiti" possano farsi realtà -benché promossi e asseverati da soggetti del genere- prima di essere diventati totalmente o parzialmente inutili perché nel frattempo le persone da aiutare hanno continuato a morire.

***

In chiusura, mi sono permesso di prendere a prestito tre immagini, a loro volta tali da colpire fortemente i sentimenti. Le abbiamo, esse pure, potute vedere e rivedere, in queste settimane, sui teleschermi e sui giornali. Non hanno a che fare, almeno direttamente, con i legami interni alla triade che ha fornito il filo rosso per buona parte di questo ricordo di Mireille Delmas-Mart (diritto, giustizia, pace); ma mi prendo ugualmente questa libertà, perché mi sembra che con intensità particolare possano esprimere delle "visionarietà" positive, anche se non identiche a quelle di questa giurista/umanista, e contribuire a non far perdere del tutto quella speranza nell'umanità, che si è visto non esser venuta meno a lei neppure a conclusione dell'ultima sua fatica editoriale, pur necessariamente venata dalla constatazione di tanti disinganni.

La prima immagine mostra la Piazza Rossa, con l'intervento della polizia moscovita contro persone inermi. Gente colpevole di alzare rudimentali cartelli con su scritto -preceduto da un "*nyet*" ("no")- il vocabolo "*voyne*/guerra", messo dalle autorità in una lista di proscrizione vietandosene l'uso, sotto pena di sanzioni severissime, se esplicitamente o implicitamente allusivo all'"operazione militare speciale" condotta in Ucraina. O colpevole anche soltanto di esibire un fiore o di sventolare un foglio interamente bianco.
Semplici parole, semplici gesti, persino semplici silenzi. Ma fanno egualmente paura e -non meno delle altrettanto coraggiose sfide di giornalisti che riescono ancora a fornire al popolo russo lampi di un'informazione veritiera- sono comunque intollerabili dal potere, che risponde anche così; e il coraggio di chi sfida i divieti non sembra servire a nulla, sul momento: se avrà una carica dirompente, sarà a lunga gittata, com'è nello stile dei visionari. C'è chi ha scorto qui un'analogia con certe sortite dei movimenti clandestini operanti tra gli anni Settanta e gli anni Ottanta del secolo scorso in varie parti dell'Est europeo. Tra essi uno ve n'era, significativamente evocativo di un'altra parola-simbolo, "Carta", capace di sintetizzare da sola un complesso di rivendicazioni tenute insieme dal convergere nel comune riferimento alla questione dei diritti umani. Nato e cresciuto in Cecoslovacchia, si chiamava appunto "Charta 77", così intendendo farsi cassa di risonanza, oltre che di "storici" documenti dell'O.N.U., di uno, più specifico e più recente, diffuso nel 1975 quale "Atto finale" di una Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (alla quale avevano partecipato anche l'Unione sovietica e i Paesi cosiddetti "satelliti"), conosciuto anche come "Carta di Helsinki": frutto di evidenti compromessi, quel testo, agli occhi di chi viveva al di qua del "Muro di Berlino", appariva, in sé, tutt'altro che idoneo a fissare uno standard davvero adeguato di tutela minimale di quei diritti. Eppure, all'attività di movimenti come quello, e al simbolo preso ad emblema, si dovette poi riconoscere il ruolo di uno dei fattori che -insieme, tra gli altri, agli sviluppi, disastrosi per l'URSS, di un'altra "operazione speciale militare", quella in Afghanistan- contribuirono a creare e a nutrire un humus favorevole all'incruenta rivoluzione di Gorbaciov e alle sue ripercussioni in tutto quello che era stato l'Impero sovietico.
Nessuno può sapere se, *mutatis mutandis*, qualcosa di simile abbia prima o poi a ripetersi. Nondimeno, se ciò dovesse accadere -e, sperabilmente, evitando le cadute dalla padella nella brace originatesi con lo sviamento di quella rivoluzione- tra i primi a dover essere ricordati sarebbero quegli sconosciuti "visionari" che nel tardo inverno del 2022 lanciarono sfide votate all'insuccesso immediato e sul momento gravide di conseguenze (pesantissime) soltanto a loro carico.

***

Come si è già avuto occasione di segnalare, tra i princìpi individuatori di altrettanti poli della sua ideale "rosa dei venti" Mireille Delmas-Marty ha inserito quello di "solidarietà". Ed è palese che il concetto vi è usato in un significato assai più ampio di quando viene impiegato, come da tradizione, nel settore del diritto delle obbligazioni civili. Un significato, insomma, più simile a quello che ha ispirato l'art. 2 della nostra Costituzione, il quale, con un ventaglio di qualificazioni ("politica, economica e sociale"), giunge a fare della "solidarietà" il referente comune e basilare di "doveri inderogabili" il cui adempimento è richiesto nel medesimo contesto in cui trovano riconoscimento e garanzia i "diritti inviolabili dell'uomo".
È appunto espressione tra le più tangibili e non retoriche di solidarietà la seconda immagine. Quella processione di convogli umanitari che si è vista snodarsi sin dai primi giorni posteriori all'apertura delle ostilità per raggiungere l'Ucraina o le regioni di confine al fine di portare cibo, medicinali, tende, coperte e altri generi di prima necessità, nonché a recare diretta assistenza sanitaria a

centinaia di profughi in fuga: opera, in larga parte, di persone e gruppi del volontariato, dispiegatasi comunque nell'insieme in misura superiore al prevedibile. Indispensabili, sicuramente, altrettanto da subito coordinamento e assunzione di responsabilità istituzionali, anche ad evitare danni o sprechi da parte di qualche generoso ma inesperto dilettante e, più ancora, sfruttamenti della situazione da parte di qualche cinico profittatore; ma soprattutto al fine di procurare e di garantire, sia nell'immediato sia là dove necessario dopo la prima assistenza, un'accoglienza effettiva, dignitosa e altrettanto disinteressata. Inaccettabile, invece, che all'insorgere -in atto o prevedibile- di problemi di convivenza e di equità nella distribuzione di risorse, trovi seguito l'odiosa distinzione pregiudiziale, già lanciata o rilanciata da qualcuno, tra questi "profughi autentici" e la gente che "arriva sui barconi". In ogni caso, però, quel primo impulso è valso a dimostrare che ci sono ancora energie capaci di muoversi con altruismo, a prescindere da obblighi giuridici o sociali e da ricompense. E non ha molta importanza che, se pure in questo caso si vuol parlare di "forze immaginative", creative, inventive, esse non scaturiscono da alcune regole di diritto, sia pure "indeterminata".

La terza immagine è quella di due coppie di mani femminili, intrecciate a reggere il legno di una Croce. Il cammino che le due donne percorrono è quello della tredicesima tappa della Via crucis del Venerdì Santo di quest'anno al Colosseo e segna la deposizione del corpo del Crocifisso e la sua consegna alla Madre. Il gesto, però, nella sua specificità, racchiude più di un simbolo che va al di là del messaggio che le qualificazioni della "stazione" di per sé vogliono implicare. La fede che esprime è in un Dio, non supporto di egoismi, nazionali o d'altro genere, ma promotore di pace e di perdono reciproco, e d'altra parte si fonde con quella in una fraternità solidale, sentita e vissuta anche da quanti si è soliti qualificare (ed essi stessi per lo più si qualificano) come "non credenti". È, però, anche, e forse soprattutto, simbolo di un farsi, la solidarietà, ancora più stretta nei momenti del dolore, proprio o altrui, e quando tutto, attorno, mette maggiormente in evidenza i motivi di divisione, di lotta, di guerra.

Come si sa, non è stata la recita di due attrici. Le due donne sono legate da tempo da un'amicizia, cresciuta e vivificata anche dallo svolgimento di un comune impegno di lavoro a beneficio degli infermi. Due amiche, dunque: benché …, verrebbe da dire, ma il loro gesto -silenzioso e circondato dal silenzio, in risposta anche a certe reazioni, scandalizzate e rumorose, all'annuncio che ci sarebbe stato- deve appunto far evitare i "benché". Semplicemente, una è russa e l'altra ucraina. E per ciascuna di loro l'appartenenza al proprio popolo, per nulla rinnegata o minimizzata, come non incrinava prima, così non incrina ora, una salda amicizia; né induce a nasconderla; anzi, spinge a manifestarla, sfidando ire e reprimende dei rispettivi "nazionali".

In ogni caso, è stato un gesto esemplare, il quale si aggiunge, con la sua originalità, ai tanti che in questi mesi hanno offerto intellettuali, artisti e gente comune, allestendo e partecipando a incontri, concerti, spettacoli, mostre e altre manifestazioni per ribadire la fratellanza tra due popoli messi uno contro l'altro da una guerra insensata; e insieme per ribadire il valore unificante -nel senso, però, dell'"unità dei distinti"- della cultura e dell'arte, lasciando a qualche piccola mente il pregiudizio che in momenti come questo fosse opportuno mettere in parentesi programmi nei quali comparissero nomi come quelli di Dostoievskij o di Ciajkovskij.

Con riferimento ad altri problemi e ad altri contesti Mireille Delmas-Marty -come già si è ricordato- ha coniato un'espressione audace ma efficacissima: "sovranità solidale", contrapposta a una cupa "sovranità solitaria". È una forzatura scorgere, nel gesto di quelle mani intrecciate, qualcosa di non lontano dall'idea che ha ispirato quell'ossimoro?

LA CONCEZIONE DELLA RECIDIVA IN GIACOMO MATTEOTTI (*)

Di Donato Castronuovo
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Ferrara, Direttore del Centro Macrocrimes - Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara

Il contributo è dedicato alla ricostruzione della nozione della recidiva nel pensiero di Giacomo Matteotti alla luce delle concezioni politiche e giuridiche del primo Novecento e nel contesto del dibattito tra le Scuole penalistiche. Le brevi considerazioni che seguono permettono di identificare i tratti moderni e ancora attuali del pensiero penalistico matteottiano in tema non soltanto di recidiva ma, più in generale, con riferimento ai fondamenti del punire.
The contribution is focused to the reconstruction of the notion of recidivism in Giacomo Matteotti's thought in the light of the political and juridical conceptions of the early twentieth century and in the context of the debate among the penal Schools. The short considerations that follow allow to identify the modern and still topical features of Matteotti's penal thought not only on the subject of recidivism but, more generally, with reference to the foundations of punishing.

1. Nell'approssimarsi alla figura di Giacomo Matteotti, stupiscono «*la complessità e la ricchezza della formazione*» umana, culturale e politica. Ci si avvede sin da subito, peraltro, del «*ruolo preminente e fondante degli studi giuridici*» nella formazione di una personalità che merita una posizione di primissimo piano nel *Pantheon* ideale dell'Italia antifascista. E tuttavia, quello del "Matteotti giurista" sembra un profilo tanto centrale quanto, forse, «*non [...] adeguatamente valorizzato*»[1].
Dire "Matteotti giurista" significa, come noto, parlare del "Matteotti penalista"; o meglio: dello studioso di diritto e procedura penale. Un penalista *sui generis*, senza dubbio. Come nota Stefano Caretti, la Sua produzione penalistica, risalente, in fondo, soltanto ai due bienni 1910-11 e 1917-19, sarà tutto sommato numericamente esigua, ma nondimeno assai apprezzata da giuristi contemporanei di diversa estrazione[2].
Allievo di Alessandro Stoppato, Matteotti, nella Sua «*breve ma intensa esperienza scientifica*», resterà pur sempre attaccato ai principi di garanzia, in perfetta continuità con la tradizione del pensiero giuridico liberale, ma li declinerà, quei principi, in guisa da conservare alla legalità, alla

(*) Testo della relazione, con l'aggiunta delle note, svolta al convegno "Giacomo Matteotti fra diritto e politica", organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, dalla Casa Museo Giacomo Matteotti (Fratta Polesine - Rovigo) e dall'Accademia dei Concordi (Rovigo), svoltosi a Rovigo il 19 novembre 2021. Il testo è destinato al volume che, a cura di D. Negri, raccoglierà gli atti del medesimo convegno (in corso di pubblicazione per i tipi di Cierre edizioni, Verona).

[1] Tra i penalisti (sostanzialisti), sono di tutto rilievo le attente riflessioni svolte, "in due tempi", da Alberto Gargani, alle quali queste mie brevi annotazioni sono ampiamente debitrici: A. Gargani, *La visione 'socio-criminologica' della recidiva nel pensiero di Giacomo Matteotti*, in IP 2002, 1247 ss.; A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo (a proposito degli* Scritti giuridici *di Giacomo Matteotti)*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 2003 n.32, 551 ss. A questi due contributi si rinvia sin da adesso, anche per gli accurati riferimenti bibliografici. Per le citazioni riportate sopra nel testo tra virgolette, *op. ult. cit.*, 551.

[2] S. Caretti, *Introduzione*, in G. Matteotti, *Scritti giuridici*, a cura di S. Caretti, tomo I, Pisa 2003, 7 s. Alla medesima *Introduzione* si rinvia anche per la puntuale ricostruzione della "storia" dell'attività scientifica di Matteotti, nonché per gli opportuni ragguagli bibliografici.

certezza del diritto e all'eguaglianza un rilievo preminente nel progetto politico riformatore di stampo socialista di cui sarà, tra gli anni Dieci e Venti, un promotore di spicco[3].
Si riscopre, allora, nel martire socialista, una figura peculiare e significativa tra i penalisti di inizio secolo. Una figura che, pur nel legame con la radice culturale di stampo liberale, trova il suo contesto politico di riferimento nel socialismo e nel "socialismo giuridico", segnato, quest'ultimo, dalla centralità della "questione penale" nelle analisi riformistiche[4].
Da queste peculiarità deriva anche una certa qual difficoltà nel ricondurre il pensiero matteottiano ad una precisa scuola penalistica. Semmai, Matteotti sembra porsi in un rapporto di indipendenza rispetto alla imperante polemica "scolastica", che dalla fine del secolo precedente contrapponeva la Scuola classica alla Scuola positiva, per assumere una posizione atipica ed eclettica. L'intento del Nostro pare piuttosto quello di «*porre le nuove metodologie positiviste al servizio dei valori e dei principi della tradizione giuridica liberale*» classica[5], ma in una ricostruzione che trova comunque il suo riferimento politico nel socialismo giuridico, benché professando un distacco dal primato attribuito di solito al fattore sociale nella "questione penale", per esempio da Filippo Turati[6]. Insomma: lotta di classe, certo, ma pur sempre nel quadro istituzionale di uno Stato di diritto.
Matteotti professa, inoltre, l'autonomia e la specificità del diritto penale rispetto alla politica criminale e alle scienze sociali. Il diritto penale si ferma alla "causa-uomo" (causa individuale del delitto), il così detto "fattore personale permanente", al netto delle "condizioni esterne" e di contesto sociale[7].
Ciò detto, resta però vero che, sotto taluni profili, l'influenza del pensiero di marca positivistica emerge con forza in Matteotti, e non soltanto sul piano del metodo: ad esempio, a proposito della pena indeterminata per i "delinquenti nati", tema rispetto al quale lo stesso si mostra assai sensibile anche ad istanze di difesa sociale. Nondimeno, Matteotti si tenne distantissimo dall'involuzione della Scuola positiva verso posizioni reazionarie e poi autoritarie: per Lui il delitto resta fondamentalmente un fatto dell'individuo, non un prodotto della società, né una mera tendenza subiettiva dell'autore[8].

2. Se dire "Matteotti giurista" significa parlare del "Matteotti studioso di diritto penale", dire "Matteotti penalista" significa, soprattutto anche se non solamente, parlare dei Suoi studi sulla recidiva[9].
L'indagine monografica *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici* – pubblicata a Torino, per i tipi di Bocca, nel 1910 – era stata anticipata dalla tesi di laurea discussa all'Università di Bologna nel 1907, relatore il Prof. Alessandro Stoppato. Benché possa e debba essere qualificata come opera anagraficamente giovanile – al momento della pubblicazione, Matteotti è appena

[3] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 551 e 554.
[4] Cfr. M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico Moderno 1975-1975 n. 3-4, Il "socialismo giuridico", tomo I, 563. Sulla figura di Matteotti nel contesto del riformismo penale europeo, si rinvia al contributo di M. Pifferi, *Giacomo Matteotti e il riformismo penale europeo*, nel volume degli atti del menzionato convegno "Giacomo Matteotti fra diritto e politica".
[5] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 555.
[6] F. Turati, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano 1883.
[7] Così, quasi letteralmente, A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 556.
[8] Cfr. ancora, anche per riferimenti ulteriori, A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 557.
[9] Sul Matteotti studioso (anche) di procedura penale, si veda il contributo di D. Negri, *Giacomo Matteotti: gli "studi prediletti" e il dovere politico del penalista*, nel volume che raccoglie gli atti del già citato convegno "Giacomo Matteotti fra diritto e politica".

venticinquenne –, si tratta senza dubbio di quella più nota e significativa dell'intera Sua produzione scientifica[10].

Come più in generale il Suo pensiero penalistico di quegli anni, anche questo lavoro principale risente dell'influenza del metodo positivistico – pur contenuto nell'alveo di quell'impostazione "classica" e liberale che gli deriva probabilmente dal Maestro – oltre che della propria ispirazione politica di stampo socialista e riformista. Appare con evidenza, anche al lettore meno avveduto, l'attenzione dell'Autore alle implicazioni interdisciplinari, emergenti con prepotenza sin dal sottotitolo dell'opera e, poi, specialmente, nel contesto della prima parte, dedicata all'indagine conoscitiva («*I dati della recidiva*»), là dove si fa ampio uso della criminologia, della statistica, dell'antropologia, della sociologia criminale. E si indagano le cause della ricaduta nel reato a partire da una penetrante analisi sul «*sistema penale come fattore di recidiva*» (capitolo V), per poi passare in rassegna i fattori economici e sociali (capitolo VI), quelli temporali e stagionali, spaziali e climatici, antropologici, razziali e religiosi (capitolo VII), nonché i fattori individuali legati all'età, al sesso, allo stato civile, alla condizione di figlio legittimo o illegittimo (capitolo VIII), alle degenerazioni psico-fisiche ereditarie e acquisite, tra le quali anche l'educazione e l'istruzione (capitolo IX).

Come noto, l'istituto della recidiva trova oggi collocazione all'art. 99 del codice Rocco, tra le *circostanze inerenti alla persona del colpevole*: a chi, dopo essere stato condannato per un reato (nella versione vigente: un delitto non colposo), ne commette un altro, può infliggersi un aumento di pena. Si prescinderà qui da ogni disamina dell'istituto della "ricaduta nel reato" e da ogni notazione classificatoria delle sue diverse forme: recidiva semplice, aggravata (specifica, infraquinquennale, etc.; mono-aggravata e pluri-aggravata) o reiterata; e ancora: facoltativa od obbligatoria. Si ricorderà solamente che lo stesso istituto era stato fatto oggetto di una significativa riforma, in senso "clemenziale", nel 1974[11], allorquando era stata prevista la facoltatività della recidiva, che, nel testo originario del codice, era normalmente obbligatoria, salvo eccezioni. E poi, ancora, nel 2005[12], quando sono state però introdotte anche modifiche di segno diverso, che hanno prodotto effetti di irrigidimento e inasprimento della recidiva, motivati dall'intento repressivo di evitare il rischio di una svalutazione applicativa: una sorta di reazione al ritenuto clemenzialismo della magistratura nell'applicazione discrezionale della recidiva facoltativa, reazione che si è espressa anche mediante la reintroduzione di ipotesi, assai controverse, di recidiva obbligatoria per delitti di particolare gravità (art. 99, co. 5 Cp). Tali effetti di irrigidimento e inasprimento sono stati, poi, in parte riequilibrati dalla Corte costituzionale[13] o da interventi legislativi successivi e indiretti[14].

Secondo l'insegnamento desumibile dalla lunga elaborazione giurisprudenziale dell'istituto, il potere discrezionale del giudice nell'applicazione di questa circostanza aggravante inerente alla persona del reo riguarda, in particolare, come noto, la maggior colpevolezza del soggetto, che s'è mostrato insensibile all'ammonimento derivante dalla precedente condanna, nonché la pericolosità

[10] L'opera è consultabile in G. Matteotti, *Scritti giuridici*, a cura di S. Caretti, tomo II, Pisa 2003. A questa edizione si riferiscono le successive citazioni nel testo e nelle note. La tesi di laurea *Principi generali della recidiva* (Bologna, 1907) è consultabile nel tomo I della meritoria raccolta curata da Caretti. Riconosce i caratteri di un'opera decisamente giovanile nella prima parte del libro, dedicata ai dati empirici, G. Vassalli, *Presentazione*, in G. MATTEOTTI, *Scritti giuridici*, a cura di S. Caretti, tomo I, Pisa 2003, 25 s.

[11] Ad opera del d.l. 11.04.1974, conv. dalla l. 07.05.1974, n. 220.

[12] Il riferimento è alla legge così detta "ex Cirielli": l. 05.12.2005, n. 251.

[13] In particolare, C. cost. n. 185/2015.

[14] Cfr., per es., G. Marinucci – E. Dolcini – G. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2020[9], 672 ss., 679.

e la capacità a delinquere accentuate, poiché il nuovo delitto è indice della sua permanente inclinazione al crimine[15].
Ne risulta un istituto a "soggettività aumentata", in cui lo scrutinio del giudice deve spingersi verso valutazioni schiettamente subiettive, un po' in controtendenza, per la verità, rispetto a una certa tradizione oggettiva e oggettivante della penalistica nostrana. Un istituto, quindi, squisitamente soggettivo, in quanto inerente, per l'appunto, alla persona e alla personalità del colpevole. *Et pour cause*! Il tema della recidiva, quale sintomo di pericolosità accentuata, assieme a quello dei delinquenti incorreggibili (abituali, professionali, per tendenza), era stato uno dei cavalli di battaglia degli esponenti della Scuola positiva e terreno di scontro per «*famose polemiche*» *fin de siècle*[16], divenendo un autentico *laboratorio* della politica criminale, sia per il ripensamento della "questione penale" nel suo complesso, sia per la rifondazione del sistema penale e penitenziario[17].
Vera *obsession créatrice* del XIX secolo[18], la recidiva ha rappresentato il principale terreno di applicazione del metodo positivistico – della "nuova Scuola" – per quel che riguarda le cause del crimine, con particolare riferimento ai fattori antropologici, fisici e sociali determinanti il reato (o la ricaduta nel reato); ancora: per la classificazione dei delinquenti in categorie (nati, pazzi, incorreggibili); quindi, per la categorizzazione delle forme di pericolosità sociale; nonché, infine, per l'individuazione dei possibili rimedi penali, in particolare con riferimento ai "delinquenti nati" (eliminazione/neutralizzazione etc.)[19].
Ma era stata, la recidiva, anche uno dei principali terreni di scontro nella vivace polemica tra gli esponenti più in vista delle due Scuole: Lucchini da una parte, Ferri dall'altra, per fare un solo esempio[20].
Come si apprende anche dai manuali, il fenomeno del "recidivismo" cominciò a destare allarme sociale proprio a cominciare dalla seconda metà dell'Ottocento, con la richiesta di quei provvedimenti eccezionali contro i recidivi, ancora attualissima in quel debutto del XX secolo, come ricorda lo stesso Matteotti nell'*Introduzione* al Suo libro: «*la recidiva dilaga invadente, e assorbe quasi in sé tutto il problema penale*»[21].
La recidiva, tuttavia, tardò ad affermarsi come categoria giuridica dai contorni netti, in quanto contrastante, per lo meno per buona parte del XIX secolo, con la dominante concezione "classica" del diritto penale. E questo perché la previsione di un aumento di pena quale conseguenza della ricaduta nel reato da parte dell'autore finiva per alterare quel rapporto di perfetto equilibrio aritmetico implicito nell'equazione: gravità del singolo reato/misura della pena. Un retaggio "retribuzionistico" gelosamente custodito dalla tradizione liberale ottocentesca.
Superate queste resistenze, sotto l'impulso decisivo dei postulati della "nuova Scuola", quella, appunto, del positivismo criminologico, la recidiva è entrata nella gran parte dei codici, per soddisfare esigenze di prevenzione speciale e di difesa sociale: come si diceva, l'aumento di pena

[15] Per tutti, nella manualistica, cfr. ancora G. Marinucci – E. Dolcini – G. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit*., 672 ss.
[16] Cfr. G. Vassalli, *Presentazione*, *op. cit*., 26.
[17] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 560.
[18] Cfr. B. Schnapper, *La récidive, une obsession créatrice au XIX siècle*, in *Le récidivisme*, Poitiers 1986, 25 ss.
[19] Così A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 560.
[20] Cfr. M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie nel diritto penale dell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Bari 1990, 208. Vale anticipare quanto si ripeterà nel proseguo: la posizione del Matteotti sul tema della recidiva risulta originale e differenziata rispetto alle posizioni, tra di loro radicalmente antagoniste, tanto dei classici quanto dei positivisti.
[21] G. Matteotti, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici* (1910), in *Scritti giuridici*, a cura di S. Caretti, tomo II, Pisa 2003, 401.

troverebbe infatti giustificazione nella implicita costatazione che la pena inflitta a seguito della prima condanna s'è dimostrata insufficiente a distogliere il reo dal compimento di un nuovo delitto; la recidiva, inoltre, in una visione sintomatologica del fenomeno criminale, varrebbe quale "segno" di una maggiore capacità a delinquere del soggetto che persiste nel tenere comportamenti criminosi.

Il tema della ricaduta nel reato era stato, insomma, fondamentale per le ricerche del positivismo criminologico, rappresentando il *topos* principale di quella «*bufera di empirismo*»[22] che si era levata a partire dalla seconda metà del XIX secolo e che per lungo tempo avrebbe scosso le certezze e gli equilibri della dottrina penalistica tradizionale, innovandola se non altro nel metodo[23].

Su questo ricchissimo terreno culturale, infarcito di polemiche dottrinali vivaci, perfino furibonde, prende origine lo studio matteottiano sulla recidiva. Uno studio, sia detto subito, sicuramente di grande interesse, ma anche di una certa complessità, dovuta anche alla mole corposa, e non sempre di facile lettura per il penalista di oggi, disabituato allo stile letterario degli inizi del Novecento così come alla preponderante dimensione empirica che caratterizza in particolare, come detto, la prima parte del libro. Uno studio, a torto, quasi negletto nelle indagini penalistiche più recenti, che invece varrebbe la pena di recuperare per lo meno – ma, come si vedrà, non soltanto – in sede di premesse storiche dell'istituto, da sempre, come ricordato, così controverso, bensì anche in relazione ai fondamenti del diritto penale e delle ragioni del punire.

Quanto al retroterra culturale e alle ascendenze scolastiche, l'indagine di Matteotti è quindi fortemente radicata nel positivismo criminologico, quanto al metodo: ciò che è reso evidente per via della prospettiva criminologica, sociologica, politico-criminale, seguita e praticata già nella tesi di laurea e, poi, ripresa e approfondita nella monografia. E tuttavia, la stessa indagine si distacca profondamente dalla Scuola positiva là dove ne rifiuta il postulato "deterministico" nell'individuazione delle cause del crimine.

Secondo l'Autore – e a me pare che questo sia il punto centrale del pensiero matteottiano sulla "questione penale" nel suo complesso –, oggetto di analisi privilegiata devono essere le cause produttrici "ultime" ed "immediate" del delitto, quelle che hanno stanza nell'individuo medesimo: vale a dire, le cause individuali del reato, come la volontà o la tendenza delittuosa dell'individuo, piuttosto che i fattori occasionali di contorno e di contesto[24]. Uno spostamento dello spettro di indagine, questo, che riconduce, in un certo senso, le ricerche di Matteotti ai postulati del pensiero classico e liberale.

In Matteotti, la ricaduta nel reato, quale indizio di maggior "temibilità" del reo, assume un ruolo dialettico nevralgico in relazione alle stesse finalità del sistema penale nel suo complesso[25]. Allora, la scienza del diritto penale «*tiene conto della gravità del reato come prima presunzione, ma poi investiga caso per caso, e distingue sempre le cause esterne occasionali dal fattore personale permanente, dalla temibilità del delinquente, e a questa applica e commisura la pena. Essa distingue […] l'impulso isolato, accidentale, passeggero e più facilmente perdonabile, da quello*

[22] M. Sbriccoli, *La penalistica civile*, cit., 203.

[23] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 561.

[24] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 683 s.: il diritto penale «*s'arresta alla causa-uomo*». Diversamente dalla «*filosofia trascendentale*», che «*muove alla ricerca della causa prima*»; dalla «*sociologia*», che, «*con l'aiuto della statistica, studia il vario intreccio dei fatti sociali*»; dalla «*antropologia*», che «*si accontenta di determinare quel complesso di anormalità e di squilibri organici che più frequenti si ritrovano nei criminali*», il «*diritto penale si volge a considerare il singolo individuo, agente ultimo ed immediato del delitto*».

[25] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 691 ss. Cfr. A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 561.

più legato alla trama intera della vita, più concorde con tutto l'individuo, e quindi più rigorosamente punibile»[26].
La recidiva rispecchia – deve rispecchiare, per essere definita ricaduta nel reato – il *fattore personale permanente*. Si tratta di un concetto forse un po' complesso, ma certamente *fondante* nel pensiero dell'Autore, che lo definisce «*la volontà, la tendenza delittuosa, permanente dell'individuo, nel momento del delitto, comunque essa sia stata acquistata, per eredità o per azione posteriore d'ambiente*»[27]. Fattore personale permanente che si contrappone «*alla semplice occasione, ultima esterna determinatrice, e passeggera*», del delitto[28]. Dalla recidiva si deduce, poi, e nel modo più sicuro, «*una permanente tendenza antigiuridica» del soggetto*[29].
Ed ecco il collegamento della nozione di *fattore personale permanente*, quale causa individuale del crimine, con gli scopi della pena e con le stesse finalità ultime dell'intero sistema penale: a differenza delle altre scienze sociali, il diritto penale si rivolge a tutti i possibili delinquenti, in un'ottica di prevenzione generale, nel momento stesso in cui esercita verso il singolo la sua specifica azione di prevenzione speciale, «*esplorando[…del singolo colpevole] l'intima permanente criminalità, e adeguando ad essa la pena*»[30].
La prospettiva positivistica di partenza (e di metodo) viene così trasformata e integrata dall'idea, a-deterministica, che il delitto nasca da una disposizione intima e da una precisa scelta criminosa dell'individuo, al di là dell'occasionale stimolo esteriore scatenante o del possibile condizionamento sociale, che pure non vengono negati, ma che non stanno più al centro dell'analisi[31].
Sul piano sistematico, l'indagine monografica di Matteotti si sviluppa e si articola in tre parti.
La *prima parte* – dedicata, come già visto, all'indagine empirico-conoscitiva – rende evidente l'importanza assegnata ai «dati della recidiva», attraverso l'analisi della dimensione statistica e quantitativa del fenomeno; la comparazione dei dati emergenti nelle statistiche europee; l'esame eziologico-qualitativo dei fattori antropologici, economici e sociali, sia antecedenti sia concomitanti rispetto alla recidiva.
Qui emerge indubbiamente il metodo positivistico e si staglia la figura del Matteotti cultore di scienze sociali.
Interessanti elementi di modernità si intravvedono già in questa parte dell'indagine, in particolare a proposito dei fattori eziologici: nell'analisi delle cause della recidiva l'Autore include anche i possibili effetti criminogeni originati dallo stesso sistema penale e penitenziario[32]. Si sottopongono

[26] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 690.
[27] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 497.
[28] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. loc. ult. cit.*
[29] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 692. Sulla recidiva come indizio del fattore permanente o della temibilità, cfr. anche *ibidem*, 694: «*la recidiva ci appare come l'indizio più importante a rivelare a tutta prima una causalità più individuale nel delitto commesso, a dimostrare cioè che il delitto, atto anormale, fu opera non tanto di circostanze momentanee anormali, quanto più di una individualità permanente anormale, persistente in posizione antigiuridica, e atta a produrre nuovi delitti anche in condizioni normali di vita; la quale richiede una più energica azione del diritto penale*».
[30] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 497.
[31] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 685: «*per noi è chiaro che , comunque sia arrivato l'uomo ad avere una tendenza perversa, per eredità o per acquisizione antica o recente, fatto è che egli è tale secondo dimostra il suo delitto, e quindi temibile; che se invece non la tendenza sua propria, ma il fatto eccezionale o anormale dell'impossibilità di procurarsi onestamente il pane lo condusse al furto, similmente al caso della legittima difesa conducente all'omicidio, allora il fattore permanente, la temibilità, va riducendosi a zero*».
[32] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 502 ss. Ma, come si avvertiva in precedenza nel testo, nell'analisi non si trascurano fattori eziologici più "classici" nell'armamentario metodologico di marca empirico-positivista: fattori economici e

a critica, ad esempio, taluni istituti congegnati per prevenire la recidiva – come la sorveglianza speciale, l'ammonizione, il domicilio coatto –, e che invece finiscono paradossalmente, agli effetti pratici, per incentivare la ricaduta nel reato.
All'esito di questa indagine empirica, Matteotti giunge all'affermazione di una "multifattorialità" di cause della recidiva, dovuta alla tensione dialettica tra la predominante "causa personale individuale" – il già evocato *fattore personale permanente* – e i variabili "fattori occasionali-esterni" di matrice sociale e ambientale[33].
La *seconda parte* – dedicata all'apporto teorico in tema di recidiva («*Le teoriche della recidiva*») – è incentrata «*sul significato sostanziale*» di essa «*in rapporto alla funzione punitiva dello Stato*».
La ricerca si snoda a partire dalle diverse teorie elaborate sulla recidiva, criticando sia la prospettiva abolizionista di parte della Scuola classica sia le tesi neo-classiche della responsabilità attenuata o dell'irresponsabilità del recidivo. Matteotti ritiene riduttiva, tuttavia, anche la concezione della Scuola positiva, che inquadra la recidiva come mero sintomo di pericolosità e di abitualità nel delitto[34].
Se in Matteotti il trattamento aggravato della recidiva si giustifica anche in funzione di difesa sociale, come sostenuto dalla Scuola positiva, nella prospettiva del *leader* socialista rimane tuttavia decisiva la c.d. "temibilità" del soggetto recidivo, la cui misura, come già avvertito, è rappresentata dalla "causa individuale", dal fattore personale permanente.
Se la causa del delitto è l'autore dello stesso, il diritto penale deve volgersi a considerare il «*singolo individuo, agente ultimo e immediato del delitto*». O meglio, al diritto penale interessa, tra i fattori causali, quello che pertiene al soggetto, e che, essendo in lui permanente e intrinseco, lo rende anche capace di «*una nuova violazione dell'ordine giuridico, col concorso di occasioni esterne più o meno ordinarie*»: di una ricaduta, appunto[35].
L'unica possibilità di apprezzare e valutare la gravità del "fattore personale permanente" (ossia la tendenza antigiuridica del carattere individuale, che deve essere arginata dal diritto penale) è quella di "sottrarre" «*dal risultato criminoso, dalla manifestazione delittuosa, il contributo dell'occasione, del motivo esterno anormale*»[36]. Ecco, allora, che con il ricorso all'idea, centrale, che il fattore fondamentale sia quello personale, in cui si incentra il giudizio di temibilità del reo, Matteotti sembra saldare insieme «*determinismo (positivistico) e liberismo morale*»[37], nella misura in cui l'Autore non rinuncia affatto al peso dell'elemento oggettivo del reato: la violazione della norma e la gravità dell'offesa sono punti di partenza irrinunciabili per il giudizio di temibilità/pericolosità e quindi per la commisurazione della pena, che solo successivamente avrà ad oggetto la valutazione del fattore personale permanente, per poterlo distinguere ed isolare dalle cause esterne occasionali di ordine antropologico o sociale[38].
Come osservato in maniera perspicua da Gargani, *«[l]'indice più affidabile della permanenza della tendenza specificamente "antigiuridica" […] viene, per l'appunto, individuato nello stato di recidiva: è proprio da tale dato che si può inferire quel modo costante del carattere interno*

sociali (527 ss.); temporali, stagionali, spaziali e climatici (564 ss.); antropologici, razziali e religiosi (577 ss.); fattori individuali legati all'età, al sesso, allo stato civile, alla condizione di figlio legittimo o illegittimo (580 ss.); fattori connessi alle degenerazioni psico-fisiche ereditarie e acquisite (608 ss.), tra le quali anche l'educazione e l'istruzione (515 ss., 619 ss.).
[33] Cfr. A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 563.
[34] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 563-565.
[35] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 684.
[36] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 685.
[37] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 565.
[38] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 690.

(temibilità), che comprova la causalità individuale del delitto commesso e l'ininfluenza dei fattori esterni, imponendo una più energica reazione penale»[39].

Alla *summa divisio* tra delinquenti "recuperabili" e "irrecuperabili", Matteotti aggiunge quella tra delinquenti "primari" e "recidivi". Una «*ulteriore funzione assegnata alla ricaduta nel reato è quella di indicare statisticamente i recidivi c.d. "incorreggibili o induriti*"»[40], per i quali – ed è questo un punto problematico e, direi, oggi difficilmente ricevibile della visione matteottiana – «*la pena non può avere altro scopo che quello di metterli nell'impossibilità di nuocere» attraverso l'isolamento perpetuo ("eliminazione perpetua")*[41]. Sulla questione, Matteotti concludeva: «*vi è un punto nel quale il fattore individuale, comunque acquisito, si manifesta permanentemente contrario al diritto senza probabilità di conversione, e noi possiamo ritenere che, per quanto riguarda la recidiva, essa può dirsi elemento sufficiente ad attestare l'incorreggibilità, quand'essa è giunta, per es., al 3° grado; […] senza che ci spaventino le recriminazioni sull'artificiosità del limite*»[42].

Si tratta di una meccanicistica prospettiva di «*separazione dal corpo sociale dell'elemento ad esso inadatto e ribelle*»[43], che trova fondamento nell'idea della difesa sociale, ma che oggi, come detto, non sarebbe accettabile nella sua assolutezza. Va pure detto, tuttavia, che l'assolutezza della conclusione sui recidivi "incorreggibili" o "induriti" era comunque attenuata, poco più avanti nel testo, dalla considerazione di un astratto, ma possibile "recupero": «*Quella qualsiasi misura, che il diritto penale riterrà poi opportuno di applicare all'incorreggibile, non dovrà avere un'applicazione assoluta, senza eccezioni; ma, per quella possibilità ideale che nell'uomo peggiore tornino a rivivere in un momento qualsiasi i sentimenti migliori, dovrà concedersi una corrispondente possibilità di sospendergli il trattamento degli incorreggibili e di rimetterlo nella società degli onesti*»[44].

Terza ed ultima parte del libro è quella dedicata ai "rimedi" o «*mezzi di lotta*», ed intitolata: «*I mezzi penali contro la recidiva*». L'analisi prende le mosse dagli scopi della pena: intimidazione, emenda, eliminazione.

Nella prospettiva di Matteotti, prevenzione generale e prevenzione speciale si integrano: l'intimidazione generale deve essere integrata da quella speciale, rivolta, quest'ultima, di volta in volta mediante l'emenda o l'eliminazione, al fattore personale permanente[45]. La necessità della prevenzione speciale – intesa, come anticipato, quale emenda oppure quale eliminazione di durata temporanea o perpetua – discende dal fatto che, come veduto, causa ultima del "malfatto" non sono le circostanze esterne anormali (le condizioni ambientali e sociali), bensì quelle individuali (il fattore personale permanente: l'anormalità e la tendenza al delitto intrinseche al soggetto).

Ecco, allora, che l'obiettivo delle norme penali e dell'esecuzione penale è precisamente la lotta alla (tendenza alla) recidiva, alla causa del delitto che è nell'individuo: la pena deve pertanto restringere la libertà – mediante l'eliminazione o l'isolamento del reo – per tutto il tempo necessario affinché possa dirsi probabile che il soggetto non ricada nel delitto[46].

---

[39] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 565 s. Cfr. G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 694.
[40] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 566.
[41] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 697.
[42] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 699.
[43] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 701.
[44] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 700.
[45] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 740, 742, 745-748.
[46] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit.*, 749.

Matteotti, come di nuovo chiarisce benissimo Gargani, «*propone un programma di riforma delle comuni pene detentive, articolato sulla distinzione tra delinquenti primari, recidivi e incorreggibili*»[47]. Una volta operate le dovute distinzioni che il fenomeno comporta con riferimento ai minori, ambito nel quale la lotta alla recidiva mostra più elevate probabilità di successo senza fare ricorso alle pene tradizionali[48], l'Autore traccia i ben più problematici contorni che assumono i rimedi da applicarsi ai maggiorenni.
In questo secondo ambito soggettivo, i *delinquenti primari*[49] sono qualificati come soggetti nella maggior parte dei casi "non temibili". In questo punto il pensiero di Matteotti si dimostra modernissimo e, per certi versi, avveniristico, ancora al metro di oggi: secondo lo studioso polesano, per contrastare la possibile recidiva del delinquente primario e la sua lieve "anormalità", non è necessario il ricorso a pene carcerarie, essendo sufficienti pene come la detenzione domiciliare, l'esilio, il confino, le sanzioni interdittive, le pene pecuniarie, le condanne condizionali: pene, cioè, che mirano ad evitare gli effetti controproducenti, ben noti, delle detenzioni brevi. Solo per quei pochi "primari" in cui il reato risulti collegato a un fattore personale permanente "anormale", tale da far ritenere probabile la ricaduta, sarà necessaria la pena detentiva.
Per la maggior parte dei *delinquenti recidivi*[50], intesi, in fondo, come i «*delinquenti più propriamente detti*»[51], che dimostrano una reale e superiore "temibilità", la pena necessaria è quella detentiva, giustificata dall'inadeguatezza dimostrata della pena (non detentiva) precedentemente applicata. Si distinguono, da un lato, le "pene detentive specifiche" (ricovero in manicomi criminali o in asili per bevitori, degenerati, oziosi, vagabondi etc.), legate a specifiche cause individuali (come pazzia o alcoolismo), applicate per un tempo indeterminato; dall'altro lato, la "pena generica", ossia quella carceraria: una pena temporanea di rilevante durata, orientata all'emenda quale mezzo per contrastare la recidiva.
Per i *delinquenti irrecuperabili* (o irriducibili o induriti)[52], infine, non vi è margine né per l'intimidazione né per l'emenda. Per questi soggetti resta soltanto l'eliminazione (tendenzialmente) perpetua: ovverosia l'isolamento perpetuo dalla società. A meno che, in corso di esecuzione, non risulti modificato il fattore personale permanente: in tale ultima ipotesi, allora, sarà possibile, in caso di emenda del detenuto, la liberazione condizionale, significativamente qualificata come «*mezzo normale del diritto penale*»[53].
Matteotti, lo si aggiunga per chiarezza, esclude espressamente, invece, tra i rimedi improntati all'eliminazione, il ricorso alla pena di morte o alla deportazione[54].

3. Già alla luce di queste brevi annotazioni, vergate senza pretesa alcuna di originalità, risalta, a me pare, un pensiero certamente complesso, che, al netto di taluni esiti oggi non del tutto accettabili, mostra spiccati profili di modernità, proprio nella concezione dell'armamentario

[47] A. Gargani, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, cit., 569 ss.
[48] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 751-759.
[49] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 760-777 (capitolo III, recante, significativamente, il titolo: «*Le pene non detentive e i primari*»).
[50] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 778-797 (capitolo IV: «*Le pene detentive e i recidivi*»).
[51] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 741.
[52] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 798-807 (capitolo V: «*Le pene temporanee per i recidivi. Le pene perpetue per gli incorreggibili*»).
[53] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 813. Cfr. G. Vassalli, *Presentazione*, *op. cit*., 27, il quale parla, a proposito della prospettazione matteottiana in ordine alla rilevanza della liberazione condizionale, di visione illuminata, che sembra precorrere «*le future riforme repubblicane degli anni Sessanta, Settanta e Ottanta*».
[54] G. Matteotti, *La recidiva*, *op. cit*., 801 ss.

sanzionatorio che, come noto, da lì a poco, avrebbe subito una rivoluzionaria modifica di paradigma: il sistema del "doppio binario" pena/misura di sicurezza introdotto con il codice Rocco del 1930 e tuttora vigente, sebbene – come dire? – fortemente appesantito dagli anni.
Concludo le mie osservazioni, ribadendo che il poderoso volume sulla recidiva è una ricerca significativa che presenta tratti assai originali: un'indagine complessa e appassionata su un tema nevralgico non soltanto per la questione penale, ma, in definitiva, per ogni discorso di riformismo improntato al progresso civile e sociale.
E ciò ad ulteriore testimonianza che dell'esempio – eccelso – della figura del martire socialista abbiamo ancora bisogno non soltanto sul piano (*politico*) della nostra stessa identità comune, liberale e democratica, come italiani ed europei, ma anche, in fondo, su quello (*giuridico*) dei Suoi "prediletti" studi penalistici.
Studi che è valsa e varrà ancora la pena di recuperare e di indagare, come meritano.
Ricordando sempre[55], con Leonardo Sciascia, quella constatazione, luminosa e improvvisa, rampollata nella mente del giudice – il protagonista di *Porte aperte* – al cospetto del procuratore generale: «*Matteotti era stato considerato, tra gli oppositori del fascismo, il più implacabile non perché parlava in nome del socialismo […], ma perché parlava in nome del diritto. Del diritto penale*»[56].

[55] Come opportunamente fa S. Caretti, *Introduzione*, *op. cit*., 21.
[56] L. Sciascia, *Porte aperte*, Milano 1987, 16 s.

IL NESSO TRA COLPA ED EVENTO NELLA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE

di Kolis Summerer
Professoressa Associata di Diritto penale, Libera Università di Bolzano

Il contributo ha ad oggetto il nesso normativo, denominato anche «causalità della colpa», tra la condotta viziata da negligenza, imprudenza, imperizia e l'evento, alla luce degli orientamenti più recenti della giurisprudenza in materia di circolazione stradale, infortuni sul lavoro e responsabilità medica. La fondamentale funzione del criterio del comportamento alternativo lecito emerge specialmente nell'ambito degli illeciti omissivi, caratterizzati dalla omissione dell'azione doverosa, e degli illeciti commissivi colposi, caratterizzati dalla inosservanza di determinate norme di comportamento o diligenza. Il complesso tema del nesso normativo tra colpa ed evento, inoltre, si intreccia con il fenomeno del concorso di cause e dell'intervento di terzi, sollevando interessanti interrogativi in relazione al principio di affidamento e alla definizione delle sfere di competenza per il governo di determinati rischi.
The study focuses on the normative relation between negligence and result, in the light of the most recent case law on motoring, work accidents and medical liability. The fundamental function of the criterion emerges especially in case of omissions, characterised by the non-performance of a duty, and in case of negligence, characterised by failure to comply with certain rules of conduct or diligence. The complex topic is also intertwined with the phenomenon of concurrent causation and intervening acts of third parties, raising interesting questions in relation to the autonomy principle and the risk management competence.

SOMMARIO: 1. La centralità del nesso tra colpa ed evento nel giudizio di responsabilità penale. – 2. Evitabilità dell'evento, concretizzazione del rischio e scopo della norma. – 3. Tra causalità e colpa: indebita sovrapposizione o sostanziale affinità? – 4. Tendenze nella giurisprudenza contemporanea: la credibilità razionale del giudizio alla luce delle contingenze del caso concreto. – 5. Il comportamento alternativo lecito nel giudizio controfattuale. – 6. La cautela doverosa e l'evento tipico. – 7. L'inevitabilità dell'evento e l'inefficacia della regola cautelare nel caso concreto. – 8. Principio di affidamento e sfere di rischio.

1.La collocazione del tema del nesso tra colpa ed evento nel punto nevralgico in cui si incontrano causalità, colpa e imputazione oggettiva ha determinato, oltre che una notevole complessità nelle ricostruzioni dottrinali, forti oscillazioni nella giurisprudenza, specialmente nei settori della responsabilità medica, della circolazione stradale, degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali.
Il generale disorientamento può essere solo in parte spiegato con la estrema complessità delle questioni e il loro scarso approfondimento sistematico; esso è, invece, chiaro indice della profonda affinità tra figure e criteri utilizzati. Di ciò pare essere sempre più consapevole la giurisprudenza, le cui recenti prese di posizione dimostrano una crescente padronanza di temi e concetti sviluppati dalla dottrina contemporanea e una maggiore sensibilità verso i complessi intrecci tra profilo oggettivo e soggettivo della imputazione.

Negli ultimi vent'anni, sulla scorta di alcune significative pronunce della giurisprudenza di legittimità, si è avviato un vivace dibattito[1]. Il nesso tra colpa ed evento (un tempo classico esempio di "*law in the books*") è oggi un tema di forte impatto sulla prassi e trova ampio spazio nelle motivazioni ("*law in action*")[2].

Come ha ribadito recentemente la Cassazione, «la colpevolezza impone una verifica complessa, da operarsi su piani diversi, riguardanti l'accertamento in concreto della sussistenza della violazione - da parte del soggetto che riveste una posizione che possiamo definire *lato sensu* di garante - di una regola cautelare (generica o specifica), del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento e della prevedibilità e evitabilità di esso. Di qui, la necessità di verificare, non solo la causalità della condotta (ossia la dipendenza dell'evento da essa, in cui quest'ultima si ponga quale *conditio sine qua non*, in assenza di decorsi causali alternativi eccezionali, indipendenti e imprevedibili), ma anche la idoneità del comportamento alternativo lecito a scongiurare l'evento e la verifica della c.d. concretizzazione del rischio, vale a dire la introduzione, da parte del soggetto agente, del fattore di rischio concretizzatosi con l'evento, posta in essere attraverso la violazione delle regole di cautela tese a prevenire e a rendere evitabile proprio il prodursi di quel rischio»[3].

La giurisprudenza è ormai consapevole del fatto che la evitabilità dell'evento, tradizionalmente riferita all'elemento soggettivo del reato colposo, riguarda in realtà sia l'elemento *oggettivo* (sotto il profilo della imputazione dell'evento) sia quello *soggettivo* (sotto il profilo della rimproverabilità personale del soggetto agente)[4].

Il nesso normativo tra colpa ed evento, in particolare, riguarda la evitabilità dell'evento rilevante non sul piano della *colpevolezza*, quale individuale e soggettiva possibilità dell'agente di evitare l'evento conformandosi alla regola cautelare, bensì sul piano della *tipicità*, quale generale e oggettiva possibilità di evitare o impedire la verificazione di un evento lesivo mediante un comportamento conforme al diritto (lecito, diligente, consentito o doveroso).

L'evitabilità oggettiva dell'evento, invero, incide già sulla tipicità del fatto, in particolare sull'esistenza stessa di una *condotta* penalmente rilevante (perché inosservante di una norma di comportamento e idonea a provocare la lesione di un bene giuridico protetto) e, al più tardi, del

---

[1] Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini (caso relativo al Petrolchimico di Porto Marghera), in *CP* 2009, 2837, con nota di E. Di Salvo, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera"*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile (caso della frana di Sarno), in *CP* 2011, 82, con commento di A. Verrico, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini (caso della Ferrovia Trento-Malè), in *CP* 2011, 1679, con nota di R. Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*; Cass. 24.5.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), in *www.penalecontemporano.it*, 11.10.2012, con commento di S. Zirulia, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn (caso Thyssenkrupp), in *CP* 2015, 490, con nota di K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*; Cass. 12.7.2012 n. 41184 (caso Eternit siciliana), in *DeJureGFL*.

[2] Tra le tante, recentissime, v. Cass. 18.1.2022 n. 3541 (infortunio sul lavoro), in *DeJureGFL*; Cass. 11.1.2022 n. 842 (circolazione stradale), in *DeJureGFL*; Cass. 9.12.2021 n. 46164 (colpa medica), in *DeJureGFL*; Cass. 10.11.2021 n. 45589 (circolazione stradale), in *DeJureGFL*; Cass. 18.11.2021 n. 45602 (colpa medica), in *DeJureGFL*; Cass. 11.5.2021 n. 30229 (colpa medica), in *DeJureGFL*; Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), in *DeJureGFL*.

[3] Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.; Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.; Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 5.5.2021 n. 21554, in *DeJureGFL*; in precedenza già Cass. 5.4.2016 n. 17000, in *DeJureGFL*; Cass. 18.9.2008 n. 40802, in *DeJureGFL*.

[4] Cass. 11.11.2020 n. 11657, in *DeJureGFL*; Cass., 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit. In dottrina, v. F. Giunta, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *RIDPP* 1999, 90; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 355 ss.

nesso normativo tra questa e l'evento (perché il comportamento conforme al diritto avrebbe evitato l'evento che la norma violata intendeva prevenire)[5].
È ormai pacifico che la violazione della regola cautelare e la sussistenza del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento non sono ritenuti sufficienti per l'affermazione di responsabilità colposa, dovendosi anche verificare che l'evento sia evitabile dall'agente con l'adozione delle regole cautelari idonee a tal fine (cosiddetto comportamento alternativo lecito)[6]. Si ritiene, infatti, che non sarebbe razionale pretendere un comportamento che si riveli comunque inidoneo ad evitare il risultato antigiuridico[7].
Al nesso causale tra condotta ed evento viene dunque affiancato un ulteriore e particolare nesso (denominato anche "causalità della colpa") tra la condotta viziata da negligenza, imprudenza, imperizia e l'evento[8]. A sostegno dell'esigenza del particolare nesso tra colpa ed evento viene

---

[5] Cfr. M. Gallo, *Colpa penale (diritto vigente)*, in ED, VII, 1960, 638; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I. *La fattispecie*, Padova 1993, 289. Come spiega la dottrina che affronta il problema della evitabilità nell'ambito della imputazione oggettiva o nel quadro della c.d. imputazione "per colpa", «non vi è nulla di personalistico in questo parametro: esso concerne il profilo della realizzazione nell'evento della specifica negligenza o imprudenza che si rimprovera all'agente» (così M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 357). In giurisprudenza, v. Cass. 12.3.2010, n. 16761, Basile (relativa alla frana di Sarno), cit. Per un inquadramento sul piano della colpevolezza, v. G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2021, 3 ss.

[6] Da ultimo, v., tra le tante, Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.; Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; in precedenza, Cass. 18.1.2018 n. 10378, in *DeJureGFL*; Cass. 30.5.2017 n. 34375, in *DeJureGFL*; Cass. 11.2.2016 n. 7783, in *DeJureGFL*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 22.12.2010 n. 2597, in *DeJureGFL*; Cass. 9.2.2010 n. 18157, in *DeJureGFL*; Cass. 28.1.2009 n. 9045, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2008 n. 19512, in *DeJureGFL*; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit. Dottrina e giurisprudenza utilizzano indifferentemente le locuzioni *comportamento alternativo lecito* e *comportamento alternativo diligente*.

[7] Così, testualmente, Cass. SU 24.4.2014, n. 38343, Espenhahn, cit.

[8] In argomento, v. F. Delitala, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 87; M. Gallo, *op.cit.*, 640; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 263; G. Fiandaca, *Il comportamento alternativo lecito*, in *RtrimDProcciv* 1975, 1598 ss.; A. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989, 175 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 421 ss.; M. Donini, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, pt. II, in *RIDPP* 1989, 1125 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 111 ss.; A. Pagliaro, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *RIDPP* 1992, 779 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I[3], Milano 2004, 408 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 20 ss.; ID., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *CP* 2013, 1224 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, 404; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *CP* 2005, 4107 ss.; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino 2010, 182; A. Massaro, *"Concretizzazione del rischio" e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *CP* 2009, 4699 ss.; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 525 ss.; R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *RIDPP* 2011, 619 ss.; K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della* condicio sine qua non *e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, 223 ss.; G. Civello, *La "colpa eventuale" nella società del rischio*, Torino 2013, 245 ss. Recentemente, ancora S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018, 50 ss.; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, Napoli 2020, 41 ss. Nella manualistica, v. specialmente G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 595. Ammettono pacificamente l'esigenza di una seconda verifica relativa al nesso tra la condotta colposa dell'agente e l'evento, Cass. 12.1.2021 n. 3926, cit.; Cass. 18.1.2018 n. 10378, cit.; Cass. 14.7.2016 n. 40036, in *DeJureGFL*; Cass. 18.5.2011 n. 27735, in *DeJureGFL*; Cass. 19.5.2005 n. 28564, in *DeJureGFL*. V., altresì, in generale sul requisito della "causalità della colpa", Cass. 3.12.2021 n. 838, in *DeJureGFL*; Cass. 11.11.2020 n. 11657, cit.; Cass., sez.un., 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 2.7.2019 n. 43652, in *DeJureGFL*; Cass. 30.5.2017 n. 34375, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 38786, in *DeJureGFL*; Cass. 16.6.2010 n. 32126, in *DeJureGFL*; Cass. 28.1.2009 n. 9045, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.

invocato l'art. 43 Cp, ove è stabilito che nell'illecito colposo l'evento deve verificarsi *a causa* di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero *per* inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Accontentarsi del mero nesso causale significherebbe accettare la logica del *versari in re illicita* e rinunciare ad una imputazione realmente personale della responsabilità penale[9]. L'evento deve dunque trovare il suo specifico *presupposto*, il suo *fondamento* nell'inosservanza della diligenza prescritta[10]. Come scrive la Cassazione, «non ogni evento verificatosi può esser ricondotto alla condotta colposa dell'agente, ma solo quello che sia collegato causalmente alla violazione della specifica regola cautelare»[11].
In questa prospettiva il concetto di evitabilità si avvicina a quello di causalità, ed è proprio questa la ragione che ha favorito la sovrapposizione tra causalità e colpa, tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, tra nesso causale e nesso (normativo) di rischio.
Emerge, altresì, con particolare chiarezza la fondamentale funzione del criterio del comportamento alternativo lecito nell'ambito degli illeciti *omissivi*, caratterizzati dalla omissione dell'azione doverosa, e degli illeciti *commissivi colposi*, caratterizzati dalla inosservanza di determinate norme di comportamento o diligenza. Al pari dell'accertamento della causalità nel reato omissivo improprio, anche la verifica dell'efficacia del comportamento alternativo lecito nei reati commissivi colposi si colloca in un'ottica prettamente normativa. Ciò dipende dal fatto che sia l'omissione che la colpa possono apprezzarsi soltanto in relazione ad una norma che impone un determinato comportamento. L'indagine controfattuale costituisce, di conseguenza, un passaggio essenziale nei giudizi di causalità ed evitabilità[12].

2. Secondo l'orientamento tradizionale, l'evitabilità *astratta* rappresenta, insieme alla prevedibilità, un criterio per l'individuazione delle regole cautelari (in particolare, l'evitabilità riguarda il contenuto della regola cautelare, ovvero lo specifico comportamento prescritto, che deve essere appunto idoneo ad evitare l'evento), mentre l'evitabilità *concreta* rappresenta un criterio di accertamento della colpa, cioè un criterio di imputazione dell'evento al soggetto[13].
L'evitabilità può dunque essere valutata *in astratto* ed *ex ante*, con riferimento al contenuto delle regole cautelari e allo scopo di individuare i comportamenti doverosi necessari per evitare la verificazione di un evento dannoso. L'evitabilità può essere valutata altresì *in concreto* ed *ex post*, al fine di accertare nel caso specifico la cosiddetta "causalità della colpa" ovvero la "concretizzazione della colpa nell'evento"[14].
Nella dottrina italiana si è progressivamente consolidata l'idea che il nesso normativo tra colpa ed evento si componga di due requisiti. Seguendo la configurazione delineata in dottrina, il nesso

[9] Per questo "classico" argomento, v. F. Delitala, *op.cit.*, 87; M. Gallo, *op.cit.*, 640; G. Marinucci, *La colpa*, cit., 272. In giurisprudenza, v. Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.
[10] Per tutti, v. G. Marinucci, *La colpa*, cit., 263. In giurisprudenza, v. Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.; Cass. 22.12.2010 n. 2597, cit.; Cass. 23.4.2009 n. 36857, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 19.5.2005 n. 28564, cit.
[11] Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass., 29.3.2018 n. 40050, in *DeJureDFL*.
[12] Come afferma la Cassazione (Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.), «da tempo si è introdotta, nello scrutinio dei casi di responsabilità colposa, l'indagine controfattuale, che denuncia i suoi tratti di operazione eminentemente normativa, in maniera peculiare nelle ipotesi di reati colposi, omissivi, impropri». Colgono l'affinità tra causalità e colpa sotto questo profilo, Cass. 9.12.2021 n. 46146, in *DeJureGFL*; Cass. 11.11.2020 n. 11657, cit.; Cass. 2.7.2019 n. 43652, cit.
[13] F. Stella, *La "descrizione" dell'evento*, I. *L'offesa - Il nesso causale*, Milano 1970, 37; M. Gallo, *op.cit.*, 642; G. Marinucci, *La colpa*, cit., 77; F. Mantovani, *Colpa*, in *DigDPen*, II, Torino 1988, 306; G. Fiandaca, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 1601; M. Romano, *op.cit.*, 432; G. Fiandaca, E. Musco, *op.cit.*, 595.
[14] In giurisprudenza, v. Cass. 4.12.2009 n. 8622, in *RivTrimDPenEc* 2010, 463 ss.; Cass. 10.6.2010 n. 38991 (caso Montefibre), in *DPP* 2011, 185 ss., con commento di F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.

normativo tra colpa ed evento si articola in un cosiddetto "primo nesso", dato dalla realizzazione nell'evento dello specifico rischio che la norma cautelare violata mirava a prevenire, e dal cosiddetto "secondo nesso", dato dalla evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito[15].

In tutte le argomentazioni basate sull'esigenza di uno specifico nesso tra condotta ed evento ricorrono, da un lato, il criterio della realizzazione o concretizzazione del rischio, per cui l'evento deve rappresentare la concretizzazione del rischio illecito attivato dalla condotta e, dall'altro, quello dello scopo di protezione della norma, secondo cui si può imputare soltanto un evento che ricada nell'ambito di protezione della norma[16].

Come ha ribadito da ultimo la Suprema Corte, «non ogni evento verificatosi può esser ricondotto alla condotta colposa dell'agente, ma solo quello che sia collegato causalmente alla violazione della specifica regola cautelare. Il giudice, pertanto, non può limitarsi ad accertare il nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento dato, ma deve scrutinare quale sia il rischio che la norma violata è intesa a scongiurare»[17]. Di qui, la necessità di verificare, non solo la causalità della condotta, «ma anche la idoneità del comportamento alternativo lecito a scongiurare l'evento e la verifica della c.d. concretizzazione del rischio, vale a dire la introduzione, da parte del soggetto agente, del fattore di rischio concretizzatosi con l'evento, posta in essere attraverso la violazione delle regole di cautela tese a prevenire e a rendere evitabile proprio il prodursi di quel rischio»[18].

L'utilità di tali criteri si può apprezzare nei casi in cui il comportamento alternativo lecito avrebbe sì impedito l'evento, ma questo fuoriesca dall'ambito di protezione della norma, potendosi allora espungere i casi in cui l'evento sarebbe stato evitato soltanto per caso. Ciò che conta è soltanto che l'evento potesse in generale essere evitato dalla norma[19].

Numerosi sono gli esempi tratti dalla casistica relativa alla circolazione stradale. Si pensi ai casi di incidenti occorsi in presenza di eccesso di velocità: qui è indubbio che una velocità ridotta avrebbe di fatto evitato l'evento, se non altro perché la vettura avrebbe raggiunto il luogo dell'incidente in un momento diverso. Tuttavia, l'evitabilità dell'evento *hic et nunc* non può considerarsi sufficiente, dovendosi valutare anche la finalità della regola cautelare violata in relazione con l'evento concreto verificatosi. Come spiega la Cassazione, è impraticabile un giudizio controfattuale che ipotizzi una posizione differente del veicolo, rispetto al punto d'urto, conseguente alla eventuale, minore velocità del mezzo. «Il ragionamento è fallace, ancor prima che inutile, alla stregua del rilevato difetto di collegamento tra la regola violata e il rischio da essa contemplato» e, così ragionando, «potrebbe affermarsi che anche una velocità superiore (…) (e, quindi, un comportamento ancor più gravemente connotato in termini di violazione del precetto cautelare) (…) avrebbe scongiurato l'impatto». In conclusione, «la sussistenza del fatto non può esser ricollegata alla mera occasione in cui la vittima ha trovato la morte, vale a dire l'impatto tra le due vetture, ma deve essere ricondotta all'accertata esistenza del nesso causale tra l'evento e la

[15] G. Marinucci, *La colpa,* cit., 262; ID., *Non c'è dolo senza colpa*. *Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 15.

[16] In dottrina, v., con accenti differenti, M. Gallo, *op.cit.*, 642; G. Marinucci, *La colpa*, cit., 264 ss.; F. Mantovani, *Colpa*, cit., 309; A. Castaldo, *op.cit.*, 88; S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova 1989, 153 ss.; G. Forti, *op.cit.*, 421 e 434; M. Donini, *Lettura sistematica,* cit., 635; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384 ss.; C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., 405; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 46 e 61 ss.; M. Romano, *op.cit.*, 410; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 595 ss.

[17] Tra le più recenti, v. Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 5.5.2021 n. 21554, cit.

[18] Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.; Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 5.5.2021 n. 21554, cit.; Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.; per questo indirizzo consolidato, v. in precedenza, Cass. 5.4.2016 n. 17000, cit.; Cass. 18.9.2008 n. 40802, cit.

[19] Sul punto, G. Marinucci, *La colpa,* cit., 272; M. Donini, *Lettura sistematica*, cit., 1122; A. Castaldo, *op.cit.*, 178 ss.

violazione del limite di velocità e il mancato adeguamento di essa in relazione alle condizioni della strada e del traffico»[20].
Emblematiche sono, altresì, le sentenze relative a incidenti automobilistici causati da invasione dell'opposta corsia di marcia. I giudici sottolineano che la normativa cautelare relativa ai limiti di velocità o all'obbligo di circolare sulla parte destra della carreggiata «è diretta a garantire l'andatura corretta e regolare del veicolo nell'ambito della propria corsia di marcia per la tutela del veicolo procedente e degli altri che la percorrono, ma non è intesa a evitare il rischio determinato dall'improvvisa occupazione della corsia da parte di un veicolo proveniente dal senso opposto»[21].
Nel settore della responsabilità medica si è fatto specifico riferimento allo scopo di tutela della regola cautelare in un caso relativo a distocia del feto, in cui non era stato chiarito se la manovra omessa dal medico fosse prevista solo per salvare la vita del feto oppure anche per evitare le conseguenze lesive verificatesi nel caso concreto[22].
Similmente, in un caso relativo a lesioni subìte da una cliente in un centro estetico in seguito ad un trattamento abbronzante, la Cassazione ha escluso l'esistenza del nesso tra colpa ed evento perché l'osservanza delle norme cautelari, volte ad accertare la non pericolosità dei prodotti utilizzati e il regolare funzionamento degli impianti non era diretta a prevenire reazioni allergiche[23].
Il ricorso al criterio della concretizzazione del rischio ha consentito di affermare la responsabilità di un giostraio per il decesso di una donna, la quale, nel tentativo di accedere alla giostra già in movimento, aveva perso l'equilibrio ed era caduta a terra, urtando la base rotante della struttura, l'accesso alla quale non era stato adeguatamente interdetto. Per i giudici la regola cautelare che impone di interdire l'accesso alla giostra in movimento ha la funzione di evitare che taluno riporti lesioni per effetto del particolare moto dell'impianto. L'evento rientra, pertanto, nell'area del rischio contemplato dalla norma e l'adozione delle misure omesse non avrebbe consentito alla vittima di raggiungere la giostra una volta che questa fosse stata attivata[24].
Anche con riferimento alla posizione di garanzia di soggetti incaricati della gestione della cosa pubblica la giurisprudenza si mostra più attenta a verificare la congruenza tra evento verificatosi in concreto e rischio preso in considerazione dalla norma. Così, in relazione all'infortunio occorso ad una donna anziana, caduta per una lieve anomalia del manto stradale, non integrante una condizione di rischio per la generalità degli utenti, la Corte ha escluso la colpa del responsabile del servizio di manutenzione delle strade, in virtù dell'argomentazione che il garante non risponde degli eventi che costituiscano la concretizzazione di un rischio (consentito) eliminabile soltanto con un continuo intervento di manutenzione ordinaria che eviti qualsiasi anomalia della strada[25].
Ancora, riguardo alla responsabilità del gestore di una pista da sci, la giurisprudenza afferma l'obbligo di «recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o in alternativa rimuovere possibili fonti di rischio, anche esterne al tracciato solo in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore»[26].

[20] Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.
[21] Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 11.4.2019 n. 18802, in *DeJureGFL*; Cass. 4.10.2017 n. 50024, in *DeJureGFL*; Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.
[22] Cass. 18.3.2004 n. 24051, in *CP* 2005, 1532, con commento di L. Gizzi, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*.
[23] Cass. 12.5.2015 n. 22835, in *DeJureGFL*.
[24] Cass. 3.10.2014 n. 1819, in *DeJureGFL*.
[25] Cass. 27.1.2021 n. 6513, in *DeJureGFL*.
[26] Cass. 15.2.2017 n. 14606, in *DeJureGFL*.

In un altro caso, l'imputato dirigente provinciale del settore viabilità aveva omesso di segnalare e riparare la grave anomalia del piano viabile, che aveva determinato la caduta e la conseguente morte di un motociclista. I giudici hanno escluso che il comportamento imprudente della vittima avesse introdotto un rischio diverso, del tutto eccentrico rispetto all'area di prevenzione delle regole violate dall'imputato[27].

In materia di infortuni sul lavoro, merita di essere citata la sentenza relativa all'incidente ferroviario di Viareggio, che ha escluso la configurabilità della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" per le morti di soggetti estranei all'organizzazione dell'impresa, causate dall'incendio derivato dal deragliamento e successivo ribaltamento di un treno merci, osservando che «è necessario che venga violata una regola cautelare volta a eliminare o ridurre lo specifico rischio derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, di morte o lesioni in danno dei lavoratori o di terzi esposti alla medesima situazione di rischio e pertanto assimilabili ai lavoratori, e che l'evento sia concretizzazione di tale rischio "lavorativo", non essendo all'uopo sufficiente che lo stesso si verifichi in occasione dello svolgimento di un'attività lavorativa»[28].

Proprio nel settore degli infortuni sul lavoro si possono cogliere le rilevanti implicazioni pratiche del diverso atteggiarsi del criterio della concretizzazione del rischio.

Si afferma, infatti, la concretizzazione del rischio anche rispetto ad eventi riconducibili al comportamento colposo della vittima, sul presupposto che le cautele doverose del datore di lavoro comprendano anche le misure necessarie a prevenire comportamenti rischiosi e imprudenti dei lavoratori. «Le disposizioni in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro sono dunque dirette a tutelare il lavoratore anche in ordine a incidenti che possano derivare da sua colpa, dovendo il datore di lavoro prevedere ed evitare prassi di lavoro non corrette e foriere di eventuali pericoli»[29].

L'orientamento è stato cristallizzato nella pronuncia delle Sezioni Unite relativa al caso Thyssenkrupp, ove si afferma che la condotta colposa del lavoratore può ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo quando sia tale da attivare «un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia»[30]. La giurisprudenza ritiene, dunque, che il comportamento negligente, imprudente o imperito del lavoratore costituisca concretizzazione di un "rischio eccentrico", con esclusione della responsabilità del garante, soltanto quando questi «abbia posto in essere anche le cautele finalizzate proprio alla disciplina e governo del rischio di comportamento imprudente, così che, solo in questo caso, l'evento verificatosi potrà essere ricondotto alla negligenza del lavoratore, piuttosto che al comportamento del garante»[31].

La casistica citata – prevalentemente riferita a ipotesi di concorso di condotte colpose indipendenti – mostra chiaramente che il criterio della concretizzazione del rischio si pone al crocevia tra causalità e colpa, ove viene invocato per risolvere i casi di concorso di cause (ai sensi dell'art. 41 Cp) oppure per affrontare i problemi posti dalla colpa nelle relazioni pluripersonali (*sub specie* principio di affidamento).

---

[27] Cass. 11.1.2022 n. 842, cit.

[28] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (caso di Viareggio), cit.; da ultimo, negli stessi termini, Cass. 18.1.22 n. 3541, cit.

[29] Così, *ex multis*, Cass. 17.1.2017 n. 10265, in *DeJureGFL*; Cass. 21.4.2015 n. 22813, in *DeJureGFL*; Cass. 29.9.2005 n. 38877, in *DeJureGFL*.

[30] Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; negli stessi termini v. Cass. 13.12.2016 n. 15124, in *DeJureGFL*; Cass. 13.12.2017 n. 15174, in *DeJureGFL*.

[31] Cass. 18.9.2020 n. 26618, in *DeJureGFL*; Cass. 20.3.2019 n. 27871, in *DeJureGFL*.

3. Nella prassi applicativa non è chiaro, talvolta, se il nesso richiesto tra condotta colposa ed evento coincida con il nesso causale o se integri un *aliud*, complice l'uso promiscuo del concetto di "comportamento alternativo lecito" e il ricorso alla "verifica controfattuale" [32]. Nelle sentenze spesso non si distingue sufficientemente tra il piano causale (efficacia salvifica della condotta doverosa omessa) e piano della colpa (efficacia del comportamento alternativo lecito) e si segnala la tendenza ad utilizzare il termine "comportamento alternativo lecito" anche in relazione al reato omissivo improprio per indicare il comportamento doveroso omesso[33].
Già nelle sentenze più antiche compare il riferimento ad una causalità "in senso normativo", per indicare l'esigenza che l'evento debba essere cagionato proprio da quella azione od omissione che fonda un rimprovero nei confronti dell'autore[34] e nella giurisprudenza contemporanea è ancora molto diffuso il riferimento alla "causalità giuridica" [35], al "profilo causale della colpa"[36], al "nesso eziologico" tra la condotta inosservante e l'evento[37].
Paradigmatici sono i casi di omissione colposa: data la presenza di analogie strutturali tra omissione e colpa riconducibili alla natura normativa del giudizio di inosservanza di una regola comportamentale, la valorizzazione della componente omissiva della colpa consente di ricostruire la mancata adozione delle cautele doverose come condotta omissiva, convertendo il delitto commissivo colposo in illecito omissivo improprio[38].
Nei reati *commissivi* colposi, sussistendo la causalità materiale, il comportamento alternativo lecito viene inquadrato come problema relativo al nesso normativo tra colpa ed evento e, dunque, interno al fatto tipico colposo. Nei reati *omissivi* colposi, non avendo l'omissione causato naturalisticamente alcunché, la verifica della evitabilità dell'evento viene affrontata sul piano della causalità materiale (cosiddetta causalità ipotetica nell'omissione). Il dubbio sulla causalità della colpa si traduce in un dubbio sulla causalità, ovvero in «un dubbio su un momento giuridicamente

[32] Per una rassegna giurisprudenziale, v. R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 176 e 205 ss.; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4116. Differenziano chiaramente i due profili, Cass. 23.1.2002 n. 22568, in *DeJureGFL*; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.
[33] Da ultimo, v. Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass., 9.12.2021 n. 46164, cit.; Cass., 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 3.12.2015 n. 2541, in *DeJureGFL*; Cass. 23.6.2015 n. 30350, in *DeJureGFL*. In dottrina, v. P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 104 ss.; R. Bartoli, *Causalità omissiva*, cit., 3227.
[34] Cass. 26.3.1941, in *RassGiurCircStr* 1941, 588; Cass. 18.10.1954, in *RivGiurCirc.Str* 1956, 62; Cass. 12.12.1955, in *RespCivPrev* 1956, 131.
[35] Cass. 19.5.2005 n. 28564, cit.; Cass. 18.3.2004 n. 24051, cit.
[36] Cass. 2.7.2019 n. 43652, cit.; Cass. 20.9.2012 n. 38, in *DeJureGFL*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.
[37] Cass. 3.12.2021 n. 838, cit.; Cass. 11.11.2021 n. 11657, cit.; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 38786, cit.; Cass. 1.10.2008 n. 39882, in *CP* 2009, 4695, con commento di A. Massaro, *Concretizzazione del rischio*, cit.; Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 6.7.2007 n. 37606, in *DeJureGFL*.
[38] Come spiega M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio"*, cit., 118, «i casi in cui è difficile distinguere causalità della condotta e causalità della colpa sono quelli in cui la colpa consiste nel non aver attivato *condizioni salvifiche*, *condizioni negative* (così che l'evento appare sempre come verificatosi "per conto proprio")». In questi casi, «se non si dimostra la causalità piena del comportamento alternativo lecito, quello impeditivo, che avrebbe attivato le condizioni negative, non c'è prova di nessuna causazione, né da parte della condotta, né da parte della colpa. Il profilo omissivo della colpa resta prevalente». Sull'affinità tra omissione e colpa, v. G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 110; G. Forti, *op.cit.*, 27 ss. e 179 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 90 ss. e 409; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP* 1999, 55 ss.; R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino 2010, 91; R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano 2004, 205 ss. Sulla componente omissiva della colpa, v. G. Marinucci, *La colpa*, cit., 265 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983, 374; C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIML* 1992, 828 ss.

decisivo della causalità "naturalistica": che se pure c'è stata [...] trova il suo momento più qualificante nella valutazione della condizione impeditiva o negativa»[39]. La verifica dell'evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito rimane così assorbita nell'accertamento causale, in applicazione dello schema di accertamento controfattuale proprio della causalità omissiva.

Nella prassi si sono registrati numerosi casi di "conversione" di fattispecie commissive colpose in reati omissivi impropri, in particolare nell'ambito della responsabilità medica, degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali [40].

La distinzione tra agire ed omettere si riverbera sulla scelta del criterio di accertamento del nesso tra colpa ed evento. Secondo la concezione tradizionale, infatti, il giudizio circa la evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito seguirebbe criteri differenti nell'ambito del reato omissivo colposo e in quello commissivo colposo. Nel primo, ove causalità della condotta e causalità della colpa coincidono, è necessaria la certezza (probabilità confinante con la certezza o alta credibilità razionale) di evitare l'evento mediante la condotta doverosa omessa, al fine di garantire l'attribuzione dell'evento all'agente quale "fatto proprio"[41]; nel secondo, invece, ove è apprezzabile il profilo della causalità della colpa, è sufficiente la probabilità di evitare l'evento mediante comportamento alternativo lecito, dal momento che vi è la certezza della "materiale" causazione dell'evento[42].

Questa impostazione si è tradotta, a sua volta, nella distinzione tra ragionamento esplicativo-descrittivo (*ex post*), proprio del giudizio di causalità fondato sulla credibilità razionale della spiegazione svincolata dal valore probabilistico della legge di copertura, e tra ragionamento prognostico-predittivo (*ex ante*), caratteristico del giudizio di evitabilità [43].

Posto che vi è unanimità circa il fatto che l'imputazione dell'evento debba escludersi quando è certo che nemmeno il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento, si segnala che una parte consistente della dottrina fa leva sul criterio dell'aumento del rischio, imputando l'evento quando la condotta illecita abbia aumentato il rischio di verificazione dell'evento, ovvero il comportamento alternativo lecito avrebbe diminuito le probabilità di verificazione dell'evento o aumentato le *chances* di salvezza del bene[44].

---

[39] M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., 44. Negli stessi termini, C.E. Paliero, *op.cit.*, 828 ss.; A. Castaldo, *op.cit.*, 167; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 37; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 184; R. Bartoli, *Causalità omissiva e modello di accertamento* ex ante-ex post, in *CP* 2006, 3227; L. Gizzi, *Il criterio della concretizzazione del rischio*, cit., 1541. In giurisprudenza, v. Cass. 6.7.2007 n. 37606, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.

[40] V. ad esempio, Cass. 18.3.2004 n. 24051, cit.; Pret. Torino 9.2.1995 Barbotto Beraud, in *FI* 1996, II, 107; Cass. 15.11.2005 n. 3380, in *CP* 2007, 2793 ss., con nota di G. Amara, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*; Cass. 18.6.2009 n. 37478, in *DeJureGFL*; Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit.; Cass. 18.5.2011 n. 27735, cit.; Cass. 24.5.2012 n. 33311 (Fincantieri), cit.; Cass. 21.12.2011 n. 11197, in *DeJureGFL*.

[41] Cass. SU 10.07.2002 n. 30328, Franzese, in *CP* 2003, 3798 ss., con nota di E. Di Salvo, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*.

[42] M. Donini, *La causalità omissiva*, cit., 76; nel medesimo senso, v. P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 28 ss.; M. Romano, *op.cit.*, 411; da prospettiva peculiare, F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica, in RIDPP 2009*, 1679 ss. L'impostazione è stabilmente accolta in giurisprudenza; v. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; da ultimo, Cass. 16.9.2020 n. 28294, in *DeJureGFL*; Cass. 19.7.2017 n. 39445, in *DeJureGFL*.

[43] R. Bartoli, *Il problema*, cit., 30; F. Viganò, *op. cit.*, 1681; R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, cit., 13 ss. Nei medesimi termini, espressamente, Cass. 16.9.2020 n. 28294, cit.; Cass. 19.7.2017 n. 39445, cit.; Cass. 4.5.2011 n. 21028, in *DeJureGFL*.

[44] Così, ad esempio, A. Castaldo, *L'imputazione*, cit., 147; G. Forti, *op.cit.*, 692; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 408 ss.; G. Fiandaca, *Causalità*, cit., 128; M. Romano, *op.cit.*, 409; M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento.*

Il criterio dell'aumento del rischio prevale in giurisprudenza, ove si imputa l'evento anche quando il comportamento diligente avrebbe determinato «apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno» o «avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verificazione dell'evento o (per dirla in altri, equivalenti termini) avrebbe avuto significative, non trascurabili probabilità di salvare il bene protetto» o di evitare l'evento, di determinare un evento di intensità lesiva minore o di ritardarne la verificazione[45].

4. Come già accennato, nelle pronunce più recenti si coglie una maggiore attenzione per il corretto inquadramento sistematico delle problematiche e una chiara distinzione dei diversi piani di indagine.
Secondo un orientamento ormai consolidato, «l'accertata sussistenza di una condotta antigiuridica (…) con violazione di specifiche norme di legge o di precetti di comune prudenza non può di per sé far presumere l'esistenza della causalità tra il suo comportamento e l'evento dannoso, che occorre sempre provare e che si deve escludere quando sia dimostrato che l'evento si sarebbe ugualmente verificato»[46].
Come ribadisce la Cassazione, «la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso»[47].
La Cassazione appare più scrupolosa nella identificazione delle condotte autenticamente omissive e applica il modello commissivo in presenza della introduzione nella situazione concreta di nuovi fattori di rischio, valorizzando l'eventuale omessa adozione di misure preventive doverose sul piano della colpa[48].
Nella sentenza sul disastro di Viareggio, ad esempio, i giudici osservano che nell'ambito del procedimento «quasi tutti gli imputati ricorrenti sono stati ritenuti responsabili di condotte che vanno qualificate come commissive colpose; ed in effetti i comportamenti che hanno rilievo causale sono di natura attiva, mentre la violazione delle pertinenti regole cautelari valgono a

"Nesso di rischio", cit., 116 (pur precisando il criterio nel senso del «più probabile che non»); P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 172 ss.; R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., 106 ss. e 209; D. Pulitanò, *Diritto penale*[9], Torino 2021, 293.

[45] In questi termini, v. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 30.5.2017 n. 34375, cit.; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 6.6.2013 n. 31980, in *DeJureGFL*; Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 6.7.2007 n. 37606, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit. Un consistente filone giurisprudenziale afferma l'imputazione dell'evento nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato «in epoca significativamente posteriore»; con riferimento alla responsabilità medica, v. da ultimo, Cass. 26.1.2021 n. 5800, in *DeJureGFL*; Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 19.7.2017 n. 50975, in *DeJureGFL*; Cass. 21.2.2012 n. 10864, in *DeJureGFL*; per il settore della esposizione ad amianto, v. Cass. 9.3.2016 n. 13138, in *DeJureGFL*; Cass. 27.8.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), cit.

[46] Così, Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit.; Cass. 24.5.2007 n. 24898, in *DeJureGFL*; Cass. 18.9.2008 n. 40802, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 38786, cit.

[47] Cass. 5.5.2021 n. 21554, cit.; Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.; Cass. 20.6.2018 n. 32216, in *DeJureGFL*; Cass. 6.5.2015 n. 24462, in *DeJureGFL*.

[48] Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 12.7.2012 n. 41184 (caso Eternit siciliana), cit.; Cass. 1.3.2011 n. 15002, in *DeJureGFL*; Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit. Con riferimento, in particolare, al settore della responsabilità del datore di lavoro per infortuni e malattie professionali, v. l'estesa rassegna di S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., 244 ss.

connotarli come colposi» (tra gli altri, l'attestazione di esito positivo del controllo tecnico e la messa in circolazione del carro montante l'assile difettoso). La Corte censura la circostanza che si sia evocata una posizione di garanzia in presenza di una condotta attiva che, in quanto colposa, presenta certamente aspetti omissivi, «i quali tuttavia non si riflettono sulla natura della condotta tipica»[49].

Significativamente, la giurisprudenza più recente torna a confrontarsi con un altro controverso aspetto dell'accertamento del nesso tra colpa ed evento, ovvero la determinazione della regola di giudizio.

Nel solco dell'insegnamento impartito dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese e nel caso Thyssenkrupp, i giudici affermano che nei reati omissivi colposi anche per l'accertamento della causalità della colpa deve adottarsi il criterio della ragionevole certezza o probabilità logica, non quello delle apprezzabili possibilità di successo[50]. In alcune pronunce si coglie, tuttavia, l'intento di estendere tale acquisizione anche agli illeciti commissivi colposi. Come spiega la Suprema Corte, «il giudizio controfattuale trova il suo terreno di elezione nel ragionamento causale in tema di reato omissivo, ma non si tratta di un ambito esclusivo in quanto tale *iter* logico viene seguito anche in caso di reati commissivi ancorché non si renda necessario esprimerlo nella motivazione»[51].

Secondo i giudici, il meccanismo controfattuale necessario per stabilire l'effettivo rilievo condizionante della condotta umana (così come l'effetto salvifico della condotta doverosa omessa) si deve fondare «non solo su affidabili informazioni scientifiche, ma anche sulle contingenze significative del caso concreto»[52]. Invero, «ciò che si impone di verificare nel giudizio controfattuale è l'elevata credibilità logica dell'efficacia salvifica della condotta alternativa corretta con l'obiettivo di raggiungere una certezza processuale che sia frutto dell'elaborazione, da parte del giudice, delle evidenze disponibili»[53].

Non può sfuggire che il riferimento alle «contingenze del caso concreto» e al «paradigma indiziario» implica un giudizio effettuato *ex post* e su base totale [54], in analogia con le cadenze dell'accertamento causale. Sembra potersi riconoscere il tentativo di uniformare i parametri di accertamento della causalità (omissiva) e della causalità della colpa: la probabilità logica assurge a criterio generale di giudizio, sia negli illeciti commissivi sia in quelli omissivi, in funzione di garanzia e in conformità alla *ratio* dell'imputazione *oggettiva* dell'evento.

Siffatta impostazione segna l'abbandono del parametro di accertamento della evitabilità dell'evento basato sulla mera possibilità (secondo una logica orientata al principio di precauzione) e il superamento del tradizionale orientamento "dualista", che propone criteri differenti per il giudizio circa la evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito nel reato omissivo colposo e in quello commissivo colposo[55].

---

[49] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

[50] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

[51] Cass. 9.12.2021 n. 46164, cit.; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.

[52] Tra le tante, v. Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 6.7.2021 n. 28182, in *DeJureGFL*; Cass. 24.2.2021 n. 16843, in *DeJureGFL*; Cass. 3.2.2021 n. 5806, in *DeJureGFL*; Cass. 18.11.2020 n. 33230, in *DeJureGFL*; Cass. SU 14.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 4.12.2012 n. 10615, in *DeJureGFL*; Cass. 16.6.2010 n. 32121, in *DeJureGFL*.

[53] Cass. 9.12.2021 n. 46164, cit., sulla scorta di Cass. 17.9.2010 n. 43786, Cozzini, cit.; nello stesso senso, recentemente, v. Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 24.2.2021 n. 16843, cit.; in precedenza, v. già Cass. 5.4.2013 n. 29889, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2013 n. 18573, in *DeJureGFL*.

[54] Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 3.2.2021 n. 5806, cit.

[55] Si rinvia alla dottrina e giurisprudenza citate nelle note 42 e 43.

Com'è noto, tale orientamento muove dal presupposto che il giudizio circa la evitabilità dell'evento riguardi esclusivamente il profilo della colpa e possa di conseguenza assumere carattere meramente probabilistico, non solo rispetto al criterio di giudizio (grado di probabilità o certezza), ma anche rispetto alla base nomologica del giudizio stesso (leggi statistiche, epidemiologiche, meri sospetti di pericolosità e teorie scientifiche non ancora accreditate). Come spiegava la Cassazione nel caso relativo alla frana di Sarno, «le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno natura non di verifica a posteriori della riconducibilità di un evento alla condotta di un uomo, ma funzione precauzionale e la precauzione richiede che si adottino certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi»[56].
Dall'esame delle numerose sentenze che oggi affrontano il tema della evitabilità dell'evento e della concretizzazione del rischio nell'illecito colposo (nei più svariati ambiti), si ricava l'impressione che nella prassi si stia facendo largo un orientamento più rigoroso che, per affermare l'imputazione, ritiene necessaria la ragionevole certezza o alta credibilità razionale (c.d. probabilità logica) che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato l'evento, pena la violazione del principio *in dubio pro reo* [57].
Si tratta di una presa di posizione significativa, posto che – come riteniamo – la colpa non può essere slegata dalla spiegazione causale, in particolare in relazione al profilo "causale" dell'addebito colposo, perché l'evento concreto non risulterebbe più riconducibile al tipo di evento che la regola cautelare mirava a prevenire[58]. Inoltre, nei contesti a causalità complessa o multifattoriale le incertezze riguardo alla spiegazione dei fenomeni investono inevitabilmente anche il piano della colpa, ostacolando, in particolare, la chiara descrizione dell'evento e l'identificazione delle condotte idonee a prevenirlo.
Non può sottovalutarsi il fatto che la giurisprudenza, interrogandosi circa la evitabilità dell'evento mediante comportamento lecito, finisca per adottare un medesimo metodo di accertamento sia per il rapporto di causalità sia per la colpa, attuando così implicitamente la identificazione tra causalità (penalmente rilevante) e causalità della colpa. Le soluzioni adottate in giurisprudenza si rivelano, dunque, condivisibili, apparendo frutto di intuizioni corrette, malgrado argomentazioni non sempre limpide e lineari.
Da tempo in dottrina si rinvengono voci che sostengono, più o meno apertamente, che il nesso normativo tra colpa ed evento (il c.d. nesso di rischio) rappresenti un vero e proprio requisito causale, una sorta di specificazione della causalità, nella misura in cui non soltanto la condotta dell'agente deve essere causale rispetto all'evento, ma proprio *quelle caratteristiche* della condotta, che ne determinano la illiceità[59]. In quest'ottica, «le nozioni di causalità cui fanno

[56] Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit. Per questo indirizzo nella giurisprudenza in materia di amianto e altre sostanze tossiche, v. Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. 24.5.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), cit.; Cass. 12.7.2012 n. 41184 (caso Eternit siciliana), cit.
[57] In questo senso, v. G. Marinucci, *La colpa*, cit., 273; L. Eusebi, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2000, 1067 ss.; F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano 2006, 1311 ss.; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4135. In dottrina, sono critici nei confronti della indicata "tesi differenziatrice", da posizione differenti, F. Viganò, *op.cit.*, 1701 ss.; R. Bartoli, *Il problema*, cit., 91; C. Perini, *op.cit.*, 586; G. Civello, *op.cit.*, 273 ss.; K. Summerer, *Causalità ed evitabilità*, cit., 138 ss.
[58] G. Forti, *op.cit.*, 503 ss.; C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *RIDPP* 1997, 1495 ss.; L. Fornari, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: "passi avanti" della giurisprudenza sul terreno della imputazione colposa*, in *RIDPP* 1999, 725; F. Stella, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *RIDPP* 2004, 379 ss.; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *DPP* 2008, 648.
[59] M. Donini, *Illecito*, 442, nt. 192.

riferimento gli articoli 40 e 43 Cp – l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di una norma cautelare – non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà, e, dunque, coincidono»[60].
In questo quadro appare decisiva la prova della evitabilità dell'evento mediante comportamento alternativo lecito – quale unica "causalità" penalmente rilevante – in termini di credibilità razionale, in virtù della esclusione di fattori causali alternativi e della valutazione della efficacia preventiva della regola cautelare violata alla luce delle contingenze concrete.

5.Le osservazioni svolte inducono ad affrontare il problema della individuazione del comportamento alternativo lecito idoneo ad evitare l'evento, ovvero la determinazione delle cautele doverose.
Nonostante la sua rilevanza pratica, il tema ha trovato poco spazio in letteratura e in giurisprudenza[61]. Nelle sentenze più recenti si rinvengono ancora una volta indicazioni utili e stimolanti.
Mentre nel reato omissivo è l'obbligo giuridico del garante a indicare la condotta alternativa necessaria a impedire l'evento, nel reato commissivo colposo il comportamento alternativo lecito non è sempre predeterminato. Secondo l'impostazione tradizionale, il comportamento alternativo lecito si configura in relazione ad un preciso obbligo di condotta, ovvero si definisce e si individua alla luce della norma violata presa in considerazione nella situazione concreta[62].
Tranne i casi in cui sia prescritta l'astensione *tout court* dalla condotta vietata e quelli in cui la condotta diligente sia compiutamente descritta da una norma cautelare codificata (si pensi, ad esempio, a valori soglia, tassi alcolemici, limiti di velocità, distanze di sicurezza e simili), sono configurabili numerose condotte alternative lecite e non è affatto chiaro in base a quale criterio si debba selezionare quella rilevante ai fini del giudizio di evitabilità dell'evento. Con riferimento al peculiare settore della colpa medica, la dottrina riconosce la frequente presenza di un concorso di regole cautelari, cioè di una molteplicità di opzioni di condotta, che rende assai difficile stabilire – nella prospettiva *ex ante* – quale fosse il comportamento diligente idoneo a prevenire l'esito lesivo[63].
Anche quando si tratti di regole codificate, la loro eventuale natura elastica pone non trascurabili problemi di definizione contenutistica[64]. Come spiega la Cassazione, «qualora si assuma la violazione di una regola c.d. "elastica" (che necessiti, cioè, per la sua applicazione di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare, al contrario di quelle cosiddette "rigide", che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento) è necessario,

[60] L. Eusebi, *op.cit.*, 1061.
[61] Se ne sono occupati, G. Forti, *op.cit.*, 714; P. Veneziani, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *CP* 2013, 1224 ss.; G. Civello, *op.cit.*, 251 ss.; K. Summerer, *Causalità*, cit., 283 ss. Appare più ampio il dibattito in relazione al settore della colpa medica, anche in virtù dei controversi interventi di riforma degli ultimi anni; per tutti, v. M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017; D. Micheletti, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *DisCrimen*, 9.5.2019.
[62] F. Giunta, *La normatività della colpa*, cit., 89.
[63] A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590* sexies *c.p.*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.12.2017, 8 ss.; G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 18 ss., ove segnala un fenomeno di «strumentalità alternativa», ritenendo «particolarmente ardua, di fronte ad uno scenario ampio e multiforme di possibili 'alternative', l'opera di definizione della regola cautelare, senza cadere, allo stesso tempo, nel 'tranello' insidioso (e costituzionalmente illegittimo, *ex* art. 27, 1° comma, Cost.) di una costruzione *a posteriori* dei requisiti della colpa».
[64] Così, Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.

ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta anti doverosa, procedere a una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto»[65].
La ricostruzione della condotta alternativa lecita è poi condizionata dal parametro di accertamento adottato, oscillante tra l'agente ideale dotato della miglior scienza ed esperienza e l'*homo eiusdem* (o addirittura differenti figure di agente modello all'interno di un medesimo ambito di attività)[66].
Neppure il riferimento allo scopo di tutela della norma consente di determinare in modo univoco il comportamento diligente prescritto. Non sempre la *ratio* preventiva della norma è chiara e spesso le regole cautelari presentano uno spettro preventivo assai ampio; talvolta non esiste alcun comportamento alternativo lecito, a causa delle caratteristiche della situazione concreta, che rendono impossibile l'osservanza della norma (come quando, ad esempio, in una strada particolarmente stretta risulti impossibile mantenere un adeguato margine di sorpasso) o impongono di verificare se, nella situazione concreta, esista una diversa regola cautelare in grado di prevenire eventi lesivi.
A questo proposito va ribadita l'ammissibilità di una colpa generica (in funzione integratrice e sussidiaria) anche in caso di osservanza di regole cautelari scritte[67]. Occorre, tuttavia, «farsi carico delle istanze di determinatezza e di rispetto del principio di colpevolezza», come osserva la Cassazione, assicurando che la regola cautelare di fonte sociale sia preesistente al fatto e oggetto di accertamento processuale. Secondo la Corte, «anche quando la diligenza doverosa sia specificata da regole cautelari contenute in enunciati, sì che la loro violazione può dar luogo ad ipotesi di colpa specifica, il gestore del rischio è tenuto ad osservare preesistenti regole cautelari non positivizzate pertinenti a tale gestione quando risulti *ex ante* l'inefficacia preventiva delle regole positivizzate, alla luce delle conoscenze scientifiche, tecniche o esperienziali pertinenti»[68].
Di fatto, l'operazione di sostituzione della condotta illecita con il comportamento alternativo lecito è aperta ad infinite variabili e manipolazioni. Quando si tratta di creare uno scenario controfattuale è necessario procedere aggiungendo elementi non meramente congetturali e ipotetici, poiché altrimenti non vi sarebbero limiti alla fantasia dell'interprete (e del giudice). Piuttosto, occorre individuare, sulla base delle conoscenze scientifiche e delle massime di esperienza, un "mondo simile", tenendo conto del contesto causale esistente
Anche la giurisprudenza, del resto, è consapevole della necessità di prendere in considerazione esclusivamente cause probabili e spiegazioni alternative plausibili, ancorate ad elementi di fatto, e non circostanze meramente congetturali ed ipotetiche, laddove afferma che «la prospettazione di una spiegazione causale alternativa e diversa [...] non può essere affidata solo ad una indicazione meramente possibilista, ma deve connotarsi di elementi di concreta probabilità, di specifica possibilità, essendo necessario, cioè, che quell'accadimento alternativo, ancorché pur sempre prospettabile come possibile, divenga anche, nel caso concreto, *hic et nunc*, concretamente probabile, alla stregua, appunto, delle acquisizioni processuali»[69].

[65] Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.
[66] In merito alle implicazioni di tale scelta, v. recentemente G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 3 ss. Per il riferimento al parametro della "miglior scienza ed esperienza", v. F. Mantovani, *Colpa*, cit., 306; ID., *Diritto penale*[11], Padova 2020, cit., 364 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 260; da ultimo, M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 165 ss.
[67] Sui rapporti tra colpa generica e specifica, v. F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*[8], Torino 2021, 314 ss.; D. Castronuovo, *Colpa penale*, in *ED*, *I tematici* II, *Reato colposo*, Milano 2021, 213 ss.
[68] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), cit.
[69] In questi termini, Cass. 11.5.2021 n. 30229, cit.; Cass. 22.9.2011 n. 47474, in *DeJureGFL*; Cass. 20.12.2008 n. 10789, in *DeJureGFL*. Hanno correttamente negato la rilevanza del decorso causale alternativo prospettato anche Cass. 9.6.2011 n. 28782, in *DeJureGFL* (il caso riguardava un oculista che, a conclusione di un intervento per

Nella sentenza sul disastro di Viareggio, la Cassazione ha respinto le argomentazioni dei ricorrenti, che ritenevano di non poter escludere decorsi ipotetici alternativi produttivi di eventi analoghi a quello verificatosi in concreto. I giudici hanno chiaramente sottolineato che «un evento diverso da quello concretamente verificatosi e puramente ipotetico (nel caso specifico, il deragliamento comunque determinatosi, con altro carro, in altro luogo, in altro tempo) non può essere assunto a termine della relazione causale»[70].

La determinazione della condotta doverosa è particolarmente difficile nelle situazioni in cui interagiscono più fattori di rischio o sono presenti fenomeni a eziologia complessa, nei settori segnati dalla rapida evoluzione delle conoscenze e delle tecniche di gestione del rischio e nei contesti di cosiddetta colpa relazionale, caratterizzati cioè dalla interazione di più soggetti[71].

In questi ultimi, specialmente, il ragionamento ipotetico-controfattuale, volto ad individuare il comportamento alternativo lecito, si articola su più livelli, dovendosi tenere conto anche delle (ipotetiche) condotte di terzi che interagiscano con l'agente e dei loro (ipotetici) effetti. Quando il comportamento alternativo lecito si innesta su costellazioni complesse (come ad esempio la cooperazione colposa, il concorso di cause colpose indipendenti, la delega di funzioni, la successione di garanti, le attività di *équipe*), implicando la sollecitazione, la segnalazione o il coinvolgimento di altri soggetti, l'accertamento è segnato da un elevato grado di incertezza[72].

Rispetto alle condotte umane ipotetiche entrano in gioco diversi elementi: la (libera) scelta e decisione di un terzo, la fedeltà dell'individuo alle norme (o la propensione a violarle), l'esistenza di norme di comportamento vincolanti per i destinatari. Si tratta, in ogni caso, di fattori non determinabili *ex ante* e rispetto ai quali non esistono generalizzazioni causali ritenute valide.

Dottrina e giurisprudenza hanno espresso con vigore la necessità che le condotte di terzi siano assunte come lecite e conformi al diritto e alla diligenza. Così, nell'ambito della responsabilità medica, deve ritenersi che se l'agente avesse avvertito tempestivamente il medico, la vittima sarebbe stata salvata, perché si suppone che il medico avrebbe agito secondo le *leges artis*[73]. Tale

---

l'estrazione della cataratta non aveva effettuato la sutura della ferita, a causa dello stato di agitazione della paziente e provocando la fuoriuscita di tessuto oculare con conseguente compromissione della vista; la difesa sostenne che anche qualora la paziente fosse stata sottoposta ad anestesia generale per procedere alla sutura, l'intubazione avrebbe potuto determinare il medesimo evento dannoso); Cass. 12.11.2008 n. 4107, in *CP* 2010, 1462 (uno psichiatra aveva rilasciato un certificato di idoneità all'uso di armi ad un paziente, che successivamente aggredì alcune persone; la circostanza che il paziente avrebbe potuto comunque compiere il fatto procurandosi l'arma sul mercato clandestino fu considerata irrilevante dalla Corte); Cass. 12.7.2011 n. 38774, in *DeJureGFL* (alcuni medici, imputati per lesioni per aver cagionato una distocia di spalla ad un nascituro a causa dell'omessa diagnosi di macrosomia del feto e dell'omessa effettuazione del parto chirurgico, si difesero sostenendo che un'analoga lesione avrebbe potuto verificarsi anche durante l'operazione di taglio cesareo).

[70] Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.

[71] C. Piergallini, *Danno da prodotto*, cit., *passim*; G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi dell'adeguamento delle regole di diligenza*, in *RIDPP* 2005, 40; P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 1227; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *RIDPP* 2011, 1594 ss.; A. Perin, *op.cit.*, 234 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.

[72] P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit. 1242; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica*, cit., 1632; A. Gargani, Ubi culpa, ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *IP* 2000, 578 ss.; A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento medico sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *DPP* 2001, 477 ss.; L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 821 ss.; M.L. Mattheudakis, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *CP* 2010, 1478 ss.

[73] Cass. 2.7.2015 n. 31244, in *CP* 2016, 609, relativa al caso di un'ostetrica, che aveva omesso di allertare tempestivamente i medici di guardia riguardo ai segnali di sofferenza fetale del nascituro, in seguito deceduto per le gravi patologie riportate. L'orientamento è costante in giurisprudenza, v. Cass. 12.12.2014 n. 20063, in *DeJureGFL*;

valutazione dovrà essere condotta secondo parametri standardizzati, salvo l'accertamento di concreti elementi che facciano supporre un comportamento non conforme da parte del terzo. In analogia con i criteri che regolano l'applicazione del principio di affidamento, la fiducia nel comportamento osservante del terzo «trova un temperamento nell'opposto principio secondo il quale il soggetto garante del rischio è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della "ragionevole" prevedibilità in base alle circostanze del caso concreto»[74].

Il principio è stato ribadito, da ultimo, nella sentenza sull'incidente ferroviario di Viareggio: «Quando la ricostruzione del comportamento alternativo lecito idoneo ad impedire l'evento deve essere compiuta nella prospettiva dell'interazione tra più soggetti, sui quali incombe l'obbligo di adempiere allo stesso "dovere" o a "doveri" tra loro collegati, la valutazione della condotta di colui che è tenuto ad attivare altri va effettuata assumendo che il soggetto che da esso sarebbe stato attivato avrebbe agito correttamente, in conformità al parametro dell'agente "modello" (…) Si tratta di un principio che sottende l'analisi della struttura dell'accertamento causale richiesto, il quale non può fare a meno di ricorrere a massime di esperienza attinenti al comportamento atteso nell'ambito della ordinaria esplicazione dei compiti. Motivo per cui è del tutto ragionevole utilizzare un criterio di "regolarità comportamentale", a meno che non siano dimostrate nel processo circostanze specifiche che contraddicono nel caso concreto la pertinenza di un simile criterio»[75]. Nel caso specifico, i giudici non hanno dubitato della valenza impeditiva del comportamento alternativo lecito, considerato che non poteva avere alcun rilievo l'ipotesi congetturale che l'anomalia documentale ascrivibile agli imputati avrebbe anche potuto non essere individuata dal soggetto terzo deputato al controllo.

Analogamente, quando si rimprovera il datore di lavoro di non aver fornito un dispositivo di protezione individuale e si afferma che l'infortunio si è determinato a causa di tale omissione si postula che il lavoratore avrebbe fatto uso del dispositivo ove consegnatogli[76].

Il problema del corretto svolgimento del giudizio controfattuale è stato affrontato anche in un'altra recente sentenza, ove i giudici hanno supposto il comportamento diligente da parte della vittima e non – come suggerivano le difese – un comportamento inosservante meramente ipotetico. Nella fattispecie, gli imputati, accusati della morte di una ragazza per non aver installato un camminamento pedonale a lato del guardrail, affermavano che la condotta omessa non avrebbe evitato l'evento, non potendosi affermare con ragionevole certezza che la vittima avrebbe utilizzato il camminamento pedonale piuttosto che attraversare imprudentemente, come accaduto, la strada. La difesa degli imputati, insomma, aveva erroneamente incentrato il ragionamento non sulla condotta alternativa che si sarebbe potuta/dovuta pretendere dagli imputati, ma sull'agire, del tutto ipotetico e astratto, della vittima[77].

6.In numerose sentenze uno dei principali motivi di ricorso (regolarmente respinto dalla Cassazione) è dato dalla insufficiente determinazione del comportamento alternativo lecito. Spesso

Cass. 16.7.2009 n. 35027, in *DeJureGFL*; Cass. 29.1.2004 n. 21709, in *DeJureGFL*. In dottrina, v. P. Veneziani, *La causalità della colpa*, cit., 1242.

[74] Cass. 26.11.2020 n. 6490 (incidente del Porto di Genova), in *DeJureGFL*; Cass. 8.1.2021 n. 32899 (incidente ferroviario di Viareggio), cit.; Cass. 12.5.2017 n. 35585 (naufragio della Costa Concordia), in *CP* 2018, 1103 ss., con nota di G. Bova, A. Marchini, *Il caso "Costa-Concordia": profili di responsabilità penale del comandante*.

[75] Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit. Cfr. anche Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.

[76] In questi termini, ancora Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.

[77] Cass. 15.10.2021 n. 3519, in *DeJureGFL*.

i giudici si limitano ad accertare la violazione di una norma cautelare, seguita dal verificarsi dell'evento che essa mira a scongiurare, affermando — sulla scorta di un ragionamento circolare — che un comportamento diligente e prudente avrebbe evitato l'evento lesivo, senza specificare in che cosa dovesse consistere la condotta alternativa. Raramente si approfondisce la questione della reale idoneità preventiva o del grado di efficacia delle cautele conoscibili ed esigibili al momento della condotta[78].

Nella giurisprudenza di legittimità più recente si registra una maggiore attenzione rispetto all'esigenza di un più puntuale accertamento della cautela doverosa prescritta nel caso concreto e la Cassazione ha più volte sottolineato che il comportamento alternativo lecito deve essere determinato sulla base dell'acquisizione di elementi precisi e affidabili, e non esclusivamente di generiche asserzioni circa regole di prudenza ipoteticamente violate[79].

I giudici di legittimità hanno ripetutamente affermato che «il giudizio controfattuale richiede innanzitutto che venga preliminarmente descritto ciò che è accaduto; solo dopo aver accertato "che cosa è successo" (si propone al riguardo la definizione di "giudizio esplicativo") è possibile chiedersi cosa sarebbe stato se fosse intervenuta la condotta doverosa ("giudizio predittivo")»[80]. Ne consegue che solo dopo aver identificato compiutamente la condotta doverosa può risolversi il quesito in merito alla sua valenza salvifica[81]. Senza una preliminare incontroversa delineazione del quadro fattuale quell'attitudine si può predicare solo in termini astratti[82].

Come osserva la Cassazione, «lo sforzo di individuazione della regola cautelare non viene richiesto solo rispetto a quella positivizzata; vi è consapevolezza che esso deve essere ancor più rigoroso quando venga evocata la prudenza, la diligenza, la perizia. Per quanto possa risultare difficile distinguere l'una dall'altra, esse non si risolvono in formule vuote di contenuto, ma alludono ancora a comportamenti cautelari identificati dal sapere diffuso e quindi non esimono il giudice dalla necessità di indicare in concreto quale sia il comportamento doveroso»[83].

Con riferimento al caso di un automobilista che, procedendo ad una velocità eccessiva in rapporto alle peculiarità della strada e alle condizioni meteorologiche, aveva investito un pedone che aveva attraversato repentinamente la strada, i giudici escludono la violazione della regola cautelare laddove non si proceda alla previa determinazione della velocità che risulti — non *ex post*, ma *ex ante*, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto — adeguata allo stato dei luoghi e idonea ad evitare l'investimento[84].

Nell'ambito della responsabilità medica, si è ritenuto insufficiente il generico riferimento ad un intervento medico tempestivo, senza valutare la specifica capacità salvifica del comportamento alternativo lecito in termini di alta probabilità logica e senza indicare gli elementi fattuali (età del paziente, pregresse patologie, immunodepressione ecc.), che avrebbero permesso di concretizzare il giudizio controfattuale[85]. In un altro caso, i giudici di legittimità hanno censurato la Corte

[78] Per un'ampia disamina, v. S. Dovere, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in ED, *I tematici II*, *Reato colposo*, Milano 2021, 582 ss. In dottrina, v. L. Siracusa, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra «caos» e «logos»*, in *RTrimDPenEc* 2009, 969; P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 1240 ss.; D. Micheletti, *La responsabilità del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *www.discrimen.it*, 8.05.2019, 20 ss.

[79] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro di Viareggio), cit.

[80] Cass. 16.6.2016 n. 39445, cit. Cfr. altresì Cass. 16.9.2020 n. 28294, cit.; Cass. 15.1.2020 n. 12353, in *DeJureGFL*.

[81] Cass. 16.6.2016 n. 39445, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 6.6.2013 n. 31980, cit.

[82] Cass. 13.1.2013 n. 23339, in *DeJureGFL*.

[83] Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.; Cass. 14.4.2016 n. 31490, in *DeJureGFL*.

[84] Cass. 10.11.2021 n. 45589, cit.; Cass. 7.2.2020 n. 10152, in *DeJureGFL*. Analogamente, sempre nell'ambito della circolazione stradale, v. Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.; Cass. 20.9.2012 n. 38, cit.

[85] Cass. 20.2.2020 n. 15080, in *DeJureGFL*; Cass. 18.11.2021 n. 45602, cit.; Cass. 6.7.2021 n. 28182, cit.; Cass., 24.2.2021 n. 16843, cit.

territoriale, che aveva evocato in modo apodittico la miglior scienza ed esperienza del settore, le buone pratiche ampiamente diffuse e consolidate nel settore di competenza del medico, lo stato dell'arte, senza peraltro indicare la fonte dalla quale aveva tratto la conoscenza, e hanno ribadito che «la complessità della medicina preclude l'assunzione di giudizi che non siano nutriti dell'analisi tecnica dei dati disponibili, concernenti il paziente e la malattia»[86].

Anche nella sentenza relativa all'incidente del Porto di Genova il tema della esatta individuazione del comportamento alternativo lecito, resa più difficoltosa dalla natura elastica delle regole cautelari violate, è oggetto di approfondita analisi. La Cassazione afferma che «il comportamento alternativo non è stato desunto dagli elementi indiziari concretamente emersi e non poteva certo essere ipotizzato in astratto dall'organo giudicante, essendo noto che, in tema di colpa generica, l'individuazione della regola cautelare non scritta eventualmente violata non deve essere frutto di una elaborazione creativa, fondata su una valutazione ricavata *ex post* ad evento avvenuto e in maniera del tutto astratta e svincolata dal caso concreto, ma deve discendere da un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell'evento, per poi procedere formulando l'interrogativo se questo fosse prevedibile ed evitabile *ex ante*, con il rispetto della regola cautelare in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico scientifiche e delle massime di esperienza. Nel momento in cui non viene individuata la condotta alternativa doverosa, si è al di fuori della colpa, non essendo concretamente desumibile la violazione di una regola cautelare - generica o specifica - tesa ad impedire la concretizzazione del rischio di verificazione dell'evento»[87].

La Suprema Corte riconosce le insidie del processo di identificazione della regola violata, il pericolo di un approccio "creativo", e non meramente ricognitivo, in violazione dei principi di legalità e di colpevolezza. Si ribadisce, allora, che non è consentito «muovere a ritroso dalla situazione così come si è verificata chiedendosi cosa avrebbe impedito il suo dipanarsi», poiché «quella che risulterebbe individuata sarebbe la regola cautelare dell'evento singolare e non una regola astratta, preesistente all'evento ed idonea a prevenire eventi del genere di quello effettivamente occorso»[88].

Il ragionamento della Corte implica, altresì, la consapevolezza che il comportamento alternativo lecito non può identificarsi in una mera condotta osservante delle regole cautelari (contrapposta alla condotta inosservante delle medesime regole), ma è costituito da una condotta che, se posta in essere, sarebbe stata idonea ad evitare l'evento[89]. Nelle sentenze più recenti si intravede la valorizzazione del contenuto "modale" della regola cautelare, cioè delle prescrizioni comportamentali volte a gestire un determinato fattore di rischio e a prevenire uno specifico evento lesivo[90]. Così, per la Cassazione «la colpa non consiste nella violazione di una generica obbligazione di diligenza dal contenuto neutro ed indeterminato, bensì nella violazione di una specifica regola (...) di condotta che prescrive modalità di comportamento da adottare in un caso concreto per evitare il verificarsi di uno specifico evento offensivo»[91]. «La regola cautelare alla stregua della quale deve essere valutato il comportamento del garante, non può rinvenirsi in norme che attribuiscono compiti senza individuare le modalità di assolvimento degli stessi, dovendosi,

[86] Cass. 16.6.2016 n. 39445, cit.

[87] Cass. 26.11.2020 n. 6490, cit. Analogamente, Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.; Cass. 13.12.2016 n. 9390, in *DeJureGFL*.

[88] Cass. 24.4.2014 n. 34119, in *DeJureGFL*.

[89] Così, chiaramente, già Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit. («La regola cautelare deve, necessariamente, avere carattere "modale", deve cioè indicare con precisione le modalità e i mezzi ritenuti necessari ad evitare il verificarsi dell'evento»).

[90] Al riguardo, in dottrina, F. Giunta, *Illiceità*, cit., 233 ss.; recentemente, v. D. Micheletti, *La responsabilità*, cit., 9.

[91] Cass. SU 22.1.2009 n. 22676, in *DeJureGFL*.

invece, avere riguardo esclusivamente a norme che indicano con precisione le modalità e i mezzi necessari per evitare il verificarsi dell'evento»[92].
La regola cautelare trova legittimazione proprio nell'efficacia (non nella forma o validità della sua positivizzazione) e va dunque osservata, sempre che risulti in concreto efficace rispetto allo scopo[93]. Come conclude la Cassazione nel caso dell'incidente ferroviario di Viareggio, né la posizione di garanzia né la regola cautelare positivizzata sono da sole sufficienti a definire quale comportamento si sarebbe dovuto porre in essere, poiché «l'indagine va estesa alle pertinenti regole comportamentali, che si impongono nel caso concreto per la loro riconosciuta efficacia cautelare»[94].
Si è già detto che le modalità di individuazione della condotta doverosa sono condizionate dalla natura *generica* o *specifica* della colpa e, specialmente, dal carattere *aperto* o *elastico* delle regole cautelari, dovendosi adeguare il giudizio alle peculiarità della situazione concreta. Assume qui una importanza centrale la descrizione dell'evento: occorre stabilire se si debba considerare il concreto evento realizzatosi ovvero una categoria di eventi riconducibili alla medesima causa. Siccome la regola cautelare formalizza un giudizio di prevedibilità ed evitabilità di un evento dannoso, si tratta di stabilire se l'evento concreto possa essere ricompreso tra quelli che, nella redazione della regola cautelare, si volevano evitare.
Dopo la sentenza su Porto Marghera si consolida in giurisprudenza la distinzione tra regole cautelari cosiddette "rigide" («che prendono in considerazione solo uno specifico e determinato evento») e regole cautelari cosiddette "aperte" («dettate sul presupposto che esistano o possano esistere conseguenze dannose non ancora conosciute»). Queste ultime sono suscettibili di progressivo ed automatico aggiornamento alla luce dell'evoluzione del sapere scientifico[95]. Nei settori caratterizzati dal costante mutamento e dal progressivo adeguamento delle regole cautelari (per es., infortuni sul luogo di lavoro o malattie professionali) il legislatore sovente sceglie di costruire una regola cautelare mediante clausole generali e criteri indeterminati; tuttavia, il rischio di "elaborazione creativa" di regole non positivizzate deve indurre l'interprete a specificarle, di volta in volta, mediante il rinvio alle cautele che la scienza, l'esperienza o l'evoluzione tecnologica sono in grado di suggerire[96].
Poiché l'individuazione del comportamento alternativo lecito è rimessa ad un momento successivo a quello della condotta, occorre procedere con estrema prudenza, onde evitare il rischio di valutare retrospettivamente il giudizio formulato *ex ante* in base al risultato concreto verificatosi (secondo la distorsione cognitiva che induce ad affermare la prevedibilità di un evento infausto in seguito alla sua verificazione — cosiddetto *hindsight bias* — e la evitabilità di un evento a seconda della

[92] Cass. 19.11.2015 n. 12478 (riguardante la Commissione Grandi Rischi nella vicenda del terremoto dell'Aquila), in *FI* 2017, II, 149 ss., con nota di C. Brusco, *Il principio di precauzione nell'ordinamento penale. La causalità psichica*.
[93] In questi termini, Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.
[94] Cass. 8.1.2021 n. 32899, cit.; Cass. 18.1.2022 n. 3541, cit.
[95] Cass. 11.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. 6.7.2007 n. 37606, cit.; Cass. 20.4.2005 n. 11351, in *DeJureGFL*.
[96] Così, Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.; Cass. 13.12.2016 n. 9390, cit.; da ultimo, ancora Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro di Viareggio), cit.

sua gravità — cosiddetto *outcome bias*)[97]. Diversamente il giudicante finirebbe per fare coincidere la condotta diligente prescritta *ex ante* con quella che *ex post* avrebbe evitato l'evento[98].
L'individuazione della regola cautelare e del suo ambito di protezione avviene in un'ottica *ex ante*; ai fini della colpa possono dunque rilevare esclusivamente le leggi causali scientifiche disponibili al momento della condotta, con la conseguenza che eventuali progressi tecnologici o nuove acquisizioni scientifiche non possono in alcun modo incidere sulla valutazione già compiuta[99]. Si segnalano, tuttavia, frequenti manipolazioni nella prassi, specialmente nella casistica relativa alla esposizione a sostanze tossiche, ove il problema investe sia la descrizione dell'evento da prevenire sia l'individuazione delle misure necessarie per fronteggiare il rischio[100].
Il procedimento ipotetico-controfattuale pone l'interprete davanti ad un dilemma: considerare l'evento naturalistico nella sua concretezza, così come si è verificato *hic et nunc*, tenendo conto di tutte le circostanze e modalità di verificazione, con la conseguenza di affermare l'evitabilità dell'evento, perché una condotta alternativa non avrebbe certo cagionato proprio quell'evento; oppure considerare l'evento nella sua astratta riconducibilità al tipo di evento previsto dalla norma, con la conseguenza di escludere l'evitabilità dell'evento quando il comportamento alternativo lecito avrebbe condotto ad un evento dello stesso *tipo* di quello previsto dal legislatore.
Si è criticamente rilevato che la ri-descrizione dell'evento specifico verificatosi *hic et nunc* come evento "di genere" conduce ad una imputazione basata sulla mera inosservanza della regola cautelare e sul *versari in re illicita*[101]. Tuttavia, l'opposta tesi della descrizione iper-concretizzante dell'evento (e del decorso causale che vi ha condotto) rischia di vanificare lo scopo della previsione

[97] In merito, v. G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 48 ss.; P. Veneziani, *Causalità della colpa*, cit., 1240; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 105 ss.; G. Civello, *op.cit.*, 73 ss.; G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 18. Anche nella giurisprudenza più recente si registra una maggiore consapevolezza circa i pericoli di surrettizie valutazioni a posteriori; v. Cass. 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), cit.; Cass. 26.11.2020 n. 6490 (incidente del Porto di Genova), cit.; Cass. 11.2.2020 n. 15258, in *DeJureGFL*; Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.; Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 23.5.2013 n. 36400, in *DeJureGFL*; Cass. 13.12.2006 n. 9390, cit. In merito, v. S. Dovere, *Giurisprudenza della Corte Suprema*, cit., 581 ss.
[98] Mette in guardia da questo rischio, Cass. 29.3.2018 n. 40050, cit.
[99] Sul punto, v. G. Forti, *op.cit.*, 664; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 85 ss.; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione*, cit., 647. In prospettiva più ampia, C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1751 ss.; R. Bartoli, *Causalità e colpa*, cit., 623.
[100] Ampiamente, S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., 95 ss.
[101] G. Forti, *op.cit.*, 437 ss.; L. Fornari, *op.cit.*, 719 ss.; C.E. Paliero, *op.cit*., 844; C. Piergallini, *Attività produttive*, cit., 1483 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 129 ss.; D. Pulitanò, *Colpa ed evoluzione*, cit., 650 ss.; A. Perin, *op.cit*., 155 ss. Per una definizione generica di evento-danno, in giurisprudenza, v., a partire da Cass. 6.12.1990 n. 4793, Bonetti, in *CP* 1992, 2754 e in *FI* 1992, II, 36, relativa al disastro di Stava, la giurisprudenza costante in materia di malattie professionali ed esposizione a sostanze tossiche: v. Pret. Torino 9.2.1995 Barbotto Beraud, cit.; Cass. 19.9.1997, in *IP* 1998, 541, con commento di P. Veneziani, *Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali: una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo*; Cass. 11.5.1998 in *FI* 1999, II, 236; Cass. 30.3.2000, *ivi*, 2001, II, 278, con commento di R. Guariniello, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*; Cass. 11.7.2002 n. 988, in *DeJureGFL*; Cass. 19.6.2003 in *FI* 2004, II, 69; Cass. 28.6.2007 n. 39606, in *DeJureGFL*; il caso del Petrolchimico di Marghera App. Venezia 15.12.2004, in *RIDPP* 2005, 1670 ss., con nota di C. Piergallini, *Il paradigma della colpa*, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit. Più recentemente, v. ancora Cass. 11.3.2010 n. 16761, Basile, cit.; Cass. 10.6.2010 n. 38991 (caso Montefibre), cit.; Cass. 13.11.2011 n. 17442, in *DeJureGFL*; Cass. 11.2.2010 n. 8641, in *DeJureGFL*; Cass. 27.8.2012 n. 33311 (caso Fincantieri), cit. Nel settore degli infortuni sul lavoro, v. Cass. 12.10.2011 n. 46819, in *DeJureGFL*. Con riferimento all'alluvione di Messina, v. Cass. 16.2.2012 n. 17069, in *DeJureGFL*. In dottrina, per questa impostazione, v. C. Ruga Riva, *Principio di precauzione*, cit., 1769; aperture in questo senso anche in R. Bartoli, *Causalità e colpa*, cit., 619 ss.; D. Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma 2012, 143 ss., il quale tuttavia restringe l'ambito dei sotto-eventi prevedibili.

di regole cautelari (soprattutto se positivizzate) e il significato della loro violazione sul piano oggettivo della tipicità[102] .
Si fa largo in giurisprudenza l'indirizzo per il quale l'evento in concreto verificatosi non può che appartenere al *tipo* o alla *classe* di eventi presi in considerazione dalla regola cautelare e deve realizzarsi attraverso canali tipici di rischio[103]. Come bene spiega la Cassazione nel già ricordato passaggio della sentenza relativa all'incidente del Porto di Genova, l'individuazione della regola cautelare violata «deve discendere da un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell'evento»[104].
La questione si presenta con grande frequenza nella prassi. Da ultimo, nel caso del disastro di Viareggio, i giudici hanno confermato l'orientamento per cui «la descrizione dell'evento non può discendere oltre un determinato livello di dettaglio e deve mantenere un certo grado di categorialità, giacché un fatto descritto in tutti i suoi accidentali ragguagli diviene sempre, inevitabilmente, unico ed in quanto tale irripetibile ed imprevedibile»[105]. Analoga impostazione era stata seguita dalle Sezioni unite nel caso Thyssenkrupp, in cui l'evento "incendio" aveva assunto le caratteristiche peculiari del fenomeno noto come "*flash fire*", rispetto al quale si configuravano cautele specifiche e non quelle, indifferenziate, previste per fronteggiare un generico rischio di incendio[106].
Il procedimento di "generalizzazione" dell'evento concreto è funzionale non soltanto alla definizione *ex ante* del perimetro di tutela della regola cautelare, ma si attua anche sul piano della "causalità della colpa". Anche l'efficacia del comportamento alternativo lecito va infatti rapportata, *ex post*, all'evento concreto ri-descritto come "evento-tipo". Anche qui «l'evento in concreto verificatosi è la risultante di un'operazione di sottrazione – di tutti quei caratteri che non assumono rilevanza ai fini del giudizio – e di evidenziazione proprio di quelli significativi; sono essenzialmente gli aspetti concorrenti alla ricostruzione causale avallata dall'accertamento probatorio»[107].
Se in molti casi la verifica controfattuale consente di affermare con certezza l'evitabilità dell'evento, in altri il comportamento alternativo lecito non avrebbe evitato l'evento *tout court*, ma solo influenzato le sue caratteristiche, la sua specifica dimensione di tempo e di luogo o le modalità di verificazione.
Nella giurisprudenza relativa alla responsabilità medica e alle malattie professionali sono molto numerosi i casi in cui si attribuisce rilievo alla accelerazione o alla intensificazione della lesione (rispetto al decorso alternativo ipotizzato). La fattispecie di omicidio, in particolare, si presta a sostenere l'argomentazione che qualunque anticipazione dell'evento (anche di pochi istanti) è penalmente rilevante e imputabile. L'evento viene pacificamente individuato non soltanto nella

[102] Manifestano perplessità in questa direzione, F. Palazzo, *Morti da amianto*, cit., 185 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 182 ss.
[103] G. Forti, *op.cit.*, 439; R. Bartoli, *Causalità e colpa*, cit., 622; C. Piergallini, *Attività produttive*, cit., 1490; S. Canestrari, *op.cit.*, 168 (con riferimento all'analoga problematica nell'ambito dell'illecito preterintenzionale). In giurisprudenza, v. Cass. 22.9.2011 n. 38786, cit.; Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.; Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.
[104] Cass. 26.11.2020 n. 6490, cit.
[105] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.; in precedenza, Cass. 28.6.2007 n. 39606, cit.; Cass. 19.11.2015 n. 12478, in *DeJureGFL*.
[106] Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.
[107] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

morte del paziente, ma anche nell'accelerazione del decorso, costituente sostanziale sottrazione alla persona offesa di un periodo apprezzabile della propria vita[108] .
Ebbene, i casi di anticipazione o accelerazione dell'evento pongono evidentemente un problema di "descrizione" dell'evento tipico, che implica la (assai spinosa) quantificazione dello spostamento temporale ritenuto rilevante, "significativo" o "apprezzabile".

7. A conclusione del nostro percorso giurisprudenziale occorre esaminare più attentamente le ragioni per le quali l'evento appare inevitabile e il comportamento alternativo lecito inidoneo a prevenirlo.
Si tratta di comprendere l'esito dell'interrogativo controfattuale (talora ingannevole, come ha dimostrato la secolare controversia relativa alla affidabilità del criterio della *c.s.q.n.*) e la *ratio* della esclusione della responsabilità (che esige un corretto inquadramento sistematico).
Non sempre l'inefficacia del comportamento doveroso e diligente è indice dell'assenza del nesso normativo tra colpa ed evento o della concretizzazione del rischio. Si pensi ai casi in cui l'interprete (erroneamente) assegni rilevanza a decorsi causali meramente ipotetici e congetturali o alle ipotesi in cui le cautele prescritte si rivelino obsolete, *ab origine* inadeguate, oggettivamente insufficienti a fronteggiare il rischio.
Ben più interessanti per la nostra indagine sono le costellazioni in cui operano regole cautelari c.d. improprie (caratterizzate, cioè, da una "ontologica" debolezza preventiva) o intervengono fattori causali concorrenti.
Il primo caso concerne le condotte che violano una norma priva di efficacia preventiva assoluta, poiché volta non ad impedire la verificazione di eventi lesivi, ma esclusivamente a ridurre determinati rischi (su questo principio si basa, peraltro, l'esistenza dello stesso concetto di rischio consentito)[109]. Non è un caso che la casistica esaminata dalla dottrina e dalla giurisprudenza si collochi nell'ambito di attività rischiose consentite (circolazione stradale, attività medica, produzione industriale, sicurezza sul luogo di lavoro), dove permane una fascia di rischio residuo ineliminabile, e l'agente, insieme ad un rischio tipico, genera allo stesso tempo rischi socialmente adeguati. Escludere l'imputazione in virtù dell'argomento che il comportamento alternativo lecito non avrebbe con certezza evitato l'evento, equivale a vanificare la *ratio* delle regole cautelari nel settore delle attività pericolose consentite[110].
Lo scopo del criterio del comportamento alternativo lecito è allora quello di evitare che colui che ha determinato un rischio debba rispondere, oltre che del rischio illecito (non consentito), anche dei rischi consentiti connessi alla sua attività. I rischi consentiti non possono essere trattati come socialmente inadeguati soltanto perché *casualmente* si accompagnano a rischi tipici; in questo modo si trattano in modo differente rischi identici per ragioni fortuite. La domanda corretta dunque non è se la condotta illecita abbia aumentato il rischio dell'evento (il che è certo *in re ipsa*), ma se la condotta lecita avrebbe determinato un rischio uguale, maggiore o minore rispetto a quello ritenuto tollerabile e accettato dall'ordinamento.

[108] Nel quadro di condotte qualificate come omissive, v. Cass. SU 10.7.2002 n. 30328, Franzese, cit.; Cass. 26.1.2021 n. 5800, cit.; Cass. 16.9.2020 n. 28294, cit.; Cass. 21.1.2020 n. 19856, in *DeJureGFL*; Cass. 19.7.2017 n. 50975, cit.; Cass. 16.11.2017, n. 7659, in *DeJureGFL*; Cass. 14.2.2013 n. 18573, cit.
[109] In merito, P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 15, e *passim*; v. anche F. Giunta, *La normatività della colpa*, cit., 106. La distinzione è accolta anche dalla giurisprudenza: Cass. 17.5.2006 n. 4675, Bartalini, cit.
[110] In questo senso, nella dottrina italiana, G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 20 ss.; P. Veneziani, *Regole cautelari*, 28; M. Romano, *op.cit.*, 410 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 462; R. Bartoli, *Il problema*, cit., 92. In giurisprudenza, chiaramente, Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.

L'imputazione deve essere, pertanto, esclusa allorché la cautela violata dall'agente non abbia determinato alcun rischio che non fosse già connesso generalmente allo svolgimento dell'attività consentita (al trattamento così come prescritto dalla scienza medica o alla lavorazione di una determinata sostanza pericolosa nel rispetto delle misure precauzionali imposte), come quando la sua esecuzione determini di per sé un rischio (residuo) consentito (dovuto, ad esempio, alla pericolosità intrinseca dell'attività, alla particolare costituzione della vittima o alle insufficienze del concreto contesto in cui l'agente opera) o quando la condotta illecita si limiti a modificare un rischio preesistente (magari generato da altri come, ad esempio, nel caso di esposizione prolungata di un lavoratore a sostanze tossiche) senza incrementare le probabilità di lesione (come nel caso, ad esempio, di una omessa diagnosi oncologica in un paziente dal quadro clinico già compromesso)[111].

La seconda ipotesi di fallimento *ex post* della regola cautelare è quello in cui l'inevitabilità dell'evento è riconducibile all'intervento di fattori imprevedibili ed eccezionali.

Si tratta di ipotesi in cui l'evento appare tipico e la condotta conforme alla norma violata era astrattamente (generalmente) idonea a prevenire quel tipo di eventi, ma nella situazione concreta operano fattori anomali che interferiscono con la normale funzione preventiva della regola cautelare. La casistica è ampia e significativa: in ambito medico può trattarsi di fattori soggettivi legati alla vittima (malformazioni congenite, allergie, condizioni precarie di salute) od oggettivi legati a circostanze che avrebbero reso inutile o impossibile il comportamento osservante (assenza di dispositivi o strumenti, irreperibilità del medico, distanza dall'ospedale, ecc.); nell'ambito della circolazione stradale può venire in rilievo la condotta colposa o fortuita di un terzo o della vittima; nell'ambito delle malattie professionali può individuarsi un fattore causale alternativo della patologia (v. ad esempio, il tabagismo della vittima rispetto alle patologie dell'apparato respiratorio); nel settore degli infortuni sul lavoro può prospettarsi il comportamento negligente o imprudente del lavoratore.

In tutti i casi occorre valutare l'incidenza dei diversi fattori concausali sull'evento, nonché l'effetto della loro reciproca interazione sul giudizio di imputazione (ad es., l'eccesso di velocità o l'andatura irregolare dell'agente, da un lato, e la manovra pericolosa o errata della vittima, dall'altra). Come spiega la Cassazione in un caso relativo alla circolazione stradale, «l'accertata sussistenza di una condotta antigiuridica di uno degli utenti della strada con violazione di specifiche norme di legge o di precetti di comune prudenza non può di per sé far presumere l'esistenza del nesso causale tra il suo comportamento e l'evento dannoso, che occorre sempre provare e che si deve escludere quando sia dimostrato che l'incidente si sarebbe ugualmente verificato senza quella condotta o è stato, comunque, determinato esclusivamente da una causa diversa»[112].

Anche nell'ambito della responsabilità medica possono configurarsi casi in cui l'evento trova una causa diversa rispetto alla negligenza o imperizia del medico. Si pensi, ad esempio, ai casi di

[111] In tema di colpa medica, si vedano, ad esempio, Cass. 18.11.2020 n. 33230, cit., che in un caso di omessa e tempestiva diagnosi ha escluso la responsabilità del medico perché alla luce delle contingenze del caso concreto (momento di ingresso al pronto soccorso, tempo necessario per eseguire gli esami strumentali e diagnostici, distanza dal più vicino centro sanitario attrezzato) la condotta doverosa non avrebbe evitato l'evento; Cass. 11.2.2016 n. 7783, cit., che ha escluso la responsabilità del direttore generale di una struttura ospedaliera per il decesso di un paziente a seguito di una epidemia di legionellosi sviluppatasi nel nosocomio, non risultando ancora accertata l'esistenza di un sistema chimico o farmacologico in grado di eliminare completamente la presenza del batterio dal sistema idrico degli ospedali.

[112] Cass. 16.6.2010 n. 32126, cit. V. inoltre, sempre relativamente a incidenti stradali, Cass. 7.2.2020 n. 10152, cit.; Cass. 30.5.2017 n. 34375, cit.; Cass. 14.2.2008 n. 19512, cit.

omessa diagnosi tumorale, ove è necessario accertare se la comparsa o l'aggravamento delle metastasi siano riconducibili alla tardiva scoperta e cura della neoplasia, cioè se l'errore e il conseguente ritardo diagnostico abbiano influenzato il decorso della patologia o se questo fosse addebitabile esclusivamente alle caratteristiche genetiche particolarmente aggressive del tumore.
La Cassazione, nella pronuncia relativa alla frana di Sarno, si dimostra consapevole del diverso significato che può avere l'inevitabilità dell'evento, là dove spiega che «non bisogna confondere i casi nei quali l'osservanza della regola cautelare non sarebbe stata comunque idonea ad evitare il verificarsi di "quello" specifico evento (per es. il chirurgo esegue impropriamente un intervento chirurgico che comunque non avrebbe potuto salvare la vita del paziente) dai casi nei quali l'evento finale non era evitabile ma, in concreto, è stato cagionato da una diversa causa (nell'esempio del chirurgo si può fare l'ipotesi in cui l'agente tagli inavvertitamente un vaso provocando la morte del paziente che comunque non era evitabile per la gravità della malattia; si pensi ancora al caso della errata somministrazione di una medicina con esito mortale quando la morte comunque sarebbe conseguita alla somministrazione del farmaco prescritto per la incolpevolmente non conosciuta intolleranza del paziente)»[113].

8. È evidente che la problematica del comportamento alternativo lecito si intreccia con il fenomeno dell'intervento di circostanze anomale o imprevedibili e di fattori di rischio eccezionale e esorbitante, tali da compromettere l'efficacia di cui è accreditata *ex ante* la regola cautelare[114].
È proprio il fallimento "occasionale" del comportamento alternativo lecito a rendere arduo l'accertamento della causalità e colpa. Come scrive la Cassazione, «per la regola cautelare l'eccezione è il fallimento, l'inefficacia prevenzionale rispetto al rischio»[115].
L'inefficacia della regola cautelare (e del comportamento alternativo lecito) può indicare che nel concreto contesto causale sono presenti fattori di rischio ulteriori e diversi rispetto a quelli presi in considerazione *ex ante* dalla norma di condotta. Questa, tuttavia, non è una evenienza eccezionale, anzi. Soprattutto in contesti tipicamente "colposi" le regole cautelari hanno la funzione di impedire la realizzazione di eventi lesivi mediante la neutralizzazione di altre cause che potrebbero cagionarli. In questa prospettiva, la condotta illecita dell'agente costituisce sempre soltanto *una* delle condizioni che hanno determinato l'evento (e mai di per sé la causa esclusiva dell'evento).
In numerose sentenze (in materia di infortuni sul lavoro e sulla circolazione stradale) il concorso di condotte colpose indipendenti fa vacillare il criterio della *c.s.q.n.* sul piano della verifica causale, ma può determinare il fallimento del comportamento alternativo lecito sul piano dell'accertamento della colpa oggettiva. Come abbiamo visto, per ovviare a questo inconveniente e poter stabilire un nesso tra colpa ed evento la giurisprudenza, da un lato, ricorre al criterio della concretizzazione del rischio (in combinazione con quello dello scopo di protezione della norma); dall'altro, invoca il principio di affidamento per definire lo spettro dei rischi di "competenza" dell'agente.
La formulazione tradizionale ritiene che, in caso di condotte colpose indipendenti, non possa invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché la sua responsabilità persiste in base al principio di

[113] Cass. 12.3.2010 n. 16761, Basile, cit.
[114] Colgono questo aspetto, G. Forti, *op.cit.*, 674; P. Veneziani, *Regole cautelari*, cit., 61; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4115; R. Bartoli, *Il problema*, cit., 95 ss.; D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia* 2015, 509 ss.
[115] Cass. 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit.

equivalenza delle cause, salva l'affermazione dell'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che presenti il carattere di eccezionalità e imprevedibilità[116].
Nel settore della circolazione stradale, ove si ritiene che le norme cautelari impongano severi doveri di prudenza e diligenza proprio per fare fronte a situazioni di pericolo, anche quando siano determinate da comportamenti irresponsabili di terzi, la fiducia del conducente nel fatto che altri si attengano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce di per sé condotta negligente.
Tuttavia, la giurisprudenza più attenta comincia ad osservare il fenomeno dell'affidamento nell'altrui condotta osservante alla luce del profilo relazione della colpa[117].

[116] *Ex multis*, Cass. 10.10.2017 n. 50038, in *DeJureGFL*. Così, per Cass., 29.4.2003 n. 41985, l'imprenditore-costruttore che costruisca una macchina industriale priva dei dispositivi di sicurezza, nella specie priva del dispositivo di arresto, non può invocare il principio dell'affidamento qualora l'acquirente utilizzi la macchina ponendo in essere una condotta imprudente, in quanto tale condotta sarebbe stata innocua o, comunque, avrebbe avuto conseguenze di ben diverso spessore qualora la macchina fosse stata dotata dei presidi antinfortunistici. Sempre nel settore degli infortuni sul lavoro, v. Cass. 19.10.2021 n. 38424. Nel settore della responsabilità medica, Cass. 10.10.2017 n. 50038, cit., ha confermato la responsabilità per la morte di un paziente, conseguente alla trasfusione di sangue non emocompatibile, del tecnico addetto al servizio trasfusione che aveva consegnato all'infermiere le sacche destinate ad altro paziente, dei medici che avevano ordinato la somministrazione senza verificare la corrispondenza del gruppo sanguigno del paziente con quello indicato sulle sacche, e dell'anestesista rianimatore - chiamato per un consulto in seguito alla crisi ipotensiva del paziente - che aveva omesso di ricercare autonomamente la causa di tale crisi. Per un caso analogo, v. da ultimo Cass. 2.2.2022 n. 4323, in *DeJureGFL*. Per una diversa casistica v. anche Cass. 26.11.2020 n. 6490 (incidente al Porto di Genova), cit.; Cass., 8.1.2021 n. 32899 (disastro ferroviario di Viareggio), cit.; Cass. 12.5.2017 n. 35585 (naufragio della Costa Concordia), cit. Diversamente, in altro contesto, Cass. 2.7.2014 n. 36920, in *DeJureGFL*, ha riconosciuto l'effetto "interruttivo" del nesso causale in presenza di una condotta altamente imprudente e deliberatamente rischiosa della vittima, che rappresenta una condizione sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento (nella fattispecie, la Corte ha escluso la responsabilità per omicidio colposo del proprietario di un terreno, aperto al pubblico e non lontano dalle piste di sci, in cui era avvenuto un incidente mortale; un uomo, a bordo di una motoslitta, pur essendo a conoscenza della pericolosità del luogo per la presenza di depressioni profonde del terreno non facilmente visibili, aveva cercato di saltare uno di questi ampi fossati, schiantandosi al suolo). In motivazione, i giudici hanno precisato, altresì, che la cautela doverosa (la recinzione del fossato) posta a fondamento dell'addebito «è riferibile ad un'area di rischio nettamente distinta da quello poi realizzatosi: il rischio, cioè, di cadute accidentali da parte di chi vi si avvicinasse, non quello - oggettivamente e notevolmente diverso - cui si è volontariamente esposto la vittima nel tentativo, tragicamente fallito, di saltare da una sponda all'altra con la motoslitta lanciata alla sua massima velocità».

[117] Cass. 8.10.2009 n. 46741, in *DeJureGFL*, ove riconosce che «il principio di affidamento opera già sul piano dell'imputazione oggettiva, quando contribuisce a definire sfere di competenza e di responsabilità» e che «le esigenze della vita di relazione e di personalizzazione della responsabilità che fondano il principio concorrono comunque a modellare la colpa, orientano la misura ed i limiti del dovere normativo di prevedere, ridimensionano il pervasivo dovere di prevedere sempre e comunque le altrui condotte irregolari». Per una rivisitazione di questi temi, v. recentemente, Cass., 8.1.2021 n. 32899 (Viareggio), cit. In dottrina, v. per un inquadramento generale, M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano 1997; ID., *Affidamento (principio di)*, in *ED, I tematici II*, *Reato colposo*, Milano 2021, 1 ss. Si vedano, inoltre, A. Gargani, *op.cit*., 578 ss.; A. Vallini, *Cooperazione e concause*, cit., 477 ss.; O. Di Giovine, *op.cit.*, 424 ss.; D. Castronuovo, *L'evoluzione teorica*, cit., 1632; L. Cornacchia, *La cooperazione colposa*, cit., 821 ss.; L. Risicato, *L'attività medica d'equipe tra affidamento e obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino 2013; M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *RIDPP* 2018, 1220 ss.; D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, in *www.archiviopenale.it*, 2019, 1, 3; A. Perin, *op.cit.*, 236 ss.; A. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 8.05.2020; S. Tordini Cagli, *Sfere di competenza e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.10.2020.

Il principio di affidamento trova, così, un contemperamento nel principio, secondo cui il soggetto garante del rischio risponde del comportamento imprudente altrui soltanto quando questo appaia ragionevolmente prevedibile in base alle circostanze del caso concreto[118]. È stata ripetutamente affermata la necessità di tener conto degli elementi di spazio e di tempo, e di valutare se l'agente abbia avuto la possibilità di evitare l'evento: la prevedibilità ed evitabilità vanno cioè valutate in concreto[119].

Si ammette inoltre che, pur all'interno di contesti cooperativi, vi siano sfere di rischio gestite in via esclusiva dai diversi soggetti, che possono fare affidamento sull'assolvimento dei compiti da parte del relativo titolare sino a quando non venga meno la prevedibile corretta gestione del rischio[120].

Pure nel settore degli infortuni sul lavoro, la giurisprudenza contemporanea, abbandonato il criterio dell'imprevedibilità del comportamento del lavoratore, sostiene che «affinché la condotta del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia»[121].

Come già segnalato, in alcuni ambiti di attività l'operatività del principio di affidamento viene circoscritta e la sfera di rischio assegnata al soggetto gravato da una posizione di garanzia o tenuto al rispetto di determinate cautele si estende fino a ricomprendere anche le negligenze del soggetto beneficiario della tutela apprestata dall'ordinamento. Il fatto che le norme cautelari possano prevedere ampi obblighi di gestione del rischio connesso alle altrui condotte imprudenti ha importanti riflessi sull'accertamento del nesso tra colpa ed evento (per il tramite del criterio della concretizzazione del rischio) e sull'ampiezza della (auto)responsabilità dei soggetti[122].

Trova conferma, comunque, la constatazione che il tema del nesso tra colpa ed evento ("nesso di rischio" o "causalità della colpa") ci colloca in un punto nevralgico – e dolente – della dogmatica contemporanea, ovvero nel "cuore" della imputazione penale, ove si intersecano causalità, omissione, colpa, affidamento, autoresponsabilità, rischio consentito, in perenne oscillazione tra i due poli della "tipicità" e della "colpevolezza".

---

[118] Per il limite della ragionevole prevedibilità degli eventi applicato al settore della circolazione stradale, v., tra le tante, Cass. 3.12.2021 n. 838, cit.; Cass. 27.4.2017 n. 25552, in *DeJureGFL*; Cass. 9.1.2015 n. 12260, in *DeJureGFL*; Cass. 15.11.2013 n. 8090, in *DeJureGFL*.

[119] Cass. 8.10.2009 n. 46741, cit.

[120] Cass. 20.4.2017 n. 27314, in *DeJureGFL* («La responsabilità penale di ciascun componente di una équipe medica non può essere affermata sulla base dell'accertamento di un errore diagnostico genericamente attribuito alla équipe nel suo complesso, ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica, in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri»).

[121] Cass. SU 24.04.2014 n. 38343, Espenhahn, cit.; Cass. 20.2.2020 n. 9216, in *DeJureGFL*; Cass. 18.9.2020 n. 26618, cit.; Cass. 20.3.2019 n. 27871, cit.; Cass. 13.12.2017 n. 15174, cit.; Cass. 13.12.2016 n. 15124, cit.

[122] Riguardo alle interessanti implicazioni del principio di autoresponsabilità, v. il recente volume collettaneo curato da M. Helfer, M. Ronco, *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden Baden, Torino 2020.

NUOVI ARGOMENTI A CONFERMA DELL'ACCEZIONE RESTRITTIVA DELLA FATTISPECIE DEL TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE

di Alì Abukar Hayo
Professore Ordinario di diritto penale, Università di Roma "Unicusano"

L'interpretazione restrittiva della fattispecie di cui all'art. 346 *bis* Cp si rende necessaria, perché il suo tenore letterale potrebbe dare adito alla punibilità di fatti privi di offensività. L'Autore, in questa logica, ritiene che l'accordo illecito debba essere tuttora finalizzato a un atto del pubblico ufficiale "contrario ai doveri d'ufficio". Nella mediazione gratuita, la contrarietà sussiste *in re ipsa*, per il fatto stesso che l'accordo risulta finalizzato alla remunerazione del pubblico ufficiale; nella mediazione onerosa, l'illiceità risiede nella violazione della *par condicio civium* insita nell'atto amministrativo - e non anche legislativo o giurisdizionale - cui è finalizzato l'accordo. l'Autore ravvisa, nella recente giurisprudenza della Cassazione e nell'approvazione, da parte della Camera dei Deputati, di un disegno di legge di regolamentazione dell'attività di *lobbying*, nuovi argomenti a conferma della suddetta accezione restrittiva, già sostenuta in un suo precedente lavoro.
A restrictive interpretation of the case referred to in article 346/bis of the Criminal Code is necessary, because its wording could give rise to the criminal liability of facts lacking in the "capacity to cause harm" (*offensività*). Based on this rationale, the author considers that an "illicit agreement" – in order to qualify as such – must determine the accomplishment, by the public official, of acts "contrary to the official's duties". In the case of a non-remunerated mediation, the opposition exists inherently – *in re ipsa* – for the very fact that the agreement is aimed at the remuneration of the public official, while in the case of remunerated mediation, the illegality lies in the violation of the so-called *par condicio civium*, whereby all citizens are equal vis-à-vis the public administration, as an intrinsic feature of the administrative – and not also legislative or judicial – acts that the agreement aims to achieve. According to the author, the recent case law of the *Corte di Cassazione* and the approval, by the Chamber of Deputies, of a bill regulating lobbying activities further confirm the said restrictive interpretation, as already stated in a previous work.

SOMMARIO: 1. I primi approdi interpretativi all'indomani dell'entrata in vigore della legge c.d. "spazzacorrotti". - 2. La giurisprudenza della Cassazione che assume la violazione della *par condicio* al centro dell'offesa penale -3. Il disegno di legge sulla disciplina dell'attività di *lobbying* approvato alla Camera- 3.1. Le sanzioni amministrative per i fatti illeciti a rilevanza interna - 3.2. I soggetti esclusi dalla disciplina in quanto rappresentanti di interessi generali

1. Non era difficile immaginare che la fattispecie di traffico di influenze illecite, di cui all' art. 346 *bis* Cp, divenuta "spazzafaccendieri" a seguito delle modifiche previste dalla legge cd. "spazzacorrotti" [1], avrebbe dato adito a rinnovate polemiche a sfondo politico, perché si prestava

[1] C. Rizzo, *La "spazzafaccendieri della "spazzacorrotti". Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, in www.archiviopenale.it, 13.2.2019, 19 ss.

(e si presta) ad applicazioni discrezionali, che smarriscono la necessaria misura dell'offensività penalmente rilevante. Il che è puntualmente avvenuto[2].
Fin quando era in vigore la norma incriminatrice, di cui alla l. n. 190/2012[3], il reato era integrato da un accordo "preliminare", stipulato tra il portatore d'interesse e il "trafficante", illecito in sé[4] o in quanto finalizzato a un atto del pubblico ufficiale contrario ai doveri d'ufficio; si intendeva punire una sorta di corruzione *in fieri* e perciò il pericolo (concreto) di corruzione e, in questa logica, l'offesa si poteva rinvenire nell'attitudine dell'accordo a ledere il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, oltreché, ovviamente, il suo prestigio. La remunerazione, economicamente commensurabile, era necessaria, o a favore del trafficante o a favore del pubblico ufficiale[5], per quanto non fosse necessaria l'effettiva corresponsione, ma ne fosse sufficiente la previsione tra le clausole dell'accordo stipulato.

---

[2] Di recente i casi *Grillo* e *Renzi* sono assurti all' "onore" della cronaca giornalistica, non si sa se più giudiziaria che politica o più politica che giudiziaria.

[3] La norma fu introdotta a seguito della Convenzione di Strasburgo del 1999 (ratificata in Italia con l. n. 112 del 28 giugno 2012) e della Convenzione ONU di Merida del 2003 (ratificata con l. n. 116 del 3 agosto 2009). In verità, tali fonti convenzionali non contenevano alcun obbligo di incriminazione, ma solo la raccomandazione di valutare l'opportunità di introdurre nuove fattispecie penali; infatti, alcuni Paesi-parte (tra gli altri, Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia) non hanno ritenuto di incriminare il traffico di influenze illecite; cfr. B. Romano, *La Cassazione prova nuovamente a definire l'inafferrabile traffico di influenze illecite*, in www.giurisprudenzapenale.com 1.1.2022, 3. Per un'attenta analisi della fattispecie cfr. D. Brunelli, *Spunti di riflessione attorno al dibattito sulla novella in materia di corruzione*, in *Corruzione: strategie di contrasto*, a cura di F. Cingari, Firenze 2013; A. Di Martino, *Traffico di influenze. Una fattispecie (quasi) nuova, una riforma problematica*, in *LP* 2013, 660; M. Gioia, *Il delitto di traffico di influenze illecite: una fattispecie "tecnicamente" sbagliata*, in *CrD* 2013, 283; M. Morra, *La disciplina del* trading in influence *in Europa e le distonie della soluzione italiana*, in *GP* 2014, 369; P. Pisa, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze*, in *DPP 2013, 33 ss.;* M. Romano, *La legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite*, in *RIDPP* 2013, 1397; P. Semeraro, *Fatto tipico e traffico di influenze illecite*, in www.archiviopenale.it 11.1.2018, 1 ss.; P. Severino, *La nuova legge anticorruzione*, in *DPP* 2013, 7; 2013, 8, 33.

[4] Siffatta illiceità intrinseca riusciva, e riesce tuttora difficilmente decifrabile, in un quadro di riferimento nel quale non sono tracciate le coordinate dell'attività lobbistica, lecita ed autorizzata. Non manca chi ritiene trattarsi di una goffa ricerca dell'ossequio formale alla Convenzioni internazionali, la quale non sortisce tuttavia effetti tipizzanti; con la conseguenza che l'illiceità della condotta viene a dipendere dalla direzione finalistica. Sul punto cfr. I. Merenda, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *DPC* 2013, 92.

[5] Si parla di "biforcazione tipologica" del traffico di influenze illecite. In argomento C. Rizzo, *op. cit.,* 14: «In un caso si prendeva in considerazione un accordo oneroso, in base al quale l'intermediario teneva per sé il *prezzo della propria mediazione illecita*; nell'altro caso, la mediazione era prevista a titolo gratuito, e il compenso era destinato al pubblico ufficiale, *in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.* Per la mediazione onerosa era richiesto il requisito dell'illiceità speciale, poiché l'atto di mediazione veniva qualificato come illecito in sé. E tuttavia, non essendo regolata l'attività di *lobbying*, l'illiceità della mediazione onerosa finiva inevitabilmente col risiedere nello scopo dell'influenza, non già nell'*in sé* della stessa. In definitiva, il contrassegno della direzione finalistica della condotta diventava assorbente, giacché attraeva nella sua orbita tutte le tipologie di mediazione "illecita", a fronte di una liceità/illiceità indeterminata dell'attività di mediazione *ex se*».
Simile l'avviso di P. Semeraro, *op. cit.,* 7, secondo il quale «il contratto di *lobbying* … configurerà gli estremi del traffico di influenze se ha anche per obiettivo il compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o un'omissione o un ritardo di un atto d'ufficio da parte del pubblico ufficiale». L'Autore ritiene al contempo che, nel caso in cui il rapporto di mediazione non sia di tipo professionale (ossia al di fuori del contratto di *lobbying*), la mediazione concordata risulti illecita se «trova causa in un ascendente derivante da cariche pubbliche rivestite dal mediatore, da relazioni di amicizia o parentela o di natura politica presenti tra il mediatore ed il pubblico ufficiale».
Con la nuova formulazione della fattispecie le due forme di mediazione, onerosa e gratuita, sono poste sullo stesso piano, mancando nella lettera della norma il riferimento all'atto del pubblico ufficiale contrario ai doveri d'ufficio; ma la distinzione permane valida; cfr. in proposito B. Romano, *op. cit.*, 6. Ciò significa, a nostro avviso, che laddove non è prevista remunerazione per il pubblico ufficiale, è assolutamente necessaria la finalità, laddove è prevista la

Oggi, con l'entrata in vigore della l. n. 3/2019 c.d. "spazzacorrotti", il reato risulta integrato da un accordo che contempla qualsivoglia utilità delle parti contraenti e non più finalizzato a un atto contrario ai doveri d'ufficio. L'illiceità sembra consistere, a tutta prima, nel mero accordo avente ad oggetto un'influenza che il trafficante promette di esercitare sul pubblico ufficiale. Si corre il rischio che il fatto stesso di promettere un'influenza purchessia costituisca reato; l'illiceità della promessa (d'influenza) potrebbe addirittura consistere nella promessa stessa, dato che in Italia non sono definiti i parametri e le regole della corretta attività di *lobbying*. A questa stregua la trasgressione potrebbe investire solo le regole (invero ben poco determinate) delle relazioni che il trafficante promette di instaurare con le istituzioni pubbliche e non offendere in alcun modo il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione; il fatto incriminato si fermerebbe perfino al di sotto della soglia minima del preliminare della corruzione, giacché l'illiceità potrebbe risiedere in una mera irregolarità formale o procedurale. E poiché mancano, in buona misura, le regole di tali relazioni istituzionali, a cominciare dall'elenco dei soggetti "abilitati" a instaurarle e coltivarle, si vede bene che la fattispecie risulta carente di tipicità.

Abbiamo osservato, fin da subito, che si rende necessaria un'interpretazione restrittiva, costituzionalmente orientata, idonea a conferire alla fattispecie il sufficiente tasso di offensività penalmente rilevante[6]. Sotto questo profilo, concludevamo che: a) fosse necessaria la proiezione esterna dell'accordo illecito, tale da escludere che l'irregolarità investisse solo i rapporti interni tra le parti contraenti, titolare dell'interesse, da una parte, e trafficante, dall'altra[7]; b) l'accordo dovesse essere tuttora finalizzato a un atto del pubblico ufficiale contrario ai suoi doveri, malgrado fosse stato espunto il dolo specifico dalla lettera della norma; c) l'ambito proprio di applicazione della norma fosse limitato all'attività amministrativa, vincolata al rispetto della *par condicio civium*[8], e non invadesse la sfera dell'attività legislativa e giurisdizionale.

Siamo pervenuti alla conclusione *sub* a), perché l'irregolarità nei rapporti interni tra i contraenti può integrare semmai la violazione di norme che disciplinano l'esercizio dell'attività professionale dell'*influencer* o magari celare un inganno rilevante come truffa, ma non incide, nemmeno potenzialmente, sull'amministrazione della *res publica*; pertanto, non può integrare *ex se* gli estremi di un reato contro la pubblica amministrazione. L'irregolarità interna al rapporto privato, ai fini dell'amministrazione pubblica, è una *res inter alios acta*, alla quale l'istituzione rimane del

---

remunerazione del pubblico ufficiale l'illiceità è *in re ipsa* perché l'atto del pubblico ufficiale non può essere remunerato in ogni caso. Per questa via si perviene alla conclusione che, sempre e comunque, l'accordo costituente reato debba essere finalizzato a un atto illecito, in quanto contrario ai doveri d'ufficio.

[6] A. Abukar Hayo, *L'incerta e sfuggente tipicità del traffico di influenze illecite*, in *AP* 2019, 3.

[7] La proiezione esterna, a ben vedere, è necessariamente supposta in gran parte degli arresti giurisprudenziali. A titolo esemplificativo cfr. Cass. 27.9.2017, n. 53332, in *CED*Cass, m. 271730, la quale, nel tracciare la linea di discrimine tra il millantato credito e il traffico di influenze illecite (nella formulazione precedente), ha basato la tipicità del secondo su un reale potere di influenza del mediatore: «Il traffico di influenze incrimina le condotte nelle quali le relazioni tra mediatore e pubblico ufficiale siano esistenti e reale sia il potere di influenza del mediatore sul pubblico funzionario. Invece il millantato credito incrimina i casi in cui il potere di influenza non sussiste, siano esistenti o inesistenti le relazioni, ma tale potere è ostentato ugualmente dal millantatore, al fine di ricevere un indebito vantaggio da chi, raggirato, è configurato come vittima del reato». Da qui all'ulteriore conclusione che l'accordo costituente reato sia finalizzato all'esercizio dell'influenza il passo è molto breve. Infatti, se si supponesse che l'accordo non contempli l'esercizio di detta influenza, realmente esistente, si dovrebbe pensare ad un accordo insensato o solamente simulato; e in questo caso mancherebbe la condotta-base del reato. Cfr. nota 19.

[8] La Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999 dichiara espressamente che la fattispecie di traffico di influenze illecite è chiamata a tutelare l'imparzialità, l'efficienza e la correttezza dell'*azione ammnistrativa*. Cfr. nota 16.

tutto indifferente[9]. Si supponga infatti che l'irregolarità consista nella mancanza del titolo abilitativo all'esercizio di attività professionale in capo al mediatore, mentre l'accordo di mediazione sia diretto a un atto finale (del pubblico ufficiale) pienamente legittimo e regolare; non pare sortirne alcun apprezzabile pericolo per gli interessi della *res publica*, essendo l'antigiuridicità del fatto limitata alla sfera dei rapporti tra i contraenti. Nel caso esemplificato, la mediazione sarebbe "illecita", ma non attingerebbe la sfera dell'illiceità penale, per mancanza di offensività nei confronti della pubblica amministrazione.

Siamo pervenuti alla conclusione *sub* b), perché l'atto conforme ai doveri d'ufficio è per definizione regolare, cosicché un patto finalizzato all'atto conforme potrebbe essere caratterizzato tutt'al più da irregolarità interna, ma giammai da irregolarità avente proiezione esterna; in altri termini, il *pactum sceleris* non può non contemplare un "favore", richiesto dall'interessato, che si relaziona necessariamente col disfavore degli altri interessati e dunque non può non essere finalizzato a un atto contrario ai doveri d'ufficio. Se, come abbiamo visto, la proiezione esterna dell'accordo di mediazione assorbe l'illiceità penale, si deve concludere che la finalità perseguita dai contraenti risulta decisiva per la sussistenza del reato, cosicché l'atto del pubblico ufficiale deve palesare *ex se* i caratteri dell'illiceità: laddove la mediazione è gratuita e l'utilità è destinata a retribuire il pubblico ufficiale, tale illiceità (ossia la difformità rispetto ai doveri d'ufficio) sussiste per il fatto stesso di una retribuzione non dovuta; laddove la mediazione è onerosa, l'atto del pubblico ufficiale si palesa illecito *ex se,* in quanto lesivo della *par condicio civium*.

Siamo pervenuti alla conclusione *sub* c), perché, da un lato, l'attività giurisdizionale è giusta per definizione, dal momento che risolve una controversia, assicurando il riconoscimento e l'effettività del diritto; dall'altro lato, l'attività legislativa non è vincolata a doveri prefigurati, posto che nella legge trova espressione la sovranità popolare, sicché, mancando i doveri di fine, mancano anche necessariamente i doveri di mezzo (in relazione al contenuto delle proposte di legge e di tutti gli atti prodromici all'approvazione, nonché in relazione ai voti espressi nei lavori parlamentari). Ovviamente, nel caso di mediazione gratuita, si può avere un'illiceità intrinseca dell'atto giurisdizionale o legislativo, per retribuzione non dovuta (destinata al pubblico ufficiale); al di fuori di tali casi, ossia nei casi molto più frequenti di mediazione onerosa, il fine illecito perseguito dai contraenti non può che investire un atto di natura amministrativa contrario ai doveri d'ufficio. Ovviamente tali approdi ermeneutici erano e sono opinabili, ancorché ci paiano solidamente fondati sui principi, di rilevanza costituzionale, di materialità e offensività del reato e anche sul primato della legge, che "immunizza", per così dire, il parlamentare e il giudice dall'addebito di "favoritismo", in violazione della *par condicio civium*. Si possono riassumere le opzioni esegetiche, qui brevemente indicate e più diffusamente motivate in altra sede, nell'idea di fondo che il traffico di influenze illecite sia punibile solo nei limiti in cui l'accordo illecito sia diretto a ledere la paritaria condizione di tutte le parti interessate all'atto del pubblico ufficiale. In questa logica, l'illiceità caratterizzante il traffico di influenze punibile *ex* art. 346 *bis* Cp si atteggia come illiceità di scopo e non meramente modale[10]. Nuovi fatti potrebbero corroborare o depotenziare

[9] La Cassazione - Cass. 13.1.2022, n. 1182 - esclude che il reato possa sussistere per la semplice circostanza che «il contratto tra committente e venditore presenti profili di illegittimità negoziale»; è necessaria la «proiezione esterna del rapporto tra i contraenti». Cfr. nota 19.

[10] Di quest'avviso, I. Merenda, *op.cit.*; cfr. nota 4. Non dissimile la posizione di V. Manes, *La corruzione senza tipicità*, in *RIDPP* 2018, 1136, il quale ritiene che il baricentro del reato insista «sulla *proiezione finalistica* che caratterizza una *dinamica pre-corruttiva*; molto, se non tutto, si concentra su scopi e moventi». Tali osservazioni, ancorché riguardanti la legislazione antecedente al 2019, ci paiono riguardare qualsivoglia "dinamica precorruttiva", giacché il fatto prodromico non può che essere preordinato, ossia finalizzato all'illecito successivo e in questo nesso teleologico non può che risiedere il suo disvalore penalistico.

quei convincimenti, espressi nell'immediatezza dell'entrata in vigore della c.d. "spazzacorrotti"; il presente lavoro tende appunto a verificare se la giurisprudenza sopravvenuta e il *novum* emerso nei recenti lavori parlamentari possano suggerire ulteriori elementi di valutazione.

2. La sentenza *Impeduglia* offre importanti spunti di riflessione in ordine alla tipicità del traffico di influenze illecite[11]. La Suprema Corte, nell'affrontare l'annosa questione riguardante la linea divisoria tra il millantato credito e la nuova fattispecie di cui all'art. 346 *bis*, giunge a conclusioni interpretative in rotta di collisione con l'intendimento perseguito dal legislatore, desumibile dalle relazioni di accompagnamento al disegno di legge del 2012[12]. Con la norma introdotta dalla l. 190/2012, il legislatore intendeva lanciare un «messaggio forte e chiaro: non si deve dare o promettere ad alcuno denaro o altra utilità, allo scopo di influire indebitamente sull'attività del pubblico funzionario»[13].
Questa *ratio* ispiratrice tradisce l'idea, alquanto discutibile, che la norma penale persegua una finalità di orientamento culturale *ante factum*, prioritaria e prevalente rispetto a quella sanzionatoria *post factum*[14]. In ogni caso, il "messaggio", essendo diretto a orientare il popolo verso il "bene", deve stigmatizzare l'universo del "male" e perciò tende a essere onnicomprensivo. Nessuna porzione del "male" deve restare impunita, sicché la norma deve contemplare tutte le possibili forme di aggressione al bene giuridico protetto.
In questa logica, la nuova norma, proprio in virtù della sua *ratio* "educativa", tendeva a fagocitare la vecchia, in modo che fossero punibili tutti gli accordi stipulati in previsione di un'indebita influenza da esercitare sul pubblico ufficiale, a prescindere che l'influenza fosse concretamente realizzabile e la relazione col pubblico ufficiale fosse "millantata" (ossia ingannevolmente rappresentata). Dunque, già a seguito dell'entrata in vigore della l. 190/2012, si era notevolmente ristretto l'ambito di applicazione della fattispecie di millantato credito; lo spazio di residua autonomia era limitato alla fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 346, che descriveva una condotta ingannevole ulteriore rispetto alla "millanteria", consistente nel "*pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare*". Invero, il "pretesto", di cui all'art. 346 co. 2 Cp, non sembra interamente riducibile alla "vanteria", descritta nella fattispecie di cui all'art. 346 *bis* Cp, poiché il primo si assimila più facilmente all'artificio o raggiro, cui non è sottesa alcuna reale capacità d'influenza, piuttosto che alla seconda, intesa come

[11] Cass. 7.2.2020, n. 5221, *Impeduglia*.
[12] La Cassazione nega che sussista continuità normativa tra il secondo comma dell'abrogato art. 346 e la nuova formulazione dell'art. 346 *bis*, mentre il disegno di legge alla base della l. n. 3/2019 si esprime proprio nel senso che tutte le forme del millantato credito (anche quelle previste al secondo comma dell'art. 346) debbano essere ricomprese nella nuova disposizione di cui all'art. 346 *bis*.
[13] Nella relazione illustrativa del disegno di legge si fa riferimento esplicito alla dottrina di E. Dolcini - F. Viganò, *Sulla riforma in cantiere del delitto di corruzione*, in *DPC* 2012, 240.
[14] È opinione diffusa in dottrina che il legislatore dei tempi moderni abbia assunto un ruolo improprio di "educatore", adottando in misura crescente le tecniche del diritto penale simbolico-espressivo. Sui caratteri generali del fenomeno sia consentito rinviare ad A. Abukar Hayo, *I tratti del simbolismo nella legislazione penale di contrasto ai fenomeni corruttivi*, Napoli 2021, cap. 1, e bibliografia ivi citata.
La casistica che meglio esemplifica l'indirizzo simbolico-espressivo viene comunamente individuata nel campo della legislazione di contrasto ai fenomeni corruttivi, A. Manna, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *AP* 2018, 1 ss.; T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *AP* 2018, 3 ss.; D. Pulitanò, *Intervento* in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.12.2016; C. Rizzo, *op. cit.*, 19.

mera amplificazione ed enfatizzazione di un'attitudine, realmente esistente, a incidere sulla determinazione del pubblico ufficiale.
Con l'entrata in vigore della l. n. 3/2019, la norma incriminatrice di cui all'art. 346 Cp è stata abrogata e pertanto è venuto meno il menzionato, residuale e ristretto margine di applicabilità della fattispecie di millantato credito. Ma non sono venute meno del tutto le questioni interpretative che vertono sulla distinzione tra le due promesse, di esercitare un'influenza impossibile o, al contrario, possibile. Ebbene la Corte di cassazione, pur riconoscendo che la manifesta intenzione del legislatore era quella di ricomprendere nella nuova fattispecie tutte le condotte illecite un tempo punite a titolo di millantato credito, ritiene comunque che il traffico di influenze illecite non possa essere integrato da condotte ingannevoli, consistenti nella falsa e pretestuosa rappresentazione di una capacità di esercitare un'influenza sul pubblico ufficiale, in realtà inesistente[15].
Il percorso argomentativo per giungere a siffatta conclusione ci pare pienamente condivisibile. Si parte dall'osservazione che la vittima dell'inganno non può essere posta sullo stesso piano del soggetto che, ingannando, consegue o persegue un profitto[16]. Non basta che la vittima sia animata dall'intenzione di realizzare, per il tramite del "trafficante", un'influenza illecita, per mettere sullo stesso piano l'autore dell'inganno e l'ingannato. Non è compito del diritto penale punire le intenzioni malvagie, in virtù del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, cosicché, a fronte di un'influenza impossibile, la vittima del raggiro altrui non pare meritevole di pena, mentre colui che ne trae profitto può essere punito a titolo di truffa, se ne sussistono tutti gli estremi. Da questa premessa, si giunge inevitabilmente alla conclusione di assumere come elemento costitutivo del reato di cui all'art. 346 *bis* il concreto pericolo che sia turbato il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

[15] È proprio questo il caso di un accordo di mediazione che sia diretto a un atto giurisdizionale, la cui natura imparziale (*super partes*) ne fa un atto giusto per definizione; nell'ipotesi, l'influenza promessa sarebbe geneticamente inefficace e dunque si dovrebbe punire il fatto a titolo di truffa. È diverso il caso in cui l'accordo di mediazione sia diretto a un atto giudiziario, non giurisdizionale. Il traffico di influenze illecite potrebbe sussistere come accordo prodromico a una corruzione in atti giudiziari ex art. 319 *ter* Cp, la quale sarebbe integrata, in tempi successivi alla stipula del patto di mediazione, con la manifestazione di volontà del soggetto investito del potere di compiere l'atto giudiziario in questione. S'intende che l'atto giudiziario, oggetto del doppio *pactum sceleris* (il primo intercorso tra il mediatore e il titolare dell'interesse, il secondo tra il mediatore e il soggetto investito del potere di compiere l'atto giudiziario), a sua volta, può essere finalizzato a distorcere la sentenza del giudice, ma ciò non contraddice l'assunto di fondo, in base al quale il traffico di influenze non può sussistere, se non finalizzato a un atto illegittimo, giacché, nell'ipotesi esemplificata, l'atto illegittimo, contrario ai doveri d'ufficio, sarebbe proprio l'atto giudiziario prodromico a quello giurisdizionale (finale). S'intende altresì che la clausola di riserva, espressamente enunciata in fattispecie, inibisce la punibilità, ai sensi dell'art. 346 *bis*, dei fatti punibili a titolo di corruzione in atti giudiziari e anche a titolo di tentativo, la cui configurabilità è generalmente ammessa in dottrina e giurisprudenza (sul punto cfr. F. Bellagamba, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Torino 2017, 64 ss.; S. Bonini, *Sulla configurabilità di un tentativo di corruzione in atti giudiziari e altre questioni relative all'art. 319 ter Cp*, in DPP 2007, 12, 1647 ss.; E. Mezzetti, *"Nobiltà e miseria" ovvero della corruzione in atti giudiziari*, in CP 2007, 4, 1618 ss.). Rimane, dunque, un margine molto ristretto per l'applicazione dell'art. 346 *bis* Cp, limitata ai casi nei quali il patto di mediazione, prodromico alla corruzione in atti giudiziari, non abbia attinto in alcun modo la sfera di volontà del pubblico ufficiale (si supponga un ausiliario del giudice), non sia parimenti punibile a titolo di tentativo e comunque l'influenza promessa dal mediatore sia possibile.
[16] Sul punto la Cassazione si esprime nei seguenti termini: «se il "mediatore" pone in essere raggiri per indurre il soggetto passivo in errore sull'esistenza di un rapporto con un soggetto pubblico in realtà inesistente, non si comprende come possa ipotizzarsi da parte del 'truffato' un'aggressione al bene giuridico che la norma intende tutelare». Cass. 7.2.2020, n. 5221, *Impeduglia*.

A questa stregua, l'alterazione della *par condicio civium* diventa il *focus* dell'offesa penalmente rilevante[17]; ovviamente, in termini di pericolo, dal momento che il reato si perfeziona per il solo fatto dell'accordo, ancorché l'influenza non sia giunta a conclusione. Se l'offesa consiste nella concreta idoneità dell'accordo a realizzare un'influenza illecita, se tale influenza deve la sua illiceità alla prevista e futura alterazione della suddetta *par condicio*, si richiede l'idoneità dell'accordo a violarla[18].

Resta comunque aperta una questione: come debba intendersi tale *par condicio*; se si riferisca necessariamente al contenuto dell'atto del pubblico ufficiale, dedotto nell'accordo, o se abbia sede nella fase prodromica della rappresentanza di interessi. In versione anticipata, la *par condicio* sarebbe violata per il solo fatto che gli interessi di una parte siano "sovrarappresentati" rispetto ai coesistenti interessi delle altre parti. In questa logica, il reato di traffico di influenze illecite sussisterebbe per ciò stesso che fosse alterata la paritaria condizione di rappresentatività degli interessi in gioco[19]. Ovviamente, come accennato, questa sorta di *par condicio* è anticipata rispetto a quella imposta all'atto del pubblico ufficiale dal suo dovere di imparzialità, giacché, a prescindere dalla legittimità dell'atto, si avrebbe un'illegittimità prodromica all'atto, consistente nel "privilegio di rappresentanza" di una parte rispetto all'altra o alle altre.

A nostro avviso, siffatta accezione della *par condicio* (nel senso di paritaria opportunità "di rappresentanza"), in violazione della quale sarebbero integrati gli estremi del traffico di influenze illecite, rischierebbe di «far rientrare dalla porta ciò che si vuole far uscire dalla finestra», nel senso che si vorrebbe colmare il *deficit* di tipicità della fattispecie, immettendovi un contrassegno a sua volta carente di tipicità offensiva. È pensabile che l'offesa penalmente rilevante, ravvisata nella violazione del criterio di uguaglianza di rappresentatività, permarrebbe eterea e sfuggente, sospesa nelle nebbie dell'indeterminatezza, non diversamente da quella connessa a qualsivoglia irregolarità modale, anche di carattere formale, riscontrabile nell'attività del lobbista. La professionalità di costui si esprime nella capacità di rappresentare bene gli interessi dei suoi "clienti" innanzi alle istituzioni; se il lobbista riesce a rappresentarli meglio e più dei suoi colleghi o in assenza di altri rappresentanti di interessi, non si può fargliene una colpa. Peraltro, la "sovrarappresentanza" dipenderebbe dall'istituzione (cui il lobbista si relaziona), la quale ha il dovere di valutare tutti gli interessi in gioco e porre tutti i rappresentanti sullo stesso piano. Insomma, si tratterebbe sempre e comunque di un'illiceità di modo, attinente alla procedura di rappresentanza degli interessi in

---

[17] In questo senso P. Astorina Marino, *L'unificazione di traffico di influenze illecite e millantato credito: una crasi mal riuscita*, in *DPP* 2020, 196, secondo il quale «deve darsi rilievo alla posizione dei terzi, di tutti coloro, cioè, che nutrono una aspettativa in relazione alla tutela dei propri interessi rispetto all'azione amministrativa». Dello stesso avviso G. Forti, *La corruzione tra privati nell'orbita di disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione*, in *RIDPP* 2003, 1115 ss.

La paritaria condizione degli interessati non è riferita, tuttavia, al contenuto dell'atto amministrativo; è intesa invece come uguaglianza di rappresentanza. I due autori ritengono che la violazione della *par condicio civium* non postuli necessariamente la contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto amministrativo, dedotto nell'accordo illecito, e consista, invece, nel tradimento della relazione di agenzia, per "eccesso" di rappresentanza degli interessi (sottesi all'accordo) rispetto agli interessi dei terzi.

[18] L'accezione restrittiva della fattispecie, la cui offesa si fa consistere nel pericolo di violazione della *par condicio civium*, è la sola fedele alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1999, la quale dichiara espressamente la *ratio legis* di «intercettare la "*background corruption*", ossia quell'insieme di condotte , tipiche della "corruzione sistemica", che costituiscono il retroterra di veri e propri accordi corruttivi o comunque di condotte di deviazione dell'*azione amministrativa* dai canoni di *imparzialità*, efficienza e correttezza». Per l'analisi della fattispecie convenzionale cfr. M. Gioia, *Il traffico di influenze illecite nelle fonti sovranazionali*, in *Lobbying e traffico di influenze illecite*, a cura di S. Giavazzi, V. Mongillo, P. L. Petrillo, Torino 2019, 93 ss.

[19] P. Astorina Marino, *op. cit*., 188 ss.; R. Dworkin, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano 2002, 206. Sul punto si rimanda alla nota 15.

gioco, non già di un'illiceità di fine[20]; per di più si rischierebbe di mettere in crisi il divieto di responsabilità per fatto altrui.
A nostro avviso, non ha ragion d'essere un reato contro la pubblica amministrazione, che non leda o metta in pericolo la regolarità dei suoi atti deliberativi, aventi efficacia esterna. Le regole interne di procedura, fra le quali anche quelle delle relazioni pubblico/privato, attengono alla fase istruttoria che precede l'emanazione dell'atto-provvedimento, assicurano che il processo decisionale si svolga correttamente e l'organo pubblico raccolga le giuste informazioni su tutti gli interessi coinvolti, tutelano la formazione della volontà dell'organo, ma solo la volontà esternata nell'atto-provvedimento è conforme/difforme rispetto ai doveri di imparzialità e ai criteri del buon andamento. Ebbene solo un atto con il crisma dell'efficacia esterna e "contrario ai doveri d'ufficio" si pone in contrasto coi canoni di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.
D'altronde è ben evidente che l'accordo instaurato fra il "mediatore" e il "cliente", proprio perché esterno alla pubblica amministrazione, può essere finalizzato solo a un atto avente efficacia esterna, destinato a riversare i suoi effetti nella sfera d'interesse del "cliente". Tale accordo non può essere limitato al conseguimento di una irregolarità istruttoria, avente efficacia meramente interna, perché ciò non potrebbe appagare l'interesse del "cliente". Se tale "cliente" vuole realizzare il suo interesse, vuole anche inevitabilmente che l'influenza, mediata dal "trafficante", sia diretta a un atto della pubblica amministrazione avente efficacia esterna, come tale in grado di soddisfare l'interesse. Laddove invece l'influenza concordata recasse nocumento solo agli *interna corporis,* anche attinenti ai criteri di rappresentanza degli interessi, non sarebbe ancora violata la *par condicio civium,* per la semplice ragione che gli interessi dei *cives* non sarebbero ancora coinvolti e la loro aspettativa non sarebbe né delusa né soddisfatta.
Siamo pertanto dell'avviso che gli estremi di punibilità *ex* art. 346 *bis* siano integrati da un accordo finalizzato a un atto della pubblica amministrazione contrario ai doveri d'ufficio[21]. In

[20] Se l'offesa penale viene ravvisata nella violazione della "uguaglianza di rappresentanza", va a incidere - come nella "corruzione tra privati" - sul "rapporto di agenzia", instaurato tra il titolare dell'interesse e il mediatore e, laddove l'agente viene meno ai suoi doveri di fedeltà nei confronti del *dominus* (come nelle ipotesi di corruzione tra privati), il "terzo escluso" è proprio il *dominus*. Al contrario, nei reati contro la pubblica amministrazione, il "terzo escluso" è sempre la comunità impersonale dei *cives* (che dovrebbe essere tutelata dalla pubblica amministrazione). Nello schema dell'art. 346 *bis,* il *dominus* (titolare dell'interesse) e il suo "agente" (mediatore) sono entrambi meritevoli di pena; ciò significa che il "terzo escluso" è l'impersonale comunità, titolare dell'interesse pubblico; sicché non ci pare venga meno la fedeltà dell'agente al *dominus* e dunque non sia in gioco il "rapporto di agenzia". In breve, ci pare che trasporre i paradigmi civilistici del rapporto di agenzia nel campo dei reati contro la pubblica amministrazione comporti il rischio di stravolgere il significato stesso dell'offesa penale. Sulla profonda differenza tra la corruzione tra privati e la corruzione pubblica ci sia permesso rinviare ad A. Abukar Hayo, *I tratti del simbolismo,* cit., cap. 4. Sulla necessità di fondare l'illiceità dell'accordo di mediazione sullo scopo, piuttosto che sul modo, si veda la giurisprudenza della Cassazione nella nota successiva.

[21] La Cassazione, nella recente sentenza n. 1182 del 13.1.2022, dichiara che «la mediazione onerosa è illecita in ragione della proiezione "esterna" del rapporto dei contraenti, dell'obiettivo finale dell'influenza compravenduta, nel senso che la mediazione è illecita se è volta alla commissione di un illecito penale - di un reato - idoneo a produrre vantaggi al committente». Ovviamente la finalità così descritta dalla Suprema Corte coincide perfettamente con la finalizzazione dell'accordo all'atto del pubblico ufficiale contrario ai doveri d'ufficio, posto che il reato non può non implicare siffatta contrarietà. Del pari, nella mediazione gratuita, l'utilità destinata a "retribuire" il pubblico ufficiale integra già di per sé la contrarietà ai doveri d'ufficio, perché l'atto del pubblico ufficiale non deve essere retribuito. In conclusione, nelle due forme di mediazione (onerosa e gratuita), il reato risulta sempre integrato quando l'accordo di mediazione sia comunque diretto a un atto contrario ai doveri d'ufficio. Nello stesso senso Cass. 9.11.2021, n. 40518: «l'unica lettura della norma che soddisfa il principio di legalità è quella che fa leva sulla particolare finalità perseguita attraverso la mediazione: la mediazione è illecita quando è finalizzata alla commissione di un 'fatto di reato' idoneo a produrre vantaggi per il privato committente». Sul punto cfr. B. Romano, *op. cit.,* 6.

quest'accezione, si tratta di un'illiceità di scopo, il cui carattere offensivo si rinviene nel pericolo arrecato al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione; le irregolarità di forma e di modo nelle relazioni tra i contraenti dell'accordo e fra il "mediatore" e l'amministrazione non attingono *ex se* la soglia della rilevanza penale ai sensi dell'art. 346 *bis*. Anche la filosofia della proposta di legge sulla disciplina dell'attività di *lobbying* sembra andare in questa direzione, come ci apprestiamo a vedere.

3. È stato approvato dalla Camera il testo unificato delle proposte di legge *Fregolent, Madia, Silvestri*[22]. La *ratio legis* è quella di introdurre una disciplina organica per il corretto esercizio dell'attività di *lobbying*. Illustriamo brevemente i punti salienti del d.d.l. n. 196-721-1827-A (*Disciplina dell'attività di rappresentanza degli interessi particolari e istituzione del registro pubblico dei rappresentanti di interessi*). Si istituisce, presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Registro dei rappresentanti di interessi, abilitati alle relazioni con gli organi istituzionali[23], in formato digitale, articolato in due parti, una ad accesso riservato, l'altra ad accesso pubblico[24]. Possono iscriversi i soggetti professionalmente dediti alla rappresentanza d'interessi, a tempo pieno o parziale; costoro sono onerati di una serie di adempimenti che garantiscono la trasparenza delle relazioni istituzionali. Devono elencare le risorse umane di cui dispongono, presentare i bilanci annuali, con indicazione analitica delle entrate e uscite, annotare, nel registro telematico, gli incontri, le sedute e le audizioni nelle sedi istituzionali, entro 48 ore dall'accadimento, con indicazione sintetica dell'oggetto di discussione e delle eventuali proposte presentate. Le violazioni delle regole sono sanzionate a titolo di illeciti amministrativi, in varia

[22] La prima commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni), il 28 dicembre 2021, ha deliberato di riferire favorevolmente sul testo unificato delle proposte di legge nn. 196, 721 e 1827-A. Il 12 gennaio 2022, la Camera dei Deputati ha approvato in prima lettura con 339 voti favorevoli, nessun contrario, la "Disciplina dell'attività di relazioni istituzionali per la rappresentanza di interessi". Il testo è ora all'esame del Senato.

[23] Il sistema del registro dei rappresentanti d'interessi, che acquisiscono il diritto all'audizione presso gli organi istituzionali, è adottato nei principali paesi dell'Europa continentale. Sul punto G. Sgueo, *Oltre i confini nazionali. L'impatto delle lobbies sull'Unione europea,* in *Democrazia degli interesse e attività di lobbying*, a cura di G. Macrì, Cosenza 2016, 91 ss.; A. Abukar Hayo, *I tratti del simbolismo*, cit., cap. 2. Nei paesi anglosassoni, il paradigma dell'audizione risulta superato, poiché le *lobbies* sono considerate parte attiva della dinamica politica e le regole di trasparenza non riguardano solo i modi e le forme delle relazioni istituzionali, ma anche e soprattutto le fonti di finanziamento. P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione, Parlamenti e* lobby *nel diritto pubblico comparato*, Milano 2011, 88 ss., propone una classificazione dei modelli di disciplina del *lobbying* basata su tre tipologie: la regolamentazione-trasparenza, volta a garantire la trasparenza del procedimento decisionale; la regolamentazione-partecipazione, che assegna ai gruppi di pressione un ruolo attivo, se non propulsore nel processo decisionale; una regolamentazione indiretta e disorganica, che caratterizza il modello italiano. Il primo modello corrisponde a quello contrassegnato dalla centralità del paradigma dell'audizione; il secondo a quello vigente, nell'area anglosassone. Sennonché l'Autore inserisce l'ordinamento del Regno Unito nel modello della regolamentazione-trasparenza, piuttosto che in quello americano della regolamentazione-partecipazione. Per quanto l'ordinamento britannico sia meno incline di quello americano a ravvisare nella *lobby* un protagonista della vita politica, tuttavia riteniamo che il modello "partecipativo" sia quello più adatto a inquadrare la particolare disciplina britannica, la quale prende in considerazione non solo le relazioni istituzionali del lobbista, ma anche le interrelazioni con i partiti politici e le modalità di partecipazione alle competizioni elettorali.

[24] L'art. 4 co. 1 della proposta di legge stabilisce che: «È istituito presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato il Registro pubblico per la trasparenza dell'attività di relazione per la rappresentanza di interessi, di seguito denominato "Registro". Il Registro è tenuto in forma digitale ed è articolato distintamente in una parte ad accesso riservato ai soggetti iscritti e alle amministrazioni pubbliche e in una parte ad accesso pubblico, consultabile per via telematica».

guisa e misura. Coloro che hanno ricoperto incarichi di Governo nazionale o regionale dovranno aspettare un anno dalla cessazione del mandato prima di potersi iscrivere al registro.

3.1. Se queste sono le linee basilari *de lege ferenda*, è possibile trarre fin d'ora qualche indicazione in relazione alla questione ermeneutica che ci preme. Ne esce rafforzata e forsanche definitivamente confermata l'idea che il reato di cui all'art. 346 *bis* Cp debba consistere in un accordo stipulato in vista di un'influenza che deve il suo connotato d'illiceità alla sua proiezione esterna. Uno dei punti nodali della disciplina *in fieri* è dato dalle misure sanzionatorie extrapenali, di competenza del *Comitato di sorveglianza*, in seno all'*Autorità garante della concorrenza e del mercato*, irrogate per le violazioni delle regole riguardanti i modi d'esercizio dell'attività di *lobbying*. Nel disegno di legge, le irregolarità formali e procedurali sono sanzionate a titolo di illeciti amministrativi[25]; ciò consente di gettare uno squarcio di luce anche nel terreno limitrofo della fattispecie penale di traffico di influenze *ex* art. 346 *bis*, giacché lascia pensare che la linea di demarcazione tra l'illecito amministrativo e l'illecito penale corra tra il *modo* e il *fine* dell'influenza.

In fondo tutte le violazioni sanzionate amministrativamente si possono ricondurre a un denominatore comune: si sanziona qualsivoglia *vulnus* arrecato alle regole che impongono la trasparenza delle relazioni istituzionali. Tutta l'architettura dei vincoli e degli obblighi previsti per l'esercizio dell'attività lobbistica (l'iscrizione nel Registro pubblico, la tenuta del Registro, le annotazioni obbligatorie, le dichiarazioni relative agli incontri istituzionali etc.) tende alla visibilità pubblica delle relazioni istituzionali. La tutela della trasparenza costituisce, per dir così, *l'alfa e l'omega* della *ratio* sanzionatoria, di carattere amministrativo, ravvisabile in ogni singola parte del complesso sistematico della disciplina *de qua*. La trasparenza della relazione istituzionale è vista come un valore in sé, perché, ovviamente, impedisce o almeno ostacola il mercimonio della funzione pubblica. Ma è altrettanto ovvio che si tratta di un bene propedeutico, succedaneo e strumentale, perché prescinde dal contenuto dell'influenza lobbistica. La "casa di vetro" servirebbe a poco, se dentro la casa si verificassero tutte le nefandezze di questo mondo.

Ciò posto, il *quid pluris* penalistico, che differenzia il fatto di cui all'art. 346 *bis* rispetto all'illecito amministrativo, non può concernere le modalità d'esercizio dell'attività di rappresentanza di interessi, le quali tutelano il bene strumentale della trasparenza delle relazioni istituzionali, per la semplice ragione che la trasgressione di tali regole è sanzionata amministrativamente (in prospettiva). E allora il *quid proprii* della rilevanza penale del fatto, che non può risiedere nel *vulnus* arrecato al bene strumentale, deve riguardare necessariamente il bene finale, ossia il contenuto dell'influenza. A nostro avviso, dunque, ci si avvia verso una disciplina dell'attività di *lobbying* dalla quale emergerà con più nitidezza la linea di discrimine tra l'illecito amministrativo e quello penale, il primo riguardante i modi d'esercizio, il secondo l'aspetto contenutistico e finalistico dell'influenza.

[25] Le sanzioni sono previste all'art. 11, che al comma 1 statuisce che: «Al rappresentante di interessi che non osservi le modalità di partecipazione alla consultazione previste dall'art. 10 si applicano, secondo la gravità della condotta, le seguenti sanzioni: a) l'ammonizione; b) la censura; c) la sospensione dall'iscrizione nel Registro per una durata non superiore a un anno; d) nei casi di particolare gravità, la cancellazione dal Registro». Il comma 2 del medesimo articolo prevede sanzioni analoghe per la violazione degli obblighi previsti dal codice deontologico. Infine, il comma 3 stabilisce che: «Al rappresentante di interessi che fornisca false informazioni od ometta di fornire informazioni alla cui comunicazione è tenuto, all'atto di iscrizione nel Registro o nei successivi aggiornamenti, nella relazione annuale o nella predisposizione e pubblicazione dell'agenda degli incontri, ovvero non ottemperi alla richiesta di integrazione da parte del Comitato di sorveglianza, si applica la sanzione pecuniaria da euro 5.000 a euro 15.000». Le sanzioni sono irrogate dal Comitato di sorveglianza.

E ci si deve chiedere se queste osservazioni *de lege ferenda* non abbiano anche validità *de lege lata*, in relazione alla fattispecie di traffico di influenze illecite. A nostro avviso, la domanda può porsi in questi termini: se oggi non sono regolati i modi d'esercizio dell'attività di *lobbying* e conseguentemente non sono sanzionati amministrativamente le violazioni (di regole inesistenti); se dunque manca l'illecito ammnistrativo; è questa forse una buona ragione per prescindere dalla finalità dell'influenza nel delimitare la tipicità del traffico di influenze illecite? In altri termini: se la distinzione tra il modo e il fine dell'influenza sarà in futuro la linea di discrimine tra l'illecito ammnistrativo e quello penale, non è forse inevitabile restringere il reato già oggi ai casi di illiceità di fine?

La nostra risposta è che il reato non può che concernere il bene finale. Il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione costituiscono il fine ultimo di tutte le regole formali e procedurali a tutela della trasparenza, attuali e future. Solo l'illiceità, che trascende il modo e investe il fine dell'influenza, può mettere in pericolo il bene finale e integrare il reato, per la necessità logico-giuridica che i fatti di rilevanza penale siano più gravi rispetto a quelli rilevanti solo in sede amministrativa. La tutela penalistica di cui all'art. 346 *bis* Cp è anticipata al preliminare della corruzione; e perfino a un momento antecedente all'esercizio effettivo dell'influenza; ma non può essere anticipata al preliminare del preliminare. Se fosse a tal punto anticipata, non avrebbe senso predisporre misure sanzionatorie meno gravi per il pericolo del pericolo (violazione delle regole di trasparenza). Che i modi d'esercizio dell'influenza attengano a un ambito non penalistico è riconosciuto da tutti i gruppi parlamentari che hanno approvato alla Camera il disegno di legge (all'unanimità). Questo avviso è valido fin da oggi; domani si tradurrà in obblighi e vincoli per i lobbisti, ma già oggi offre un criterio interpretativo valido per delimitare l'ambito della responsabilità penalistica. In futuro si avrà una disciplina dell'attività di *lobbying*, ma la fattispecie di reato non cambierà con essa. Questa rimarrà identica a se stessa, dunque non dovrà avere un ambito più ampio o più ristretto rispetto a quello odierno *de iure condito*. Sarà meno torbida la linea di confine tra l'attività lobbistica regolare e irregolare, ma, in ogni caso, l'irregolarità non equivarrà a reato; occorrerà un *quid pluris*, quello stesso che occorre già oggi per integrare gli estremi di reato.

3.2. Ai nostri fini è particolarmente rilevante l'art. 3 del disegno di legge che esclude gli esponenti dei partiti politici, dei sindacati e delle confessioni religiose (riconosciute) da tutti gli incombenti previsti per i lobbisti[26]. L'esclusione si può giustificare in una sola maniera: per il fatto che tali soggetti sono portatori di interessi diffusi e tendenzialmente generali, comunque non particolaristici. Tutte le cautele che il legislatore ritiene necessarie, per autorizzare *ab origine* e consentire in corso d'opera l'attività di *lobbying*, mirano, in ultima analisi, alla trasparenza delle influenze esercitate ed esercitande. Ovviamente le cautele nascono da un pericolo e, nel caso di specie, il "danno temuto" sarebbe la prevalenza dell'interesse particolaristico della *lobby* sull'interesse generale. Ne consegue che il pericolo evapora quando l'interlocutore degli organi istituzionali non rappresenta e difende interessi particolaristici, potenzialmente in conflitto con gli interessi generali.

[26] Art. 3 co. 1 lett. *d* ed *e*: «le disposizioni della presente legge non si applicano [...] d) ai rappresentanti delle confessioni religiose riconosciute; e) all'attività svolta dai partiti, movimenti e gruppi politici per determinare la politica statale, regionale o locale ai sensi dell'articolo 49 della Costituzione». Il comma 2 dello stesso articolo specifica che: «Le disposizioni della presente legge non si applicano all'attività di rappresentanza di interessi svolta da enti pubblici, anche territoriali, o da associazioni o altri soggetti rappresentativi di enti pubblici, nonché dai partiti o movimenti politici, né alle attività svolte da esponenti di organizzazioni sindacali e imprenditoriali».

In questa logica, si giustifica l'esclusione dei soggetti elencati dall'art. 3 della proposta di legge. I partiti politici ricevono il consenso elettorale, che alimenta la loro dinamica, in ragione di un programma politico, mirante, per sua natura, a raggiungere obiettivi di interesse comune. Possono anche prendere forma e sopravvivere nell'agone politico partiti rappresentativi di minoranze e/o con programmi specifici; ma, sempre e comunque, si relazionano con una comunità indefinita di simpatizzanti e tendono a realizzare obiettivi riguardanti una pluralità indeterminata di consociati. I partiti concorrono a formare l'indirizzo politico generale e l'orientamento culturale dominante, in base alla propria *Weltanschauung* che abbraccia l'interezza dei rapporti umani; e quand'anche l'orizzonte di riferimento del partito politico fosse più limitato, trascenderebbe comunque i confini dell'interesse privatistico. È ben spiegabile, perciò, che le relazioni istituzionali dei partiti politici non siano guardati con sospetto e disfavore; in fondo, temere i partiti significherebbe temere la democrazia. Essi costituiscono i canali di partecipazione del popolo alla formazione delle leggi e alla definizione dell'indirizzo politico; la loro dinamica si intreccia inevitabilmente con quella delle istituzioni democratiche; sicché sottoporre tali relazioni a restrizioni, vincoli e controlli significherebbe nient'altro che restringere gli spazi di democrazia partecipativa.
Un ragionamento non molto diverso si può fare per le istituzioni ecclesiastiche dei culti ammessi e riconosciuti dallo Stato con apposite convenzioni. L'orizzonte culturale delle religioni abbraccia l'interezza dell'uomo e della convivenza umana, non si limita agli aspetti patrimoniali delle relazioni umane; meno che mai il culto religioso è diretto alla rappresentanza e alla difesa di interessi economici particolaristici e differenziati. Per questa ragione gli incontri tra le autorità religiose e gli organi istituzionali non devono sottostare a quelle cautele richieste nel caso in cui gli interessi in ballo siano privatistici e particolaristici, potenzialmente contrapposti o in linea di collisione, e comunque differenziati rispetto a quelli della generalità dei *cives*.
Qualche perplessità potrebbe destare, invece, l'esclusione dei sindacati dalla disciplina prevista per i rappresentanti d'interessi[27]. Si potrebbe obiettare che gli interessi tutelati dai sindacati siano "parziali" e comunque appartenenti alla ristretta compagine dei soci, non diversamente da quelli tutelati da altre forme associative di settore. E invero il carattere "settoriale" e "parziale" dell'orizzonte di riferimento, proprio dei sindacati, non ci pare seriamente discutibile. Si deve comunque osservare che trattasi di un "settore" non ristretto, giacché i rapporti di lavoro riguardano la maggior parte della collettività e gli interessi coinvolti attengono alla sfera forse più importante della nostra vita di relazione, dalla quale dipende il ruolo sociale e il rango della persona. Peraltro in Italia vige il sistema della c.d. "concertazione", non ufficializzato, né regolamentato, ma divenuto di fatto "consuetudine"; a questa stregua, i sindacati più rappresentativi concorrono alla formazione dell'indirizzo politico di governo in materia economico-sociale. Si deve poi tener conto del fatto che i contratti collettivi di lavoro, ancorché sottoscritti da rappresentanze sindacali dei soli soci e non della generalità dei titolari d'interesse, acquistano tuttavia, per via mediata, validità ed efficacia *erga omnes* e dunque diventano fonte normativa; infine, si evidenzia che i sindacati sono componenti di un organo costituzionale, il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, che partecipa, con potere consultivo, all'*iter* di formazione delle leggi e degli orientamenti programmatici più importanti (in materia economico-

[27] Osservazioni molto critiche sono state espresse da un nutrito numero di studiosi. La notizia può essere rinvenuta, utilizzando il *link* sottoindicato:https://www.ilfattoquotidiano.it/2022/02/18/lobbying-lappello-al-senato-di-42-accademici-la-legge-si-estenda-a-confindustria-e-sindacati/6496383/.

sociale). Se ne evince che gli interessi tutelati dalle organizzazioni sindacali trascendono, in qualche modo, il "particolare", in quanto afferiscono a una molteplicità indeterminata di persone, potenzialmente maggioritaria nel Paese. Ai nostri fini, la *querelle* - se sia o meno giustificata l'esclusione dei sindacati dalla disciplina dell'attività di *lobbying* - risulta eccentrica ed entrare nel merito sarebbe un fuor d'opera; pare sufficiente sottolineare che, in ogni caso, la *mens legis*, rinvenibile nel progetto approvato alla Camera, è quella di riconoscere ai sindacati una vocazione "universalistica", che li distingue dai rappresentanti di interessi specifici e settoriali, e, in ragione di ciò, escluderli dalla disciplina del *lobbismo*.

Le superiori considerazioni ci suggeriscono qualche spunto di riflessione, in tema di traffico di influenze illecite. La norma di cui all'art. 3 del progetto - che esclude i partiti, le Chiese e i sindacati dall'osservanza delle regole contemplate per gli esercenti dell'attività di *lobbying* - ci pare confermare l'idea che l'accordo diretto al conseguimento di un atto legislativo o giurisdizionale non possa integrare gli estremi del traffico di influenze illecite. Tale accordo potrebbe essere, per ipotesi, irregolare, ma l'irregolarità non offenderebbe l'imparzialità della pubblica amministrazione e perciò, a nostro parere, non raggiungerebbe la soglia dell'offesa penalmente rilevante. Se il carattere "generale", o comunque l'ispirazione "generale" dell'attività dei partiti, delle Chiese e dei sindacati, ne giustifica l'anzidetta esclusione, è consequenziale ritenere che il carattere generale dell'atto legislativo, valido *erga omnes* per definizione, e dell'atto giurisdizionale, il quale pronuncia il diritto (*jus dicit*), viene emanato in ossequio alla legge valida *erga omnes* ed è giusto per definizione, escluda la finalità illecita dell'accordo. Infatti, la disciplina vincolistica e cautelare ha ragion d'essere per il "sospetto" che il lobbista tuteli interessi in conflitto con il "bene comune"; ma l'atto legislativo e quello giurisdizionale, per loro natura, tutelano tale bene, immedesimato nella norma di legge; sicché il reato non può sussistere se l'accordo è diretto verso un atto, nel quale si esprime l'interesse del consorzio sociale. E allora: se il fine dell'accordo (e non già la modalità) risulta decisivo per l'integrazione del reato, la sua liceità esclude l'illiceità penale del mezzo (accordo fra trafficante e titolare d'interesse). Ovviamente può sussistere, come detto, l'irregolarità modale, rilevante ai fini civilistici e disciplinari, ma non può sussistere l'illiceità finalistica, decisiva per l'offensività penale del fatto.

A questo punto, si potrebbe obiettare che l'argomento viene dedotto da una proposta di legge (*de iure condendo*) e non da una legge in vigore (*de iure condito*). Ovviamente l'obiezione sarebbe corretta, ma ugualmente, a nostro avviso, non del tutto persuasiva. Il Giudice risolve la controversia e pronuncia il diritto «in nome del popolo italiano»; la sua attività interpretativa non può non tenere conto del "sentire comune" e dei valori condivisi nel consorzio sociale. Ebbene, ci pare che l'unanime approvazione del progetto di legge sia espressione di una medesima consapevolezza di fondo, eretta ad architrave del sistema democratico della divisione dei poteri: che i fini politici, recati dalle norme di legge, non siano censurabili innanzi al giudice penale e conseguentemente le procedure di formazione della legge e le procedure giurisdizionali, che danno attuazione alla legge non possano essere sottoposte al "sospetto" pregiudiziale di ingenerare favoritismi e patenti violazioni del principio di uguaglianza, mentre tale preoccupazione possa ragionevolmente concernere le relazioni instaurate tra gli organi della *res publica* e i rappresentanti di interessi settoriali e circoscritti. Insomma, questa consapevolezza di fondo ci pare appartenga a quel "sentire comune" e a quei valori condivisi, ai quali si ispira il giudice quando pronuncia la sua sentenza «in nome del popolo italiano».

Per questa via, ci pare che la nostra opzione interpretativa, formulata all'indomani dell'entrata in vigore della legge c.d. "spazzacorrotti", possa trovare nuove conferme nei menzionati atti sopravvenuti. In conclusione, la controversa fattispecie del traffico di influenze illecite può

ritenersi integrata - secondo il nostro avviso - a condizione che la "illiceità penale" consista in qualcosa di più che nella irregolarità caratterizzante il rapporto tra il *dominus* (titolare dell'interesse) e il mediatore o nella mera violazione delle regole di esercizio dell'attività di mediazione; il *quid pluris*, caratterizzante l'offesa penale, riteniamo debba consistere in un vero pericolo arrecato all'azione della pubblica amministrazione, ossia nel pericolo che si realizzi un atto amministrativo contrario ai principi del buon andamento e dell'imparzialità.

CRITERI DI PRIORITÀ E PROGETTI ORGANIZZATIVI DELLE PROCURE

di Roberta Aprati
Professore Associato di Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

Il contributo analizza l'inedito istituto dei criteri di priorità: dai soggetti legittimati ad adottarli alla procedura di approvazione, dal loro contenuto alle modalità di applicazione, dai riflessi sull'obbligatorietà dell'azione penale alle ripercussioni sulla configurazione dello statuto costituzionale del pubblico ministero.
The contribution analyzes the new institution of prosecutorial priorities: the legitimated subjects to issue them, the approval procedure, their contents, rules for application, the effects on the mandatory prosecution, the repercussions on the constitutional status of the prosecutor.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alla ricerca di spunti comparatistici nei sistemi ispano-americani. – 3. Obbligatorietà e criteri di priorità: i modelli ispano-americani. – 4. Opportunità e criteri di posteriorità: i modelli ispano-americani. - 5. Criteri di priorità, criteri di posteriorità e criteri neutri. - 6. I criteri di priorità per la trattazione della notizia di reato: una scelta meditata anche alla luce dei principi costituzionali. - 7. I compiti assegnati al legislatore delegato. – 8. I progetti organizzativi delle procure. Dalla legge delega di riforma del processo penale (l. 134/2021) al disegno di legge delega di riforma all'ordinamento giudiziari0 (d.d.l. AC-2681): un ripensamento o un'accelerazione? – 9. La legge delega sul processo penale e "l'allineamento" dei progetti organizzativi alle tabelle degli uffici giudicanti: un futuro già passato? - 10. Il disegno di legge delega sull'ordinamento giudiziario. Riflessi sullo statuto costituzionale del p.m. - 11. La fonte primaria: la legge del Parlamento. 12. I contenuti della legge del Parlamento – 13. La fonte subordinata: il progetto organizzativo delle singole procure.

1. Non siamo di certo di fronte a una novità: il dibattito sulla concezione realistica del principio di obbligatorietà dell'azione penale si perde nel tempo e il tempo non ha mutato i fattori intorno a cui si è sviluppato[1].

[1] P. Borgna, *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della "pan-penalizzazione"*, in *QG* 31.10.2019; B. Caravita, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionali*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli 1991, 298; M. Chiavario, *Protagonisti e comprimari nel processo penale*, Torino 1995, 135 ss., Id, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in Aa.Vv., *Il pubblico ministero oggi*, Milano 1994, 67; Id, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Costantino Mortari*, IV, Milano 1977, 89; Id, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale per la cultura del processo*, in Aa.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano 2006, 11; Id, *Obbligatorietà dell'azione penale: né un mito da abbattere né un feticcio da sottrarre a ogni discussione*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Milano 2021, 9; F. Corbi, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *RIDPP* 1980, 1057; G. Corso, *Il pubblico ministero nel sistema costituzionale*, in *DP* 1997, 3, 885; O. Dominioni, *L'obbligatorietà dell'azione penale dal codice Rocco alla Costituzione. Il bilanciamento fra l'interesse alla persecuzione penale e altri interessi a copertura costituzionale*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 15; Id, *L'ufficio del pubblico ministero. Obbligatorietà dell'azione penale ed efficienza giudiziaria*, in *L'indipendenza della magistratura oggi*, a cura di N. Zanon, F. Biondi, Milano 2020, 143; Id, *Azione penale*, in *DdP*, I, Torino 1987, 410; G. Fidelbo, *Le disposizioni transitorie*, in *Il giudice unico*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2000, 410; P. Gaeta, *Pubblico ministero (Ufficio e*

Il problema è sempre il medesimo: l'impossibilità di gestire l'enorme massa di notizie di reato che arrivano alle procure. Di conseguenza l'azione penale sarebbe governata surrettiziamente dal principio di discrezionalità[2].
Né più innovative appaiono le soluzioni suggerite per risolvere il problema. Sia ieri, sia oggi, si continua a discutere di identiche strategie d'azione.
Da una parte, si propone una vera e propria rivoluzione culturale: trasformare l'azione penale obbligatoria in un'azione discrezionale, così da diminuire il carico di lavoro, sebbene in virtù di scelte valutative dell'organo dell'azione.
Dall'altra parte, si vuole conservare la tradizione e non rinunciare ai valori sottesi all'obbligatorietà[3].
Si reclama allora una forte depenalizzazione, così da ridurre "oggettivamente" l'afflusso processuale penale.
Nel contempo si auspica l'introduzione - o il rafforzamento - di meccanismi puramente processuali, finalizzati sempre al medesimo obiettivo di limitare l'avvio dei procedimenti[4].

---

organizzazione del), *EGS 24 ore*, IV, Milano 2008, 12, 557; Id, *Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, in *Trattato di procedura penale, diretto da G. Spangher, III*, Torino 2009, 175; R. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *RDP* 2008, 875; Id, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità fissati dalle procure*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 47; G. Neppi Modona, *Principio di legalità e nuovo processo penale*, in Aa.Vv., *Il pubblico ministero oggi*, cit., 121; M. Nobili, *Accusa e burocrazia, profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. Conso, Bologna 1979, 120; E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 113; Id, *Riflessioni sull'obbligatorietà dell'azione penale alla luce della riforma del codice di procedura penale*, in *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, a cura di M. Tirelli, Milano 1996, 45; S. Quattrocolo, *Azione penale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, I, Milano, 2006, 420; N. Rossi, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *QG* 1997, 2, 314; G. Sabatini, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, vol. I-II, Napoli 1943; F. Ruggeri, *Azione penale*, in *ED, Annali*, III, Milano 2010, 129; G. Spangher, *Le iniziative del pubblico ministero tra carenze ordinamentali e rischi di condizionamento politico*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., 128; G. Ubertis, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *CP* 1991, 1891; Id., Azione penale e sovranità popolare, in *RIDPP* 1975, 1191 ss.; M. Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, vol. II, Bologna 1963; C. Vitalone, *La funzione d'accusa tra obbligatorietà e discrezionalità*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., 291; V. Zagrebelsky, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *CP* 1992, 3183; Id, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in Aa.Vv., *Il pubblico ministero oggi*, cit., 101.

[2] Sull'ampia discrezionalità *di fatto* dell'esercizio dell'azione penale v. M. Devoto, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *CP* 1996, 2040; G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., 169; Id, *Il p.m.: indipendenza, responsabilità, carriera "separata"*, in *IP* 1995, 339; M. Fabri, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale*, in *Polis*, XI, 1997, 171 ss.; I. Frioni, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *RIDPP* 2002, 540 ss.; C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova 1984; G. Ichino, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *QG* 1997, 2, 291; N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in *QuestG-Speciale* 2/2021, 16 ss.; F. Ruggeri, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *ED, Annali*, II, Milano 2008, 998 ss.; N. Triggiani, *Indagini preliminari, tempi dell'azione penale e procedura di archiviazione*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, 2017, 99.

[3] Per una ricostruzione storica del processo di evoluzione del principio, v. M. Miletti, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, 304 ss.

[4] C. Cesari, *L'inflazione delle notizie di reato e i filtri selettivi ai fini del processo*, in *RDP* 2011, 1407 ss.; M. Deganello, *Notizie di reato ed ingestibilità dei flussi: le scelte organizzative della Procura torinese*, in *CP* 2011, 1597 ss.; in M. Devoto, *op. cit.*, 2047; R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e "irrilevanza del fatto"*, in *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano 1996, 212; L.

E qui le soluzioni escogitate variano[5], sebbene tutte - quanto meno nelle intenzioni di partenza – aspirino al medesimo risultato: evitare che si debba necessariamente indagare di fronte a tutte le notizie di reato. In questa prospettiva si inquadrano: condizioni di procedibilità, archiviazioni per tenuità dell'offesa, archiviazione meritata, messa alla prova, giustizia riparativa, regole decisorie più selettive per l'iscrizione della notizia di reato[6].
Non da ultimo, si ragiona sul versante puramente organizzativo: stime, flussi, statistiche, programmi di gestione, bilanci sociali, progetti organizzativi, nonché "criteri di priorità".
Si mira, in particolare, a creare una "catena di montaggio" ragionata, una standardizzazione del lavoro "disegnata su misura" sulle condizioni di ogni singola procura, così che, nonostante l'oggettiva sovrabbondanza dei procedimenti, la carenza di organico e di risorse finanziarie, si possa comunque trattare e gestire ogni notizia di reato che pervenga negli uffici[7]. Le norme organizzative cambiano natura giuridica: diventano fonte di regole processuali vere e proprie, perché - e lo vedremo - assumono rilevanza esterna.
Ecco allora la ragione dell'osservazione di apertura: non siamo di fronte a una novità.
Il massiccio intervento normativo in atto con la legge delega n. 134 del 2021 percorre tutte le strade possibili per scongiurare definitivamente la gestione personalizzata delle notizie di reato (a eccezione però della rivoluzione sull'attributo fondamentale dell'azione penale, che rimane l'obbligatorietà e che d'altronde avrebbe richiesto una legge di riforma costituzionale).
In definitiva non si sceglie l'una o l'altra soluzione, ma si percorrono tutte insieme, sul presupposto che solo una manovra ad ampio spettro possa risolvere definitivamente la crisi del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Verzelloni, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *AP* 2014, 3, 815. Il problema, in una prospettiva più ampia, diviene poi anche quello di assicurare la garanzia della ragionevole durata del processo, su cui v. D. Curtotti, *La durata ragionevole del processo è anche un problema di norme*, in *DPP* 1999, 1028 ss.

[5] Cfr. F. Palazzo, *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, in *QuestG-Speciale 2/*2021, 62 ss., il quale individua tre tipologie di criteri che possono presiedere all'esercizio dell'azione penale: criteri sostanziali, interni alle finalità della repressione penale (131 *bis* Cp; 168 *bis* Cp; archiviazione meritata); criteri processuali, interni alle finalità del processo (valutazione delle possibilità di coltivare con successo l'ipotesi accusatoria in relazione alla consistenza del materiale raccolto nelle indagini) e criteri esterni alle finalità sia sostanziali che processuali, di varia opportunità (i criteri di priorità in senso stretto).

[6] Tra gli istituti che individuano la loro *ratio* nell'esigenza deflattiva si annovera anzitutto la causa di non punibilità per tenuità del fatto su cui v. S. Quattrocolo, *Deflazione e razionalizzazione del sistema: la ricetta della particolare tenuità dell'offesa*, in *PPG* 2015, 225; Id, *Tenuità e irrilevanza sociale del fatto*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 192; Id, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Torino 2004. Ma si pensi anche agli strumenti di giustizia riparativa, su cui v. F. Ruggeri, *Giudizio penale e "*restorative justice*": antinomia o sinergia?*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozzi, G.A. Lodigiani , Bologna 2015, 83 ss.; L. Scomparin, *Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo?*, in *LP* 2004, 405 ss.; N. Triggiani, *Dal* probation *minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimenti per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino 2014, 13 ss.; Id, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *PPG* 2016, 155.

[7] Cfr. O. Dominioni, *L'obbligatorietà dell'azione penale dal codice Rocco alla Costituzione*, cit., 2021, 16 s. L'Autore rimarca come l'efficienza giudiziaria riceva specifica copertura negli artt. 97, comma 2, e 111, comma 2, Cost.; quest'ultima norma assicura la durata ragionevole del processo e ha una portata non limitata all'organizzazione e al funzionamento degli uffici giudiziari, ma estesa all'esercizio della funzione giurisdizionale. V. altresì S. Quattrocolo, *Tenuità e irrilevanza sociale del fatto*, cit., 192, la quale assume come problematico porre in esatto equilibrio, almeno per mano giudiziaria, il buon funzionamento e l'efficienza con i beni dell'art. 112 Cost.; Id, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Torino 2004.

2. Non siamo però soli. L'impossibilità di gestire tutte le notizie di reato è problema presente in molti ordinamenti giuridici. Sicché non si può escludere che con i dovuti adattamenti si possano trovare degli spunti utili in quei sistemi che hanno provato a delineare delle soluzioni.
In effetti nei sistemi processuali governati dal principio di opportunità già esistono delle regole che indirizzano i pubblici ministeri nelle scelte relative all'esercizio dell'azione penale; e già da tempo ci si interroga se si possa prendere a prestito qualcosa al fine di meglio delineare la disciplina dei criteri di priorità[8]. Ma non solo, l'indagine si può allargare anche a quegli assetti processuali improntati all'obbligatorietà nei quali si è iniziato a discutere di criteri di priorità, da affiancare a strategie più consolidate, come quella di derogare all'obbligatorietà introducendo casi di discrezionalità[9].
Invero, riflettendo in via preliminare sugli archetipi dell'azione penale, una siffatta esplorazione, dal punto di vista dogmatico, potrebbe risultare del tutto superflua[10].
Se opportunità vuol dire libertà, ovverosia indifferenza da parte del legislatore fra la scelta di agire o di non agire, dal punto di vista normativo le relative determinazioni non dovrebbero essere previste da alcuna disposizione, perché andrebbero rimesse totalmente in capo all'organo che ne è investito.
Né tali spunti si potrebbero cercare – sempre dal punto di vista dogmatico – nelle esperienze giuridiche caratterizzate dall'obbligatorietà: se vi è un automatismo fra notizia di reato e azione, ogni altra previsione sarebbe superflua, se non addirittura contraddittoria rispetto al principio[11].
Da un certo punto di vista, dunque, i modelli convergono. In ambedue è sufficiente - perché è già idonea a disciplinare ogni evenienza - la previsione di un'unica regola generale, sebbene con contenuto diverso. Di fronte ad ogni notizia di reato si deve agire, con la conseguenza che qualunque inerzia è illegittima; di fronte a qualunque notizia di reato si può scegliere se agire o meno, e dunque qualsivoglia scelta è legittima.
I modelli astratti però nella realtà sfumano, e convergono verso costruzioni concrete caratterizzate da una notevole affinità[12]. In pratica nella realtà si assiste a un peculiare fenomeno: la presenza comunque di parametri normativi che governano più nel dettaglio la disciplina relativa all'azione[13].
Di conseguenza, da una parte, i sistemi ad obbligatorietà si configurano come sistemi a

[8] La prospettiva di comparazione qui accolta è giustificata dal fatto che, pur ferma la profonda differenza tra criteri di priorità e direttive generali rivolte al p.m. per l'esercizio discrezionale dell'azione penale, tra le due situazioni sussistono «assonanze e richiami»: «è certo ad esempio che è comune ad entrambe le tematiche il criterio della ragionevolezza delle scelte e della loro riferibilità a valori propri del sistema giuridico considerato» (V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità*, cit., 108).
[9] Sull'importanza del metodo comparativo con specifico riguardo al tema della scelta tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale v. E. Amodio, *La procedura penale comparata tra istanze di riforma e chiusure ideologiche (1870-1989)*, in *RIDPP* 1999, 1358; C. Guarnieri, *Pubblico ministero*, cit., 150 ss.; L. Luparia, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *GI* 2002, 1026 ss. Più in generale cfr. altresì R. Orlandi, *L'approccio comparatistico nelle dottrine processual-penalistiche. Spunti di riflessione in ordine al contesto italiano*, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Procesal*, Madrid 2021, 1 ss. Sull'ulteriore profilo della stretta relazione tra analisi comparata e orientamento dell'attività legislativa v. E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, Genova, 1857.
[10] Sul diverso modo di atteggiarsi dei due sistemi rimangono ferme le riflessioni di A. Spoppato, in *Commento al codice di procedura penale*, IV, Torino 1918, 10 ss.
[11] Cfr. F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli 1994, 328; G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino 1994, 6 ss.
[12] N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità*, cit., 16 ss.
[13] N. Rossi, *op. ult. cit.*, 18; C. Guarnieri, *Pubblico ministero*, cit., 150 ss.; L. Luparia, *op. cit.*, 1026 ss.

"obbligatorietà realistica"[14] e, dall'altra parte, i sistemi a opportunità si configurano come sistemi a "opportunità regolata" o a "selezione regolata"[15].
Nei primi, si mira a una maggiore flessibilità rispetto a un incondizionato esercizio dell'azione, introducendo delle regole, che, se pur non arrivano a eliminarne l'automatismo, tentano però di gestirlo meglio[16].
Del pari, nei secondi, si approntano una serie di criteri volti a indirizzare le libere scelte relative all'azione e quindi si guidano i singoli pubblici ministeri nell'esercizio dell'opzione fra azione e inazione[17].
Alcuni sistemi, poi, si sono direzionati verso la costruzione di un doppio binario: presenza tanto dell'obbligatorietà quanto dell'opportunità[18]. In tal modo hanno cumulato i correttivi. Perché nello spazio dedicato all'obbligatorietà, hanno comunque ricercato una "obbligatorietà realistica", negli spazi riservati all'opportunità, del pari, hanno fatto ricorso ad una "opportunità regolata".
Invero il problema è che nella realtà l'atteggiarsi dell'azione non soddisfa mai nessuno[19]. Se si configura come obbligatoria, il sistema non sopporta l'impatto di tutti i procedimenti e dunque regna l'anarchia nell'esercizio dell'azione[20]. Se si configura come libera, il sistema assorbe il carico di lavoro, ma appare arbitrario e iniquo[21]. Insomma, qualsiasi sistema viene, anche se per ragioni diverse, ritenuto "ingiusto" e si cercano allora dei correttivi.

[14] Sull'impossibilità degli uffici del pubblico ministero di tempestivamente svolgere tutte le indagini preliminari che sono rese necessarie dalle notizie di reato che pervengono v. V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità*, cit., 102 ss.
[15] In ogni caso esso viene sempre denominato come "*oportunidad reglada*", C. Conde Punpido Ferreiro, *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*, in *Potere Jiudicil*, numero speciale, IV, 1989, 32 ss.; A. De La Oliva Santos, *El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal*, in *TJ*, 1, 1997, 95 ss., o come principio di" selezione regolata" M. Duce J., C. Riego R., *Proceso penal*, Santiago del Cile 2007, 186 ss., così che non possa mai confondersi con un'opportunità lasciato al mero arbitrio del p.m.
[16] Tale tendenza è messa in evidenza, pur se con specifico riferimento ai Paesi europei, da L. Luparia, *op. cit.*, § 4.
[17] Ancora, v. L. Luparia, *op. cit*., § 3. Con particolare riferimento al modello satunitense, sia statale sia federale, si veda J. Mazzuri, *Uno sguardo oltre l'Europa. La discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale negli Stati Uniti e la prospettiva del controllo politico sul pubblico ministero: limiti di un modello e brevissimo spunto di comparazione*, *QuestG-Speciale* 2/2021, 182 ss.; F.E. Inbau, J.R. Thompson, J.B. Haddad, J.B. Zagel, G.L. Strakman, *Cases and Comments on Criminal Procedure*, Mineola, New York 1980, 582 ss.; D. Nissman, E. Hagen, *The prosecution function*, Lexington, Mass., 1982; J.E. Jacoby, *The American Prosecutor, a search for identity*, Lexington, Mass., 1990.
[18] Emblematico, per le riflessioni che ne sono derivate sulla disciplina italiana, è il sistema tedesco, su cui v. F. Ruggeri, L*'originalità del nuovo processo penale alla luce della esperienza statunitense e tedesca*, in Aa.vv., *Il nuovo processo penale, caratteri ed effetti del primo codice della repubblica*, a cura di C. Castelli e G. Ichino, Milano 1990, 141; C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova 1994, 71.
[19] In ogni ordinamento, del resto, esiste inevitabilmente uno scarto tra «il piano della promessa e quello della attuazione del diritto alla giustizia» (la citazione è ripresa da V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità*, cit., 101).
[20] Cfr. M. Duce J., C. Riego R., *Proceso penal*, cit., 179; J.F.Perdomo Torres, *Legitimation penal de la coexistencia de los principiod de legalidad y oportunidad*, in *C.P.C.* 94, Madrid 2008, 145.
[21] Per gli Stati uniti d'America cfr. F.W. Miller, *Prosecution. The decision to charge a suspect with a crime*, Boston-Toronto 1969, 173 ss.; W.R. Lafave, *The Prosecutor's discretion in the United States,* in *American Journal of Comparative Law*, 1970, 532 ss.; L.R. Mellon, J.E. Jacoby, M.A. Brewer, *The Prosecutor constrained by hos environment: a look at discretionary justice in the United States*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1981, 72, 52 ss. Per la Gran Bretagna cfr. A. Sanders – G. Cole, *The prosecution of week cases in England and Wales*, in *Criminal Law Revue*, 1982, 23 ss.; A. Sanders, *Prosecution Decisions and the Attorney-General's Guidelines*, *ivi*, 1985, 4 ss.; A. Ashworth, *Prosecution and Procedure in Criminal Justice*, *ivi*, 1979, 480 ss.; Id, *The "Public Interest" Element in prosecution, ivi*, 1987, 595 ss.

Si è scelto di concentrare l'analisi soprattutto sui codici ispano-americani, in particolare su dieci Stati (Bolivia[22], Cile[23], Colombia[24], Costa Rica[25], Guatemala[26], Honduras[27], Perù[28], Repubblica Dominicana[29], Salvador[30], Venezuela[31]), non solo perché sono tutti caratterizzati dalla presenza di un doppio binario dell'azione - e lo spazio dedicato all'opportunità è assai vasto - ma soprattutto perché in alcuni di questi ordinamenti nello spazio dedicato alla obbligatorietà si sono configurati dei veri e propri criteri di priorità nella trattazione delle indagini.
In pratica tali sistemi hanno apprestato una strategia d'azione bipartita: derogano all'obbligatorietà con l'opportunità, consentendo al p.m. di non esercitare l'azione penale in presenza di reati a basso disvalore sociale; governano l'obbligatorietà residuale con i criteri di priorità, consentendo al p.m. di trattare con preferenza i reati ad alto disvalore sociale.
Volendo anticipare i risultati della comparazione, si possono da subito mettere in evidenza alcuni dati.
In merito al modo in cui i vari criteri operano la selezione, per lo più i sistemi ispano-americani si caratterizzano per la presenza – all'interno dello spazio applicativo dell'opportunità - di regole che escludono l'esercizio dell'azione, indicando i casi da tralasciare, attraverso i "criteri di posteriorità a funzione selettiva"; e per la presenza - rispetto al campo applicativo dell'obbligatorietà - di regole che favoriscono l'esercizio dell'azione, indicando i casi da trattare prima, attraverso i "criteri di priorità a funzione regolativa".
Sono invece assenti regole bivalenti, ovvero che al medesimo tempo orientano tanto verso l'azione quanto verso l'inazione. Qui insomma non si ritrovano "criteri neutri", invece presenti nei sistemi a totale opportunità, come quello statunitense.
In merito alle modalità di accertamento dei criteri che governano le scelte relative all'azione penale (tanto rispetto ai criteri di priorità, quanto rispetto a quelli di posteriorità), i sistemi analizzati configurano sia parametri "concreti", che richiedono una valutazione in fatto, sia parametri astratti, che invece esigono una valutazione in diritto.
In alcuni ordinamenti i vari criteri devono essere valutati tutti insieme attraverso un loro bilanciamento; in altri invece vanno applicati autonomamente, in quanto ciascuno di per sé può giustificare la scelta.
In merito ai contenuti, i criteri vanno dalle tipologie di reato, alle caratteristiche concrete del fatto o delle vittime o degli autori, fino alle conseguenze che si produrranno dall'avvio del procedimento penale, o dalla sua rinuncia, in capo alle vittime, ai responsabili, alla collettività, e alla stessa amministrazione della giustizia.

---

[22] Sul quale v. W. Herrera Añez, *Derecho procesal: el proceso penal boliviano* (III), Cochabamba 2020.
[23] Sul quale v. T. Gajardo Orellana, F. Hermosilla Iriarte, *Manual de procesal penal*, Santiago 2021; M.I. Horvitz Lennon, J. López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago 2021; R. Navarro Dolmestch, *Derecho procesal penal chileno*, Vol I, Santiago 2018.
[24] Sul quale v. D. Espinosa Acuña, A. F. Peláez Reyes, *Lecciones de Derecho Procesal Penal Colombiano*, Bogotá 2021.
[25] Sul quale v. J. Llobet Rodríguez, *Proceso Penal Comentado. Código Procesal Penal Comentado*, San José 2012; J. Id., *Derecho procesual penal*, San Josè 2005.
[26] Sul quale v. F. E. Escobar Cárdenas, *El derecho procesal penal en Guatemala*, San Marcos 2020.
[27] Sul quale v. J. Pineda Galindo, *Derecho positivo procesal penal hondureño*, Tomo I, Tegucigalpa 2003.
[28] Sul quale v. V. J. Arbulù Martinez, *Derecho procesal Penal*, Lima 2013.
[29] Sul quale v. A. Binder, *Derecho procesal penal*, Santo Domingo 2018.
[30] Sul quale v. M. Ostos, J. de los Santos, *Manual de Derecho procesal penal*, Sevilla 2016.
[31] Sul quale v. Magaly Vásquez, *Derecho Procesal Penal Venezolano*, Caracas, 2019, C. Moreno Brandt, *El proceso penal venezolano*, Caracas 2007.

Spesso poi si riferiscono a un identico parametro, sebbene con aggettivazione graduata diversamente a seconda che si configurino come criteri di priorità (e in tal caso è richiesto un alto grado) o come criteri di posteriorità (e in tal caso è richiesto un basso grado).
In merito alla determinatezza dei diversi criteri, si trovano tanto regole a vaghezza assoluta, quanto ad analiticità esasperata, passando via via per le situazioni intermedie.
Del pari si rinvengono criteri costruiti sulla base di un unico parametro e criteri che ne combinano insieme una pluralità.
In merito alla fonte regolamentare, i criteri che governano l'opportunità sono per lo più disciplinati dal legislatore, mentre i criteri che governano l'obbligatorietà sono per lo più stabiliti dal vertice delle strutture del p.m.
Nei sistemi ispano-americani, la prima caratteristica da evidenziare è la sorprendente similitudine di tutte le regolamentazioni. La ragione va individuata nella circostanza che sono stati tutti redatti sulla base del modello processuale contenuto nel "*Código procesal penal modelo para Iberoamérica*"[32].
Nell'art. 299 del modello di codice si prevede che l'azione penale sia obbligatoria ad eccezione dei casi in cui per legge sia regolata dal principio di opportunità[33]. La disposizione è stata inserita pressoché in tutti i codici ispano-americani[34], sicché tali ordinamenti si configurano come sistemi ad azione mista, in cui l'obbligatorietà convive con l'opportunità.

3. Nello spazio dedicato all'obbligatorietà alcuni degli Stati indicati (Guatemala, Cile, Salvador, Colombia), in virtù dell'esigenza di apprestare un sistema a obbligatorietà realistica, hanno da tempo introdotto i "criteri di priorità"[35]. Tali criteri di priorità sono interessanti soprattutto sotto il profilo del loro contenuto, poiché si caratterizzano per lo più per essere il riflesso di un vero e proprio programma di politica criminale, dichiarato esplicitamente. Invero si sottolinea sempre come le priorità non solo nascono da esigenze pratiche, ovverosia dall'impossibilità di gestione di

[32] Si tratta di un modello processuale elaborato da studiosi al fine di guidare i vari stati ispano-americani ad adottare un sistema processuale accusatorio. L'iniziativa è stata patrocinata dall'Istituto Iberoamericano di diritto processuale. L'istituto è stato creato nel 1957 al fine di raccogliere proceduralpenalisti dall'America Latina, dalla Spagna e dal Portogallo. Il primo presidente dell'Istituto, Niceto Alcalá Zamora, ha suggerito che la creazione di un modello di codice di procedura penale per i paesi ispano-americani dovrebbe essere uno dei principali progetti dell'Istituto. Su tale iniziativa v. M. Langer, *Revolución en el proceso penal latino-americano,* Santiago del Cile 2007.
[33] Su tale codice v. A. Pellegrini Grinover, *O código modelo de proceso penal para Ibero-América 10 anos desoís*, Santiago del Cile. In particolare l'art. 229, prevede che: «*la persecución penal deberá ser promovida y proseguida por el ministerio público, con el auxilio policial, sin necesidad de excitación extraña y sin atender a criterio alguno de oportunidad, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley pena*"; inoltre, l'art. 230 prevede che "*en los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del ministerio público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente. El archivo no supone la clausura definitiva de la persecución penal, que podrá ser reiniciada por el ministerio público cuando lo considere conveniente, salvo que la ley penal le otorgue otros efectos*».
[34] Bolivia, art. 21 Cpp; Colombia, art. 324 Cpp; Cile, art. 170 Cpp; Costa Rica, art. 22 Cpp; Salvador, art. 18 Cpp; Guatemala, art. 25 Cpp; Honduras, art. 28 Cpp Perù, art. 2 Cpp; Republica dominicana, art. 34 Cpp; Venezuela, art. 38 Cpp.
[35] Nella Bolivia il sistema delle priorità è in via di attuazione: nel *Plan estratégico institucional* del 2017-2021 le priorità sono previste come uno degli obiettivi strategici da realizzare.

tutte le notizie di reato rispetto alle risorse[36], ma anche come strumenti volti a dare attuazione a scelte di politica criminale[37].
In tal senso emblematico è il sistema del Guatemala, ove viene approntato un sistema complesso. Per individuare le priorità è necessario passare dal piano di "*Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala*", al Piano Strategico del Pubblico Ministero del Guatemala, per arrivare alle linee guida contenute nel "*Política de Persecución Penal Democrática del Ministerio Público*".
Si tratta di tre documenti redatti tutti dal *Fiscal General*[38], al quale la legge assegna – in virtù del suo ruolo di "Capo" del *Ministerio Público*[39] - il compito di determinare la politica generale dell'istituzione e i criteri per l'esercizio della persecuzione penale[40].
Ed infatti, il *Ministerio Públ*ico è definito come una «*institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica*»[41], e la legge organica prevede poi che «il Pubblico Ministero agisce in piena indipendenza, di proprio impulso e nel compimento delle funzioni che gli assegna la legge, senza essere subordinato a nessun organo di Stato né ad alcuna autorità, salvo quanto stabilisce questa legge»[42].
Nel piano di "*Política Criminal Democrática del Estado de Guatemala* 2015-2035"[43], si forniscono le analisi relative ai dati sulla criminalità e si indicano, di conseguenza, gli obiettivi: ridurre i tassi di violenza e le attività criminali *in relazione a fenomeni criminali prioritari* proponendo il loro approccio da quattro assi fondamentali: prevenzione, indagine, punizione e reinserimento sociale, proteggendo i diritti fondamentali.
Nel documento – a spiccata ed esclusiva vocazione politica - vengono dunque individuate le priorità. Si stabilisce che «i reati prioritari sono quegli atti criminali di regolarità sociale, di maggiore violenza, di maggiore lesività personale ed economica, di incidenza rispetto agli obblighi internazionali, e su cui esistono reali possibilità di impattare sulla loro riduzione. Alcuni di questi atti criminali sono: crimini contro la vita e l'integrità delle persone, delitti contro l'integrità e la vita delle donne (violenza contro le donne e femminicidi), reati contro l'integrità sessuale e l'integrità di bambini e di adolescenti; crimini contro la sicurezza e la libertà delle persone, tratta di esseri umani, crimini contro l'umanità avvenuti nell'ambito del conflitto armato interno, delitti contro il patrimonio, delitti contro il patrimonio naturale e culturale della nazione, delitti contro l'ambiente, traffico di droga, contrabbando doganale, estorsioni, traffico di armi e altre manifestazioni di criminalità organizzata».

---

[36] Cfr. L. Pasara, *Elementos para una política de persecución penal en Costa Rica*, 2009, secondo il quale «*La adopción de una política de persecución penal parte del reconocimiento de la imposibilidad del sistema de investigar y perseguir todos los delitos con la misma intensidad. Así, la persecución penal estratégica y la aplicación del principio de oportunidad son manifestaciones de la necesidad de administrar la carga de trabajo. En este escenario, la priorización es fundamental y llevará a concentrar mayores esfuerzos en determinados tipos delictuales o formas de comisión, a utilizar la herramienta del juicio oral en los casos más graves, a unificar criterios para aplicación de salidas alternativas respecto de hechos que no lesionan el interés público de m añera relevante a nivel país*».
[37] Cfr. M. Duce, C. Riego, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Santiago del Cile, 2006.
[38] Cfr. V. Ramírez, L.G. Magno, *El Ministerio Público de Guatemala*, Barcellona 2005; G.C. Garavano, M. Fandiño, L. González, *Evaluación del impacto del nuevo modelo de gestión fiscal del Ministerio Público de Guatemala*, Santiago del Cile, 2014.
[39] Art. 10, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, Decreto 40-1994, come modificato dal Decreto 18-2016.
[40] Art. 11, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, cit.
[41] Art. 251 Cost.
[42] Art. 3 *Ley Orgánica del Ministerio Público*, cit.
[43] Reperibile sul sito del Ministerio Público del Guatemala, https://www.mp.gob.gt/.

Nel "*Plan estratégico del ministerio público período* 2018 – 2023"[44] si disegnano le linee guida generali che devono essere adottate per realizzare il programma di politica criminale. Tutte le azioni devono essere ispirate da comuni denominatori, che vanno, per esempio, dal rispetto dei principi e delle garanzie costituzionali alla tutela istituzionale delle vittime, dalla determinazione di obiettivi strategici alla creazione di gruppi di lavoro[45].
Infine, nel piano di "*Política de Persecución Penal Democrática del Ministerio Público"*[46] – e l'analisi sarà concentrata su questo documento - si stabiliscono le priorità e si determinano le azioni concrete che devono essere realizzate al fine di perseguire i fenomeni criminali prioritari.
Per questa ragione il documento si auto-qualifica, allo stesso tempo, come "strategico", "generale e obbligatorio" e "politico".
È "strategico", poiché individua le sue priorità in base all'analisi delle informazioni rilevanti per l'ente; è "generale e obbligatorio", in quanto tutto l'apparato del pubblico ministero deve applicarlo nelle proprie decisioni quotidiane; è "politico", perché è orientato dal quadro generale della politica penale di Stato.
Nella prima parte il Piano si occupa di delineare il sistema delle priorità, fornendo maggiori dettagli sulla definizione contenuta nel documento di Politica criminale dello Stato.
Si sottolinea subito come per scegliere i fatti concreti su cui è necessario indagare e agire con priorità è necessario combinare insieme i due diversi parametri indicati nel Piano politico: "illeciti prioritari" e "criteri di priorità". In sostanza all'interno delle macro-aree di illeciti presenti nel documento generale di politica (come ad esempio delitti contro la vita o l'integrità personale, o delitti contro l'ambiente), si devono selezionare quelli che presentano una serie di caratteristiche (come ad esempio la regolarità sociale, la maggiore violenza, la maggiore lesività personale).
In questo modo, si riconosce che non tutti i reati compresi all'interno delle categorie previste dall'atto di indirizzo politico debbano essere trattati prioritariamente, ma solo quelli che si allineano ai criteri di priorità. Ma non solo, si ammette anche che possano essere individuate altre ipotesi di priorità, non comprese nel documento politico, se caratterizzate comunque dalla presenza di quelle qualità (e ciò accade, per esempio, rispetto al reato di corruzione).
Vanno allora distinti i concetti di "illeciti prioritari" (ovverosia le macro-aree di intervento prioritario indicate nel documento di programmazione politica) e "criteri di priorità" (ovverosia le qualità che deve presentare un singolo illecito per essere preferito nella trattazione processuale).
Si afferma che i criteri di priorità sono i fattori che consentono di considerare un reato come "illecito a maggiore connotazione sociale" e che dunque ne legittimano la trattazione prioritaria.
Il concetto generale – e assai vago - di "elevata connotazione sociale" presuppone dunque una valutazione di una serie di circostanze (i criteri di priorità) la cui presenza ne impone la priorità nella trattazione.
In merito al contenuto di tali criteri, si tratta dei consueti parametri: regolarità sociale (ovverosia alta frequenza statistica di realizzazione nazionale e locale); maggiore violenza (ovverosia elevato

[44] Reperibile sul sito del *Ministerio Público del Guatemala*, cit.
[45] Nel dettaglio le linee guida sono volte a garantire il rispetto della diversità culturale del paese e dei principi e delle garanzie costituzionali e legali; devono presupporre obiettivi e traguardi predefiniti; devono basarsi su criteri di razionalità; devono essere orientate, pianificate e organizzate sulla base di informazioni strategiche; devono essere decentrate e orientate al perseguimento penale delle strutture criminali che operano a livello locale, regionale, nazionale e transnazionale; devono basarsi sulla specializzazione rispetto ai reati che maggiormente ledono i diritti legali delle vittime e dei cittadini; devono prevedere la creazione di gruppi di lavoro, orientati anche allo sviluppo multidisciplinare del perseguimento penale di complessi fenomeni criminali; devono essere definite chiaramente le funzioni di conduzione dell'indagine penale; vi deve essere una politica istituzionale per la cura delle vittime di reati.
[46] Reperibile sul sito del *Ministerio Público* del Guatemala, cit.

esercizio di violenza fisica o psicologica su persone o cose che costituisce la forma di esecuzione del crimine, il mezzo per commettere il reato), maggiore danno personale ed economico (ovverosia alta intensità della lesione al bene giuridico tutelato e alto impatto economico sull'economia dei privati, di particolari collettività e dell'economia nazionale), incidenza rispetto agli obblighi internazionali (ovverosia illeciti che devono essere perseguiti in virtù dell'adesione a trattati internazionali volti alla tutela dei diritti umani), e fatti su cui esistono reali possibilità di impattare nella loro riduzione.

Con particolare riferimento a quest'ultimo criterio, si sottolinea la necessità di valutare sia la possibilità di sviluppare un'indagine e un'azione penale di successo, sia la possibilità di incidere, al ribasso, sulla frequenza del fenomeno criminale. Ma si precisa immediatamente che il primo parametro non è assoluto, ma presuppone un giudizio di relazione con le risorse disponibili, anche rispetto agli altri illeciti da perseguire; mentre il secondo non può essere un criterio esclusivo di valutazione, ma va ponderato con gli altri criteri di priorità.

Dopodiché il documento passa a trattare i gruppi dei reati prioritari individuati all'interno del documento di programmazione politica.

E solo in alcuni casi identifica già i singoli illeciti che devono essere trattati prioritariamente all'interno della classe. Per esempio, per i reati contro la vita, invero assai numerosi, sono prioritari solo l'omicidio, l'assassinio e il femminicidio. La ragione della loro maggiore rilevanza sociale è qui individuata nella frequenza statistica. Lo stesso accade, per i reati contro il patrimonio: sono prioritari la rapina, la rapina aggravata, il furto, il furto aggravato.

In ogni caso, per ciascuna classe di reati prioritari si apprestano le linee dell'azione: competenza a indagare, sezioni investigative speciali, coordinamenti di gruppi, protocolli investigativi, che vanno dalla sequenza delle attività investigative alle indicazioni relative alle modalità in cui va eseguito un singolo atto di indagine, e tanto altro ancora.

In parte sovrapponibile, ma non del tutto, si presenta il sistema cileno[47]. Anche qui spetta al Procuratore nazionale redigere il piano di "*Política nacional de persecución penal*"[48], anch'esso ispirato dal "*Plan Estratégico de la Fiscalía de Chile*"[49].

---

[47] Su cui v. A. Binder, *Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal*, in *El Ministerio Público*, a cura di J. Bustos Ramírez, Santiago 1995, 186; M.I. Horvitz Lennon, J. López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago 2005, I, 46; R. G. Piedrabuena, *Rol del Ministerio Público en el nuevo proceso penal*, in *Revista Chilena de Derecho*, 30, 2003, 1, 11 ss.; M. Manso Villalòn, *El Ministero Pubblico*, in Aa.Vv. *Apuntes de derecho procesal pénale*, Santiago 2007.

[48] Ai sensi dell'art. 6, *Ley orgánica constitucional del Ministerio Público*, n. 19.640, «*los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funcione*». Si ritiene che tale norma abiliti il Fiscal National ad elaborare criteri e azioni che siano coerenti con le risorse a disposizione. Inoltre, l'art. 17 della medesima legge, prevede che: «*corresponderá al Fiscal Nacional: Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes. Tratándose de los delitos que generan mayor conmoción social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las instrucciones generales relativas a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas Regiones del país, atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos. El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18*».

[49] *Plan estratégico del ministerio público período 2018* – 2023, reperibile nel sito del *Fiscalía Ministerio Público de Chile*, in *www.fiscaliadechile.cl*.

Se si guarda il Piano Politico oggi vigente[50], sono indicate chiaramente sette classi di reati che vanno preferite alle altre: diritti violenti contro la proprietà, reati commessi all'interno della criminalità organizzata, reati a danno di soggetti vulnerabili, reati di corruzione e reati economici che alterano il mercato, reati contro i diritti umani, omicidio, guida in stato di ebrezza con conseguenza la morte[51].

Nel piano si sottolinea che le aree di priorità sono state individuate attraverso un lavoro di collaborazione tra la Procura nazionale e le diverse Procure regionali: si sono in pratica selezionati solo i reati proposti dal maggior numero di procuratori regionali al fine di ridurre la portata dei reati prioritari solo a quelli che presentano un maggior grado di trasversalità tra le diverse Procure regionali. Il lavoro è stato integrato dall'applicazione di ulteriori criteri di selezione, condivisi da tutte le procure regionali: vulnerabilità delle vittime, lesione di diritti rilevanti, impatto sociale o turbamento causato dal caso nella società, criminali recidivi, criminalità emergente. Infine, sono presi in considerazione i reati contro il patrimonio, in quanto già considerati come prioritari in virtù di precedenti atti normativi.

In pratica nell'ordinamento cileno, a differenza di quello guatemalteco, i criteri che vanno a comporre la "maggiore rilevanza del fatto", sono stati utilizzati *ex ante* per determinare le categorie astratte di illeciti prioritari.

Nella direttiva si prevede ancora che il Procuratore nazionale e, a cascata, i Procuratori regionali devono adottare delle risoluzioni volte a programmare, all'interno di ciascuna classe prioritaria, le attività da intraprendere: obiettivi, risorse, strategie, protocolli investigativi, strutture investigative (speciali o ordinarie).

In particolare, spetta al Procuratore nazionale indicare, fra tutti i reati prioritari, quelli a priorità nazionale e rispetto a ciascuno di essi deve: «1. stabilire meccanismi per garantire la coerenza tra le diverse procure regionali; 2. procedere all'analisi dei sistemi informativi legati ai reati prioritari, 3. proporre metodologie di lavoro con le unità specializzate; 4. promuovere lo studio della giurisprudenza con particolare attenzione ai casi conclusi con sentenze di assoluzione; 5. analizzare i procedimenti investigativi, 6. valutare la rilevanza della creazione di macro-zone; 7. costruire indicatori per misurare il rispetto degli obiettivi. Inoltre, egli deve formulare i criteri operativi specifici delle azioni per pubblici ministeri e funzionari del Pubblico Ministero»[52].

---

[50] *Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público* 2018 – 2022, reperibile nel sito del *Fiscalía Ministerio Público de Chile*, cit. Nel prologo del documento si chiarisce che in virtù dell'art. 6 della Ley orgánica constitucional del Ministerio Público «*se procederá a definir la Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público 2018 - 2022, entendiendo por tal la determinación del marco de acción y los criterios que deberán orientar la persecución penal de acuerdo con la Constitución Política de la República y las leyes y que está sometida a los principios y valores institucionales, definiendo prioridades y criterios objetivos que permitan adecuar la gestión a los principios señalados, conjugando de manera racional los recursos humanos y financieros para alcanzar los fines de la misma*».

[51] Il Piano politico, *Prioridades nacionales*, p. 29 ss., prevede: «1. *Delitos violentos contra la propiedad. Se incluye también en esta categoría el delito de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, en atención a que la vulneración de un espacio de resguardo e intimidad, como el hogar, genera una afectación que excede el solo derecho de propiedad. 2. Vinculados con el crimen organizado: tráfico de drogas, delitos contemplados en la ley de control de armas, lavado de activos y asociaciones ilícitas. 3. Relacionados con características propias de las víctimas: feminicidios, delitos sexuales que afecten a niños, niñas y adolescentes y personas en situación de vulnerabilidad y delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. 4. Delitos de corrupción y delitos económicos que afecten el funcionamiento del mercado. 5. Derechos humanos: delitos de tortura y apremios ilegítimos. Trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y asociación ilícita para cometer estos últimos delitos. 6. Delitos de homicidio. 7. Manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte*».

[52] Tali atti verranno adottati ai sensi 17 lettera a) *Ley orgánica constitucional del Ministerio Público*. Nel piano si specifica che i criteri di azione si riferiranno, tra gli altri, ai seguenti aspetti: «a. indicazioni generali circa lo standard

Compete invece ai Procuratori regionali predisporre delle linee guida differenziate per i reati prioritari a livello nazionale che troveranno applicazione a livello locale. La delibera deve contenere un piano di lavoro nel quale si fissino le misure che devono essere intraprese per sviluppare le corsie preferenziali[53].
Questa procedura viene poi affiancata da quella volta a individuare le priorità regionali. Così che si viene a configurare un doppio binario di priorità: quelle nazionali e quelle locali.
Ovviamente spetta ai Procuratori regionali definire le priorità locali, e anche qui è richiesta l'adozione di un piano di lavoro che indichi le azioni concrete da intraprendere, fatti salvi gli obblighi derivanti dall'attuazione anche delle priorità nazionali.
In definitiva, le priorità – sia nazionali che regionali - non rimangono fini a sé stesse, ma sono volte ad adottare dei programmi specifici di organizzazione del lavoro a tutti i livelli. Si tratta a tutti gli effetti di un programma di politica criminale, caratterizzato da flessibilità, in quanto oggetto, in qualsiasi momento, di correzioni e cambiamenti di rotta, qualora nuove e differenti esigenze lo richiedano[54], e sottoposto a un controllo di carattere politico circa la sua effettiva realizzazione[55].
La possibilità di fare delle scelte così nette, si giustifica sul presupposto che è la legge ad assegnare al Procuratore nazionale la titolarità della politica criminale del paese[56], inoltre esso è il vertice gerarchico "dell'organo Pubblico ministero"[57], il quale, a sua volta, si configura come

---

minimo e la tempestività dei procedimenti da decretare per l'accertamento dei reati; b. opportunità e modalità di intervista della vittima; c. misure di protezione e comunicazione con la vittima e i testimoni; d. condizioni per sottoporre un imputato al controllo della detenzione; e. coordinamento con le Forze dell'ordine e le agenzie ausiliarie del Pubblico Ministero; F. misure precauzionali; g. condizioni per il principio di opportunità».

[53] In particolare, si richiede di inserire nella delibera, a titolo esemplificativo: 1. la determinazione dei criteri di azione 2. il controllo del rispetto dei criteri di azione, 3. le strategie di protezione per vittime e testimoni, 4. le collaborazioni con enti pubblici o privati, 5. la previsione del lavoro in modalità macro-zona, 6. un piano per rafforzare il rapporto con la comunità.

[54] Cfr. Piano nazionale, p. 26: «*El carácter dinámico del fenómeno delictivo (nuevas formas de comisión, organización, surgimiento de mercados relacionados, etc.), y la multiplicidad de las diversas realidades locales, necesariamente definen a la Política Nacional de Persecución Penal como una herramienta dinámica y flexible. Dinámica, porque nuevos hechos o realidades repercutirán en su modificación, y flexible, debido a que múltiples especificaciones por territorio le serán inherentes. Como bien se señaló anteriormente, la coherencia a nivel nacional de los lineamientos del instrumento no son obstáculo para la debida atención que las realidades locales requieren. Por ello su diseño metodológico contempla la posibilidad de cambio, que se fundará en las directrices contempladas en el documento de implementación, control y actualización de la Política Nacional de Persecución Penal del Ministerio Público*».

[55] Ai sensi dell'art. 21 *Ley orgánica constitucional del Ministerio Público*: «*el Fiscal Nacional rendirá cuenta de las actividades del Ministerio Público en el mes de abril de cada año, en audiencia pública. En la cuenta se referirá a los resultados obtenidos en las actividades realizadas en el período, incluyendo las estadísticas básicas que las reflejaren, el uso de los recursos otorgados, las dificultades que se hubieren presentado y, cuando lo estime conveniente, sugerirá las políticas públicas y modificaciones legales que estime necesarias para el mejoramiento del sistema penal, para una efectiva persecución de los delitos, la protección de las víctimas y de los testigos, y el adecuado resguardo de los derechos de las personas. Asimismo, dará a conocer los criterios de actuación del Ministerio Público que se aplicarán durante el período siguiente*». A sua volta i Procuratori regionali devono inviare un Rapporto Regionale sull'esecuzione del piano di lavoro sulle priorità regionali, che riceverà riscontro dalla Procura Nazionale.

[56] *Ex* artt. 6 e 17, *Ley orgánica constitucional del Ministerio Público*, cit.

[57] Nell'art. art. 91 della Cost., si prevede che «*el Fiscal Nacional tendrá la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público, en conformidad a la ley orgánica constitucional*". Nell'art. 13 della Legge organica del p.m., allo stesso modo, si prevede che "*El Fiscal Nacional es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su funcionamiento*».

indipendente da ogni altro potere[58], sottomesso solo alla Costituzione e alla legge costituzionale organica che disciplina tutte le sue attribuzioni e funzioni[59].
Non molto diverso è il sistema del Salvador[60]. Se si legge il piano di *Política de Persecución Penal* del 2017, emergono chiaramente priorità investigative che guardano alle diverse tipologie di criminalità. La priorità assoluta è data ai reati di criminalità organizzata e di corruzione, dopodiché vengono i reati che vedono coinvolti soggetti vulnerabili (fra i quali sono ricompresi anche i reati di sparizioni e di violenza commessi dalle bande armate), e infine i delitti restanti, qualificati come comuni, la cui priorità si fonda sulla presenza di una fascia alta di lesività (perché i medi bassi entrano invece nell'ambito di applicazione del principio di opportunità). Anche in questo programma, poi, si forniscono le linee operative, i protocolli investigativi da seguire, si individuano sezioni specializzate per le indagini. Insomma, non ci si limita a indicare la tipologia di reato da preferire, ma si appronta un vero è proprio sistema di contrasto rispetto alle tipologie selezionate.
Particolarmente significativo si presenta invece il sistema dei criteri di priorità colombiano per la sua analiticità e organicità[61]. Esso è delineato da una serie di direttive e risoluzioni adottate dal Procuratore nazionale[62] che sottolineano tutte come le priorità siano espressione della politica criminale, di cui è investito, anche se non esclusivamente, lo stesso Procuratore nazionale in base all'art. 251 n. 4 delle Costituzione.
È interessante notare come in via pregiudiziale il Procuratore nazionale si preoccupi di giustificare giuridicamente le priorità alla luce dell'assetto costituzionale.
Si sottolinea come la politica delle priorità riguarda «*toda la actividad misional que realiza le Fiscalía*» in conformità alle sue competenze costituzionali e legali, e si fonda tanto alla luce del sistema costituzionale, quanto alla luce del sistema internazionale, sicché esso può essere applicato sia nelle investigazioni relative ai reati comuni, quanto nell'ambito della persecuzione delle gravi

[58] Nell'art. 83 della Cost., si prevede che «*un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito*». Allo stesso modo nell'art. 10 della Legge organica del p.m. si prevede che «*el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado*».
[59] Nell'art. 84 Cost. si prevede che «*una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público [...]. La ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo*».
[60] Sulla struttura del pubblico ministero v. art. 193 *Constitución de la República*, degli art. 23 e 74, comma 2, Cpp, degli artt. 18, 24 e 26 *de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República* e dell'art. 7 del *Reglamento Especial de la Fiscalía General de la República*.
[61] Sul quale v. A.a.Vv., *La priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación pen.*, a cura del Fiscalía Nacional, Bogotá 2013.
[62] Si tratta della Directiva n. 1 del 4 ottobre 2012 (*Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación*); della Directiva n. 2 del 2015 (*Por medio de la cual se amplía y modifica la Directiva 01 de 2012, se desarrolla el alcance de los criterios de priorización de situaciones y casos, y se establecen lineamientos para la planificación y gestión estratégica de la investigación penal en la Fiscalía General de la Nación*); della Resolución 0-1343 de 2014 (*Por medio de la cual se reglamentan el Comité Nacional y los Comités Seccionales de Priorización de Situaciones y Casos, y se asignan diversas funciones para la implementación de la política de priorización*). Inoltre, sono stati predisposti dei documenti volti a fornire delle linee operative, *Caja de Herramientas*, con «*el propósito de dar a conocer la política de priorización, implementada por la entidad en desarrollo de sus investigaciones, la Fiscalía General de la Nación con el apoyo de la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID) ha elaborado cinco publicaciones que brindan lineamientos clave para la aproximación conceptual y práctica a esta nueva técnica de gestión estratégica*». Tutti i documenti sono reperibili nel sito *Fiscal General de la Nación*, www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/el-fiscal/.

violazioni dei diritti umani, quanto nei processi speciali di Transizione dalle situazioni di conflitto verso le fasi di pace e di riconciliazione.
Nell'ambito della giustizia penale ordinaria, si ritiene che le priorità si inseriscano armonicamente all'interno del quadro costituzionale, in quanto trovano il loro fondamento nel dovere di tutelare la vita, l'onore, i beni e i diritti di libertà di tutte le persone residenti in Colombia (art. 2 Cost.); nel principio di uguaglianza e nel dovere di utilizzare approcci differenziati a favore di gruppi sociali discriminati o emarginati (art. 13 Cost)[63]; nel diritto fondamentale di accesso alla giustizia (229 Cost.)[64] e nei principi che regolano l'attività della p.a. (art. 209)[65].
Nell'ambito delle strategie relative alle gravi violazioni dei diritti umani, le priorità si legittimano alla luce del diritto internazionale[66].
Si sottolinea come la Corte penale internazionale ha ritenuto di dover dare priorità, nella trattazione dei processi di sua competenza, ai delitti più gravi e a quelli a carico dei "massimi responsabili". E tale facoltà è stata dedotta dagli art. 1, 5.1, 16, 17.1(b) e 53.1 del Trattato di Roma.
E lo stesso percorso è stato fatto dalla Corte Inter-americana dei Diritti Umani, attraverso l'interpretazione del combinato disposto degli art. 1.1, 8.1 e 25 della Convenzione Americana dei Diritti Umani. La Corte ha specificato che, seppure è previsto dalla Convenzione *l'obbligo* degli Stati aderenti di indagare ed esercitare l'azione in *tutti* i casi di violazione dei diritti umani, ciò non esclude che gli Stati possano adottare delle strategie differenti, come le priorità di trattazione, al fine di garantire in maniera razionale il diritto a una protezione giurisdizionale effettiva[67].
Del pari, l'Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, ha precisato che «è possibile fare ricorso alla strategia delle priorità in contesti di conflitti armati e di gravi violazioni dei diritti umani, per concentrare lo sforzo investigativo in maniera effettiva di fronte a situazioni di criminalità massiva, orientando le indagini verso quei fatti che permettano la comprensione dei crimini di sistema»[68].
Rispetto alle priorità inserite all'interno del Processo di Transizione per porre fine al conflitto interno e arrivare ad una situazione di pacificazione (legge n. 1 del 2012), la Corte costituzionale colombiana[69] si è poi pronunciata esplicitamente sulla legittimità dei criteri di priorità con l'assetto costituzionale. La premessa della decisione risiede nella osservazione per la quale è necessario ponderare i diversi principi costituzionali, e porre particolare attenzione a quelli che nell'assetto costituzionale spiccano, come la pace e la giustizia. Di conseguenza si ritiene legittimo che nella legge sulla transazione si attribuisca esplicitamente al *Fiscalía* la facoltà di prevedere criteri di priorità che permettano di classificare i casi che meritano di essere trattati per primi dal sistema giudiziario, perché il diritto di tutte le vittime alla verità, alla giustizia e alla riparazione deve essere bilanciato con il valore della pace, che si configura come diritto e dovere di tutti i cittadini.

---

[63] Cfr. *Corte constitucional, sentencias* T-330/93 e T-670/99, nel sito della *Corte Constitucional de Colombia*, https://www.corteconstitucional.gov.co/.
[64] Cft. *Corte constitucional, sentencias* T-006/92, C-059/93, T-538/94, C-037/96, C-215/99 e C-1195/01, nel sito della *Corte Constitucional de Colombia*, cit.
[65] Cft. *Corte constitucional, sentencias* C-351/94, C-652/97, C-1195/01 e C-579/13., nel sito della *Corte Constitucional de Colombia*, cit.
[66] Ampio spazio alle priorità della Corti internazionali, ordinarie e speciali, è dedicato nella *Directiva* n. 1 del 4 ottobre 2012, cit., nonché nella *Directiva* n. 2 del 201, cit., e nel relativo allegato n. 2.
[67] Cfr. Corte Inter-americana dei Diritti Umani, 16 giugno 2005, Comunidad Moiwana vs. Suriname. §. 160; 18 settembre 2005, Masacre de Mapiripán vs. Colombia, §. 217; 1° giugno 2006, Masacres de Ituango vs. Colombia, §. 289; tutte in www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.
[68] OACNUDH, *Instrumento delo statu de derecho para sociedad que han salido un conflicto: iniciativa de enjuiciamiento*, Nueva York, Ginebra 2006.
[69] Corte constitucional, sentencias C-579/13, nel sito della *Corte Constitucional de Colombia*, cit.

Sulla base di questi presupposti il *Fiscalía nacionales* del Guatemala ha deciso di introdurre un sistema integrato di priorità[70], e non più circoscritto, come nel recente passato[71], ai soli crimini legati alla violazione dei diritti umani e a quelli che ricadono all'interno della fase di Transizione. Si esplicita subito che le priorità non solo sono ordini di trattazione dei casi, ma anche attribuzioni di risorse e programmazioni di attività specifiche. Rappresentano, insomma una strategia complessiva dell'attività del p.m.
Quanto al loro contenuto, si individuano tre criteri di priorità: quello "oggettivo", quello "soggettivo" e il "complementare".
Il "criterio oggettivo", a sua volta, si articola in due componenti: "gravità" e "importanza".
"La gravità" impone una valutazione: sul grado della lesione subita dai diritti fondamentali individuali e collettivi, sui costi sociali provocati dal reato, sulle modalità di esecuzione in termini di violenza e sistematicità, sul grado che assegna il legislatore alla tutela del bene giuridico, sulla frequenza statistica del delitto e sul numero di vittime coinvolte.
"L'importanza" richiede un giudizio intorno a dei fattori che in senso lato si possono definire come politici: effetti del processo in termini di necessità e proporzione rispetto ad altre alternative giurisdizionali, conseguenze dell'esercizio dell'azione penale sulla crescita di un territorio o di una comunità, idoneità delle indagini e del processo di fornire buone pratiche da applicare successivamente, idoneità dei fatti a rappresentare modelli di azioni criminale o comunque pratiche criminali, capacità dell'esercizio dell'azione di legittimare l'attività pubblica dell'amministrazione della giustizia.
In merito al "criterio soggettivo", anche esso viene bipartito: "vittime" e "responsabili".
Rispetto alle "vittime "si richiede di valutare sia le condizioni di vulnerabilità, sia – e qui si guarda alla storia della Colombia - la possibilità di utilizzare misure alternative qualora vengano in rilievo fatti di discriminazioni che si basano sulle tragiche contrapposizioni culturali e sociali del paese, dovendosi anche far riferimento alla necessità di apprestare una particolare tutela rispetto al ruolo sociale delle vittime, tenendo conto delle persecuzione storiche che hanno subito politici, sindacalisti, difensori dei diritti umani, leader comunitari, *campesinos*.
In merito invece ai "responsabili", è criterio di priorità: il far parte di un'associazione criminale, l'essere delinquente abituale, l'essere il "massimo responsabile" dei fatti, il possedere la qualifica di pubblico funzionario.
Il terzo criterio di priorità, quello "complementare", si compone della "fattibilità" e della "praticabilità".
La "fattibilità" riguarda le prove: occorre verificare la quantità e qualità di quelle di cui già si ha la disponibilità e la difficoltà di reperire le prove necessarie ma ancora mancanti.
La "praticabilità" attiene invece alle risorse: bisogna comparare quelle necessarie ai fini dell'indagine in relazione a quelle di cui si ha la reale disponibilità.
Dal punto di vista operativo, i criteri devono essere applicati secondo una razionale ponderazione, che viene denominata "*test di priorizzazione*". È cioè necessario ponderare fra loro "l'impatto" del fatto (ovverosia i criteri oggettivi e soggettivi) con la "difficoltà" (ovverosia i criteri complementari). La finalità del test è quella di consentire una crescita progressiva delle competenze investigative. Per esempio, dando priorità a pochi reati ad alto impatto e ad alta difficoltà, man mano si acquisiscono buone prassi investigative su determinate tipologie di illeciti, così che possano con il tempo passare alla qualifica di reati a media o bassa difficoltà. E la media o bassa difficoltà genera velocità investigativa, e dunque capacità di gestire prioritariamente

[70] *Directiva* n. 2 del 2015, cit.
[71] *Directiva* n. 1 del 2012, cit.

sempre più reati, e dunque anche quelli a medio o basso impatto. L'idea di fondo è che con i protocolli di gestione il sistema arrivi poi a trattare tutti i reati senza bisogno di priorità.
Volendo trarre un bilancio si può osservare che vi è una netta contrapposizione fra i sistemi in cui le priorità riguardano prevalentemente tipologie di reati, individuati per *nomen iuris*, o per classi, (Guatemala, Cile, Salvador), e i sistemi in cui le priorità prescindono totalmente dal riferimento ai singoli reati e si basano su valutazioni complesse e ponderate su una pluralità di parametri (Colombia). Ma la differenza non si fonda su un diverso assetto del pubblico ministero, perché in tutti i sistemi analizzati le priorità sono il frutto di scelte politiche riservate al *Fiscalía Nacional*, titolare della politica criminale[72].
Va poi evidenziato che si sottolinea sempre con forza che i criteri di priorità non selezionano, non escludono dalla trattazione i reati non prioritari. Le priorità costituiscono solo una corsia preferenziale a livello temporale. Si realizzerebbe altrimenti una violazione del principio di obbligatorietà. Tanto è vero che in alcuni documenti elaborati dai Pubblici ministeri si indicano anche le azioni da compiere rispetto ai reati non prioritari.
Infine, vanno segnalati alcuni criteri di priorità, sui quali nel nostro ordinamento ancora non si è aperta una riflessione. Il riferimento va ai parametri di "importanza" e "difficoltà" previsti nel sistema colombiano.
Appare infatti di particolare interesse la priorità legata all'idoneità delle indagini a fornire buone pratiche investigative da applicare successivamente, o quella ancorata all'idoneità dei fatti a rappresentare modelli di azioni criminali o comunque pratiche criminali. Ma non meno attrattivi risultano anche gli altri parametri inseriti nella stessa categoria: come le conseguenze dell'esercizio dell'azione penale sulla crescita di un territorio o di una comunità, ovvero la capacità dell'intervento prioritario a legittimare l'attività pubblica dell'amministrazione della giustizia.
Ancora più stimolanti sono criteri della fattibilità e praticabilità dell'indagine. Tali parametri potrebbero trovare un riscontro positivo nel nostro ordinamento, perché sarebbero una sorta di anticipazione a livello prognostico della regola relativa alla scelta fra azione ed inazione. Ma si caratterizzerebbero per essere criteri oggettivi: non si tratterebbe di una prognosi della prognosi sulla sostenibilità dell'azione, ma sarebbe piuttosto di una prognosi sulla possibilità di svolgere gli atti investigativi, a prescindere dai risultati che poi potrebbero fornire.

4. Passando ad analizzare il versante dell'opportunità negli ordinamenti ispano-americani, in via preliminare va evidenziato come la creazione di un sistema parallelo fra obbligatorietà e

[72] Cfr. A. Rodríguez. *Persecución penal estratégica: una propuesta de política crimi*nal, in *Análisis político*, ano 3, vol. 2, 2009, 59 ss.; A. Carrara. *Persecución penal estratégica de la delincuencia económica*, in *LETRA* - ano IV, n. 7, 2017, 70 ss.; A. Binder. *Análisis político criminal*, Buenos Aires 2011.

opportunità ha suscitato dei dubbi di legittimità per l'obiettiva incompatibilità dei due principi[73]. L'uno è in qualche modo la negazione dell'altro, sicché essi non possono coesistere[74].
Il dubbio è stato risolto valorizzando il più generale principio di legalità, e dunque distinguendo fra legalità e obbligatorietà[75]. Il sistema può prevedere un doppio binario dell'azione, a condizione però che sia la legge a prevedere l'opportunità, come deroga all'obbligatorietà.
L'opportunità richiede dunque una riserva di legge, e non già – come hanno ritenuto per i criteri di priorità - delle regolamentazioni lasciate alla esclusiva competenza dei procuratori nazionali. Questo non esclude che ai procuratori nazionali sia consentito intervenire sulla materia, anche se in via residuale. In questi sistemi l'opportunità si configura comunque come scelta di politica criminale, e seppur è prevista una riserva di legge, ciò non esclude che i procuratori nazionali, in qualità di titolari della politica criminale[76], possano intervenire sul tema, fornendo direttive interpretative e applicative delle regole codicistiche che regolano l'opportunità[77].

---

[73] Per un primo inquadramento v. H. Benavante Chorres, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal acusatorio y oral*, Città del Messico 2010; M.V. Berzosa Francos, *Los principios de legalidad y oportunidad*, in *Problemas actuales de la justicia penal*, a cura di P. Junoy, Barcelona 2001, 13 ss.; Forero Ramirez, *Aproximación al estudio del principió de oportunidad*, Bogotà 2013; M. A. Lamadrid Luengas, *El principio e oportunidad*, Bogotá 2018; J.F. Mestre Ordonez, *La discrecionalidad para acusar*, Bogotà 2011; N. Rodriguez Garcia, L.H. Contreras Alfaro, *Alguna reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad come instrumento de política criminal en el diseño del derecho procesal penal del siglo XXI*, in *Justicia*, 2006, 53 ss.; J.A. Villenueva Meza, *El principio de oportunidad en el sistema penal acusatorio*, Bogotà 2005; A. M. Rodríguez Arias, *Legalidad y oportunidad en la justicia penal: prospectivas de futuro*, in *Anuario de la Facultad de derecho*, Universidad de Extremandura, 2020, 275 ss.; A. Roure Gardò, *El Principio de oportunidad del Ministerio Fiscal y sus manifestaciones en la Ley dé Enjuiciamiento Criminal*, in DUGiDocs (Universidad de Girona), 2017.
[74] Cfr. D. Medina Garcia, S. Pena Saffon, C. Ramirez Salza, *Propuestas y opiniones en torno de un principio de oportunidad para Colombia*, in *Derecho penal y criminología*, 2017, v. 37 (103), 109 ss.
[75] In tal senso v. T. Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesual penal*, Madrid 2013, 34 ss.; J. Llobet Rodriguez, *Derecho procesual penal*, cit., 294 ss. La ricostruzione dei rapporti tra principio di opportunità e principio di legalità, tuttavia, non è univoca. Secondo alcuni Autori, il principio di opportunità completerebbe il principio di legalità, divenendone in qualche modo parte integrante: in questo senso, il principio di opportunità si configura come principio naturalmente suppletivo nei casi previsti dalla legge. Altri autori, invece, distinguono il principio di legalità e il principio di obbligatorietà rappresentandoli su due piani diversi: il principio di opportunità si configura come principio opposto al principio di obbligatorietà dell'azione penale, mentre non riguarda il principio di legalità. Quando la legge autorizza il p.m. a non esercitare l'azione penale, la sua inazione è giustificata legalmente: si tratta di un'opportunità regolata e soggetta a criteri obiettivi; il pubblico ministero in tali casi non può prendere una decisione diversa. Il problema rimane solo la mancanza di certezza del contenuto di tale principio.
[76] Su cui *amplius*, *supra*, §. 3.
[77] Si pensi, ad esempio, al codice di procedura penale del Salvador, il quale stabilisce che «*la Procura della Repubblica, nell'ambito della politica penale da essa dettata, deve contemplare le materie relative all'applicazione del criterio dell'opportunità*» (art. 23 legge organica p.m.). Proprio in attuazione di tale previsione, nel documento di "*Política del Persecución Penal*" - adottato nel 2017 e tutt'ora vigente - non solo si ammette che i criteri di opportunità possono essere applicati anche dalla polizia giudiziaria su autorizzazione del capo dell'ufficio e visto del p.m. (del dirigente degli uffici in particolare), ma soprattutto si prevedono delle linee guida applicative: a titolo esemplificativo, si specifica come vada valutato il danno patrimoniale al fine di considerarlo esiguo, chiarendo che il danno è riferibile sia ai reati di danno che a quelli di pericolo. Del pari, nel sistema colombiano - dove il principio di opportunità è stato costituzionalizzato accanto al principio di obbligatorietà - è previsto che l'opportunità sia l'espressione della politica criminale del Paese. L'articolo 321 recita «*La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado*» e precisa che esso debba essere regolato, oltre alle previsioni di legge, anche dai documenti programmatici adottati dai vertici degli uffici requirenti (cfr. art. 323 Cpp «*La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad. El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o*

Ma non solo, il rispetto del principio di legalità richiede anche che le regole legali relative all'opportunità debbano essere determinate nel contenuto; vi deve essere un minimo margine di discrezionalità interpretativa. Altrimenti la legalità sarebbe di fatto elusa. E in effetti il sistema si caratterizza per la presenza di regole assai analitiche e precise. E là dove sono presenti criteri vaghi, sono intervenuti, in via suppletiva, i documenti interpretativi e applicativi dei procuratori nazionali, al fine di precisare il significato delle disposizioni.
Infine, la legalità impone un controllo sulla correttezza della scelta relativa all'inazione, di conseguenza le regole sull'opportunità devono avere una rilevanza esterna[78]. Ed è questa la ragione per cui la determinazione verso il non esercizio dell'azione è sempre controllata da un giudice, sebbene il relativo provvedimento si distingua formalmente da quello di archiviazione vero e proprio. Solo quest'ultimo si basa sull'assenza di elementi di prova idonei a sostenere l'accusa con successo e solo quest'ultimo si fonda, in via dogmatica, sulla necessità di autorizzare l'inazione[79].

renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías»). In attuazione di tale previsione sono state adottate le seguenti linee guida: Resolución No. 6657 del 30 diciembre de 2004; Resolución No. 6658 del 30 diciembre de 2004; Resolución 3884 del 27 de julio de 2009; Memorando No. 009 del 3 de febrero de 2005; Memorando No. 062 del 11 de julio de 2005; Memorando No. 039 del 19 de diciembre de 2005; Memorando No. 032 del 4 de marzo de 2008; Memorando No. 062 de 2009; Memorando 001 del 12 de enero de 2010, Directiva No. 001 de septiembre de 2006. Ancora, nel sistema cileno, in attuazione degli artt. 12-17 della legge organica del pubblico ministero (in forza della quale «*El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma*»), il p.m. nazionale ha emanato un'istruzione nel 2000 nella quale fornisce le indicazioni di dettaglio per il funzionamento dell'opportunità, non solo sotto il profilo procedurale, ma anche con riguardo al modo di intendere la clausola generale dell'interesse pubblico (*Instructivo general* n. 35, del 15 diciembre 2000, *que imparte criterio de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad*).

[78] Nei sistemi a piena opportunità, invece, come quello statunitense, i parametri dell'opportunità sono regole "interne", ovverosia che suggeriscono come il p.m. dovrebbe scegliere. Non costituiscono dunque diritto, e la loro violazione pone solo un problema di responsabilità di carattere politico, perché la scelta fra l'azione e l'inazione rimane comunque legittima. Nel *Justice Manual,* al §. 9-27.150 – *Non litigability (*reperibile nel sito *The United States Department of Justice, https://www.justice.gov/about*) si precisa che «tali principi, e le procedure interne d'ufficio adottate, sono destinati esclusivamente alla guida dei procuratori del governo. Non hanno lo scopo di creare un diritto o un vantaggio sostanziale o procedurale, applicabile per legge e non possono essere invocati da una parte in contenzioso con gli Stati Uniti».

[79] Cfr. Costa Rica, art. 297 Cpp secondo il quale «*Valoración inicial. Recibidas las primeras diligencias, el fiscal las valorará con el fin de examinar si debe continuar con la investigación o solicitar lo siguiente: a) La desestimación de la denuncia, de la querella o de las actuaciones policiales. b) El sobreseimiento. c) La incompetencia por razón de la materia o el territorio. d) La aplicación de un criterio de oportunidad e) La suspensión del proceso a prueba. f) La aplicación del procedimiento abreviado. g) La conciliación. h) Cualquier otra medida tendente a finalizar el proceso*» e art. 299 Cpp, secondo il quale «*Actos conclusivos, Cuando el Ministerio Público o el querellante estimen que los elementos de prueba son insuficientes para fundar la acusación, podrán requerir la desestimación o el sobreseimiento definitivo o provisional. También, podrán solicitar la suspensión del proceso a prueba, la aplicación de criterios de oportunidad, el procedimiento abreviado o que se promueva la conciliación. Junto con el requerimiento remitirán al juez las actuaciones, las evidencias y los demás medios de prueba materiales que tengan en su poder*».

Dall'analisi dei testi normativi dei dieci Stati ispano-americani che si sono scelti (Bolivia, Colombia[80], Cile[81], Costa Rica[82], Salvador[83], Guatemala, Honduras, Perù[84], Repubblica Dominicana, Venezuela) emerge come il principio di opportunità è stato variamente costruito. Ed entrando nel dettaglio delle singole codificazioni, emergono due diverse modulazioni del principio. In alcuni ordinamenti[85] il p.m., in presenza delle situazioni indicate dal legislatore, che vengono denominati "casi", può non esercitare l'azione: è legittimano – se crede - a non avviare il processo. E nella indicazione dei singoli casi vengono inseriti parametri assai eterogenei: criteri in diritto (per esempio classi di reati per lo più individuate dalle soglie edittali delle sanzioni)[86] e criteri in fatto (per esempio la gravità dei fatti concreti)[87]. A volte i criteri sono paralleli[88], costituendo classi distinte di operatività del principio di opportunità; altre volte invece sono combinati insieme, andando a costruire un'unica classe di opportunità[89].
Invero quest'ultima circostanza, ovverosia la contrapposizione fra parametri solo edittali e parametri nel contempo edittali e fattuali, suggerisce una riflessione di sistema.
A ben vedere, tali criteri sono volti a legittimare l'applicazione del principio di opportunità; e non già a indicare, all'interno dell'opportunità, le regole decisorie dell'inazione, sebbene poi a livello operativo si arrivi a questo risultato. In altri termini, sembrerebbe che il legislatore si limiti a regolare i casi in cui l'azione è governata dall'opportunità. Va ribadito che in questi sistemi giuridici l'opportunità agisce in deroga all'obbligatorietà: si configura come regola speciale rispetto alla obbligatorietà. È dunque pregiudiziale individuarne il campo applicativo, in modo da segnare con precisione il confine fra obbligatorietà e discrezionalità[90]. Potremmo allora

[80] A.J. Ibànez Guzmàa, *El principio de oportunidad*, Bogotà 2005; M.A. Lumadrid Luengas, *El principio de oportunidad come una herramienta de política criminal*, Bogotà 2018; I. Olaizola Nogale, *El principio de oportunidad ¿Modernización o crisis del derecho penal?*, in *Nuevo Foro Penal*, 2015, 10(82), 13 ss.; J. F. Mestre Ordonez, *La discrecionalidad para acusar*, Bogotà 2012; J. A. Villanueva Meza, *El principio de oportunidad*, Bogotà 2005, 316 ss.; J.C. Vasquez Rivera, C.A. Mojica Araque, *Principio de oportunidad. Reflexión jurídico-políticas*, Medellìn 2010, 57 ss.

[81] M. Rodríguez Vega, *Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, 2013, 1° Semestre; Id., *Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, in *Revista de derecho*, 2013, 26(1), 181 ss.

[82] F. Sánchez Fallas, *La tramitación de los procesos penales*, Heredia 2009.

[83] P.R. Nolasco, *El principio de legalidad y los criterios de oportunidad en el proceso penal*, in *Revistas elaboradas por el Centro de Documentación Judicial*, in *www.biblioteca.cejamericas.org*, 2006, 1 ss.; L.M. Benitez Riera, *Principio de la oportunidad*, in *Revista jurídica*, 1999, 1 ss.

[84] D. Palacios Dextre, R.M. Guillergua, *El principio de oportunidad en el proceso penal peruano*, Lima 2010, 38 ss.; R. Yon Ruesta, *El principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal*, in *Derecho PUCP (Revista de la Pontificia Universidad del Perú)*, 2013, 1 ss.; C.E. Zarzosa Campos, *La simplificación del procedimiento penal y el principio de oportunidad de la acción pena*, in *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruana*, 2009, 7 (6), 539 ss.

[85] Costa Rica, Salvador, Bolivia, Colombia, Honduras, Perù, Repubblica Dominicana, Venezuela.

[86] Così, Costa Rica, art. 22 Cpp; Salvador, art. 18 Cpp; Bolivia, art 324 Cpp. Nel codice della Costa Rica, invece, non ci sono limiti edittali. In alcuni codici sono esclusi i reati commessi da pubblici funzionari, a volte ancora sono escluse specifiche fattispecie incriminatrici.

[87] Così, per esempio, Bolivia, art. 21.1. Cpp.

[88] Così, per esempio, Colombia, art. 324 Cpp.

[89] Così, per esempio, Honduras, Cpp art. 25 lett. a); Perù, art. 2 lett. a), b), c) Cpp; Repubblica dominicana, art. 34 n. 1 Cpp; Venezuela, art 38 n. 1, 2 Cpp.

[90] Cfr. J.J. Ubano Martìnez, E*l principio de oportunidad en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal- estado actual*, in *Derecho penal y criminología (Universidad Externado de Colombia*), 2003, 24(74), 195 ss.

denominare questa opportunità, come "opportunità regolata": indicando con l'espressione che il p.m. nei casi di opportunità può non agire[91].
Nel sistema processuale del Guatemala[92], a seguito di una importante modifica normativa – indice probabile di una maggiore riflessione sul tema - si è passati da una disciplina analoga a quella appena descritta a un'altra, la quale, invece, distingue chiaramente il campo di applicazione dell'opportunità (presupposti dell'opportunità) dalle circostanze che potrebbero indirizzare il p.m. verso la non azione (veri e propri criteri di selezione).
Il meccanismo normativo dell'opportunità è infatti stato costruito attraverso una duplice previsione. Si indica prima il criterio generale che può giustificare la scelta verso l'inazione - mancanza o di interesse pubblico alla incriminazione o di un danno alla sicurezza dei cittadini - così che viene costruita una vera e propria regola decisoria sull'inazione; dopodiché vengono delineate le ipotesi specifiche che invece disegnano il perimetro del principio di opportunità, rispetto a quello della obbligatorietà. E qui si va dalla identificazione di tipologie di reato (per valori edittali delle sanzioni o per tipologia di procedibilità o per *nomen iuris*)[93], alla ricorrenza di alcune situazioni di fatto[94].
Analogo funzionamento dell'opportunità si riscontra in Cile, dove la contrapposizione fra i due profili è ancora più netta e armonica[95].
Si costruisce qui una sola clausola generale, nella quale viene indicato sia il parametro decisorio dell'inazione, sia il presupposto dell'operatività del principio di opportunità a discapito dell'obbligatorietà[96].
Quanto alla regola decisoria sul merito dell'opportunità - ovverosia quando il fatto non lede gravemente l'interesse pubblico - essa si presenta come vaga e, di conseguenza, ad alto tasso di discrezionalità, oltreché improntata su una valutazione tutta concreta[97].
Quanto alla regola selettiva del principio di opportunità – ovverosia l'inapplicabilità ai reati che superano determinate soglie edittali - essa, se pur costruita in negativo, si caratterizza per una valutazione tutta astratta e priva di discrezionalità.
In questi due ultimi ordinamenti, dunque, se pur il p.m. rimane libero di non agire, viene però incoraggiato verso tale determinazione. Dal punto di vista descrittivo, si potrebbe fare un accostamento con la discrezionalità tecnica esercitata sugli atti non vincolati della p.a.: se ricorrono i presupposti stabiliti dal legislatore, la scelta verso l'inazione è meno libera, senza però arrivare a essere obbligata. Sicché non si può esprimere né con il "deve", né con il "può". Potremmo allora denominare questo meccanismo come una opportunità a selezione regolata: qui il p.m. "dovrebbe non agire".

[91] Cfr. J.L Vasquez Rivera, *Discretionalidad y derecho processal*, in *Justicia*, 1995, III-IV, 51 ss.
[92] Così, ad esempio, Guatemala, art. 25 Cpp.
[93] Guatemala, art. 25 n. 1, 2, 3 Cpp.
[94] Guatemala, art. 25 n. 4, 5 Cpp.
[95] M. Rodríguez Vega, *Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, 2013, 1° Semestre; Id., *Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal*, in *Revista de derecho*, 2013, 26(1), 181 ss.
[96] Cile, art. 170 Cpp: «*Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público*».
[97] Per tale motivo è intervenuto il *Fiscalia nacional*, con un documento interpretativo esplicativo (*Instructivo General* n. 35 15.12.2000 *que imparte criterio de actuación e instrucciones en matera de principio de oportunidad", cit.).* Sul punto v. *supra*, n. 78.

Passando ad analizzare il contenuto specifico dei parametri utilizzati, lasciando però da parte la distinzione appena evidenziata fra presupposti e regole decisorie dell'opportunità - e quindi osservandoli in maniera indifferenziata - emergono degli spunti interessanti.
In quasi tutti gli Stati analizzati si ricorre al parametro della mancanza di interesse pubblico all'azione o alla sanzione (minima "*significación jurídica y social*", assenza di "*interés público*", di "*utilidad social*", di "*valor jurídico y social*"). Il criterio in alcuni Paesi costituisce un parametro autonomo di valutazione, a volte esclusivo a volte concorrente con altri[98]; in altri Stati, invece, viene costruito come la conseguenza (quasi come un evento giuridico) prodotta dalla presenza di altre circostanze fattuali (come della tenuità dell'offesa[99], o del ruolo svolto dalla vittima e dall'autore del fatto)[100]. Certo è che, a prescindere da come viene strutturato, esso configura un criterio ad altissima vaghezza, di difficile, se non impossibile, determinazione[101].
Spesso sono presenti criteri astratti che individuano classi di reato attraverso il riferimento al limite edittale della sanzione. In pratica i reati a sanzione bassa vengono ritenuti come non meritevoli di processo, in virtù della scarsa offensività, che però non emerge da una valutazione concreta del fatto, ma da una valutazione astratta compiuta dal legislatore attraverso le sanzioni comminate.
Il criterio più utilizzato risulta essere invece la "*mínima afectación del bien jurídico Protegido"*[102]. Con notevole facilità potrebbe essere inquadrato – se si guardasse il nostro ordinamento – come causa di non punibilità ai sensi dell'art. 131 *bis* Cp[103].
Per determinare la tenuità dell'offesa si fa poi riferimento – sempre in analogia con il sistema italiano - alla *mínima culpabilidad*[104], alla *mínima responsabilidad*, alla *exiguo de la contribución del partícipe*, alla inconsistenza economica dei beni materiali aggrediti. Non c'è invece mai un diretto riferimento all'esiguità del danno subito dalla vittima; si prevede solo la possibilità di non

[98] Cile, art. 170 Cpp.
[99] Guatemala, art. 25 Cpp.
[100] Come ad esempio nel Cpp Colombiano, art. 324 n. 11 e 12.
[101] Ed in effetti in tale ordinamento le linee guida del Procuratore nazionale sono intervenute proprio per individuare i parametri su cui si fonda la valutazione della mancanza di interesse pubblico.
[102] Salvador, art. 182 Cpp: «*cuando se trate de un hecho que produzca una mínima afectación del bien jurídico protegido, por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad; esta regla no se aplicará a los delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos o municipales, autoridad pública o agentes de autoridad, en el ejercicio de sus funciones*». Bolivia, art. 21 n. 1 Cpp: «*cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegi*ó». Costa Rica, art. 22 lett. a): «*se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él*». Colombia, art. 324 n. 10 Cpp: «*en delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio*» e art. 324 n. 13 Cpp: «*cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse*».
[103] Cfr. S. Quattrocolo, *Deflazione e razionalizzazione*, cit., 225; Id, *Tenuità e irrilevanza sociale del fatto*, cit., 192; Id, *Esiguità del fatto*, cit. 2004.
[104] Colombia, art. 324 n. 11, 12 e 13 Cpp: «*Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad*». Guatemala, art. 25 Cpp: «*que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima*». Venezuela, art. 38 n. 2: «*Cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de é*l».

agire qualora il processo possa comportare degli effetti negativi su di essa[105]. Tuttavia, la vittima viene in rilievo in altro modo: in molti codici è previsto o che debba dare il consenso all'inazione o che debba essere risarcita.
A volte viene inserito il criterio dell'assenza di pericolosità o di precedenti da parte dell'autore del fatto[106]. Il parametro talvolta si unisce ad altri, talaltra invece – ribaltato - costituisce da solo causa di esclusione dall'opportunità.
Molto spesso, poi, accanto alle tipologie di criteri volti a pesare la gravità del fatto o comunque il suo impatto nella collettività, ne vengono introdotti altri, ispirati a logiche totalmente diverse.
Spesso l'inazione si giustifica perché la pena eventualmente irrogabile non avrebbe una reale capacità di raggiungere i suoi scopi special preventivi e general preventivi. Il criterio viene esplicitato facendo riferimento ora alla presenza di sanzioni già in corso di esecuzione[107]; ora alla necessità, in caso di plurimi reati, di procedere solo per il più grave in quanto idoneo, già di per sé, a realizzare le funzioni delle sanzioni[108]; ora nell'esistenza di un doppio binario sanzionatorio, così che ci si orienti solo verso quello non penale rinunciando all'esercizio dell'azione[109]; ora alla presenza di una giurisdizione di un altro Stato, così che si considera già sufficiente la pena irrogata o irrogabile (tramite estradizione) all'estero; ora alla presenza di danni subiti dallo stesso autore a

[105] Colombia, art. 324, Cpp, nel quale si prevede che «*cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito*».
[106] Honduras, art. 28 n. 1 Cpp; Perú, art. 2, comma 9 Cpp.
[107] Bolivia, art. 21.1.3. Cpp: «*cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta por otro delito*».
[108] Invero in tali ipotesi si sovrappongono valutazioni sostanziali con valutazioni processuali. Un conto sono i criteri che governano il concorso di reati e il concorso apparente di norme, un conto dovrebbe essere una valutazione ulteriore, tutta concreta, in cui si procede per un solo reato perché altrimenti la pena risulterebbe iniqua qualora fosse cumulata. Cfr.: Bolivia, art. 21.1. 5. Cpp: «*cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a las de otros delitos*»; Costa Rica, art. 22 Cpp: «*la pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia, en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero*»; Salvador, art. 184 Cpp: «*cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero*»; Republica dominicana, art. 343 Cpp «*la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a una pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones pendientes, o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero*».
[109] Colombia, art. 324. n. 9 Cpp: «*en los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes*».

causa del reato[110] o, ancora, alle sue condizioni personali[111]. In queste due ultime previsioni emerge anche la speciale esigenza di evitare trattamenti sanzionatori disumani[112].
In quasi tutti i sistemi poi sono presenti altri parametri, che nel nostro sistema hanno inquadramenti giuridici del tutto diversi. È causa di opportunità, per esempio: la collaborazione[113] e più in generale le dichiarazioni accusatorie, l'aver impedito l'evento dannoso o comunque l'aver evitato ulteriori conseguenze dannose, l'esigenza di tutelare la sicurezza nazionale, gli accordi sulla pena, gli istituti della messa alla prova o della giustizia riparativa. Si tratta di ipotesi assai più complesse, rispetto alle quali poi il nostro sistema processuale ha fatto determinate scelte.

---

[110] Bolivia, art. 21.1, 2 Cpp: «*cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por impone*»; Colombia, art. 324, 6 Cpp: «*Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción*»; Costa Rica, art. 22 n. 5) Cpp: «*Que el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada*"; Salvador, art. 18 n. 3) Cpp: «*cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho un daño físico o psíquico, grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus actividades o cuando tratándose de un delito culposo haya sufrido un daño moral de difícil superación*»; Guatemala, art. 25 Cpp: «*el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurran los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena*»; Republica Dominicana, art. 342 Cpp: «*el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico grave, que torne desproporcionada la aplicación de una pena o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación*»; Venezuela, art. 38.3: «*cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena*».

[111] Salvador, art. 185 Cpp, nel quale si prevede: «*cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad mortal e incurable en fase terminal*».

[112] Si pensi all'ipotesi di incapacità irreversibile dell'imputato; situazione rispetto alla quale il nostro ordinamento ha fatto una scelta differente. Nel dettaglio v. L. Scomparin, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri prosciolitivi del giudice*, in *LP* 2017, 1-9; Id., *Incapacità dell'imputato a partecipare al giudizio e durata ragionevole del processo: il problema degli "eterni giudicabili"*, in *Studi in ricordo di M.G. Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano 2013, 81 ss.

[113] Colombia, art 324 Cpp: «*Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio*». Costa Rica, art. 22 b) Cpp: «*Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o que se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita*». Salvador, art. 11) Cpp: «*Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave. En los casos de colaboración con la investigación la conducta del colaborador deberá ser menos reprochable que la de los autores o partícipes cuya persecución facilita. En el caso de crimen organizado no podrá concederse criterio de oportunidad a quienes dirijan las organizaciones, salvo que ello sea imprescindible para probar la intervención de los demás miembros de la cúpula de la organización delictiva sin perjuicio de que en este último caso se incrimine además a otros participantes de los hechos delictivo*».

5. Ebbene, se si guardano i criteri di opportunità ispano-americani che abbiamo in via generale identificato con l'irrilevanza del fatto o comunque con l'assenza di impatto nella collettività, emerge subito come essi si avvicinano molto ai criteri di priorità con cui si gestisce l'esercizio obbligatorio dell'azione penale. Gli stessi parametri, se ribaltati, potrebbero giustificare la priorità nella trattazione della notizia di reato. Basta passare dalla irrilevanza dell'offesa alla sua particolare rilevanza, dalla minima colpa alla colpa grave, dalla minima responsabilità alla massima responsabilità e via dicendo. E lo stesso si può sostenere anche per gli altri criteri: la "mancanza di interesse pubblico all'azione o alla sanzione", se rovesciato, potrebbe diventare "esistenza di un particolare interesse pubblico all'azione o alla sanzione"; e così per la pericolosità, per i precedenti penali, per i danni subiti dalla vittima, nonché per i limiti edittali delle pene.
In effetti si può notare come, nei sistemi ispano-americani in cui ò presente un doppio binario dell'azione, i parametri che governano l'opportunità, se ribaltati, corrispondono ai criteri che giustificano l'avvio prioritario delle indagini e del processo.
L'affermazione trova conferma anche alla luce del sistema statunitense. Se si confrontano i criteri di posteriorità (nello spazio riservato all'opportunità) e i criteri di priorità (nello spazio dedicato all'obbligatorietà) ispano-americani con le indicazioni sull'esercizio dell'azione formulate dal *Attorney Gene*ral[114] per il sistema federale, emerge un dato significativo.
I criteri utilizzati dal Procuratore generale federale, dal punto di vista contenutistico, sono i medesimi, ma si caratterizzano nel sistema americano per essere neutri.
Nel *Justice Manual*[115] (*title 9: Criminal, sez. 9-27.000: Principles of federal prosecution, par. 9-27.001 e ss.)* vengono suggeriti i criteri da valutare ai fini della rinuncia all'azione. In particolare (par. 9-27.220 - *Grounds for commencing or declining prosecution*) si prevede che «l'avvocato del governo dovrebbe avviare o raccomandare un procedimento federale se ritiene che la condotta della persona costituisca un reato federale e che le prove ammissibili saranno probabilmente sufficienti per ottenere e sostenere una condanna, a meno che l'accusa: a) non serva a un interesse sostanziale federale; b) la persona sia soggetta a un'azione penale effettiva in un'altra giurisdizione; c) esista un'adeguata alternativa non penale all'azione penale».
In tal caso si codificano tre clausole con le quali si invitano i p.m. al non esercizio dell'azione penale. E quella relativa "all'interesse federale" coincide con le analoghe formule utilizzate nei sistemi ibero-americani per i criteri di opportunità: se è assente l'interesse si può non agire.
Tuttavia, quando si passa a indicare il significato della clausola generale (par. 9-27.230 - *Initiating and declining charges. Substantial federal interest*), si specifica che «nel determinare se un'accusa possa servire a un interesse federale sostanziale, l'avvocato del governo dovrebbe soppesare tutte le considerazioni pertinenti, tra cui: 1. priorità delle forze dell'ordine federali, comprese eventuali iniziative o operazioni delle forze dell'ordine federali volte a realizzare tali priorità; 2. la natura e la gravità del reato; 3. l'effetto deterrente dell'azione penale; 4. la colpevolezza della persona in relazione al reato; 5. la storia della persona rispetto all'attività criminale; 6. la volontà della persona di collaborare alle indagini o al perseguimento di altre persone; 7. le circostanze personali della persona; 8. gli interessi di eventuali vittime; 9. la probabile sentenza o altre conseguenze se la persona è condannata».

[114] Su cui v. Aa.Vv., *Prosecutors and democracy: a cross-national study*, a cura di M. Langer, D. A. Sklansky, Cambridge 2017; K. Ligeti, T*he Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions*, Oxford 2019; C.L. Boyd, M.J. Nelson, I. Ostrander, E. D. Boldt, *The politics of federal prosecution*, New York 2021; L. Frohamann, *Prosecutors and prosecution*, Aldershot-Burlington 2008; J. E. Jacoby, E. C. Ratledge, *The power of the prosecutor: gatekeepers of the criminal justice system*, Santa Barbara -Denver 2016.
[115] Reperibile nel sito *The United States Department of Justice*, www.justice.gov.

Il dato significativo è che il parametro dell'interesse qui diviene positivo, da negativo che era nel precedente paragrafo: se c'è l'interesse si può agire.
E questo significa che in presenza di un interesse si consiglia l'azione (criterio di priorità), in mancanza di interesse si consiglia la non azione (criterio di posterità).
E lo stesso succede per i parametri che vanno a delineare il concetto di interesse. Si fa riferimento alla gravità del fatto, e non al fatto grave o tenue; alla colpevolezza, e non alla colpa grave o lieve; e così per tutti gli altri criteri. Cosicché se il fatto è grave si consiglia l'azione, se il fatto non è grave si consiglia la rinuncia all'azione.
A livello di funzionamento, dunque, i due sistemi divergono.
Nei sistemi ad azione obbligatoria, attraverso i criteri di priorità si individuano solo i reati che devono essere trattati per primi, e non anche, a *contrario*, i reati da indirizzare verso il non esercizio dell'azione penale. In pratica i "criteri di priorità" non possono essere al medesimo tempo anche "criteri di posteriorità a funzione selettiva" per i reati non compresi dalle priorità. In tali ordinamenti si sottolinea sempre con forza che le priorità non possono avere come effetto riflesso quello di selezionare i reati da non trattare, perché si violerebbe il principio di obbligatorietà. I criteri di posteriorità a funzione selettiva devono essere previsti dalla legge e devono essere inseriti all'interno della vigenza del principio di opportunità.
Nelle esperienze giuridiche a totale opportunità, invece, i criteri che si introducono sono insieme sia di priorità sia di posteriorità, e dunque in definitiva sono "criteri neutri".
La ragione risiede nel fatto che nel sistema statunitense l'esercizio dell'azione è sempre e solo regolato dal principio di opportunità: sarebbe contraddittorio fornire regole decisorie in senso stretto sull'azione o sull'inazione. È invece compatibile con l'opportunità indicare i criteri che devono essere valutati per la scelta; si tratta di meri parametri che guidano la decisione, corrispondenti - se si volesse fare un parallelismo con il nostro processo - alle griglie legali della sentenza, che indicano cosa deve essere valutato ai fini della decisione.
Tanto è vero che in questo ordinamento i criteri in base ai quali scegliere se agire o non agire non vengono mai denominati "criteri di priorità".
Con il termine di "priorità", negli Stati Uniti, si fa riferimento esclusivamente ai reati inseriti nei programmi di politica criminale. Nelle linee guida si precisa che il Procuratore generale federale può stabilire le priorità investigative e giudiziarie nazionali, così come i procuratori federali possono adottare analoghi piani in attuazione del piano nazionale. Si riconosce che «le risorse delle forze dell'ordine federali non sono sufficienti a consentire il perseguimento di ogni presunto reato su cui esiste la giurisdizione federale. Di conseguenza, nell'interesse di allocare le sue limitate risorse in modo da realizzare un efficace programma di applicazione della legge a livello federale, di volta in volta il procuratore generale può stabilire tali priorità. Nel soppesare l'interesse federale in un particolare procedimento giudiziario, l'avvocato del governo dovrebbe considerare attentamente la misura in cui l'azione penale per il singolo reato preso in carico si accorderebbe con queste priorità nazionali e locali, così come con le iniziative e le operazioni delle forze dell'ordine federali progettate per realizzarle».
Se si leggono i programmi con cui il Procuratore generale stabilisce le priorità investigative nazionali, emerge come anche qui vi è un piano politico generale – come quelli analizzati nei paesi ispano-americani - nel quale si individuano particolari obiettivi. Si può ricordare quello contro i reati di terrorismo, quello relativo ai reati di immigrazione clandestina, quello per i reati violenti legati all'uso di stupefacenti[116]. Anche in tal caso sono presenti obiettivi, date di realizzazione,

[116] Cfr. *The Department of Justice Strategic Plan for* 2018 – 2022, reperibile nel sito *The United States Department of Justice*, www.justice.gov.

finanziamenti, strategie investigative, organizzazione delle forze di polizia e quant'altro serva a realizzare il programma politico.
In ogni caso anche le "priorità" statunitensi sono criteri neutri: perché governano tanto l'azione, quanto l'inazione: i reati prioritari vanno trattati, i reati non prioritari non vanno trattati.
In definitiva i criteri, quanto a contenuto sono sempre i medesimi. È poi ogni ordinamento che li gradua diversamente a seconda che si debbano costruire criteri di priorità o criteri di posteriorità; ovvero non li gradua affatto se sono ambivalenti, ovvero finalizzati a selezionare tanto l'azione quanto la non azione, e dunque sono "neutri", essendo nel contempo criteri di priorità e di posteriorità.

6. Tornando al nostro ordinamento giuridico, fra le variegate strategie adottate dal legislatore delegante (l. 134/ 2021) per superare la crisi del principio di obbligatorietà spicca proprio quella di prevedere "criteri di priorità per selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre"[117].
Si tratta di una scelta coraggiosa, ma anche dovuta: fino a ieri i criteri di priorità codificati erano relegati nella fase processuale vera e propria (art. 132 *bis* disp. att. Cpp); nella fase investigativa la materia era disciplinata solo da atti amministrativi, per lo più di incerta natura giuridica (circolari, delibere del C.S.M.). Ma l'importanza crescente di siffatte previsioni imponeva con forza un intervento legislativo. Altrimenti la discrezionalità di fatto nella gestione dell'azione penale si sarebbe solo trasferita, attraverso una sorta di "autoinvestitura" della magistratura: dal singolo p.m. al titolare dell'ufficio[118].

[117] Fra i primi commentatori v. E. Albamonte, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Il penalista.it*, 22.9.2021; G. Amato, *Azione penale: sui criteri di priorità scende in campo il Parlamento*, in *GD*, 2021, 41, 32; G. Buonomo, *La crescente procedimentalizzazione dell'atto parlamentare di indirizzo politico*, in *QuestG-Speciale 4*/2021, 96 ss.; S. Civardi, *La lenta erosione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Prime note ai "criteri di priorità" indicati dal Parlamento*, in *Giust. insieme*, 29.10.2021; F. Di Vizio, *L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del PNRR. La Procura tra prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali*, in *QuestG-Speciale 4*/2021, 55 ss.; P. Ferrua, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Verso quale modello processuale?*, in *PPG* 2021, 4, 1141; M. Gialuz, J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alle Camere: per avere processi rapidi (e giusti) occorre un cambio di passo*, in *SP* 2021; V. Maffeo, *I criteri di priorità dell'azione penale tra legge e scelte organizzative degli uffici inquirenti*, in *PPG* 2022, 1, 61 ss.; F. Palazzo, *op.* cit., 59; G. Monaco, *Riforma della giustizia penale e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione*, in *Federalismo.it*, 2022, 9, 20 ss.; S. Panizza, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, in *QuestG-Speciale 4*/2021, 105 ss.; N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità*, cit., 16; Id, *I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene «Il Parlamento con legge»*, in *QuestG-Speciale 4*/2021, 76 ss.; A. Spataro, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *QuestG-Speciale 4*/2021, 86 ss.
[118] G. D'Elia, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale*, in *GC* 1998, 1879; D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *RIDPP* 2003, 251 ss.; M. Nobili, *Accusa e burocrazia*, cit., 130.

Dal testo approvato dal Parlamento[119] appare evidente un dato: si è tenuto conto di tutto il dibattito culturale che si è sviluppato sul tema[120].

La delega si presenta come un lavoro di sintesi, ma anche di scelta, su quanto si è detto e fatto in questi anni[121].

Su quanto si è detto, perché - ed è noto - si è assistito a un lungo e approfondito confronto scientifico sui criteri di priorità[122].

[119] Art. 1 n. 9 lett. i) L. n. 134/2021 «*Prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti*».

[120] Sull'opportunità dei criteri di priorità si discute da tempo in dottrina, cfr., fra i tanti, P. Gaeta, *Il pubblico ministero*, cit., 175; N. Galantini, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *DPC*, 23.9.2019; V. Pacileo, *Pubblico Ministero*, Torino 2011; L. Russo, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza* in *DPC*, 9.11.2016, 4 ss.; A. Spataro, *Obbligatorietà dell'azione penale*, in *Giustizia, la parola ai magistrati*, a cura di L. Pepino, Laterza 2010; Id, *La separazione delle carriere dei magistrati: una riforma inutile ed anacronistica*, in *La Pazienza – Rassegna dell'Ordine degli Avvocati di Torino*, 3/2017; C. Valentini, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di uguaglianza*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di F. Dinacci, Milano, 2010, 127 e ss.;V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà*, *in Pubblico ministero e accusa penale*, cit., 130 ss.; Id, *Stabilire le priorità*, cit., 101 ss.; L. Verzelloni, *op. cit*., 98, oltreché gli autori citati nella nota 1 e 2.

[121] Sulla applicazione concreta dei criteri v. S. Catalano, *Rimedi peggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale*, in *QC* 2008, 65 ss.; G. Grasso, *Sul rilievo dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali nelle delibere del Csm e nelle pronunce della sezione disciplinare*, in *FI* 2015, III, 97 ss.; I. Mannucci Pacini, *L'organizzazione della procura di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell'azione penale*?, in *QG* 2000, 1, 175.

[122] Sul tema poco prima della legge delega si erano confrontati: P. Borgna, *op. c*it.; E. Bruti Liberati, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in *QG* 2018, 1, 14 ss.; Bruti Liberati, *Lo statuto del pubblico ministero nel progetto di legge costituzionale n. 14 non solo separazione delle carriere*, in *SP* 2020; L. Forteleoni, *Criteri di priorità degli uffici di procura*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 8.4.2019; A. U. Palma, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *Arch. pen.* 2021, 1, 1 ss.

Su quanto si è fatto, perché dietro il testo della legge delega si vede chiaramente la volontà di codificare" il lavoro già svolto dal legislatore[123] , dal C.S.M.[124] e dalle singole Procure della Repubblica[125].
Sul piano delle fonti del diritto, la legge delega ha ritenuto di combinare insieme due diverse tipologie: legge parlamentare a cui è riservata l'individuazione di "criteri generali"; progetti organizzativi dei singoli uffici di procura ai quali spetta la formulazione dei criteri di priorità veri e propri su base locale[126].
Il nesso fra le eterogenee fonti è dato dalla necessità di adattare i criteri generali valevoli per tutti "al numero degli affari da trattare e all'utilizzo efficiente delle risorse disponibili" in ogni ufficio.
L'obiettivo è chiaro: garantire – contestualmente - uguaglianza formale e sostanziale nella gestione delle notizie di reato.
Il legislatore delegante ha in questo modo voluto rispondere a tutte le perplessità di carattere giuridico che suscitava l'introduzione di criteri di priorità[127].

---

[123] Il riferimento è all'art. 1 d.lgs. n. 106/2006, all'art. 227, d.l. 51/1998, all'art. 132 *bis* Cpp, come modificato dal d.l. 23 maggio 2008 convertito in l. 23 luglio 2008 8 n. 125 e dalla legge Orlando.

[124] C.S.M., *Circolare sulla organizzazione degli uffici di Procura* approvata il 16 novembre 2017, come modificata con delibera del 16 dicembre 2020; C.S.M., *Risoluzione* del 9 luglio 2014; C.S.M., *Risoluzione* del 17 giugno 2015; C.S.M., *Risposta a quesito* dell'11 maggio 2016 (Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti); C.S.M., *Risoluzione* del 12 luglio 2007 (relativa a "Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 20 febbraio 2006, n. 106"); C.S.M., *Risoluzione* del 21 luglio 2009 (relativa alla "Organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero"); C.S.M., *Regolamento in materia di permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio alla luce della modifica introdotta dal decreto legislativo n. 160 del 30 gennaio 2006 come modificato dalla legge 30 luglio 2007 n. 11*, adottato con delibera di plenum del 13 marzo 2008 così come modificata in data 11 febbraio 2015; C.S.M., *Risoluzione* del 9 luglio 2014 *in tema di Criteri di priorità nella trattazione degli affari penali*; C.S.M., *Risoluzione dell'*11 maggio 2016 *in tema di "linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti*; C.S.M., *Risoluzione del* 16 marzo 2016 *sulla organizzazione degli Uffici di Procura competenti per i delitti commessi in materia o con finalità di terrorismo. Rapporti con la Procura Nazionale Antiterrorismo. Coordinamento investigativo*; C.S.M., *Risposta a quesito del 20 aprile 2016 in materia di limiti e modalità di esercizio delle competenze del Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'Appello ai sensi dell'art. 6 d. lgs. 106/2006*; C.S.M., *Risposta a quesito del 22 aprile 2020 in materia di deleghe organizzative conferite senza previo interpello e loro utilizzo nel procedimento per il conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi*; C.S.M., *Risposta a quesito del 29 maggio 2020 in ordine al differimento dei termini per il deposito dei progetti organizzativi degli uffici requirenti per il triennio 2020-2022*.

[125] Circolare 8 marzo 1989 del Presidente e Procuratore generale della Corte di appello di Torino, in *C.P.*, 1989, 1616, con presentazione di V. Zagrebelsky, *Una "filosofia" dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*. Sul tema v. altresì C. Castelli, *Esigenze di deflazione e risposte possibili tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *QG* 1990, 97. Circolare del Procuratore della Repubblica presso la Pretura di Torino, 16 novembre 1990, in *CP* 1991, 392; e in *QG* 1991, 419, con nota di I. Pinto, *Obbligatorietà dell'azione penale e organizzazione delle preture circondar*iali. Circolare del Procuratore presso la Procura della Repubblica di Torino, 27 maggio 1999, in *QG* 2000, 175, con nota di I. Pacini Mannuzzi, *L'organizzazione della procura della repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell'azione penale?*. Circolare del Procuratore presso la Procura della Repubblica di Torino, n. 23 del 29 novembre 2006, commentata da M. Maddalena, *Problemi dell'amministrazione della giustizia penale in una grande Procura*, in *Crit. Pen*. 2006, 291 e da S. Catalano, *op. cit.*, 65 ss.

[126] Critico sul punto F. Palazzo, *op. cit.*, 63, il quale nota che «lo sforzo di equilibrata mediazione tra criteri "politici" e criteri "funzionali" è encomiabile, ma rimane comunque difficile armonizzare le due eterogenee prospettive».

[127] Sulla compatibilità costituzionale dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale v. M. Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *CP* 1993, 2658; V. Zagrebelsky, *L'organizzazione del lavoro: esame delle notizie di reato, i flussi di lavoro e le sezioni specializzate*, in *QCSM* 1995, 78, 17; U. Nannucci, *Flusso delle notizie di reato, organizzazione delle risorse, obbligatorietà dell'azione penale*, in *QCSM* 1992, 56, 180; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996. Per R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri*

Si è risolto a monte il dubbio pregiudiziale, ovverosia quello relativo alla loro compatibilità con il principio di obbligatorietà[128].
A tal fine è stato sufficiente un *escamotage*: sono stati introdotti criteri sulla gestione delle indagini e non già sulla cestinazione delle notizie di reato, né tantomeno sull'esercizio dell'azione penale[129].
In tal modo, dal punto di vista "formale", non si configura nessuna frizione con il principio di obbligatorietà[130]. In pratica la presa in carico delle notizie di reato non è più regolata da parametri cronologici, ma da plurime e diverse regole processuali[131].
Del pari, dal punto di vista sostanziale, si è implicitamente ritenuto che l'affermazione della Corte costituzionale, secondo la quale «il limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo», possa adattarsi anche ai criteri di priorità. Il processo è oggettivamente superfluo qualora durante l'attesa della trattazione investigativa si dovesse prescrivere il reato, o non fosse più utile indagare per dispersione delle fonti di prova.

---

di priorità, cit., 49, «tali criteri non esprimono scelte di discrezionalità tecnica, ma opzioni di autentica politica criminale, sostanziando un giudizio sulla convenienza di perseguire in astratto prioritariamente un reato. Essi dunque confliggono in modo aperto con il principio di obbligatorietà, anche se occorre riconoscere loro il pregio della uniformità e della trasparenza». Nello stesso senso P. Gualtieri, *Azione penale*, *op. cit*., 36. F. Palazzo, *op. cit*., 62, assume che «è solo con i criteri esterni di opportunità che viene realmente messa in discussione l'obbligatorietà dell'azione penale: il che significa che ben possono essere percorse e potenziate le strade dei criteri interni, anche in considerazione del fatto che esse, mentre consentono di sfoltire il carico giudiziario senza pregiudicare la tenuta del sistema, sono inoltre pur sempre sottoposte al controllo del giudice».

[128] Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale, ancora, v. F. De Leo, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale (Una riflessione e qualche proposta controcorrente)*, in *QG* 2010, 2, 21; G. D'Elia, *op. cit*., 1878; R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità*, cit., 47; E. Marzaduri, *Riflessioni sull'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 45; Id, *Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, *Il Ponte* 1998, 2-3, 80; G. Monaco, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano 2003; A. Rossi, *Per una concezione "realistica" dell'obbligatorietà*, cit., 315; G. Santalucia, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità*, in *QG* 2007, 617; D. Vicoli, *op. cit*., 251; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit.; C. Valentini, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano 2010, 130 ss.

[129] In termini analoghi G. Salvi, *Discrezionalità, responsabilità, legittimazione democratica del pubblico ministero*, in *QuestG-Speciale* 2021, 2, 34, il quale osserva che la violazione della obbligatorietà non si realizza nella misura in cui «*si tratti di postergazione e non di dismissione*».

[130] Cfr. F. Di Vizio, *op. cit.,* 19, secondo cui «criteri di priorità varrebbero, così, a rendere più credibile il principio di obbligatorietà, creando un sistema di precedenze trasparenti e prevedibili». A.U. Palma, *op. cit.*, 20: «Mentre le *guidelines* vigenti nei paesi anglosassoni traspongono in capo al prosecutor un'attitudine genetica di tipo selettivo esonerandolo dall'obbligo di attivarsi, i "criteri di priorità" anelano ad un obiettivo totalmente diverso, circoscritto alla programmazione del lavoro secondo una graduatoria temporale coerente con la gerarchia dei beni e degli interessi tutelati dalla Costituzione. L'azione penale resterà, quindi, obbligatoria così come nessuna indagine potrà essere accantonata; di pari passo, però, l'elaborazione di linee direttrici relative alla gestione dei vari procedimenti comporterà standardizzate "deviazioni, per quanto attiene ai tempi dell'agire del pubblico ministero, dal parametro della sopravvenienza delle notizie di reato", deviazioni che – nel concreto – si sostanzieranno non nella rinuncia ma nella semplice postergazione dell'esercizio dell'azione penale per tutti quei reati ritenuti minusvalent*i*». Vedi però P. Ferrua, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Discrimen*, 4.11.2019, 2, il quale nota come «i c.d. criteri di priorità regolativi […] sono modelli in vitro, perché nella realtà si sovrappongono parzialmente, con prevalenza dell'una o dell'altra funzione o meglio con una funzione quasi sempre dichiaratamente regolativa, ma altrettanto spesso temperata da effetti più o meno deflattivi; anzi impropriamente deflattivi perché la riduzione del carico penale qui si realizza con la prescrizione dei reati».

[131] Iniziamo così a delineare la natura non organizzativa, ma processuale in senso stretto dei criteri di priorità. «I criteri di priorità rappresentano deviazioni, più o meno vistose, da quello che sarebbe l'ordine neutro, ossia il criterio puramente cronologico dello svolgimento delle indagini secondo il momento di iscrizione a registro delle notizie di reato», P. Ferrua, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale,* cit., 2.

Inoltre, la riserva di legge sui criteri generali in base a cui selezionare i reati su cui investigare consente di escludere che le scelte relative alla politica criminale siano affidate a organi privi della necessaria rappresentanza popolare. La legalità sottesa al principio di obbligatorietà viene così preservata[132].
Allo stesso modo, viene salvaguardata l'obbligatorietà-uguaglianza: l'ordine della trattazione non viene attribuito a iniziative personali ed estemporanee degli indaganti.
La legge delega scongiura poi più in generale il rischio di un contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si è infatti già disegnato – e si può affermare con ragionevolezza – un bilanciamento fra l'uguaglianza formale (garantita dai criteri generali)[133] e l'uguaglianza sostanziale (garantita dai criteri di priorità locali)[134].
Infine, sembra che la legge delega abbia voluto risolvere l'incertezza relativa al rispetto della neo-riserva di legge per le regole processuali penali (art. 111, comma 1, Cost.)[135].
L'intervento della legge parlamentare, anche se poi mediata da un atto amministrativo (i progetti organizzativi), esclude ogni possibile attrito con il precetto costituzionale. A tal fine è sufficiente richiamare il sistema penale sostanziale. Nonostante la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. sia ben più pregnante dell'omologa riserva processuale, è ammessa l'integrazione dei precetti con atti di natura amministrativa, seppure a certe condizioni[136]. E qui le condizioni saranno le medesime: una legge che indicherà con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti cui l'atto amministrativo dovrà ispirarsi.
Tutto ciò basta per superare i dubbi di illegittimità costituzionale che suscitano i criteri di priorità? Ragionando intorno a quanto ha sostenuto la *Fiscalía Nacional* del Guatemala per giustificare il sistema delle priorità alla luce della Costituzione[137], ma manipolando un po' il loro contenuto, si potrebbe aggiungere un'ulteriore riflessione.
L'esercizio obbligatorio dell'azione penale potrebbe essere visto non solo come un principio immediatamente precettivo, e dunque un dovere immediatamente esigibile; ma anche come un principio programmatico, da cui scaturisce un dovere performativo: quello di creare le condizioni concrete affinché l'azione penale possa essere realmente sempre esercitata.
In questo modo le priorità si presentano come mezzo per sviluppare una politica criminale volta a realizzare quell'obiettivo programmatico. Tenendo conto delle limitazioni delle risorse e della reale capacità dell'istituzione di affrontare in maniera adeguata tutti i delitti che si presentano, si deve riconoscere la necessità di stabilire una strategia chiara, razionale e trasparente che permetta gradualmente di assicurare sempre più efficienza, velocità, uguaglianza e imparzialità dell'amministrazione della giustizia, in modo che si arrivi ad aprire le indagini e a esercitare l'azione penale rispetto a tutte le notizie di reato.
In questo quadro è consentito al legislatore approntare strumenti di politica criminale che prevedano un differente approccio rispetto a situazioni diverse. Non tutti i delitti presentano lo stesso impatto sociale, la medesima gravità e un'identica rilevanza: non tutti coloro che reclamano

[132] Sul rapporto tra azione penale e principio di legalità-obbligatorietà, v. M. Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 185 s.; Id, *Un "quarto" potere*, in *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale,* cit., 38 ss.
[133] Per G. Canzio, F. Fiecconi, *op. cit*., 150, «ritengono imprescindibile la definizione dei criteri di priorità con fonte normativa primaria, evitando una frammentazione territoriale secondo le geometrie variabili delle singole procure».
[134] Sul sindacato di proporzionalità, ragionevolezza v. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna 2010, 201 s.
[135] P. Ferrua, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 6.
[136] C. cost., 23.3.1966, n. 26.
[137] *Supra*, §. 3.

giustizia si trovano nella stessa situazione, di qui la legittimità di adottare metodi diversi nel disegnare e nell'implementare la politica criminale pubblica.
In tale prospettiva, le priorità rappresentano il miglior strumento possibile, perché nel bilanciare l'immediata esigibilità dell'obbligatorietà con la sua natura anche programmatica, sacrificano il meno possibile il primo aspetto: non si rinuncia alla trattazione di alcunché, ma si modulano solo i tempi di presa in carico. Ma vi è una condizione che rende il bilanciamento ragionevole: le priorità si devono inserire in una più vasta visione, devono concorrere a realizzare l'aspetto programmatico del principio.
Di qui la necessità di prevedere sia criteri di priorità finalizzati a gestire le notizie di reato più importanti, così da realizzare l'immediata esigibilità del principio; sia criteri di priorità volti invece a indirizzare il sistema a un aumento della sua capacità di assorbimento delle notizie di reato.
In definitiva, la legittimità dei criteri di priorità si dovrebbe fondare sulla previsione di una doppia natura: criteri di priorità sostanziali e criteri di priorità processuali. I primi volti a gestire in "fase transitoria" il carico di lavoro ingestibile, e dunque basati su scelte valoriali; i secondi volti a portare il sistema a migliorare le sue performance, e dunque basati su scelte strategiche.
Certo, rimane aperto il problema della "ragionevolezza" del contenuto dei criteri che poi verranno adottati.
Qui il compito del rispetto del canone costituzionale non spetta né alla legge delega, né ai decreti attuativi, bensì alla futura legge parlamentare e ai successivi progetti organizzativi. E si porrà il problema su come investire la Corte costituzionale per farle sindacare un eventuale difetto di ragionevolezza nella scelta delle priorità.
In effetti la più grande difficoltà della materia risiede proprio nelle scelte relative all'ordine da assegnare alla trattazione delle notizie di reato.
Si potrebbero fare delle scelte opposte, tutte ugualmente ragionevoli: reati in procinto di prescrizione, o con prescrizione assai lontana; notizie di reato che richiedono indagini lunghe e complesse o che si risolverebbero con indagini minime; fattispecie che offendono la collettività nel suo complesso o con singole vittime, particolarmente colpite[138].
Il problema è gigante.
Si pensi al periodo dell'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19. Tutti dovevano essere immunizzati, ma nello stesso momento non si potevano vaccinare cinquantanove-milioni di persone: si sono quindi adottate delle priorità, combinando il criterio delle attività lavorative con il criterio dell'età. Alla fine, tutti avranno il vaccino, ma in tempi diversi. Ma è ragionevole che la categoria di soggetti costretti ad attendere il proprio turno debba sopportare, nelle more, il pericolo di essere contagiata? Siamo di fronte a scelte drammatiche, perché quando si decide di formare delle file di attesa, si assume automaticamente il rischio delle conseguenze che lo scorrere del tempo porta con sé per gli ultimi della coda.
Fra complessità investigative, arretrati, sopravvenienze, nonché imprevedibilità degli accadimenti futuri, si è al cospetto di una massa mobile di notizie di reato, che - per quanto ci si forzi - è difficile da fotografare e, di conseguenza, da governare. È dunque reale il rischio che qualche notizia di reato non sarà mai trattata.
Eppure, sembra che questa sia l'unica strada possibile, perché se non si vuole rinunciare all'obbligatorietà, non si può fare a meno di prevedere una sequenza. E in ogni caso, non si può escludere che il coordinamento delle priorità in cui trattare le notizie di reato, delle priorità per la trattazione processuale e di tutte le altre misure varate nella riforma, possa scongiurare tale rischio.

[138] Sul contenuto dei criteri di priorità v. P. Ferrua, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 1 ss.; V. Pacileo, *op. cit*., 212 s.; D. Vicoli, *op. cit*., 273 ss.; V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità* cit., 104 ss.

Occorrerà, in definitiva, organizzare il lavoro, creando file che si muovono e si fermano più volte in un ordinato disegno, che magari consentirà - fra qualche tempo - di trattare tutte le notizie di reato.

7. Ogni legge delega pone il problema dell'individuazione dei limiti entro i quali il Governo è autorizzato ad esercitare la funzione legislativa[139]. A tal fine è necessario indagare a fondo sui testi che il Parlamento di volta in volta approva.
Da questo punto di vista, emerge subito un dato: la legge n. 134/2021 conferisce al legislatore delegato pochissimi compiti.
Se si guarda ai "contenuti essenziali" della legge delega, appare evidente che le istruzioni rivolte al legislatore delegato sono veramente scarne.
Quanto all'"oggetto"[140], la delega individua «i criteri di priorità relativi alla trattazione delle notizie di reato». Ma la determinazione degli stessi è poi attribuita a un organo diverso dal legislatore delegato, ovverosia agli uffici del pubblico ministero, attraverso lo strumento dei progetti organizzativi.
Quanto ai "criteri direttivi"[141], cioè agli obiettivi da raggiungere, si indica «l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale». Lo scopo dell'intervento normativo deve essere quello di consentire una realistica attuazione al principio di obbligatorietà[142].
Quanto ai "principi"[143] - ovvero le norme fondamentali e caratterizzanti destinate a ispirare la disciplina della materia - la delega per lo più tace o rinvia ad ulteriori fonti.
È lasciata ad una legge del Parlamento la definizione dei criteri generali che dovranno guidare la redazione dei criteri di priorità.
Ancora, sono rivolti a guidare le scelte che competono agli uffici della procura i parametri relativi al numero degli affari da trattare e all'utilizzo efficiente delle risorse disponibili.
Nella delega compaiono poi indicazioni di dettaglio: i criteri di priorità dovranno essere trasparenti e predeterminati.
Infine, si impone che la procedura di approvazione dei progetti organizzativi sia allineata a quella delle tabelle.
Dal quadro tracciato emerge che il legislatore delegato ha un fondamentale compito: è tenuto a introdurre nel nostro ordinamento i criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato. Istituto ad oggi assente – almeno in via stabile[144] - nella legislazione primaria.
Tale compito si risolverà in pochi adempimenti, fra cui spicca quello di inserire una disposizione – per lo più nel codice di procedura- nella quale si preveda che le notizie di reato una volta iscritte debbano essere trattate secondo i criteri di priorità stabiliti nei progetti organizzativi predisposti dagli uffici della procura.
Andrà poi regolata nel dettaglio – nelle disposizioni relative all'ordinamento giudiziario - la procedura di approvazione dei progetti organizzativi, attraverso un procedimento analogo e

[139] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998, 531 ss.
[140] R. Guastini, *op. e loc. ult. cit.*
[141] R. Guastini, *op. e loc. ult. cit.*
[142] Cfr. N. Rossi, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà*, cit., 314; G. Spangher, *op. cit.*, 128; N. Triggiani, *Indagini preliminari*, cit., 99; G. Ubertis, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà*, cit., 1891.
[143] R. Guastini, *op. e loc. ult. cit*.
[144] Le norme di attuazioni sul giudice unico hanno per la prima volta introdotto nel sistema normativo, sebbene solo in via transitoria, i "criteri di priorità" (art. 227, d.l. 51/1998), su cui v. R. Kostoris, *Criteri di selezione e moduli deflattivi nella prospettiva di riforma*, in Aa.Vv., *Il giudice unico nel processo penale*, Milano 2001, 39 ss.

parallelo a quello già previsto per le tabelle dei tribunali. Ma vedremo[145] come questo aspetto oggi potrebbe risultare superato dal disegno di legge di riforma dell'ordinamento giudiziario (d.d.l. AC-2681)[146], in via di approvazione definitiva, che disciplina analiticamente il medesimo aspetto.
Si dovranno poi disciplinare – in ossequio alla richiesta di trasparenza - le forme di pubblicità (non necessariamente pubblicità-legale) o di accesso da parte dei soggetti interessati agli atti di programmazione.
Dopodiché andrà garantito – in ossequio alla richiesta di predeterminazione - che l'inizio della vigenza del progetto organizzativo preceda la presa in carico delle singole notizie di reato da parte degli organi investiganti. Va evitato che le priorità vengano stabilite di volta in volta con riferimento a notizie di reato specifiche e già protocollate negli uffici, altrimenti si vanificherebbe l'obiettivo di fondo della gestione uniforme dell'azione penale.

8. Le modalità di adozione dei progetti organizzativi sono state oggetto di un vero e proprio conflitto fra il legislatore e il C.S.M.[147]: in gioco vi era (e vi è tutt'ora) la configurazione costituzionale dei magistrati del pubblico ministero[148].
È in qualche modo desolante prendere atto che l'auspicio formulato da un grande giurista sia caduto nel vuoto. Scriveva Alessandro Pizzorusso: «Nel corso del convegno svoltosi a Genova il 18 e 19 febbraio 1982 si è discusso per l'ennesima volta del ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale italiano. A differenza di quanto era avvenuto in precedenti occasioni, si è avuta questa volta la sensazione che il dibattito possa considerarsi chiuso e che la scelta a favore della soluzione che considera il p.m. un soggetto indipendente, dotato di strutture quanto più possibile simili a quelle degli organi giudicanti, costituisca ormai, almeno con riferimento all'attuale fase della storia costituzionale italiana, una scelta irreversibile»[149].

---

[145] Infra, §. 8, 9 e 10.
[146] Si tratta del disegno AC-2681 (Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura), approvato alla Camera il 26 aprile 2022, e calendarizzato al Senato per fine maggio.
[147] L'apice di tale conflitto è rappresentato dalle risoluzioni adottate dal C.S.M. il 5 luglio 2006, il 12 luglio 2007 e il 21 luglio 2009.
[148] Sulla quale cfr. S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964; N. Bozzo, *Organizzazione degli uffici inquirenti e principio di indipendenza*, in *QG* 1994, 2, 292; V. Cavallari, *Il pubblico ministero nella prospettiva di riforma del processo penale*, in *RDP* 1973, 737; G. Foschini, *Ministro della giustizia e pubblico ministero*, in AP 1948, I, 260; L. Daga, *Pubblico ministero (dir. cost.)* in *ED*, XXV, Roma 1991, 4 ss.; G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, in *www.associazionecostituzionalisti.it*, 2004, 1 ss.; S. Sottani, *Pubblico ministero*, in *DDPen.*, II agg., Torino 2005, 1242; M. Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *ED*, XXXVII, Milano 1988, 111 ss.; G. C. Santilli, *Organizzazione degli uffici giudiziari e organizzazione del pubblico ministero*, in *GC* 1976, 2091 ss.; G. Monaco, *op. cit., 40 ss.*; P. Nuvolone, *Indipendenza del pubblico ministero e diritti dei cittadini*, in *PD* 1983, 376; P. Barile, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di A. Bozzi*, Padova 1992, 33 ss.; G. Neppi Modona, *Art. 112 Cost. e 107, comma 4, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1987, 66 ss.; V. Zagrebelsky, *La figura del pubblico ministero*, in Aa.Vv., *La riforma dell'ordinamento giudiziario e i problemi della giustizia*, II, Roma 1977, 314; N. Zanon, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino 2019, 249 ss.; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996; A. Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e p.m.*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., 30 ss.
[149] L'autore continuava notando come «a questa conclusione ci sembra di dover pervenire, non perché il dibattito abbia portato argomenti capaci di convincere a pieno della fondatezza della tesi sotto il profilo teorico: al contrario, gli sforzi tendenti a valorizzare la principale base che questa tesi ha nel diritto positivo (e che da tempo era stata individuata nell'art. 112 Cost.) non hanno eliminato la sostanziale debolezza dell'argomento, derivante dall'impossibilità di dare

L'ennesima polemica – ad oggi ancora non chiusa - si apriva nel 2006.
Tutto aveva origine dall'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 7 *ter* ord. giudiziario e dalla contestuale attribuzione al procuratore della repubblica della competenza ad adottare i provvedimenti organizzativi dell'ufficio, modifica operata della c.d. riforma Castelli[150] e non corretta in questa parte dalla mini contro-riforma Mastella[151].
Nella sostanza la riforma del 2006[152], estromettendo il C.S.M. dalle determinazioni relative ai criteri generali di organizzazione dell'ufficio[153], ma soprattutto assegnando al procuratore la titolarità esclusiva dell'azione penale, configura un nuovo procuratore della repubblica: un capo, nel senso giuridico di vertice gerarchico della struttura[154].
Si è subito dubitato della compatibilità di tale assetto con quell'indipendenza che la Costituzione vuole che sia attribuita ai magistrati del p.m. in virtù – soprattutto - del principio di obbligatorietà dell'azione penale[155].

---

a tale obbligatorietà un contenuto concreto», A. Pizzorusso, *Riflessioni sul ruolo del pubblico minist*ero, in *QG* 1982, 513 ss.

[150] D.lg. 20 febbraio 2006, n. 106 (Disposizioni in materia di riorganizzazione degli uffici del pubblico ministero a norma dell'art. 1, comma 1° lett. d, della L. 25 luglio 2005, n. 150).

[151] Il testo del D.lg. 20 febbraio 2006, n. 106 è stato modificato ad opera della l. 24 ottobre 2006, n. 269 (Sospensione di efficacia nonché modifica di disposizioni sull'ordinamento giudiziario).

[152] In generale, sulla necessità o meno di una riforma sistematica dell'ordinamento giudiziario, rimangono punti di riferimento imprescindibili le riflessioni di Alessandro Pizzorusso, *La riforma con legge ordinaria del titolo IV della Costituzione*, in *L'ordinamento giudiziari*o, Napoli 2019, vol. II, 1121 ss.; Id, *Non ancora maturi i tempi per un ordinamento giudiziario che attui il titolo IV della seconda parte della Costituzione*, *ivi*, 1129 ss.

[153] E di conseguenza estromettendo dalla predisposizione del piano organizzativo – secondo il modello procedimentale costruito dal C.S.M. in attuazione dell'art. 7 ord. giud. - i magistrati addetti all'ufficio, il consiglio giudiziario, nonché lo stesso C.S.M. Sul punto, cfr. V. Pacileo, *op. cit.*, 34 ss.

[154] In questo senso cfr. Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 8388, in *CP* 2009, con nota di M. Ceresa-Gastaldo, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal procuratore della repubblica*. La decisione delle Sezioni unite, più in generale, si occupa dell'ammissibilità della richiesta di applicazione di misure cautelari personali, presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero, assegnatario del procedimento, senza l'assenso scritto del procuratore della Repubblica, previsto dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 106 del 2006, affermando che quest'ultimo non è condizione di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice.

[155] Sul punto cfr. G. Amato, *Il nuovo assetto ordinamentale del p.m.: il ruolo del procuratore e i rapporti con i sostituti*, in *DPP* 2010, 86; A.N.M., Sezione corte di Cassazione, in *FI* 2004, V, 44; M. Bignami, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, in *QuestG-Speciale* 1/2018, 79 ss.; L. Carli, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero nella nuova normativa ordinamentale*, in *CP* 2007, 113; L. Dittrich, *La "controriforma" dell'ordinamento giudiziario: primo commento alla l. n. 111 del 30 luglio 2007*, in *RDProc.* 2007, 1541; G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale,* cit., 169 ss.; O. Dominioni, *L'ufficio del pubblico ministero Obbligatorietà dell'azione penale e efficienza giudiziaria*, in *L'indipendenza della magistratura oggi,* a cura di N. Zanon, F. Biondi, Milano 2020, 140 ss.; Id, *L'obbligatorietà dell'azione penale dal codice Rocco alla Costituzione*, cit., 15; P. Gaeta, *Il pubblico ministero*, cit. 189 ss.; Id, *L'organizzazione degli uffici di procura: note sull'evoluzione dell'indipendenza interna del pubblico ministero*, in *L'indipendenza della magistratura oggi*, cit., 165 ss.; Id., *L'organizzazione degli uffici di procura*, in *QG, 18.12.2019*, 1 ss.; G. Gilardi, *La l. n. 150/2005 e la "controriforma" dell'ordinamento giudiziario*, in *Il giudice di pace* 2007, 97; A. Mura, *La riforma dell'ordinamento giudiziario.* III. *L'ufficio del pubblico ministero*, in *DPP* 2006, 142 ss.; D. Manzione, *L. 24 ottobre 2006, n. 269 - La riforma dell'ordinamento giudiziario: un "cantiere" (e quanto) aperto?*, in *LP* 2007, 305; G. Melillo, *L'organizzazione delle procure della Repubblica*, in Aa.Vv., *Il nuovo ordinamento giudiziario: concorso, funzioni, scuola della magistratura, ufficio del pubblico ministero e responsabilità disciplinare*, a cura di D. Carcano, Milano 2008, 217 ss.; G. Scarselli, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in *FI*, 2006, V, 27 ss.; Id, *La "riforma della riforma" dell'ordinamento giudiziario: il pubblico ministero, FI* 2008, V, 105; G. Silvestri, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *GI* 2004, 897 ss.; S. Sottani, *Il pubblico ministero*, in *Soggetti*, a cura di G. Dean, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da G. Spangher, vol. 1, Torino 2009, 398.

Come è noto, il principio di indipendenza agisce su tre piani: "funzioni processuali", "*status* giuridico", "organizzazione degli uffici"[156]. Inoltre, l'indipendenza si profila come "esterna" (ovverosia nei rapporti con gli altri poteri) o come "interna" (ovvero nei rapporti con gli altri magistrati)[157].

"L'indipendenza funzionale esterna" vieta di sottoporre i p.m. ad altri poteri dello Stato[158], non potendo l'azione penale – e tutto ciò che la precede[159] - essere condizionata in alcun modo da essi[160].

Mentre si continua a discutere sul grado di "indipendenza funzionale interna"[161], ovverosia se sia o meno compatibile con la Costituzione la previsione da parte del legislatore di una qualche forma di gerarchia[162] – magari attenuata - nell'esercizio dell'azione penale[163] fra sostituto procuratore, procuratore della repubblica, procuratore generale presso la corte d'appello[164], nonché in ipotesi – come avviene emblematicamente nei sistemi ispano-americani[165] - procuratore generale presso la corte di cassazione[166].

"L'indipendenza di *status"* è inderogabilmente tratteggiata dalla Costituzione dagli artt. 105 e 106, in tutt'uno con quello dei magistrati giudicanti[167]. Assunzioni, assegnazioni, promozioni,

---

[156] Cfr. S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 180 ss.; P. Bonifacio, G. Giacobbe, *Art. 104 Cost*., in *Commentario della Costituzione*, G. Branca (a cura di), La Magistratura, II, Bologna-Roma 1986, spec., 26 ss.; P. Gaeta, *L'organizzazione degli uffici di procura*, cit., 165 ss.; L. Pepino, *Il pubblico ministero tra indipendenza e controllo*, in *QG*, 1985, 588 ss.; G. Neppi Modona, *Art. 112 Cost. e 107, comma 4, Cost.*, cit., 71 ss.; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit.; N. Zanon, F. Biondi, *op. cit*., 93 ss.; F. Spagna Musso, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Studi di diritto costituzionale*, Napoli 1966, 17 ss.; A. Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi*, cit., 30 ss.

[157] Cfr. G. Neppi Modona, *Art. 112 Cost. e 107, comma 4, Cost.*, cit., 76 ss.; R. Romboli, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in *Ordinamento giudiziario forense. Vol. I,* in *Antologia di scritti*, a cura di S. Panizza, A. Pizzorusso, R. Romboli, 2002, 307 ss.; I. Nicotra Guerrera, *Considerazioni problematiche sul pubblico ministero nella Costituzione*, Aa.Vv., in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte*, Torino 1997.

[158] C. cost., 16.12.1970, n. 190, C. cost., 26.7.1979, n. 84; C. cost., 15.2.1991, n. 88.

[159] Cfr. N. Zanon, F. Biondi, *op. cit*., 259 ss.

[160] V. Borraccetti, *Pubblico ministero e giudice nel nuovo processo penale*, in *QG* 1988, 511 ss.; P. Nuvolone, *Indipendenza del pubblico ministero e diritti dei cittadini*, in *PD* 1983, 376 ss.; L. Pepino, *op. cit*., 590; A. Pizzorusso, *Gli organi requirenti*, in *L'ordinamento giudiziari*o, Napoli 2019, vol. I, 183 ss.

[161] Sul dibattito e sulle diverse posizioni prima della riforma del processo penale v. M. Bellone, *Pubblico ministero, Nss. DGI*, App. VI, Torino 1986, 9 ss. Su come la riforma del processo smorzerà il problema e sulla personalizzazione e diffusione delle funzioni v. G. Neppi Modona, *Art. 112 Cost. e 107, comma 4, Cost.*, cit., 77 ss. Sul ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale v. F.S. Borrelli, *op. cit*., 29 ss.; D. Siracusano, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, cit., 39 ss.; G. Silvestri, *Il Pm quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *GiC* 1997, 957 ss.

[162] Nell'ammetterla C. cost., 16.3.1976, n. 52, commentata criticamente da L. Daga, *Continua la crisi del pubblico ministero: ufficiale del p.m. o magistrato?* in *GC* 1976, 561; G.C. Santilli, *Organizzazione degli uffici giudiziari e organizzazione del p.m.*, in *GC* 1976, 2091; Galli, *P.m. e subordinazione gerarchica nel nuovo Cpp: una affermazione incidentale – e frettolosa – della corte costituzionale*, in *GC* 1977, 357; Bertone Ferri, *Il p.m. oggi*, in *GP* 1978, II, 390.

[163] Nell'escluderla v. P. Gaeta, *Il pubblico ministero*, cit., 188; G. Silvestri, *L'organizzazione del p.m.: rapporti nell'ufficio e tra gli uffici*, in *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., 215 ss., nonché N. Zanon, *op. cit*., 92 ss.; V. Zagrebelsky, *Indipendenza del p.m. e obbligatorietà*, cit., 3.

[164] Tanto è vero che si dubita della compatibilità costituzionale dell'avocazione, su cui v. R. Garofoli, *Avocazione delle indagini: profili costituzionali e aspetti problematici*, in *GiC*, II, 1996, 1331 ss.; F. Cintoli, *Linee sistematiche dell'istituto dell'avocazione*, in *GP*, III, 1993, 12 ss.; F. Puleio, *Ancora in tema di avocazione da parte del procuratore generale*, in *GP*, III, 2005, 439 ss.

[165] V. *supra*, §. 3.

[166] C. cost., 16.3.1976, n. 52; C. cost., 14.4.1976, n. 87, C. cost., 2.4.1964, n. 32, C. cost., 23.4.1975, n. 97.

[167] Cfr. G. Monaco, *op. cit.*, 304 ss.

trasferimenti, provvedimenti disciplinari relativi ai p.m. competono al C.S.M., al fine di evitare che le scelte processuali relative all'azione possano nei fatti essere determinate da pressioni abusive provenienti da organi a cui fosse affidato il governo delle relative carriere[168]. Qui si è scelto di parificare l'indipendenza "esterna" con quella "interna": è vietato affidare le carriere dei p.m. tanto a organi politici quanto ai dirigenti degli uffici.

"L'indipendenza organizzativa", invece, è rimessa nelle mani del legislatore attraverso la peculiare riserva di legge prevista dall'art. 107 comma 4 Cost.: la materia deve essere regolata all'interno della legge sull'ordinamento giudiziario. Sicché il legislatore può modellarla con una certa libertà[169], a condizione però che non estrometta i p.m. dalla loro appartenenza all'odine giudiziario, quale ordine autonomo e indipendente dagli altri poteri dello Stato[170].

Su tali paletti costituzionali si è innescata la miccia del conflitto fra legislatore e C.S.M. sulle prerogative del pubblico ministero[171].

Il nodo problematico fondamentale invero ha riguardato la titolarità dell'azione penale: da concentrare in capo al vertice dell'ufficio, secondo quanto ha voluto il legislatore con la riforma del 2006; ovvero da configurare come potere diffuso in capo ad ogni singolo sostituto, come ha ritenuto il C.S.M. nelle risoluzioni del 2007, 2009 e 2017.

Ma a cascata lo scontro si è riversato anche sull'organizzazione degli uffici[172]. Anche qui si discute se accentrare tutto in capo al procuratore della repubblica, o se attribuire la relativa responsabilità anche a tutti i magistrati dell'ufficio e al vertice dell'organizzazione della magistratura[173].

Le alternative evocano sempre il medesimo problema: ovverosia quale debba essere lo Statuto costituzionale del p.m. affinché sia garantito il principio di obbligatorietà[174].

---

[168] Sul tema v. S. Sicardi, *La carriera dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, in *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, a cura di N. Zanon, di G. Rienzo Villata, F. Biondi, Milano 2012, 19 ss. Inoltre, v. G. Di Federico, *Ordinamento giudiziario*, Bologna 2019, 13 ss., il quale sottolinea come il nuovo assetto delle progressioni di ruoli e di stipendi impedisca di utilizzare la parola carriera così come quella di professione.

[169] Cfr. A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, ora in *L'ordinamento giudiziario*, Napoli 2019, 177 ss.; N. Zanon, *op. cit*., 4 ss.

[170] Sul punto cfr. L. Daga, *op. cit*., 2 ss.; G. Neppi Modona, *Art. 112 Cost. e 107, comma 4, Cost.*, cit., 68 ss.; R. Garofoli, *op. cit.*, 1340 ss. N. Zanon, *op. cit*., 5 ss. *Contra* v. A. Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi* cit., 32.

[171] In tema, V. Zagrebelsky, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *osservatorioaic.it*, 6, 2019; M. Volpi, *Il Consiglio Superiore della Magistratura: snodi problematici e prospettive di riforma (sintesi della relazione introduttiva)*, in *Gruppo di Pisa*, 1, 2021; G. Silvestri, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio e una riflessione sul futuro del CSM. Conclusioni*, in *Forum QC*, 4, 2020.

[172] G. Pignatone, *L'organizzazione dell'Ufficio del Pubblico ministero*, incontro di studio del CSM, Roma, 1-3 aprile 2009, 1 ss.

[173] E. Albamonte, *Uffici inquirenti, ecco da dove si riparte. Il procuratore capo resta padre-padrone*, in *DeG*, 2006, 115 ss.; G. Amato, *In Procura ritorno alla gerarchia?*, in *GD* 2005, 32, 94 ss.; Id, *Il nuovo assetto ordinamentale del p.m.*: *il ruolo del procuratore e i rapporti con i sostituti*, in *DPP*, 2010, 86 ss.; A.A. Dalia, *Il problema di coordinamento, dei collegamenti e dei controlli nell'esercizio della funzione d'accusa*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, cit., 75 ss.; A. Mura, *op. cit.*, 154 ss.; E. Paciotti, *La questione dei dirigenti degli uffici giudiziari*, in *QG* 1983, 1015 ss.; S. Panizza, *L'organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, in *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 71 ss.

[174] M. Chiavario, *La fisionomia del titolare dell'azione penale*, cit., 11 ss.; V. Zagrebelsky, *L'obbligatorietà dell'azione penale: riflessi sulle garanzie e sull'organizzazione degli uffici,* in Aa.Vv. *La riforma del pubblico ministero*, Milano, 1974, 191; M. Di Napoli, *Tutela dei diritti ed efficace esercizio dell'azione penale: il punto di vista di una Procura della Repubblica*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, a cura di V. Garofoli, Milano 2009, 41 ss.

Più nel dettaglio è necessario interrogarsi non solo su come debba atteggiarsi l'indipendenza interna dal punto di vista funzionale e organizzativo[175], ma anche se i due profili possano modularsi diversamente. Invero il dilemma si pone in quanto i due aspetti, per quanto si possano a livello teorico tenere distinti, poi a livello pratico si intrecciano e si confondono[176].
Sul tema si è detto e scritto tantissimo, ma soprattutto si è assistito a una sorta di "golpe" da parte del C.S.M., che ha fornito un'interpretazione rivoluzionaria della riforma del 2006, consentendo così di invertirne gli obiettivi[177]. Un sistema normativo a gerarchia interna stretta – tanto sul versante dell'indipendenza funzionale, quanto sul versante dell'indipendenza organizzativa - è diventato un sistema a direzione funzionale, non molto diverso da quello precedente all'intervento normativo[178].
Oggi - a sorpresa – si colloca l'intervento della legge delega del 2021: il legislatore pare abbia cambiato idea e con due semplici righe - allineamento fra tabelle e progetti organizzativi – ha aderito al sistema delineato in via interpretativa dal C.S.M.
Si è così voluto fare un deciso passo indietro, mettendo la parola fine all'acceso dibattito: prevedendo "l'allineamento" si sottrae al procuratore della repubblica la titolarità esclusiva dell'organizzazione dell'ufficio. La parola "allineamento" infatti suggerisce la necessità di una similitudine fra i due citati documenti.
E se la similitudine deve riguardare sicuramente i tempi di adozione e la durata di vigenza, perché è necessario coordinare tabelle giudicanti e progetti organizzativi delle procure per garantire l'efficienza complessiva del sistema, non si può escludere che si debba andare oltre.
L'allineamento sembra evocare anche – e soprattutto - una similitudine coinvolgente i soggetti chiamati ad adottare gli atti che compongono il procedimento di formazione del documento: proposta, pareri, delibera, promulgazione.
Sicché cade il monopolio del vertice dell'ufficio nell'organizzazione. Si conferma - questa volta per legge e non più attraverso la lettura manipolativa dei testi normativi da parte del C.S.M. – l'indipendenza organizzativa interna del p.m.: il procuratore della repubblica è titolare di una mera direzione funzionale[179].
Ma vi è di più.
Il disegno di legge delega sull'ordinamento giudiziario (d.d.l. AC-2681)[180], forse anche dimenticando che nella legge delega sulla riforma del processo penale è inserito l'inciso "sull'allineamento", spinge sull'acceleratore e inserisce una disciplina organica e completa sull'approvazione e sul contenuto dei progetti organizzativi. E si attribuisce esplicitamente al C.S.M. il compito di adottare i progetti delle procure, modificando direttamente l'art. 1 della legge del 106/2006[181].

---

[175] G. Micali, *L'indipendenza del pubblico ministero e l'esegesi dell'art. 107, comma 4, della Costituzione*, in *CP* 1999, 934 ss.
[176] Non a caso P. Gaeta, Il *pubblico ministero*, cit., 153 ss., riversa la soluzione del problema relativo all'indipendenza funzionale interna nell'ambito dell'indipendenza organizzativa interna. Cfr. V. Pacileo, *op. cit.*, 2 ss.
[177] Sui limiti del potere paranormativo del C.S.M., v. N. Zanon, F. Biondi, *op. cit.*, 49 ss.; F. Sorrentino, *I poteri normativi del CSM*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari 1994.
[178] Per una sintesi dell'assetto organizzativo degli uffici della procura prima della riforma del 2006 v. P. Gaeta, *Il pubblico ministero*, cit. 192.
[179]M. Bignami, *op. cit.*, 83; P. Gaeta, *L'organizzazione degli uffici della procura*, cit., 165.
[180] Su cui v. G. Mazzotta, *La procedura tabellare per l'adozione del documento organizzativo delle Procure della Repubblica: un ritorno al passato o un ponte verso il futuro*? in *QG*, 28.4.2022, 1 ss.
[181] Il disegno di legge interviene sui progetti organizzativi delle procure modificando direttamente la legge del 2006. Prima degli emendamenti del Governo, la materia invece era tutta inserita all'interno delle deleghe. Sul punto v. *Proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario attraverso la formulazione di emendamenti al*

In tal modo, qualora la legge fosse approvata definitivamente, non sarebbe più necessario l'intervento attuativo del legislatore delegato sullo specifico punto, che dunque sarebbe stato inutilmente dato.

9. Facciamo un passo indietro. Nella vigenza dell'art. 7 *ter* ord giud., il C.S.M. aveva assunto un ruolo centrale nella materia. Dovendo indicare i criteri generali di organizzazione dell'ufficio, il C.S.M. - valorizzando al massimo la prerogativa relativa all'adozione di circolari e di atti di indirizzo[182] - aveva nel tempo fornito molteplici indicazioni sull'iter di approvazione dei progetti organizzativi[183].
Ed anche a seguito della sua estromissione, il C.S.M. aveva rivendicato con forza la competenza a continuare a indirizzare le procure nell'adozione dei progetti[184]. In questo senso è emblematica la circolare del 2017[185].
Certo è che il livello raggiunto da questi atti para-normativi deve essere preservato[186]. Essi sono espressione di una nuova concezione, che - come mai prima – mette al centro l'aspetto organizzativo del sistema, nella consapevolezza che solo una buona amministrazione possa garantire il "servizio giustizia"[187].
Emblematico in tal senso è il Codice dell'organizzazione giudiziaria[188]. Nell'atto sono raccolti in un unico testo «le principali delibere adottate nella materia dell'organizzazione giudiziaria per assicurare una immediata visione d'insieme degli strumenti organizzativi e delle innovazioni introdotte, consentendone, nel contempo, una più agevole consultazione da parte dei dirigenti, dei magistrati e di tutti gli operatori del diritto»[189]. Sfogliando i numerosi atti inseriti nel codice emerge in modo evidente come la materia organizzativa sia decollata e non sia più frutto di iniziative sporadiche e sconnesse. Insomma, si appalesa un vero e proprio "sistema organizzativo".

Disegno di legge A.C. 2681, Relazione predisposta dalla Commissione di studio Luciani istituita con d.m. 26 marzo 2021, in *www.giustizia.it*.

[182] Sulla potestà normativa del C.S.M., v. la relazione predisposta dalla Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura (cd. Commissione Paladin, dal nome del suo presidente, il prof. Livio Paladin), istituita con decreto del Presidente della Repubblica Cossiga, il 26 Luglio 1990, in *www.csm.it/web/csm-internet/aree-tematiche/archivio-storico/il-csm-secondo-la-costituzione*.

[183] A partire dalle risoluzioni del 3 giugno 1992, del 25 marzo 1993, e del 10 aprile 1996.

[184] C.S.M. il 5 luglio 2006, il 12 luglio 2007 e il 21 luglio 2009, citate.

[185] C.S.M., *Elaborazione di una risoluzione unitaria in materia di organizzazione degli Uffici del Pubblico Ministero*, delibera del 16 novembre 2017.

[186] Di qui la necessità di approntare un confronto con tutti i soggetti coinvolti nell'organizzazione degli uffici della procura e degli altri soggetti esterni all'ufficio, quali l'Ordine degli Avvocati e il Tribunale, al fine di analizzare il passato per individuare le buone pratiche meritevoli di diffusione e, nel caso, di perfezionamento.

[187] Cfr. V. Pacileo, *op. cit*., 305 ss., che mette in evidenza come «il vizio che la magistratura si tira dietro da troppo tempo è una sorta di monadismo organizzativo, nel senso che la tendenza è a non badare a sufficienza al lavoro che viene svolto prima e dopo la filiera in cui ciascuno apporta il suo contributo».

[188] Delibera C.S.M. 25 luglio 2018, nella cui introduzione si precisa che «il cambiamento culturale si misura anche nella capacità del Consiglio di utilizzare appieno gli strumenti della *soft law*, che non sono imposizioni di regole o comportamenti, ma strumenti che suggeriscono e veicolano prassi virtuose e che promuovono l'adozione di moduli organizzativi sperimentati. Il Csm, dunque, non si sostituisce alle decisioni di competenza del giudice e dei dirigenti degli uffici giudiziari ma ne accompagna le scelte fornendo strumenti utili di consultazione e prassi che si sono rivelati efficaci in alcuni contesti giudiziari. Numerosi sono stati gli interventi, compiuti sia attraverso le più tradizionali forme della circolare e della risoluzione, che mediante l'approvazione di linee guida e buone prassi volte a rendere più efficiente ed efficace il servizio giustizia».

[189] Così l'introduzione della delibera, C.S.M. 25 luglio 2018.

Gli atti adottati dal Consiglio in tema di organizzazione delle procure nel corso del tempo hanno permesso via via di affinare la materia[190]: attraverso progressivi perfezionamenti della disciplina e mutamenti di rotta, si è arrivati oggi a un sistema che, guardato dall'esterno, stupisce per il modo in cui "tutte" le Procure della Repubblica riescono a gestire e trattare un numero di notizie di reato sproporzionato in eccesso rispetto alle risorse disponibili. Nonostante tutti i *deficit* che il nostro sistema processuale presenta, nessuna pubblica amministrazione è così efficiente.
Ebbene, se non si fosse in attesa della ormai prossima riforma sull'ordinamento giudiziario (d.d.l. AC-2681)[191] - la quale comporterà un'abrogazione, per successione, della delega sul processo penale nella parte relativa all'allineamento -, la prima direttiva che il legislatore delegato avrebbe dovuto osservare sarebbe stata quella della non dispersione di tale patrimonio di esperienza.
Da questo punto di vista la legge delega sul processo penale è chiara: autorizza soltanto la normazione della procedura di adozione e approvazione dei progetti organizzativi, lasciando inalterata per il resto la materia organizzativa, ad eccezione, però, dei criteri di priorità. E il testo oggi vigente del d.l. 106/2006[192] (ma che sarà modificato appena sarà definitivamente approvato il d.d.l. AC-268)[193] avrebbe continuato a individuare i compiti del Procuratore[194].
In via necessariamente sommaria – perché è impossibile una distinzione netta dei due piani – all'interno delle singole disposizioni ancora oggi vigenti si possono individuare prerogative "prevalentemente organizzative" e prerogative "prevalentemente funzionali".
Dal punto di vista prevalentemente funzionale, il procuratore è il titolare esclusivo dell'azione e la esercita personalmente o mediante assegnazione, può trattare gli affari personalmente oppure assegnare a uno o più procuratori uno o più procedimenti o singoli atti, indicando eventualmente i criteri a cui il magistrato deve attenersi, può sempre revocare le assegnazioni, inoltre, in materia cautelare, deve dare il visto.
Dal punto di vista prevalentemente organizzativo invece: determina i criteri di organizzazione dell'ufficio e i criteri di assegnazione degli affari, ivi compresi quelli di natura automatica (per tipologie di reato); individua settori omogenei di affari da assegnare a un gruppo di magistrati, individuandone anche il coordinatore; può definire criteri per l'impostazione delle indagini in relazione a settori omogenei di procedimenti; determina i criteri per la gestione della polizia giudiziaria, delle risorse materiali e di quelle tecnologiche; designa il vicario, stabilendo in via generale o con singoli atti i criteri cui attenersi; può delegare a procuratori aggiunti o a sostituti la cura di specifici settori, eventualmente stabilendo in via generale o con singoli atti i criteri cui attenersi.

---

[190] S. Aprile, *La gestione delle risorse esistenti: i modelli organizzativi proponibili. Il rapporto tra produttività, organizzazione del lavoro e gestione del personale amministrativo. Gestione delle risorse umane e gestione delle risorse finanziarie e strumentali*, in *Incontro di studio del CSM, "La riconversione dei magistrati giudicanti a direttivi requirenti"*, Roma 17-18 marzo, 2008, *www.csm.it*; I. Mannucci Pacini, *L'organizzazione della procura della Repubblica di Torino: criteri di priorità o esercizio discrezionale dell'azione penale*, in *QG* 2000, 175 ss.; G. Pignatone, *op. cit.*, 9 ss.; N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità*, cit., 16 ss.
[191] Approvata alla Camera il 26 aprile 2022, e calendarizzata al Senato per fine maggio.
[192] Come già modificato dalla L. 26/2006.
[193] Su tali modifiche v., infra, §. 10.
[194] Per un commento complessivo, v. Aa.Vv., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *FI* 2006, V, 1 ss.; Aa.Vv. *La «riforma della riforma» dell'ordinamento giudiziario*, in *FI* 2008, V, 87 ss. Si vedano inoltre gli interventi raccolti nella *Tavola rotonda*, in *LP* 2006, 675. Sul tema v. altresì V. Borraccetti, *Il dirigente dell'ufficio di Procura dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *QG* 2008, 1, 7 ss.; Id, *Note sulla controriforma annunciata del pubblico ministero*, in *QG* 2002, 3, 680 ss.; P. Gaeta, *L'organizzazione degli uffici della procura*, cit., 165 ss.; F. Menditto, *L'organizzazione delle Procure nella stagione della controriforma*, in *QG* 2006, 5, 890 ss.

Ebbene, la legge delega sul processo penale dà per scontato che tali numerose attribuzioni confluiscono in un unico documento: il progetto organizzativo, appunto.
Il legislatore delegato, dunque, avrebbe potuto introdurre un nuovo articolo, dopo l'art. 5 della l. 106/2006, intitolato proprio «Progetto organizzativo degli uffici requirenti», nel quale si sarebbe potuto prevedere che «i criteri generali in base ai quali organizzare gli uffici requirenti sono stabiliti ogni triennio con decreto del Ministro di giustizia in conformità con le delibere del C.S.M. assunte su proposta dei singoli Procuratori della Repubblica, sentiti i Consigli giudiziari».
In tal modo si sarebbe realizzato l'auspicato allineamento: le tabelle degli uffici giudicanti, previste dall'art. 7 *bis* ord. giud., sono stabilite ogni triennio con decreto del Ministro di giustizia in conformità con le delibere del C.S.M. assunte su proposta dei Presidenti delle Corti di appello, sentiti i Consigli giudiziari[195].
Certo si sarebbe trattato di una previsione "scarna", come "scarna"[196] è la medesima procedura prevista per le tabelle. Ma il C.S.M. sarebbe stato ancora legittimato a indicare, con maggior chiarezza, la determinazione delle regole organizzative[197], al fine di «garantire una piena attuazione al principio di obbligatorietà, che per la sua realizzazione richiede autonomia e indipendenza dei singoli magistrati del p.m. e dunque "diffusione" delle attribuzioni»[198]. Questi compiti organizzativi dunque avrebbero dovuto essere adottati attraverso un procedimento che di fatto avrebbe reso più "diffusa" l'attività organizzativa[199].
E per le tabelle è già regolata dal C.S.M. un'analitica procedura di approvazione[200], caratterizzata da un'ampia partecipazione: oltre ai soggetti già indicati dalla legge, sono coinvolti i dirigenti degli uffici giudiziari, tutti i magistrati dell'ufficio, il Consiglio dell'ordine degli Avvocati e il Procuratore della Repubblica.
Allo stesso modo nella circolare sui progetti organizzativi delle procure si sarebbe potuto prevedere un più significativo coinvolgimento: non solo di tutti i magistrati dell'ufficio e del Presidente del tribunale (come impone già la Circolare del 2020) [201], ma anche dei Capi ufficio del distretto e del Consiglio dell'ordine degli avvocati, in analogia alla circolare sulle tabelle.
La riforma avrebbe così realizzato un doppio binario rispetto le competenze del C.S.M.
Si sarebbe legittimato per legge l'intervento del C.S.M. sui criteri organizzativi di cui agli art. 1, 2, 3 e 4 della l. 106/2006; così che le circolari sull'organizzazione – a questo punto *secundum legem* – avrebbero potuto dare indicazioni sia sulle modalità in cui organizzare le procure, sia sull'iter di approvazione per renderlo più partecipativo rispetto al dettato normativo.
Si sarebbe invece dovuto escludere - vista la riserva di legge parlamentare sui criteri generali delle priorità e visto il silenzio della legge delega sul punto - il potere in capo al C.SM. di arricchire o di correggere, nel documento organizzativo di indirizzo, le previsioni normative relative ai criteri

[195] N. Zanon, F. Biondi, *op. cit*., 230 ss., A. Proto Pisani, *Ancora sul giudice naturale e sistema tabellare*, *FI* 2014, V, 24 ss.
[196] L'aggettivo è utilizzato dallo stesso C.sm. Nella Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2020/2022. (delibera in data 23 luglio 2020 e successive modifiche in data 8 aprile 2021, 13 ottobre 2021 e 7 dicembre 2021) si afferma: «L'intervento della normativa secondaria è particolarmente necessario nella materia tabellare in quanto la normativa primaria è piuttosto scarna e si riduce, in gran parte, alle linee generali dettate dagli artt. 7 *bis* e 7 *ter* del regio decreto n. 12/1941».
[197] Sulla possibilità del C.S.M di assumere atti attuativi di previsioni legali e anche privi di una base legale v. N. Zanon, F. Biondi, *op. cit*., 23 ss.
[198] Così Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2020/2022, cit.
[199] Cfr. V. Paliceo, *Pubblico ministero*, cit., 316 ss.
[200] Cfr. C. cost., 17.7.1998, n. 272, nonché C. cost., 3.6.1970, n.80.
[201] Cfr. Delibera CSM 16 dicembre 2020, Modifica alla Circolare sull'Organizzazione degli Uffici di Procura (deliberata in data 16 novembre 2017, così come modificata alla data del 18 giugno 2018).

generali: perché si sarebbe configurato come un potere *contra legem*. Mentre sarebbe rimasta ferma la competenza per l'approvazione dei criteri di priorità locali, quale atto di mero controllo sul rispetto della legge.

10. Se questo era il sistema che si poteva immaginare, provando a predire come si sarebbe dovuta attuare la legge delega sulla riforma del processo penale (l. 134/2021), appare ora necessaria una più complessa valutazione.
Alla luce dell'approvazione da parte di un ramo del Parlamento del disegno di legge sulla riforma dell'ordinamento giudiziario (d.d.l. AC-2681), occorre verificare se sia stato tracciato qualche cambiamento di rotta rispetto alla legge delega sul processo penale, ovvero se vi sia stata solo una decisa accelerazione.
Il disegno di legge interviene tanto per modificare il sistema tabellare degli uffici giudicanti (con delega), quanto per introdurre di nuovo la disciplina dei progetti organizzativi delle procure (ma qui con legge).
Le tabelle (ai sensi dell'art. 2 comma 2 lett a, d.d.l. AC-2681) sono proposte dai dirigenti degli uffici giudicanti, sentiti i dirigenti degli uffici requirenti corrispondenti e il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati; sono trasmesse dal Presidente della Corte d'appello al C.S.M. e questo le approva previo parere del Consiglio giudiziario. Invero, più che criteri direttivi, qui sembrano delinearsi regole immediatamente precettive.
Del pari, i progetti organizzativi (ai sensi dell'art. 13 comma 1, d.d.l. AC-2681, che va a sostituire il comma 6 dell'art. 1, l.102/2006) sono predisposti dal Procuratore della Repubblica, sentiti il dirigente dell'ufficio giudicante corrispondente e il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati e sono approvati dal C.S.M. previo parere del Consiglio giudiziario e valutate le eventuali osservazioni formulate dal Ministro della giustizia.
Ambedue i documenti hanno durata quadriennale (ai sensi degli artt. 8 comma 1 e 13 comma 1, d.d.l. AC-268181), e ambedue sono soggetti ad una procedura semplificata di adozione: modelli standard di redazione dei documenti e dei pareri del Consiglio giudiziario elaborati dal C.S.M.; silenzio assenso qualora il C.S.M, non si pronunci entro certi termini (ai sensi dell'art. 2 comma 2 lett. c, d.d.l. AC-2681).
Si realizza così quell'allineamento già richiesto dalla delega sul processo penale: ambedue i provvedimenti sono adottati dal CSM, con procedura analoga.
E si avvera nel contempo anche quell'auspicio che si era formulato: le nuove procedure di approvazione si "ispirano" alle circolari del C.S.M. che avevano già previsto una più ampia partecipazione. Non sono però contemplati nella procedura di approvazione dei due documenti né i magistrati assegnati agli uffici, né - rispetto ai soli progetti organizzativi - i capi ufficio del distretto e il procuratore generale presso la corte d'appello. Ma ciò non esclude che siffatti coinvolgimenti saranno ribaditi dalle rispettive circolari del C.S.M.
Ebbene: ritorna anche qui - rispetto quello che ci si poteva aspettare dall'attuazione della legge delega su processo penale - la scelta di configurare dal punto di vista organizzativo non più una "gerarchia", ma un modello di "direzione funzionale"[202].
Ma non solo, nel disegno di legge è anche regolato nel dettaglio il contenuto del progetto organizzativo delle procure (*ex* art. 19 comma 1, d.d.l. AC-2681, che sostituisce il comma 6 dell'art. 1, l. 106/2006), a differenza di quanto previsto dalla legge delega sul processo penale, la quale sul punto tace.

[202] V., *supra*, §. 9.

Nel testo del provvedimento in corso di approvazione, si prevede in maniera esplicita che nel progetto dovranno essere indicate: le misure organizzative per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione anche alla luce dei criteri di priorità, i criteri di priorità locali, i compiti dei procuratori aggiunti, i criteri di assegnazione e co-assegnazione dei procedimenti, i criteri e le modalità di revoca dell'assegnazione, i criteri per la nomina del Vicario, i gruppi di lavoro. E si precisa che il programma dovrà essere redatto sulle base "dei principi generali definiti dal C.S.M.".
Invero, rispetto alla disposizione oggi vigente[203], non emergono particolari rivoluzioni, ed anzi sembra che continuino ad esserci una inevitabile commistione fra prerogative "prevalentemente organizzative" e prerogative "prevalentemente funzionali" del procuratore della repubblica. Basti pensare ai criteri organizzativi che assicurano l'esercizio imparziale dell'azione, o ai criteri relativi alle modalità di revoca dell'assegnazione dei procedimenti. Non c'è dubbio che si tratti di regole ambivalenti.
Però un dato innovativo emerge rispetto al testo normativo attualmente vigente.
Si legittima esplicitamente il C.S.M. a stabilire i principi generali a cui deve conformarsi il Procuratore della repubblica nel predisporre il documento[204].
Nasce subito il dubbio se la generica previsione – in termini di principi generali - possa riguardare anche le priorità. Nella legge delega sul processo penale su questo aspetto, non a caso, si taceva. E il silenzio della legge delega equivale ad esclusione.
Invero i criteri di priorità, se nati e concepiti come "moduli organizzativi", si sono ormai trasformati a tutti gli effetti in "regole processuali", che disciplinano l'azione processuale dei p.m. Come le notizie di reato devono essere iscritte immediatamente, così le indagini devono essere aperte secondo l'ordine di priorità. Regole a rilevanza esterna, dunque, e non più organizzative. Non a caso nella legge delega sul processo penale si prevede che i criteri di priorità siano inseriti nel codice di procedura penale, a differenza dei progetti organizzativi che invece si sarebbero dovuti inserire nelle norme sull'ordinamento giudiziario.
Invero si dovrebbe escludere che il C.S.M. - tanto alla luce della delega sul processo penale, quanto alla luce del disegno di legge sull'ordinamento giudiziario - possa adottare atti di indirizzo intorno ai "criteri generali" di priorità. Qui si incide direttamente e immediatamente sull'art. 112 della Costituzione. E su tale aspetto rimane imprescindibile una riserva di legge: l'autogoverno della magistratura non può dare indicazioni sull'atteggiarsi del principio di obbligatorietà.
È dunque difficile immaginare che il C.S.M. possa rivendicare un ruolo para-normativo sui criteri generali. Ovverosia non sarebbe più legittimato a ribaltare le previsioni normative, trasformando ancora una volta la "gerarchia nell'esercizio dell'azione" in una "direzione funzionale", prevedendo una diffusività della competenza all'adozione dei criteri generali di priorità. Ciò non esclude che possa fornire delle indicazioni su come i criteri generali previsti dal Parlamento debbano essere utilizzati nei singoli progetti organizzativi. Ma si tratta di due competenze diverse, funzionali le prime, organizzative le seconde: e il confine deve rimanere netto e invalicabile.
Recentemente si è autorevolmente sostenuto che l'adozione di criteri di priorità imponga una rivisitazione dell'alternativa fra "titolarità esclusiva" dell'azione in capo al procuratore capo e "titolarità diffusa" in capo a ogni singolo pubblico ministero[205]. La bilancia ora deve propendere verso la titolarità esclusiva, sul presupposto che l'esercizio dell'azione è governato dai criteri di priorità. Un sistema di obbligatorietà realistica, in cui le scelte dell'azione non sono più

[203] Sull'attuale contenuto dell'art. 1, l. 106/2006 v., *supra*, §. 9.
[204] Fra cui va compresa anche la competenza ad elaborare i modelli standard del progetto e dei pareri che deve rilasciare il Consiglio giudiziario nell'iter di approvazione.
[205] P. Gaeta, *L'organizzazione degli uffici di procura*, cit. 168 ss.

automatiche, devia verso una struttura gerarchica: è l'automatismo dell'azione che impone la diffusione del potere in capo a tutti i p.m. In pratica, un'obbligatorietà temperata dai criteri di priorità non è più ostativa a una concentrazione della titolarità formale dell'azione penale in capo al vertice dell'ufficio.
Si verrebbe così a creare un sistema modulato: il procuratore conserva la titolarità dell'azione, ma perde la titolarità dell'organizzazione; dunque "gerarchia nell'azione" e "direzione funzionale" nell'organizzazione.
Certo è che la configurazione del p.m. continua ad apparire come un vero *rebus*[206]: nella parte più sensibile (ovverosia l'indipendenza funzionale interna) vi è un deciso indebolimento, nella parte meno sensibile (ovverosia l'indipendenza organizzativa interna) vi è al contrario un deciso rafforzamento.
La titolarità dell'azione, infatti, attiene al nocciolo duro dell'indipendenza funzionale e guarda direttamente l'art. 112 della Costituzione[207].
La titolarità dell'adozione dei programmi organizzativi dell'ufficio, invece, riguarda l'indipendenza organizzativa - l'art. 107 Cost. - la quale nella sua configurazione è rimessa comunque alle scelte discrezionali del legislatore, con l'unico limite del divieto di strutturare gli uffici del p.m. come meri uffici amministrativi[208].
Volendo a tutti i costi trovare la ragionevolezza di un siffatto sistema, si potrebbe notare che la riduzione della indipendenza funzionale dei singoli magistrati nell'azione è bilanciata e compensata da un incremento dell'indipendenza organizzativa.
Operazione comunque conforme alla Costituzione, in quanto la gerarchia interna dell'azione non viola l'art. 112 Cost., ma solo perché i parametri decisori delle priorità di trattazione sono stati riservati al legislatore[209].

11. I futuri criteri di priorità della trattazione delle notizie di reato dovranno dunque ispirarsi a criteri generali previsti da una legge del Parlamento[210].
Dalla dizione "prevista dal Parlamento con legge" emerge una scelta netta: la volontà di impedire che il Governo, il Ministro della giustizia o il C.S.M. possano "deliberare" sul tema, potendo al più partecipare o collaborare alla delibera parlamentare. La ragione è chiara: l'adozione di criteri generali finalizzati a determinare il contenuto specifico dei criteri di priorità sottende scelte di

[206] O. Dominioni, *Per un collegamento*, cit., 67; P. Gaeta, *L'organizzazione degli uffici di procura*, cit. 168 ss.; A. Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi*, cit., 30; F. Spagna Musso, *op. cit.*, 17.
[207] N. Zanon, F. Biondi, *op. cit.*, 6; M. Bellone, *op. cit.*, 206. Cfr. altresì Corte cost., 15.2.1991, n. 88; S. Panizza, *Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, a cura di A. Pace, S. Bartole, R. Romboli, Napoli 2010, 147 ss.
[208] G. Amato, *Il nuovo assetto ordinamentale*, cit., 86 ss.; S. Bartole, *Pm e Corte costituzionale*, in *Studium iuris* 1996, 155.; Id, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 180 ss.; M. Bignami, *op. cit.*, *87*; A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di S. Sicardi, 2010, 31 ss.
[209] N. Zanon, F. Biondi, *op. cit.*, 249 ss.; N. Zanon, *op. cit.*, 5 ss.; M. Gialuz, *Art. 112*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova 2008, 1011 ss.; E. Marzaduri, *Sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il Ponte* 1998, 78 ss.
[210] In merito alla discussa questione della competenza alla statuizione dei criteri di priorità v. D. Carcano, *Stabilire i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti è un dovere dei capi degli uffici*, in *CP* 1998, 1491; S. Catalano, *op. cit.*, 67 ss.; V. Pacileo, *op. cit.*, 215 ss.; A. Spataro, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale,* cit.; D. Vicoli, *op. cit.*, 258 ss.

politica criminale, e tali scelte competono al Parlamento[211]. Sono dunque estromessi, quali fonti del diritto, gli atti con valore di legge (decreti-legge e decreti legislativi), oltre che le fonti secondarie o gli atti amministrativi generali. Di conseguenza va anche escluso che criteri generali siano individuabili dai decreti delegati di attuazione della legge delega che li ha previsti. Ci vorrà piuttosto l'apposito atto legislativo.
Sempre in virtù del testo della legge delega, si deve escludere che la legge parlamentare possa essere periodica. Si mira piuttosto a una legge fissa, che individui dei parametri una volta per tutti. Sarà poi modificabile, come ogni altra legge della Repubblica. In ogni caso, l'assenza nella delega di un riferimento temporale appalesa la volontà di evitare che i decreti delegati, nell'intervenire per regolare la procedura complessiva di adozione dei criteri locali, possano rintrodurre tale parametro, là dove dovessero inserire qualche riferimento ai criteri generali previsti dalla legge.
La bontà della soluzione proposta va ravvisata in varie ragioni, fra cui ne spicca una: il principio di obbligatorietà dell'azione impedisce che possano essere adottati, anche dal Parlamento, "programmi periodici" di politica criminale, i quali si risolvono nella selezione di reati da perseguire, a discapito di altri, nel periodo di tempo considerato dal provvedimento. E una legge periodica, o un atto di indirizzo avrebbero avuto senso solo se finalizzati a un siffatto obiettivo.
Invero, se si vuole leggere il principio di obbligatorietà come un principio anche programmatico[212], - e non esclusivamente precettivo – l'obiettivo da raggiungere non è il contrasto a particolari tipologie di criminalità, né a breve né a lungo termine. La natura programmatica va intesa come scelta dei modi e delle tecniche più adatte per fare in modo che il sistema raggiunga la capacità di occuparsi di tutte le notizie di reato.
Le valutazioni di politica criminale, necessariamente implicate dalla materia trattata, devono trovare un limite nella impossibilità che tutto si risolva in una mera selezione delle tipologie di reati da trattare a preferenza di altri[213]. Sembra maggiormente conforme al principio di obbligatorietà che la legge parlamentare individui piuttosto "le ragioni" che possano giustificare la preferenza verso certe notizie di reato piuttosto che altre.
I "criteri generali" non sono – e non possono essere – una "lista di reati"; sono piuttosto le "circostanze", i "parametri", i "presupposti", i "motivi" che assumono rilievo per selezionare cosa preferire nei singoli progetti organizzativi[214].
In definitiva, il Parlamento è chiamato a predisporre una legge, che può accostarsi, dal punto di vista descrittivo, a una sorta di "statuto" dei criteri generali: "le regole sulle regole", ovverosia i principi fondamentali che dovranno poi conformare i criteri di priorità veri e propri[215].

[211] In questo senso N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità*, cit., 27 s.; R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità*, cit., 50.
[212] Vedi, *supra*, §.6.
[213] Cfr. F. Di Vizio, *op. cit*., 18, il quale osserva invece che la peculiarità dell'intervento sui criteri di priorità, piuttosto, attiene alla portata sistematica dell'intervento, che può aspirare a qualche risultato di efficacia solo in quanto sia esteso all'intera gamma dei reati.
[214] Cfr. N. Rossi, *I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene «il Parlamento con legge»*, *QG* 8.11.2021; Id, *I "criteri di priorità" tra legge cornice e iniziativa delle procure*, in *La riforma della giustizia penale, QuestG-Speciale 4*/2021, 76 ss.; V. Pacileo, *op. cit*., 212 ss.
[215] Proprio perché siamo al cospetto di norme di principio, si giustifica l'assenza di una delega sul punto. Si sarebbe altrimenti attribuito al governo il potere di determinare quelli che devono essere i contenuti essenziali della delega legislativa.

12. In via generale si possono individuare due fondamentali campi di azione della legge del Parlamento: la cornice contenutistica entro la quale potranno poi essere adottati i criteri di priorità dalle singole procure; i rapporti che possono legare fra loro i diversi criteri di priorità.
Quanto alla cornice contenutistica, essa dovrebbe individuare sia "parametri sostanziali", sia "parametri processuali"[216].
I primi – i sostanziali - dovrebbero essere rivolti a realizzare l'immediata percettività del principio di obbligatorietà. E qui è consentito al legislatore, non riuscendo "adesso" a gestire tutte le notizie di reato, di differenziarne la presa in carico, valorizzando la circostanza che non tutte le fattispecie incriminatrici e non tutti i fatti presentano lo stesso impatto sociale, la stessa gravità e la stessa rilevanza.
I secondi – i processuali - dovrebbero invece mirare a realizzare l'aspetto programmatico del principio di obbligatorietà. E qui la selezione dovrebbe mirare a potenziare la capacità del sistema nel suo insieme, al fine di arrivare a gestire tutta la domanda di giustizia, valorizzando la circostanza che solo alcune indagini portano a risultati soddisfacenti e sono utili anche a migliorare l'efficienza di altri procedimenti.
In ogni caso, in merito alla cornice contenutistica, la vera spina – come anticipato – sarà quella della ragionevolezza.
C'è da interrogarsi, per esempio, su come si collochi un eventuale criterio generale che riprenda il riferimento ai reati di cui all'art. 407 Cpp, già previsto dall'art. 132 *bis* disp. att. per i criteri di priorità nella trattazione dibattimentale, e ripreso da tutti progetti organizzativi già adottati dalle procure[217].
Qui, invero, il criterio non è costituito da una lista di reati, ma dagli illeciti che sono assoggettati a certe regole processuali speciali, e il regime processuale derogatorio può costituire una ragionevole scelta nell'inserimento fra le priorità.
Stessi dubbi suscita il criterio relativo ai delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, sempre previsto dall'art. 132 *bis* lett. b ultima parte disp. att. L'indicazione della soglia edittale della pena sembrerebbe solo un *escamotage* formale: evita di riprodurre nella disposizione tutti i singoli reati che superano il limite edittale prescelto. Ma, a ben guardare, è un vero e proprio parametro di carattere valoriale: vanno avanti per primi i reati più gravi, individuati dal superamento di una certa soglia.
Occorre però interrogarsi sulla ragionevolezza di un siffatto criterio. È noto che la mancata depenalizzazione di massa è dipesa non solo dalla necessità di offrire tutela penale alle offese minime, ma quotidiane, che di fatto impediscono ai singoli una vita serena, ma anche dal dato pratico che il legislatore ha trasformato in illecito amministrativo tutto quello che poteva. Sicché sarebbe irragionevole – oltre che contraddittorio - escludere in blocco i reati a pena bassa dalla trattazione prioritaria.
Andrebbe comunque previsto un criterio che consenta anche all'interno della microcriminalità di dare preferenza alle indagini. In altri termini, tra reati "a soglia edittale alta" e reati "a soglia edittale bassa" non dovrebbe instaurarsi un rapporto di gerarchia fissa; le due tipologie di reati

[216] Sul punto v. le perplessità di P. Gaeta, *Il pubblico ministero,* cit., 180 ss.
[217] In proposito, con riferimento al disposto dall'art. 132 *bis* Cpp come modificato dal d.l. 23 maggio 2008 convertito in l. 23 luglio 2008 8 n. 125, v. G. Frigo, *Un primo serio intervento legislativo sulle priorità nella trattazione dei processi*, in Aa.Vv., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova 2009, 415; E. Marzaduri, *La sospensione dei processi penali nei suoi rapporti con la previsione dei cd. criteri di priorità*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, a cura di V. Garofoli, Milano 2009; C. Papagno, *La predeterminazione legislativa dei criteri di priorità per la trattazione dei processi*, *ivi*, 11.

dovrebbero piuttosto essere trattate parallelamente, inserendo ulteriori criteri selettivi all'interno rispettivamente delle due categorie.
Si può, ancora, riflettere sulla ragionevolezza del criterio relativo ai reati in materia di infortuni e di igiene del lavoro, circolazione stradale, immigrazione, sempre previsto dall'art. 132 *bis* disp. att. Qui il legislatore in maniera inequivoca ha fatto una scelta politica di preferenza.
Sul punto occorre una riflessione più generale.
Le emergenze criminali esistono: basti ricordare gli anni del terrorismo interno, gli anni delle stragi di matrice mafiosa, gli anni del terrorismo internazionale. Queste situazioni impongono, in certi momenti, di preferire alcuni reati rispetto ad altri.
Ma esistono anche le necessità che nascono dalle relazioni internazionali: rapporti commerciali con altri Stati, appartenenza all'Unione europea, adesione alla Convezione europea dei diritti dell'uomo o ad altri trattati internazionali[218].
Così come esistono reati che si pongono al vertice dei valori del nostro ordinamento giuridico, di talché la loro trattazione assume veste prioritaria, anche a fronte di una loro rara o media verificazione rispetto ad altre tipologie di illeciti.
E come non considerare la criminalità più invasiva numericamente a livello nazionale o nelle varie realtà locali: qui, prescindendo dalla tipologia, siamo in presenza di illeciti che inquinano sistematicamente l'intero territorio o alcune realtà locali, impedendone la crescita oltre che l'ordine e la sicurezza.
Volendo fare un quadro di sintesi, va evidenziato un dato.
Emergono "priorità fisse", ovverosia esistenti in ogni momento, che si affiancano a "priorità temporali o contingenti". Esistono poi priorità "sovranazionali", "nazionali", "locali".
Al fine di rispondere a tutte queste diverse esigenze va escluso che si possa inserire un solo criterio generale, analogo a quello appena analizzato previsto nei sistemi ispano-americano e statunitense[219], ovverosia quello "dell'interesse pubblico", lasciando poi ai singoli progetti organizzativi la sua concretizzazione. In pratica non si può pensare di scompaginare la regola di sintesi e ciò che la compone, attribuendo l'una alla competenza del Parlamento, l'altra ai Procuratori della Repubblica.
Spetta piuttosto alla legge parlamentare individuare già i plurimi criteri che andranno a dare una piena concretizzazione al generico parametro di sintesi dell'interesse pubblico. Ciò non esclude che possa essere utilizzato nella legge parlamentare il criterio del maggior interesse pubblico, ma solo come espressione riassuntiva delle varie ed eterogenee componenti, come accade nei sistemi giuridici analizzati precedentemente.
Proviamo a fare delle ipotesi.
Da una parte, guardando al carattere immediatamente precettivo del principio di obbligatorietà e, al medesimo tempo, assicurando il rispetto degli artt. 2 e 3 della Costituzione, si potrebbero individuare tre classi di notizie di reato da preferire: quelle ad alta incidenza numerica (nazionale o locale), quelle che si riferiscono a illeciti la cui necessità di una repressione immediata deriva da obblighi o opportunità di carattere internazionale; quelle relative a fatti che producono danni particolarmente gravi (alle persone, a una certa collettività, alla Stato nel suo complesso, danni tanto non patrimoniali quanto patrimoniali).

[218] Non a caso le priorità ispano-americane originariamente sono nate per preferire gli illeciti che gli Stati si erano impegnati a perseguire in virtù dell'adesione ai trattati internazionali volti a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo.
[219] Sul quale per tutti v. V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità*, cit., 108 ss., nonché, da ultimo, I. J. Patrone, *Il prosecutor negli Stati Uniti. Un esempio da seguire?* in *QG* 11.3.2021.

Rispetto a tale ultimo parametro, il dubbio riguarda se esso debba essere costruito in astratto o in concreto, ovvero se debbano combinarsi ambedue le modalità. Se si scegliesse questa ultima opzione, bisognerebbe, per esempio, individuare una soglia astratta di gravità, attraverso parametri edittali, o per classi di illeciti (per esempio quelli contro la p.a. o contro la persona) o per regimi processuali speciali (come quelli dell'art. 407 Cpp o dell'art. 51 Cpp), e poi all'interno di ciascuna consentire una valutazione concreta volta a selezionare i fatti che meritano le priorità. Qui si potrebbero utilizzare i consueti parametri di misurazione della gravità, ad imitazione, per esempio, dell'analizzato sistema del Guatemala: violenza utilizzata, danni gravi prodotti, pluralità di vittime, massimi responsabili. Ci si dovrebbe poi interrogare se tali parametri concreti debbano tutti essere ponderati fra loro, o se debbano costituire categorie autonome, ciascuna di per sé idonea a giustificare la priorità.
In definitiva occorrerebbe elaborare criteri generali che non individuino "liste di reati": il legislatore ha dimostrato negli anni di non saper gestire razionalmente gli elenchi delle fattispecie. Senza considerare poi che, a forza di introdurre tipologie di reato prioritarie, si rischierebbe di far divenire tutto "prioritario".
Appare invece un ragionevole compromesso indicare le ragioni di massima che solo dopo dovranno essere fatte proprie dai progetti organizzativi della procura. Sarà così possibile, per esempio, strutturare il lavoro rafforzando le trattazioni sui reati ad ampia incidenza nel territorio, e, nel contempo, lasciare comunque uno spazio operativo per gestire le notizie relative a reati di rara verificazione, prevedendone la trattazione immediata – ovverosia in via temporanea a preferenza della ordinaria priorità – in considerazione della loro gravità, o dei vincoli internazionali, o di eventuali emergenze temporali o nazionali.
Discorso in parte diverso si profila, come accennato, per i criteri generali che non attengono a parametri valoriali, ma a parametri processuali, e che dunque sono legati al buon funzionamento del processo nel suo complesso e mirano a una maggior efficienza dello stesso.
È necessario codificare regole generali volte ad assicurare che il procedimento possa svolgersi senza che sia *ab origine* destinato all'archiviazione o al proscioglimento. Qui si guarda alla natura programmatica del principio di obbligatorietà, la classe delle priorità si può rivolgere a qualsiasi tipologia di illecito: è la fattibilità investigativa e la capacità esemplificativa che giustifica la trattazione prioritaria.
Vengono qui in rilievo soprattutto le scelte legate al rischio di prescrizione successiva. Ma si può anche aprire una riflessione su un eventuale criterio generale basato sulla utilità dell'attività investigativa, così che si debba dare preferenza a quelle notizie di reato rispetto alle quali, già sulla carta, sia possibile pronosticare il raggiungimento della soglia probatoria richiesta per agire.
Qui l'analisi sui sistemi ispano-americani ha offerto importanti spunti di riflessione. Il riferimento è ai criteri denominati in Colombia come "Difficoltà" e "Importanza", ma presenti anche in Guatemala.
Si potrebbe immaginare che la priorità vada accordata a quei reati in cui le prove siano reperibili senza troppe difficoltà, valutando sia quelle di cui già si ha la disponibilità, perché allegate alla notizia di reato, sia quelle che andrebbero cercate durante le indagini. Si tratterebbe dunque di una prognosi in "vitro" che riguarda la fattibilità dell'indagine e non la bontà dei dati che si andrebbero a raccogliere: non è una prognosi sulla sostenibilità dell'accusa, ma sulla sostenibilità dell'indagine.
La misura delle difficoltà, però, non dovrebbe essere solo di carattere operativo-investigativo, ma dovrebbe essere anche legata alla disponibilità delle risorse. Inoltre, il parametro dovrebbe guardare anche alla possibilità di impattare positivamente sulla riduzione dei tempi investigativi,

perché il fatto fornisce l'occasione di approntare pratiche investigative da utilizzare successivamente nelle stesse tipologie di illecito o permette di conoscere meglio modelli di azione criminale o comunque pratiche criminali.
Qui sembrano necessarie alcune precisazioni. I criteri di priorità in teoria riguardano le notizie di reato da trattare. Siamo all'incipit del processo, al momento dell'iscrizione. Sicché sappiamo poco o niente sull'illecito penale, se non quanto sia emerso da una possibile "pre-inchiesta" che permetterà di raggiungere la soglia probatoria necessaria ai fini dell'iscrizione soggettiva o oggettiva della notizia di reato.
Questo comporta che alcuni criteri non possano essere utili per individuare le priorità investigative, dipendendo da evenienze o da accertamenti successivi alla mera iscrizione della notizia di reato (reati destinati al giudizio immediato, con indagati latitanti, con soggetti privati della libertà personale in momenti successivi all'incipit investigativo). Ma la legge delega limita il suo intervento alle priorità investigative. Probabilmente la ragione di tale scelta risiede in una ovvia costatazione: è preferibile che la "coda di attesa" delle notizie di reato si formi prima. È antieconomico e assai poco efficiente imporre di indagare su tutto, con enorme dispendio di energie, e poi attendere di esercitare l'azione penale su notizie di reato ormai mature[220].
Tuttavia, su questo aspetto la legge parlamentare potrebbe fare un coraggioso passo in avanti. Non potendo essere limitata dalla precedente legge delega - essendo fonti di pari rango - potrebbe decidere di revisionare i criteri di priorità relativi alla trattazione dibattimentale[221]. Segnatamente, potrebbe essa stessa disegnare un sistema integrato di trattazione processuale complessiva; e, volendo, potrebbe andare oltre, confermando quanto oggi è già prassi invalsa nelle procure: coordinare la tempistica dell'esercizio dell'azione penale con i criteri di priorità di trattazione processuale. Da questo punto di vista i nuovi tempi previsti per esercitare l'azione penale – decorrenti da quando sono scaduti i tempi dell'indagine preliminare – potrebbero servire proprio a tal fine.
Veniamo ora al secondo campo d'azione della legge del Parlamento, ovverosia i rapporti che possono legare fra loro i diversi criteri di priorità.
Un'ulteriore difficoltà che dovrà affrontare la legge del Parlamento sarà proprio quella relativa alla codificazione di "meta-norme" volte a indicare se e come le Procure potranno combinare fra loro i criteri generali di carattere contenutistico al fine di formulare i criteri di priorità locali. Va scongiurato il rischio che i criteri generali previsti dalla legge siano troppo rigidi[222].
Una riflessione preliminare sul tema permette di individuare, a livello teorico, almeno quattro diverse situazioni.
Il Parlamento potrebbe introdurre dei parametri che autorizzino e insieme guidino gli uffici delle procure a scegliere di cumulare insieme più criteri generali: ciò consentirebbe di individuare un unico criterio di priorità locale più selettivo.
In pratica per selezionare una certa classe di notizie di reato a cui dare priorità di trattazione investigativa in un certo ufficio di procura, si potrebbero creare delle regole generali che consentano di usare o un solo parametro (per esempio la sola diffusività locale del reato), o più parametri che concorrano insieme a denotare ovvero connotare in maniera più selettiva un blocco di priorità (per esempio la pena edittale insieme alla diffusività nazionale dell'illecito).

[220] Come, ad esempio, accade per i criteri di priorità relativi all'esercizio dell'azione penale. Questi ultimi sono stati per lo più previsti nei progetti organizzativi, ma al sol fine di coordinarli con le priorità di trattazione dibattimentale o comunque con la possibilità di permettere una razionale calendarizzazione delle udienze.
[221] R. Guastini, *op. cit.*, 531 ss.
[222] Cfr. P. Gaeta, *Il pubblico ministero,* cit., 181 ss.

Tali parametri poi potrebbero essere configurati o come primari/necessari, o come secondari/eventuali. Nel primo caso agirebbero sempre e necessariamente in concorso. Nel secondo caso agirebbero all'interno di un'unica categoria più vasta, al fine di creare delle priorità anche al suo interno, qualora sia impossibile una gestione contemporanea.
Ancora, il Parlamento potrebbe introdurre dei parametri che autorizzino e guidino gli uffici delle procure a selezionare fra più classi di criteri generali quelli a cui dare priorità nel contempo, costruendo così una doppia, tripla o quadrupla corsia preferenziale. Si configurerebbero così criteri di priorità locali che agiscono in parallelo, a discapito di altri.
Inoltre, il Parlamento potrebbe introdurre dei parametri che autorizzino e nel contempo guidino gli uffici delle procure a individuare delle gerarchie fra i criteri generali, permettendogli in tal modo di individuare le classi che dovranno seguire, in seconda o in terza battuta.
Infine, il Parlamento dovrebbe decidere se e in che misura consentire dei bilanciamenti. Si potrebbero infatti sia prevedere criteri autonomi, ciascuno dei quali legittima la trattazione prioritaria, sia più criteri che poi andranno ponderati fra di loro. E la legge potrebbe anche riservare ai progetti organizzativi la regolamentazione dei casi di ponderazione, consentendo così di adattare i criteri generali alle esigenze locali.
Probabilmente questo è l'aspetto più significativo e innovativo su cui la legge dovrà intervenire. Invero proprio su tali "meta-norme" si giocherà il nodo del coordinamento fra i criteri generali del parlamento e i criteri di priorità per la trattazione delle indagini regolati dai progetti organizzativi delle procure.

13. Ogni procura ha un numero diverso di persone in organico, un numero diseguale di procedimenti da gestire, nonché differenti tipologie di reati da perseguire. Per quanto si vogliano omologare le priorità, è inevitabile che ogni ufficio debba selezionarle autonomamente[223]. Sicché

[223] Sulle funzioni del Procuratore della Repubblica e sull'organizzazione dell'ufficio, v. Aa.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano 2006; Aa.Vv., *Il nuovo ordinamento giudiziario: concorso, funzioni, scuola della magistratura, ufficio del pubblico ministero e responsabilità disciplinare,* a cura di D. Carcano, Milano 2008; Accardi, *Il pubblico ministero fra amministrazione e giurisdizione*, *Il Ponte* 2008, 11, 69; E. Albamonte, *Uffi*ci *inquirenti, ecco da dove si riparte.. Il procuratore capo resta padre – padrone. Interventi marginali, risultati deludenti. Al Pm serve più tutela,* in *DeGa*, 2006, 42, 115; G. Amato, *Il nuovo assetto ordinamentale del p.m.*, cit., 86; Id, *In procura ritorno alla gerarchia?*, in *GD* 2005, 32, 94; Id, *Procuratore e sostituti, scelte di facciata*, *ivi*, 43, 37; Id, *Così il procuratore della Repubblica diventa manager della sua struttura*, in *GD*, 2006b, 16, 22; V. Borraccetti, *Il dirigente dell'ufficio,* cit., 2008, 7; D. Carcano, *op. cit.*, 1489; C. Castelli, *La direzione degli uffici giudiziari. L'ordinamento giudiziario e il ruolo del dirigente dell'ufficio*, Incontro di studio del CSM, Roma, 16 aprile 2017, in *www.csm.it*; C.S.M., *Rapporti tra procuratore della Repubblica e magistrati addetti all'ufficio requirente: esame delle relative problematiche*, Deliberazione del 19 febbraio 2004, in *www.csm.it*; O. Dominioni, *L'ufficio del pubblico ministero*, cit., 143; P. Gaeta, Il *Pubblico ministero,* cit., 189; Id. L'*organizzazione degli uffici di procura,* cit., 143; S. Leone, *L'ufficio del pubblico ministero tra gerarchia e impersonalità:* simul stabunt simul cadent?, in *QC* 2006, 554; Mancuso, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero alla luce della riforma ordinamentale e della normazione secondaria del Consiglio Superiore della Magistratura*, in Incontro di studio del CSM, Roma, 31 marzo - 2 aprile 2008, in *www.csm.it;* G. Melillo, *op. cit*., 230; A. Mura, *op. cit*., 143; U. Nannucci, *op. cit*., 180; A. Sangermano, *Procure, poteri concentrati al vertice. Uffici del p.m. tra gerarchia ed indipendenza: azione penale, la titolarità al Capo è un banco di prova della delega*, in *DG*, 2005, 31, 111; G. Scarselli, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in Aa.Vv., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *FI* 2006, V, 27; L. Scotti, *I dirigenti degli uffici giudiziari nella normativa vigente: evoluzione e prospettive*, in Q*CSM* 1998, 103, 59; S. Sottani, *Organizzazione degli uffici della procura. Modelli organizzativi e bilanci delle procure della repubblica*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 63; Id, *Il pubblico ministero*, cit., 389; V. Zagrebelsky, *La designazione per la trattazione degli affari nell'ambito degli uffici del pubblico ministero*, *DPP* 1995, 771; Id, *Sull'assetto interno degli uffici del pubblico ministero*, in *CP* 1993, 716; Id, *L'organizzazione del lavoro*, cit., 17; Id, *Nuovo codice di procedura penale e modifiche all'ordinamento giudiziario*, in Av.Vv., *Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, 182.

è fatale riservare alle singole procure il compito di individuare i veri e propri criteri di priorità, che abbiamo già denominato – appunto - "locali".
È questa la ragione per cui nella legge delega spicca il ruolo dei progetti organizzativi delle Procure, destinati a contenere i criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato.
Ormai da vari anni tutte le procure sono dotate di un progetto organizzativo di durata triennale.
In estrema sintesi il documento di programmazione si basa sulla combinazione di tre fattori.
Da una parte ci sono i dati: sulla criminalità del territorio (quanti reati, di che tipologia, con quali offese, con quali autori, con quali danni patrimoniali), sulle statistiche (numeri relativi alle iscrizioni, alle sopravvenienze, alle pendenze, agli affari esauriti) e sui flussi (tempi di iscrizione, durata delle indagini, tempi di esercizio dell'azione penale, nonché durata dei giudizi di merito e di legittimità).
Dall'altra, ci sono gli strumenti organizzativi: i "Gruppi di lavoro specializzati per materia", la "Sezione Definizione Affari Semplici", la "Sezione Affari Risalenti", i "Servizi di Assegnazione degli Affari", nonché gli affari attribuiti al Procuratore o ai singoli pubblici ministeri in aggiunta a quelli assegnati in quanto facenti parte dei gruppi o delle sezioni.
Infine, ma non da ultimo, ci sono le persone, o meglio "il numero delle persone": il Procuratore, gli Aggiunti, i Sostituti, gli Amministrativi, la Polizia giudiziaria.
Tanto basta alle procure per gestire una enorme massa di notizie di reato, che comunque si avvicina molto – se non addirittura coincide - al numero complessivo di affari da trattare[224].
In questo contesto ora andranno necessariamente inseriti i criteri di priorità per la trattazione delle notizie di reato, finora presenti in molti progetti organizzativi in virtù di una scelta facoltativa rimessa alle Procure.
Nel passato lo "scopo primario" – ma non esclusivo - dei progetti organizzativi era quello di arrivare a trattare tutte le notizie di reato, smaltendo al contempo l'intero arretrato. Non si può ritenere che adesso, con i criteri di priorità finalmente regolati dalla legge, questo obiettivo possa essere accantonato.
Invero la più grande rivoluzione consentita dalla riforma in atto va individuata nella possibilità di non avviare alcuna indagine su certi reati, se non dopo aver esaurito il lavoro sui reati prioritari. In pratica la c.d. "sospensione" della trattazione di una singola notizia di reato potrà regolarmente agire prima – e non più per lo più in via esclusiva nella fase di esercizio dell'azione penale -, consentendo a monte di non trattare la notizia comunque già iscritta.
Questa possibilità consentirà alle procure di combinare in maniera diversa "dati degli affari", "strumenti organizzativi" e "numeri delle persone" a disposizione. Tutto dipenderà dal contenuto che si sceglierà di assegnare ai criteri di priorità locali, costruiti però – ricordiamolo – sulla base dei criteri generali contenutistici e delle relative "meta-norme" di riferimento, previsti dalla legge che adotterà il Parlamento.
Per il resto, i progetti organizzativi non cambieranno molto, saranno sicuramente perfezionati e portati tutti al livello di quelli qualificabili come esemplari, se si provasse a farne una graduatoria. Potranno sì revisionare la parte relativa alla tipologia di reati assegnati ai gruppi di lavoro, alle avocazioni, alle assegnazioni e alle applicazioni, alle priorità nell'esercizio dell'azione per coordinarle sia con le priorità delle trattazioni processuali sia con le neo-priorità della trattazione investigativa.
Ma il messaggio è chiaro: non deve essere disperso tutto quello che è stato fatto, che anzi va incentivato. Solo continuando su questa via, si potrà arrivare a delineare un nuovo obiettivo dei

[224] Vedi ad esempio i risultati raggiunti dalla Procura di Tivoli, riportarti nel nuovo progetto organizzativo del triennio 2020-2022.

progetti organizzativi, oggi ineludibile: gestire con più "attenzione" - ovverosia con più tempo - i procedimenti, consentendo di svolgere realmente indagini complete[225]. Perché i dati reali estrapolabili dai flussi ci dicono che, dei moltissimi procedimenti trattati, la gran parte lo sono soltanto "in batteria".

[225] Cfr. C. Guarnieri, *La giustizia come servizio ai cittadini: il caso delle* best pratics, in *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 53 ss.

ANCORA SUL LEGITTIMO IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE. UN TEMA CHE TORNA DI ATTUALITÀ

di Greta Accatino
Borsista di ricerca, Università del Piemonte Orientale

Con la riforma del codice di procedura penale, inaugurata dalla legge 27.9.2021 n. 134, si addiverrà, tra l'altro, alla ridefinizione dei casi di presenza e di assenza, materia intrinsecamente connessa al tema dell'impedimento legittimo. Muovendo da queste premesse, l'Autrice ripercorre le linee evolutive dell'istituto, con particolare riferimento al legittimo impedimento del difensore, per trattare poi della peculiare ipotesi dell'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, Cpp. La norma, infatti, allo scopo dichiarato di tutelare le donne che esercitano la professione forense, contempla il caso dell'impedimento a comparire del difensore che sia in stato interessante. Si auspica, infine, la modifica della norma *de qua*, sì da ridurre il più possibile valutazioni discrezionali da parte dei giudici di merito quanto alla legittimità dell'impedimento addotto.
The reform of the Italian code of criminal procedure, inaugurated by law no. 134/2021, will lead to the redefinition of the cases of presence and absence, a matter which is intrinsically related to the issue of legitimate impediment. From this starting point, the Author outlines the evolution of the institution, taking into account the legitimate impediment of the lawyer for the defence and, in particular, art. 420-*ter*, c. 5-*bis*, Ccp. This latter rule, indeed, deals with the legitimate impediment of the lawyer for the defence who is pregnant, for the declared purpose of protecting women practicing the legal profession. In conclusion, the Author hopes for the amendment of the rule, in order to reduce as much as possible discretionary assessments by the trial judges as far as the legitimacy of the alleged impediment is concerned.

SOMMARIO: 1. Le coordinate normative di una questione alquanto complessa. – 2. L'istituto del legittimo impedimento del difensore tra passato e presente. – 3. La peculiare ipotesi di impedimento a comparire del difensore di cui al comma 5-bis. – 3.1 (Segue). Sul significato da attribuire alla locuzione "comunicato prontamente". – 4. Le conseguenze processuali della violazione dell'art. 420-*ter*, commi 5 e 5-*bis*, Cpp – 5. Considerazioni conclusive.

1. Alla vigilia di una profonda riforma del codice di procedura penale, nell'attesa di conoscere come i criteri di delega, già approvati dal Parlamento[1], si tradurranno in proposte di norme di modifica del codice di rito, pare opportuno soffermarsi su una questione assai complessa, quella dell'impedimento a comparire all'udienza del difensore[2].

[1] Ci si riferisce alla legge 27.9.2021 n. 134, che consta di due articoli: il primo contiene la delega al Governo per la modifica del codice di procedura penale, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, del codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e di una disciplina organica dell'ufficio del processo penale, mentre il secondo apporta modifiche, benché soggette ad un regime transitorio, al codice penale e al codice di procedura penale.
[2] Si tratta – come osservato da A. Mosna, *Configurabilità del legittimo impedimento nel caso di recente parto del difensore*, in *CP*, 4/2014, 1378 – di un istituto di nuovo conio, che non era viceversa contemplato nel codice di rito previgente. La stessa Corte costituzionale aveva, tra l'altro, negato che l'art. 498 dell'allora in vigore codice di

Com'è noto, tra i criteri direttivi che dovranno essere osservati dal Governo nell'adozione dei decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale, è previsto l'intervento del legislatore delegato per la ridefinizione dei casi di presenza e di assenza, materia intrinsecamente connessa al tema dell'impedimento legittimo. Inoltre, tra le direttive di delega vi è altresì quella di prevedere che, «quando non [sia] possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede all'ammissione delle prove il giudice comunichi alle parti il calendario delle udienze per l'istruzione dibattimentale e per lo svolgimento della discussione»[3]. Ciò premesso, pare assai utile verificare come tali innovazioni *in nuce* e, in particolare, la previsione della necessaria predisposizione *ab initio* del calendario del processo si coordineranno con il dettato dell'art. 420-*ter*, comma 5 e 5-*bis*, Cpp. Com'è noto, la norma disciplina il legittimo impedimento a comparire da parte dell'imputato e del suo difensore[4] e dispone che il giudice, ricorrendone le condizioni[5], rinvii ad una nuova udienza. Si prevede poi, al comma 5-*bis*, che il difensore che abbia comunicato prontamente il proprio stato di gravidanza si ritenga legittimamente impedito a comparire nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi allo stesso.

2. L'istituto del legittimo impedimento a comparire dell'imputato e del difensore assume una rilevanza fondamentale nel procedimento penale. Di ciò si trae conferma dalla stessa collocazione sistematica dell'art. 420-*ter* Cpp, contenuto nel Libro V e, segnatamente, nel Titolo IX del codice di rito, dedicato all'udienza preliminare. La norma, infatti, trovava originariamente la sua *sedes* nel Libro VII, riservato al dibattimento, all'art. 486 Cpp, abrogato ad opera della legge 16 dicembre 1999, n. 479[6].

---

procedura penale fosse costituzionalmente illegittimo nella parte in cui escludeva il rinvio obbligatorio del dibattimento per il caso in cui il difensore fosse legittimamente impedimento a comparire in giudizio, in riferimento al diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost. (C. cost., 12.12.1972 n. 177, su www.cortecostituzionale.it).

[3] In questo senso l'art. 1, comma 11, lett. *a* l. 134/2021.

[4] Come scrive A. Barazzetta, sub *art. 420 ter Cpp*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Milano 2010, 5292, la norma non si applica, invece, al difensore della parte civile costituita. Si veda, in questo senso, anche C. cost., 14.7.2009 n. 217, su www.cortecostituzionale.it, ove la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 420-*ter*, comma 5 e 484, comma 2-*bis*, Cpp nella parte in cui «non consentono al giudice del dibattimento di rinviare ad una nuova udienza nel caso in cui l'assenza del difensore della costituita parte civile sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento prontamente comunicato». La Corte, invero, ogniqualvolta è stata chiamata a pronunziarsi sui rapporti tra azione civile e azione penale, ha affermato il seguente principio: «imputato e parte civile esprimono due entità soggettive fortemente diversificate, non solo sul piano del differente risalto degli interessi coinvolti, ma anche e soprattutto per l'impossibilità di configurare in capo ad essi un paradigma di *par condicio* valido come regola generale su cui conformare i relativi diritti e poteri processuali. Questa Corte, d'altra parte, ha costantemente avuto modo di affermare che le differenze di "trattamento processuale" tra le parti sono legittime, sempre che abbiano una loro ragionevole base all'interno del sistema processuale. Se ciò vale per le parti necessarie del processo, *a fortiori* è possibile tracciare un ragionevole *discrimen* in riferimento alle parti eventuali: specie nelle ipotesi in cui – come nel caso della parte civile nel processo penale – sia assicurato un diretto ed incondizionato ristoro dei propri diritti attraverso l'azione sempre esercitabile in sede propria» (C. cost., 21.4.2006 n. 168, su www.cortecostituzionale.it).

[5] Occorre, anzitutto, che l'impossibilità di comparire per legittimo impedimento sia stata prontamente comunicata dal difensore. È escluso, inoltre, che trovi applicazione la norma *de qua* quando l'imputato sia assistito da due difensori e l'impedimento riguardi uno solo di essi, quando il difensore impedito abbia designato un sostituto o, ancora, quando l'imputato chieda che si proceda in sua assenza del difensore impedito.

[6] L'art. 420 Cpp, dedicato invece alla costituzione delle parti nell'udienza preliminare, prevedeva che il giudice, per il caso in cui il difensore dell'imputato non fosse presente, provvedesse a designare come sostituto un altro difensore immediatamente reperibile *ex* art. 97, comma 4, Cpp. Il Giudice delle Leggi, a ciò sollecitato dal Tribunale di Livorno, aveva dichiarato la compatibilità costituzionale della norma, rilevando come il giudice *a quo*, nel dubitare della sua

L'intento del legislatore, con la legge da ultimo citata, è stato certamente quello di dilatare l'ambito di operatività dell'istituto. La novella ha, invero, notevolmente inciso tanto sulla funzione, quanto sul contenuto dell'udienza preliminare, comportando «l'irrobustimento dei profili istruttori e decisori di tale udienza, in relazione ai quali si presentava, pertanto, la necessità di garantire il contraddittorio effettivo tra le parti»[7]. L'udienza preliminare non è più, oggi, mero luogo di verifica della consistenza dell'accusa, bensì, per via dei poteri conferiti al giudice in particolare dall'art. 422 Cpp, possibile sede di assunzione delle prove di cui paia evidente la decisività ai fini della pronunzia della sentenza di non luogo a procedere[8]. All'ampliamento dei poteri probatori del giudice dell'udienza preliminare «ha corrisposto il trasferimento in questa fase di istituti tipici del dibattimento», tra cui la contumacia, ora assenza, le formule terminative delle sentenze di non luogo a procedere e – appunto – l'istituto dell'impedimento a comparire dell'imputato o del difensore[9]. Si è assistito, in conclusione, ad un'anticipazione già alla fase dell'udienza preliminare di regole dapprima dettate in via esclusiva con riferimento al dibattimento, tant'è che attualmente è «la fase dibattimentale a mutuarle dall'udienza preliminare»[10].
Nondimeno, si è ritenuto, all'indomani dell'intervento del legislatore, che la disciplina dell'art. 420-*ter* Cpp non potesse applicarsi ai procedimenti camerali diversi dall'udienza preliminare, nemmeno a quelli a contraddittorio necessario, preminenti essendo le esigenze di celerità e snellezza proprie di questi ultimi[11].

---

legittimità, avesse in realtà di mira l'art. 865, comma 5, Cpp. Orbene, ad avviso della Corte, l'inapplicabilità della disposizione da ultimo citata alla fase dell'udienza preliminare ben si spiega alla luce della diversa funzione delle parti e del difensore in detta udienza. Resta fermo, però, il principio che il diritto di difesa «deve essere inteso come potestà effettiva di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti, così da fare assumere a tale diritto un'importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale […], è pacifico che le modalità del suo esercizio sono regolate secondo le speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, senza che le modalità stesse feriscano e menomino l'esistenza del diritto allorché di esso vengano assicurati lo scopo e la funzione […]. L'effettività del diritto non comporta, quindi, che il suo esercizio debba essere disciplinato in modo identico in ogni tipo di procedimento o in ogni fase processuale; anzi la modulabilità delle forme e dei contenuti in cui si articola il diritto di difesa in relazione alle caratteristiche dei singoli procedimenti o delle varie fasi processuali è stata costantemente ritenuta da questa Corte legittima espressione della discrezionalità legislativa […]» (C. cost., 31.5.1996 n. 175, su www.cortecostituzionale.it).

[7] A. Mosna, *op. cit.*, 1378, che a sua volta richiama F.P. Iovino, *La costituzione delle parti all'udienza preliminare*, in *Le recenti modifiche*, a cura di L. Kalb, Milano 2000, 306, nonché P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 324 e A. Ziroldi, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Vol. III, Torino 2009, 909.

[8] Si veda sul punto Cass. S.U. 27.6.2006 n. 31461, in *CP*, n. 12/2006, 3976 ss.

[9] *Ibidem*. Come si legge in P. Moscarini, *La contumacia dell'imputato nell'ottica di un sistema a carattere non inquisitorio*, in *GP*, 1992, III, 614, si è così passati dal «diritto dell'imputato ad un difensore [...] ad un diritto dell'imputato a quel difensore».

[10] *Ibidem*. La norma cui ci si riferisce è l'art. 484, comma 2-*bis*, Cpp, articolo anch'esso introdotto dalla legge 16.12.1999 n. 479.

[11] *Ibidem.* Si veda in questo senso anche N. Spagnoli, *Legittimo impedimento a comparire del difensore e diritto alla difesa tecnica nel segno del «giusto processo»*, su www.archiviopenale.it, n. 3/2012, 1. La prescrizione in esame – afferma l'Autrice – trova applicazione, in virtù del richiamo espresso contenuto nell'art. 441, comma 1, Cpp, altresì nel giudizio abbreviato di primo grado, sia che si svolga in camera di consiglio che in pubblica udienza. Lo stesso non può dirsi, invece, per il giudizio camerale d'appello. Dispone, infatti, sul punto l'art. 443, comma 4, Cpp, che il giudizio d'appello si svolge con le forme di cui all'art. 599 Cpp. Rimane, quindi, valido il principio per cui l'udienza camerale può essere rinviata solo se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato che abbia chiesto di essere sentito personalmente o abbia manifestato la volontà di comparire.

L'art. 127, comma 4, Cpp, del resto, «nel disciplinare il rito camerale a partecipazione facoltativa», attribuisce rilievo al solo impedimento della parte privata che abbia chiesto di essere personalmente sentita, mentre l'art. 666 Cpp, che contempla un'ipotesi di rito camerale a partecipazione necessaria del difensore, nulla dice per il caso che quest'ultimo sia impedito a comparire[12]. Affermava sul punto una parte della giurisprudenza di legittimità, poi seguita dalla stessa Corte di cassazione nella sua più autorevole composizione, che, nonostante l'assenza del difensore, il contraddittorio fosse comunque adeguatamente garantito in casi siffatti tanto «dalla presenza effettiva (necessaria) di un sostituto del difensore di fiducia nominato dal giudice» ai sensi dell'art. 97, comma 4, Cpp, cui può essere concesso un congruo termine per la preparazione della difesa, quanto «dalla possibilità del difensore di fiducia di officiare un suo sostituto in tempi congrui per l'esercizio del mandato»[13].

L'orientamento descritto, tuttavia, merita di essere ripensato, alla luce dell'evoluzione registratasi sul tema[14]. Nel prosieguo, pertanto, si tenterà – senza pretese di esaustività – di delineare i termini della questione nei suoi tratti essenziali.

Occorre muovere, *in primis*, da una nota pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, che ha affermato la rilevanza, nel giudizio camerale di appello che consegua a processo di primo grado celebrato con rito abbreviato, del legittimo impedimento del difensore di fiducia che abbia deciso di partecipare all'udienza e tuttavia sia impossibilitato a comparire per causa di forza maggiore, evento o malattia imprevisti e imprevedibili[15]. L'argomento principale a sostegno di una tale conclusione, invero pienamente condivisibile, consiste nella necessità di assicurare il diritto di

[12] Si esprime in questi termini, ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale sul punto, Cass. 16.01.2020 n. 10565, su www.processopenaleegiustizia.it.

[13] Le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono così pronunciate in Cass. S.U. 27.6.2006 n. 31461, cit., dando soluzione negativa al quesito se «il legittimo impedimento a comparire del difensore rilevi anche nei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza e la sua "necessaria" presenza comporti il rinvio della relativa udienza di trattazione (purché sia assicurata la presenza di un sostituto)».

[14] È stato sul punto osservato da R. Fonti, *Il procedimento in camera di consiglio*, in *Gli atti*, a cura di G. Dean, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Vol. I, Tomo II, Torino 2008, 78 ss., che è inaccettabile «la tesi dell'irrilevanza del legittimo impedimento ove la si applichi a procedimenti a contraddittorio necessario. Non appare soddisfacente la conclusione secondo cui in relazione a tali procedimenti l'assenza derivante da legittimo impedimento dovrebbe essere fronteggiata dal rimedio generalmente previsto: la designazione da parte del giudice di altro difensore a norma dell'art. 97, co. 4, Cpp perché in questo modo la garanzia della difesa finisce per assumere un valore meramente simbolico, in quanto non si può seriamente dubitare che ai fini dell'effettività del diritto di difesa, una cosa è garantire che ci sia qualunque difensore e altro è garantire la presenza del difensore di fiducia nel senso che l'effettività della difesa presuppone non solo la competenza tecnica del difensore, quanto soprattutto la "padronanza dei fatti" che generalmente consegue solo ad un rapporto fiduciario tra legale ed assistito».
Si vedano sul tema, tra gli altri, anche T. Della Marra, *L'impedimento del difensore nei procedimenti camerali*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, a cura di A. Gaito, Padova 1996, 101 ss.; G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano 1994, 178-180; P. Gaeta, A. Macchia, *L'appello*, in *Impugnazioni*, a cura di G. Spangher, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Vol. V, Torino 2009, 573; C. Fiorio, *L'irrilevanza dell'impedimento del difensore a comparire all'udienza preliminare: una lacuna vistosa*, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 938.

[15] Si rimanda, in dottrina, al commento di E.A.A. Dei Cas, *Ancora sul legittimo impedimento del difensore a comparire in udienza: in particolare, sull'onere di nominare un sostituto processuale in caso di malattia*, in *CP*, n. 2/2017, 546 ss. a Cass. S.U. 21.07.2016 n. 41432, ove la Corte ha altresì affermato in parte motiva un ulteriore principio di diritto e cioè che: «[i]l difensore impedito a causa di serie ragioni di salute o da altro evento non prevedibile o evitabile non ha l'onere di designare un sostituto processuale o indicare le ragioni dell'omessa nomina». La Corte ha quindi concluso per l'illegittimità del provvedimento di rigetto dell'istanza di differimento dell'udienza, formulata dal difensore di fiducia dell'imputato che affermi di potervi partecipare per via di una grave malattia o di un altro impedimento non prevedibile, dovuto a forza maggiore, «se motivato con esclusivo riguardo alla mancata nomina da parte del difensore impedito di un sostituto processuale o dell'omessa indicazione delle ragioni dell'impossibilità di procedervi».

difesa dell'imputato e, segnatamente, di garantirgli un processo equo. Ciò a prescindere «dal modulo procedimentale prescelto e dalla fase processuale, e, in particolare, nella fase del giudizio, in cui si discute della fondatezza dell'imputazione; e, pertanto, anche nel giudizio abbreviato nel quale si attribuisce al giudice, sia in primo grado che in appello, la piena cognizione del merito dell'accusa, con conseguente necessità di esaminare approfonditamente, sottoponendole ad adeguato vaglio dialettico, nel contraddittorio tra le parti, le risultanze acquisite»[16]. Diversamente opinando, si creerebbe una palese contraddizione tra la disciplina *de qua* e quella dell'udienza preliminare, che, sì, ha natura camerale ed è destinata a chiudersi con una decisione in rito e però assicura la necessaria partecipazione del difensore[17]. Né può affermarsi l'irrilevanza dell'impedimento a comparire dell'avvocato, sulla base dell'art. 599, comma 1, Cpp, che rimanda all'art. 127, comma 3, Cpp, a mente del quale i difensori vengono sentiti "se compaiono"[18]. Con ciò il legislatore ha, invero, solo inteso ribadire che il difensore può – nel perseguire la propria strategia difensiva – scegliere se comparire o meno all'udienza e non, invece, che la sua decisione di parteciparvi possa essere in ogni caso vanificata, poiché facoltativa[19].
Secondo una linea interpretativa in via di consolidamento, poi, l'art. 420-*ter*, comma 5, Cpp rappresenta il parametro normativo di riferimento quando occorra apprezzare la ritualità dell'istanza di rinvio formulata nel procedimento di cui all'art. 666 Cpp e, pertanto, anche nel procedimento di sorveglianza, persino nell'ipotesi di impedimento del difensore dovuto ad un concomitante impegno professionale[20]. Si osserva, infatti, che il difensore immediatamente

[16] Cass. S.U. 21.07.2016, n. 41432, in *CP*, n. 2/2017, 541.
[17] *Ibidem*.
[18] *Ibidem*.
[19] Sul punto, in dottrina, A. Muscella, *Quali confini per la pubblicità delle udienze?*, su www.archiviopenale.it, n. 2/2017, 16, ove l'Autrice afferma che: «la tesi dell'irrilevanza del legittimo impedimento del difensore non può trarre giustificazione dalla circostanza che per i riti camerali *ex* art. 127 Cpp il contraddittorio sia meramente eventuale, poiché da siffatta prescrizione si desume soltanto come la partecipazione al procedimento del soggetto derivi da una sua scelta discrezionale, ma dal momento in cui egli decida di prendervi parte, non si vede il motivo per il quale debba subire un affievolimento dei propri diritti sulla base di elementi contingenti che non possono essere qualificati "frutto di una scelta tattico-processuale", in quanto del tutto estranei alla volontà del difensore». Vedi anche G. Di Chiara, *op. cit.*, 180.
[20] Per una panoramica sui contrapposti orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza di legittimità, si rimanda a O. Murro, *L'impedimento del difensore nel procedimento di sorveglianza*, in *GI*, n. 12/2021, 2782 ss.
Si vedano – tra le moltissime in tema di legittimo impedimento del difensore nel procedimento di sorveglianza – alcune recenti pronunce, tra cui Cass. 18.03.2021 n. 15868, Cass. 4.7.2019 n. 34100 e Cass. 16.01.2020 n. 10565, tutte su *DeJure*, quest'ultima con commento di F. Callari, *L'impedimento a comparire del difensore e l'effettività della difesa tecnica nel procedimento di sorveglianza*, in *PPG*, n. 6/2020, 1380 ss.
Si legge, poi, in varie decisioni, per quanto concerne il concomitante impegno professionale, che quest'ultimo deve determinare un impedimento oggettivo alla comparizione e che la richiesta non dev'essere pretestuosa o dilatoria. La stessa Corte di cassazione a Sezioni Unite, infatti, ha affermato che il difensore è esonerato dall'onere di indicare l'impossibilità, assoluta o relativa, della nomina di eventuali sostituti processuali solo in caso di impedimento per malattia, salvo che lo stato patologico sia prevedibile, e non anche quando l'impedimento sia determinato da un concomitante impegno professionale (Cass. S.U. 3.10.2016 n. 41432, su www.processopenaleegiustizia.it).
Addirittura il difensore che chieda il rinvio del dibattimento per assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento per concomitante impegno professionale non potrebbe, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, limitarsi a documentare la contemporanea esistenza di questo, ma dovrebbe altresì «fornire l'attestazione dell'assenza di un codifensore nell'altro procedimento e prospettare le specifiche ragioni per le quali non possa farsi sostituire nell'uno o nell'altro dei due processi contemporanei, nonché i motivi che impongono la sua presenza nell'altro processo, in relazione alla particolare natura dell'attività che deve svolgervi, al fine di dimostrare che l'impedimento non sia funzionale a manovre dilatorie» (*ex multis*, Cass. 6.11.2013 n. 7418, su *DeJure*, ma anche – rispetto alla natura giuridica dell'istituto del legittimo impedimento del difensore ai fini della sospensione della

reperibile che sostituisce il collega non comparso in udienza, nominato dal giudice a norma dell'art. 97, comma 4, Cpp, non ha diritto ad un termine per apprestare la difesa dell'assistito[21]. Ne consegue che, se «l'obbligo di provvedere alla nomina di un sostituto al difensore assente assicura alla parte processuale assistenza tecnica nell'udienza, […] non garantisce [purtuttavia] alla parte il pieno esercizio del diritto di difesa, assicurato solo da un difensore che abbia potuto adeguatamente preparare il proprio intervento»[22].
In via riepilogativa, quindi, pare potersi asserire che l'istituto del legittimo impedimento a comparire non si arresta oggi ad alcune fasi del procedimento penale, ma, al contrario, dev'essere garantito durante l'intero suo corso[23]. L'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento del difensore, di cui all'art. 420-*ter*, comma 5, Cpp, può essere infatti dedotta, come visto, anche in taluni procedimenti camerali diversi dall'udienza preliminare.
Occorre, infine, tener conto che l'art. 420-*ter*, comma 5, Cpp qualifica l'impedimento come legittimo, ossia conforme alla legge, ma non stabilisce quando in concreto un siffatto impedimento possa dirsi integrato[24]. È intervenuta, a colmare il vuoto *de quo*, una lunga elaborazione giurisprudenziale, che ha individuato «tra le principali cause giustificatrici della legittima impossibilità di comparire, un precedente e concomitante impegno professionale ovvero ostacoli di carattere fisico o sanitario o eventi imprevisti»[25]. È evidente, pertanto, che non ci si può più limitare a considerare l'impossibilità a comparire del difensore in senso puramente "meccanicistico", come fattore materiale che rende impossibile per il difensore raggiungere l'aula ove si svolge il processo[26]. Ciò poiché si assiste in giurisprudenza ad un progressivo ampliamento della gamma «delle situazioni che giustificano l'impedimento legittimo di comparire in udienza, […] [sì] contribuendo a cementare la garanzia costituzionale del diritto di difesa»[27].

3. È ora possibile, alla luce delle considerazioni svolte sull'istituto del legittimo impedimento a comparire del difensore in generale, trattare della peculiare ipotesi di impedimento contemplata dall'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, Cpp.
Nell'ordinamento nostrano, prima della legge 27 dicembre 2017, n. 205[28], alle donne avvocato veniva riconosciuto unicamente il diritto all'indennità di maternità erogata dalla Cassa Forense[29]. Il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, del resto, vieta soltanto alle lavoratrici dipendenti di essere adibite

prescrizione – Cass. S.U. 18.12.2014 n. 4909, in *CP*, n. 5/2015, 1778, con commento di F. Costantini, *Impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali e sospensione del corso della prescrizione: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *CP*, n. 5/2015, 1790 ss.). Non basta, insomma, affermare l'impossibilità di farsi sostituire in entrambi i processi, ma occorre anche illustrare e giustificare le ragioni a sostegno dell'assunto (Cass. 7.10.2020 n. 30741, su *DeJure*).
[21] Cass. 18.3.2021 n. 15868, su *DeJure*.
[22] *Ibidem*.
[23] N. Spagnoli, *op. cit.*, 1.
[24] Legge di Bilancio 2018, Volume II, Articolo 1, commi 394 – 792, febbraio 2018, 81 ss.
[25] *Ibidem*.
[26] R. Lopez, *Legittimo impedimento del difensore: obiettivi raggiunti e criticità residue*, in *PPG*, n. 4/2019, 1001 ss., ma anche N. Spagnoli, *op. cit.*, 8.
[27] N. Spagnoli, *op. cit.*, 8.
[28] Si tratta della legge di bilancio relativa all'anno 2018, che qui rileva limitatamente all'art. 1, commi 465 e 466.
[29] Si veda sul punto l'art. 70 del d.lgs. 26.3.2001 n. 151, il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità.

al lavoro nel periodo di maternità compreso tra i due mesi prima della data presunta del parto e i tre mesi successivi a quest'ultimo[30] e nulla stabilisce, invece, rispetto alle lavoratrici autonome[31].
Lo stato di gravidanza avanzato del difensore non era considerato, insomma, anteriormente alla legge sopramenzionata, una causa di legittimo impedimento a comparire in udienza[32]. Né la giurisprudenza aveva ritenuto, fino a quella data, di farsi portatrice di una diversa interpretazione, più ampia, del concetto di "legittimità dell'impedimento". È stato affermato, anzi, a più riprese che «il solo stato di avanzata gravidanza non può di per sè costituire, anche per nozione di comune esperienza, causa di legittimo impedimento in mancanza di specifiche attestazioni sanitarie […] indicative del pericolo derivante dall'espletamento delle attività ordinarie e/o professionali»[33].
Non pareva, poi, di doversi attribuire alcun rilievo all'aspetto relativo alla tutela della maternità della professionista: secondo un orientamento consolidato delle sezioni civili della Suprema Corte, infatti, «l'indennità di maternità prevista […] in favore della libera professionista iscritta ad una cassa di previdenza e assistenza […] spetta per i periodi di gravidanza e di puerperio considerati dalla norma, anche se in detti periodi la professionista non si sia astenuta dall'attività lavorativa, considerata in particolare la finalità di speciale tutela perseguita dalla legge medesima che ha voluto che la professionista, per assolvere in modo adeguato alla funzione materna, non sia turbata da alcun pregiudizio alla sua attività professionale»[34].
Orbene, l'art. 420-*ter* Cpp è stato, come anticipato, oggetto di un intervento additivo che, con la legge 27 dicembre 2017, n. 205, ha arricchito la norma in esame di un ulteriore comma dedicato al particolare caso di impedimento a comparire del difensore che sia in stato interessante[35].

---

[30] La norma di riferimento è costituita dall'art. 16 del d.lgs. 151/2001. L'art. 20, invece, prevede la flessibilità del congedo e riconosce alle lavoratrici dipendenti la facoltà di optare per un periodo diverso di assenza dal lavoro.
[31] Legge di Bilancio 2018, Volume II, Articolo 1, commi 394 – 792, febbraio 2018, 81 ss.
[32] Legge di Bilancio 2018, Volume II, Articolo 1, commi 394 – 792, febbraio 2018, 81 ss.
[33] Lo stato di gravidanza era trattato al pari di qualsiasi altro stato morboso che affliggesse il difensore (R. Lopez, *op. cit.*, 1002). In questo senso Cass. 14.2.2007 n. 8129, su *DeJure*, che rimanda a sua volta a Cass. n. 46564/2004 (fattispecie relativa a gravidanza alla 37esima settimana) e Cass. 14.12.2005, Santelli (fattispecie relativa a gravidanza alla 39esima settimana), e – più di recente – Cass. 18.4.2013 n. 21262, su *DeJure* (fattispecie relativa a gravidanza con data presunta del parto nel giorno successivo a quello di udienza).
[34] Si veda in questi termini Cass. 14.2.2007 n. 8129, su *DeJure*, che cita a sua volta Cass. Sez. Lav. n. 7447/1999 e Cass. Sez. Lav. n. 7857/2003.
[35] Va notato, tuttavia, che già nel 2012 era stata proposta la modifica dell'articolo 420-*ter* Cpp. Si tentò, infatti, di introdurre un comma 5-*bis*, del seguente tenore: «Costituisce, altresì, legittimo impedimento a comparire per il difensore lo stato di gravidanza nei due mesi antecedenti alla data presunta del parto e nei tre mesi successivi al parto medesimo. Lo stato di gravidanza deve essere documentato mediante certificazione del medico curante da depositare entro tre giorni dalla richiesta in udienza tramite persona allo scopo delegata. In tale caso il giudice, su richiesta del difensore, rinvia il processo ad altra udienza, successiva di almeno sette giorni e comunque non oltre trenta giorni rispetto alla data di cessazione dell'impedimento del difensore. La mancata presentazione della certificazione impone al giudice la segnalazione all'ordine professionale dei medici chirurghi e degli odontoiatri di appartenenza affinché adotti i provvedimenti di sua competenza. In deroga all'articolo 159, primo comma, numero 3), del codice penale, resta sospeso in ogni caso il corso della prescrizione per i periodi di impedimento previsti dal presente comma» (Proposta di legge C. 5560, presentata alla Camera dei Deputati il 7.11.2012, su www.documenti.camera.it. Per un commento si veda O. Bruno, *De iure condendo*, in *PPG*, n. 2/2013, 14 ss.).
Si segnalano, poi, in epoca successiva le Proposte di legge C. 4000, limitata però alla difesa d'ufficio o prestata in regime di patrocinio a spese dello Stato, e C. 4058, che prevedeva che lo stato di gravidanza dovesse essere documentato mediante certificazione del medico curante da depositare entro tre giorni dalla richiesta in udienza tramite persona allo scopo delegata o inviata in cancelleria tramite pec (Proposta di legge C. 4000, presentata alla Camera dei Deputati il 27.7.2016 e Proposta di legge C. 4058, presentata alla Camera dei Deputati il 27.9.2016, entrambe su www.documenti.camera.it).

Dispone letteralmente la norma che «[a]gli effetti di cui al comma 5 il difensore che abbia comunicato prontamente lo stato di gravidanza si ritiene legittimamente impedito a comparire nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi ad esso».
La riforma, tuttavia, non è rimasta circoscritta al solo codice di procedura penale, ma ha riguardato anche il processo civile. Ci si riferisce, sul punto, all'art. 81-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, dedicato al calendario del processo e inserito nel tessuto del codice dalla legge 18 giugno 2009, n. 69. E, invero, la legge 27 dicembre 2017, n. 205 ha previsto che il giudice debba tener conto, nel fissare il calendario del processo o prorogare i termini in esso previsti, del periodo compreso tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi allo stesso, quando il difensore abbia documentato il proprio stato di gravidanza. Si aggiunge, però, a chiusura dell'articolato, che «dall'applicazione del presente comma non può derivare grave pregiudizio alle parti nelle cause per le quali è richiesta un'urgente trattazione».
Com'è noto, la *ratio* di siffatte modifiche normative è da ravvisare nella volontà del legislatore di introdurre «una specifica tutela per le donne che esercitano la professione forense prevedendo il legittimo impedimento del difensore a comparire in udienza (sia nel processo civile che penale) nel periodo di maternità compreso tra i due mesi precedenti la data presunta del parto e i tre mesi successivi al [medesimo][36]». Si è trattato, però, altresì di adeguare le tutele stabilite per la donna avvocato a quelle previste per la donna magistrato, sì da non «pregiudicare il necessario equilibrio tra i soggetti della giurisdizione»[37].
L'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, Cpp e l'art. 81-*bis*, comma 3, disp. att. Cpc non sono, nondimeno, del tutto sovrapponibili nel loro contenuto dispositivo. Come si è visto, la prima delle disposizioni citate non fa riferimento all'obbligo di documentazione dello stato di gravidanza[38], né prevede l'opportunità di effettuare un bilanciamento tra l'interesse della gestante e la necessità di trattare urgentemente la causa per evitare un pregiudizio alle parti processuali.
Il giudice penale, in altri termini, se lo stato di gravidanza è stato prontamente comunicato dal difensore, è obbligato a rinviare ad una nuova udienza, disponendo altresì il rinnovo dell'avviso all'imputato[39].

3.1. Pare, a questo punto, doveroso fare un breve cenno al significato della locuzione "comunicato prontamente", che compare tanto al comma 5 dell'art. 420-*ter* Cpp, quanto al comma 5-*bis*.
Il punto di partenza per la comprensione del disposto legislativo è rappresentato, in quest'ottica, dalla giurisprudenza di legittimità maturata in relazione all'art. 486, comma 5, Cpp, che, come anticipato nel secondo paragrafo di questo scritto, era tradizionalmente deputato ad ospitare la disciplina del legittimo impedimento dell'imputato e del difensore.

[36] Legge di Bilancio 2018, Volume II, Articolo 1, commi 394 – 792, febbraio 2018, 81 ss. Si tratta, afferma la giurisprudenza, di una norma che non ha certamente valore retroattivo, data la sua natura processuale, ma che «ha codificato, anche a seguito di numerosi e risalenti protocolli di intesa tra Consigli dell'Ordine e le corrispondenti Autorità Giudiziaria, un sistema di tutela, in linea con il diritto di difesa e con il principio di eguaglianza sostanziale previsto dall'art. 3 della Costituzione» (Cass. 23.11.2018 n. 56970, con commento di S. Gentile, *L'accertato stato di gravidanza del difensore costituisce legittimo impedimento*, in *D&G*, 19.12.2018).
[37] C. Minnella, *L'impedimento per l'avvocato in stato di gravidanza è legittimo*, in *D&G*, 3.1.2018. Il Presidente del CNF aveva inviato, infatti, in data 3 ottobre 2016, all'allora Ministro della Giustizia una proposta di legge che constava di quattro articoli, avente ad oggetto il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento per gli avvocati donna negli ultimi mesi di gravidanza e nei primi di maternità. Le sollecitazioni del Consiglio Nazionale Forense sono state, infine accolte dal legislatore.
[38] Legge di Bilancio 2018, Volume II, Articolo 1, commi 394 – 792, febbraio 2018, 81 ss.
[39] *Ibidem*.

Affermava sul punto la Corte di cassazione, anzitutto, che il legittimo impedimento del difensore dovesse essere prontamente comunicato, sì da permettere all'ufficio, che lo ritenesse giustificato, di «predisporre tutti gli adempimenti necessari a evitare ingiusti oneri agli altri soggetti processuali e a consentire la celebrazione in data successiva e prossima del dibattimento rinviato»[40]. L'ovvio precipitato di detta impostazione era che il difensore, qualora l'impedimento riguardasse un altro dibattimento, avrebbe dovuto tempestivamente avvisare il giudice cui chiedeva il rinvio dell'impossibilità di comparire, non potendo viceversa attendere fino al giorno prefissato per la celebrazione dell'udienza per scegliere a quale dei due giudizi avrebbe partecipato[41].
A conclusioni identiche giunge la giurisprudenza all'indomani dell'avvenuta abrogazione dell'art. 486 Cpp, il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 420-*ter* del codice di rito. Il concetto di prontezza – si dice – va riferito al momento in cui è insorta la causa dell'impedimento e «la richiesta difensiva dev'essere presentata nel minor tempo possibile, onde consentire al giudice di valutarla e di adottare gli opportuni provvedimenti organizzativi»[42].
Ciò premesso, non pare che le conclusioni predette possano trovare applicazione *sic et simpliciter* anche rispetto all'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, Cpp, se non a costo di svuotare di contenuto il nuovo disposto normativo.
Le ragioni dell'assunto saranno presto chiare. Com'è stato correttamente osservato, per ottenere il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento, l'avvocatessa dovrà, sì, comunicare il proprio stato di gravidanza, ma sarà sufficiente a tal fine – quanto al periodo precedente al parto – indicare nell'istanza soltanto le settimane di gravidanza e/o la data del presunto parto[43]. Non a caso, quindi, la norma mancherebbe di specificare entro che termine debba provvedersi al deposito dell'istanza di rinvio in cancelleria, diversamente – come visto – da quanto suggerito nelle varie proposte di modifica dell'art. 420-*ter* Cpp succedutesi negli anni[44]. Il legislatore, in altri termini, avrebbe inteso introdurre nel codice una presunzione assoluta di sussistenza dell'impedimento per l'avvocatessa che sia in stato interessante, sì escludendo che sussista alcun margine di discrezionalità in capo al giudice in ordine alla tempestività della comunicazione: questi, se l'onere di comunicazione è stato assolto e ha avuto luogo – prima dell'udienza – il deposito dell'istanza di rinvio, ammissibile, in cancelleria, dovrebbe, insomma, sempre dar corso alla richiesta del difensore[45].
Per quanto concerne, invece, l'arco temporale non coperto dalla presunzione di legge[46], dovrà farsi applicazione dei principi già affermati dalla Suprema Corte: occorrerà, quindi, allegare alla propria domanda «le specifiche attestazioni sanitarie indicative del pericolo derivante dall'espletamento delle attività ordinarie o professionali»[47]. Il giudice, infine, dovrà valutare la fondatezza

[40] Cass. 16.1.2006 n. 1519.
[41] *Ibidem*.
[42] Così, tra le molte, Cass. 23.5.2007 n. 34744, ma anche, *variatis variandis*, Cass. 10.2.2016 n. 18532, in *D&G*, 5.5.2016, ove si legge che: «La "prontezza" della comunicazione va […] determinata con riferimento al momento in cui il difensore ha conoscenza dell'impedimento. La ragione della scelta legislativa è chiara: si tratta di un intelligente equilibrio tra le esigenze proprie dell'esercizio della libera professione forense e quelle dell'ordinato ed efficace esercizio della giurisdizione. La destinazione in ruolo di un processo che non venga poi trattato per impedimento professionale del difensore determina infatti uno stallo del tutto antieconomico dell'ordinata e proficua gestione giudiziaria».
[43] C. Minnella, *op. cit.*
[44] Si rimanda in questo senso alla nota n. 35.
[45] R. Lopez, *op. cit.*, 1002.
[46] Ci si riferisce, con ciò, al periodo precedente i due mesi anteriori la data del presunto parto e a quello successivo il superamento del terzo mese posteriore al parto medesimo.
[47] C. Minnella, *op. cit.*

dell'istanza secondo i criteri ordinari, con possibilità però di disattendere la prognosi del sanitario e respingerla[48].

4. A conclusione di questo breve riassunto sull'evoluzione dell'istituto del legittimo impedimento del difensore, pare opportuno soffermarsi sulle conseguenze derivanti dalla violazione del disposto dell'art. 420-*ter*, commi 5 e 5-*bis*, Cpp.
Occorre muovere, anzitutto, dalle cause di nullità degli atti del procedimento penale, la cui disciplina si rinviene agli artt. 177 e seguenti del codice di rito[49]. L'art. 177 Cpp, in particolare, nel sancire il principio di tassatività delle nullità, implicitamente afferma che, quando si tratta di stabilire se un atto processuale sia valido o meno, non vi è spazio per giudizi di tipo empirico, bilanciamenti valoriali e riferimenti alle peculiarità del caso concreto[50]. Il principio è, infatti, esso stesso «il frutto di un delicato bilanciamento che coinvolge, tra l'altro, la necessità di tutelare in maniera effettiva i diritti processuali dell'imputato e l'esigenza di assicurare la capacità del processo medesimo di pervenire, entro un termine ragionevole, ad accertamenti in linea di principio definitivi, anche relativamente alla sussistenza di eventuali *errores in procedendo* nelle fasi e gradi precedenti»[51].
Il legislatore – nel compiere un tale bilanciamento – ha distinto le nullità in assolute, a regime intermedio e relative[52], ha fissato dei precisi limiti anche temporali per la loro deducibilità[53] e ha

[48] R. Lopez, *op. cit.*, 1002.
[49] Com'è noto, l'atto processuale si definisce invalido quando non è conforme al modello legale stabilito per esso dal legislatore (per tutti T. Rafaraci, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *ED*, Agg. II, Milano 1998, 597). Le cause di invalidità degli atti sono, oltre alla nullità di cui si è detto, l'inammissibilità, la decadenza e l'inutilizzabilità.
[50] M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna 2012, 9-10. Prosegue poi l'Autore, citando a sua volta Cordero, affermando che, nel nostro ordinamento, non vi è spazio per un controllo da parte del giudice sul cosiddetto "pregiudizio effettivo", nel momento in cui verifica se sussista o meno nel caso di specie una causa di invalidità degli atti: all'operatore è, cioè, precluso «ogni controllo sulla effettiva lesione del valore tutelato dalla fattispecie processuale, e ancor più sul danno in concreto sofferto dalle parti in lite: simile analisi e ponderazione di interessi deve intendersi compiuta, una volta per tutte, da parte del legislatore, nel momento in cui la previsione astratta è stata concepita e approvata» (F. Cordero, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *RIDPP*, 1961, 703). E, infatti, «dire che dall'atto imperfetto e da quello perfetto derivano le medesime conseguenze, significa cancellare il concetto di perfezione (rispetto al modello offerto dalla norma) e, con ciò, il presupposto elementare di una valutazione giuridica. Se fosse concepibile un conseguimento dello scopo, coevo alla realizzazione dell'atto nullo, si dovrebbe concludere che l'osservanza delle forme prescritte si palesava *a priori* superflua: a questo punto le qualifiche di nullità, inefficacia e simili, si ridurrebbero a un *flatus vocis* (occorre altro per avvertire che il principio di incertezza della fattispecie non costituisce il frutto di un'infeconda esercitazione concettuale?)» (cfr. F. Cordero, *op. cit.*, 705).
[51] C. cost., 13.1.2022 n. 2, su www.cortecostituzionale.it: con la pronuncia citata la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 670 Cpp, sollevate dal Tribunale ordinario di Bologna in funzione di giudice dell'esecuzione, in riferimento agli artt. 3, 10, 13, 25, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 5, paragrafi 1, lett. a), e 4, della Convenzione EDU.
[52] Determinano la nullità assoluta dell'atto, come noto, le inosservanze più gravi delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento penale contemplate dall'art. 179 Cpp e che riguardano i soggetti necessari del procedimento stesso; sono colpite, invece, da nullità intermedia le inosservanze di media gravità di cui all'art. 180 Cpp; si dicono, infine, nullità relative quelle che non rientrano nelle prime due categorie (P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano 2017, 208, nonché M. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino 2022, 358 ss.).
[53] Al fine di determinare i termini finali per la deducibilità delle nullità anzidette, si spazia «dal "minimo" stadio delle conclusioni rassegnate in udienza preliminare o delle questioni preliminari al dibattimento (art. 180 Cpp) al "massimo" temporale della rilevabilità possibile 'in ogni stato e grado del procedimento' (art. 179 Cpp)» (F. Centorame, *Declaratoria di nullità processuali e questioni sul titolo esecutivo: il veto della Consulta*, in *SP*, 9.2.2022).

stabilito se ne sia possibile la sanatoria nel corso del processo[54]. Rimane ferma, comunque, la regola secondo cui la formazione del giudicato preclude ogni ulteriore questione circa la possibilità di rilevare le nullità, anche quelle "assolute" e "insanabili" di cui all'art. 179 Cpp: queste ultime sono, sì, rilevate, anche d'ufficio, «in ogni stato e grado del procedimento», ma non oltre la sua definitiva conclusione[55].
Ebbene, la nullità che viene in considerazione a seguito del diniego del giudice del rinvio dell'udienza, benché il difensore abbia dedotto l'impossibilità di comparire per legittimo impedimento, è certamente una nullità di ordine generale. Quanto al suo regime di rilevabilità, la formulazione letterale dell'art. 179 Cpp – che esalta il rapporto di fiducia tra difensore e assistito – la colloca nel novero delle invalidità assolute[56]. L'impossibilità per l'avvocato di presenziare all'udienza determina, difatti, un *vulnus* del diritto di difesa dell'imputato e, se la nullità viene eccepita nell'ampio termine di tempo indicato del codice o, addirittura, rilevata d'ufficio, s'impone l'annullamento della sentenza pronunciata al termine del processo di primo grado.

5. La tematica trattata nel presente contributo, pur coinvolgendo specifiche questioni squisitamente procedurali, non può essere a queste soltanto circoscritta, poiché le travalica. Si è visto, infatti, nelle pagine che precedono, che l'istituto del legittimo impedimento a comparire del difensore chiama in causa il principio del giusto processo, l'inviolabile diritto di difesa dell'imputato, nonché l'importanza della difesa tecnica nel procedimento penale.
Per quanto concerne più specificamente l'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, Cpp, è stato osservato, poi, che la *ratio* della norma è quella di parificare la tutela accordata alle donne avvocato a quella delle lavoratrici dipendenti. Si è detto altresì che, a seguito della legge 27 dicembre 2017, n. 205, la condizione del difensore in stato di gravidanza che si trovi nei due mesi precedenti il parto è *ope legis* qualificata come causa di legittimo impedimento a comparire: nessuna discrezionalità, quindi, residuerebbe al riguardo in capo al giudice nella decisione se concedere o meno il richiesto differimento d'udienza.
Si scorgono, ciononostante, accidentalmente, nella giurisprudenza di merito[57], istanze centrifughe che si fanno portatrici di una diversa interpretazione della norma *de qua*, a partire dall'espressione

[54] C. cost., 13.1.2022 n. 2, cit. Sono insanabili le nullità assolute, salvo il limite dell'irrevocabilità della sentenza, mentre sono sanabili le nullità intermedie e quelle relative.
[55] *Ibidem*. Nello stesso senso C. cost., 3.7.1996 n. 224 e C. cost., 5.7.1995 n. 294, entrambe su www.cortecostituzionale.it.
[56] P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, cit., 330, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Tomo II, Milano 2017, 1431.
[57] Il riferimento è, ad esempio, ad una pronuncia del Tribunale di Vercelli (T. Vercelli, Sez. II, 25.3.2019, inedita). Il Tribunale – chiamato a decidere sulla responsabilità dell'imputato cui era contestata la commissione di diversi reati contro la persona e il patrimonio – rigettava con ordinanza l'istanza, depositata dall'unico difensore dell'imputato in data 1 giugno 2018, di rinvio dell'udienza istruttoria fissata per il giorno lunedì 4 giugno 2018. Rappresentava nella sua richiesta la difesa – e all'uopo allegava un certificato medico datato 5 aprile 2018 – di trovarsi all'ottavo mese di gravidanza e che la data del parto, in origine presunta per il 2 luglio 2018, era stata anticipata di due settimane per motivi di salute della gestante. Il giudice di prime cure, tuttavia, nel motivare il mancato accoglimento dell'istanza di rinvio, asseriva che lo stato di gravidanza del difensore non fosse stato rappresentato al giudice all'udienza del 23 aprile 2018, nel corso della quale era stato confermato il calendario del processo, e sosteneva che l'avvocato non ne avesse in ogni caso fatto pronta comunicazione, giusto il disposto dell'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, Cpp. I testimoni la cui escussione era fissata per l'udienza del 4 giugno 2018, del resto, erano ormai stati citati.

"comunicato prontamente" di cui all'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, Cpp. Trattasi, tuttavia, di istanze agevolmente riconducibili ad equità ad opera delle Corti d'Appello di volta in volta competenti[58]. Ciò vieppiù se si considera che non si registra, nella giurisprudenza di legittimità, alcun contrasto in ordine alla corretta interpretazione della norma, a riprova del fatto che quest'ultima – fortemente voluta dal Consiglio Nazionale Forense – ha trovato, infine, il favore degli interpreti.
Se così è, allora, l'avverbio "prontamente" contenuto nell'inciso "comunicato prontamente" di cui si è detto altro non è se non una mera superfetazione normativa, posto che il diritto dell'avvocato che sia in stato interessante a ottenere il rinvio dell'udienza è una conquista di civiltà. Per evitare, quindi, di avallare valutazioni discrezionali da parte dei giudici in casi siffatti, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che rimuova qualsiasi riferimento alla prontezza con cui viene assolto l'onere comunicativo, considerando *iuris et de iure* legittimo l'impedimento comunque manifestato dall'avvocato nei due mesi precedenti il parto e nei tre mesi successivi a quest'ultimo. Ciò consentirebbe, invero, di fugare una volta per tutte ogni dubbio circa la possibilità per il giudice di merito di sindacare la legittimità dell'impedimento del difensore dal punto di vista della sua tempestività.
Ciò premesso, la legge 27 settembre 2021, n. 134 non ha fornito, in proposito, indicazioni di una necessaria riforma della norma *de qua*, di talché rimarrà ferma, almeno nel prossimo futuro, la disciplina del legittimo impedimento così come la conosciamo.
La legge di delega prescrive, però, come ricordato, che, quando non sia possibile esaurire il dibattimento in un'unica udienza, il giudice comunichi alle parti il calendario delle udienze per l'istruzione dibattimentale e per lo svolgimento della discussione. Si comprende, allora, la preoccupazione di come codesta nuova previsione sarà coordinata con la disciplina del legittimo impedimento del difensore che sia in stato interessante. Non parrebbe accettabile, d'altronde, imporre al difensore – che per avventura sia venuta a conoscenza del proprio stato di gravidanza in concomitanza con l'udienza in cui viene predisposto il calendario del processo – di comunicare sin da subito la sua condizione.

All'esito dell'istruttoria ed esaurita la discussione, il giudice di prime cure dichiarava chiuso il dibattimento e, quindi, pronunziava sentenza, assolvendo l'imputato dal reato di cui all'art. 624 Cp e condannandolo invece per gli altri reati a lui ascritti alla pena di anni 1 e mesi 8 di reclusione, oltre al pagamento delle spese processuali.

[58] Si allude sul punto ad una sentenza della Corte d'Appello di Torino (C. App. Torino, Sez. III, 1.6.2021 n. 3927, inedita). Per ricollegarsi alla vicenda testé accennata, infatti, il difensore dell'imputato aveva proposto appello avverso la decisione del Tribunale di Vercelli, deducendo anzitutto la nullità della pronuncia "per non avere il Tribunale accordato un rinvio dell'udienza del 4/6/2018 benché il difensore avesse presentato in data 1/6/2018 una richiesta di differimento dell'udienza per motivi di salute, trovandosi in stato di gravidanza prossima al parto". La Corte d'Appello di Torino, ravvisatane la fondatezza, accoglieva detto motivo di appello, dichiarava la nullità della sentenza del Tribunale di Vercelli per violazione del diritto di difesa e conseguentemente ordinava, a norma dell'art. 604 Cpp, la trasmissione degli atti al giudice di primo grado.

PROFILI EVOLUTIVI DELLE CATEGORIE DEL REATO ALLA LUCE DEI PRINCIPI FONDAMENTALI E DELLA GARANZIA DELLA LEGALITA' IN MATERIA PENALE

di Giovannangelo De Francesco
Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Pisa

SOMMARIO: 1. L'esperienza del codice del '30 e delle tendenze coeve. Un primo sguardo in prospettiva. – 2. La critica alle soluzioni normative e l'elaborazione delle categorie del reato alla luce dei principi costituzionali: l'auspicio di un dialogo con la prassi. – 3. Le soluzioni prospettate nei singoli campi di materia. Il carattere circoscritto degli interventi normativi. – 4. La tendenza più recente: i difetti della giurisprudenza e le spinte verso una riforma della legislazione; in particolare, la disciplina della colpa. – 5. Legalità e cause di giustificazione. – 6. Scienza e norma nelle valutazioni causali. – 7. Un consuntivo sulle categorie del reato nello specchio della garanzia della legalità. Nuovi orizzonti per una riforma del codice?

1. Le considerazioni che seguono mirano a tratteggiare un breve *excursus* delle tappe evolutive che hanno segnato, nel nostro ordinamento, le categorie del reato con particolare riguardo alle tendenze più o meno favorevoli a definirne per legge i rispettivi contenuti: tendenze che sembrano poter essere suddivise in tre distinte fasi di sviluppo, le cui articolazioni sul piano cronologico registrano, peraltro, alcune inevitabili sovrapposizioni, interferenze, anticipazioni più o meno rilevanti delle soluzioni a venire; tutto questo, beninteso, avendo sempre presente l'esigenza di porre a contatto gli orientamenti della dottrina, della giurisprudenza, e della prassi legislativa in materia con l'influenza crescente dei principi fondamentali della nostra disciplina, anzitutto di quelli desumibili dal tenore normativo e dalle scelte di valore sottese alle garanzie riconosciute dalla Carta costituzionale.
Cominciamo dunque con l'osservare come il giuspositivismo statualistico che caratterizzava l'ordito del Codice Rocco venisse a riflettersi sulla stessa scelta di 'legalizzare' e, per l'appunto, positivizzare anche le componenti del reato. Il fatto che queste risultassero più o meno marcatamente influenzate dallo spirito repressivo del sistema non era di ostacolo – ma veniva anzi a conciliarsi – con la circostanza che le previsioni normative si preoccupassero di fornire un'apposita descrizione dei relativi connotati. Così, ad es., le ipotesi di responsabilità oggettiva venivano formalmente regolate grazie al richiamo espresso – e tale da rendere, anzi, pressoché 'automatico' il giudizio penale sul fatto – all'esclusione di qualsiasi indagine ulteriore circa l'esistenza della colpevolezza, la preterintenzione veniva ad assurgere a criterio d'imputazione in virtù del riscontro di un dolo intenzionale rivolto ad un fatto meno grave, la colpa specifica costituiva una forma d'inosservanza nella quale il richiamo a qualsiasi regola scritta - anche se priva, almeno a un primo sguardo, di uno scopo preventivo - non impediva, tuttavia (ma anzi favoriva), l'identificazione inequivoca, su base legale, del meccanismo d'imputazione; e la stessa disciplina della causalità, una volta posta a confronto con situazioni tali da rendere il legame con l'evento assai più semplice da valutare rispetto a quanto non accada ai tempi d'oggi, ben si prestava ad offrire una base normativa idonea a fungere da raccordo tra i casi concreti e lo schema condizionalistico legalmente postulato. D'altro canto, sempre sul terreno della causalità, lo stesso richiamo alla preesistenza di un obbligo giuridico in tema di omissione venire a munire, ancora

una volta, di un fondamento 'positivo' la rilevanza della condotta destinata a formare oggetto della verifica richiesta dalla 'clausola di equivalenza' di cui all'art. 40, 2° comma Cp.
Quanto alle cause di giustificazione, la maggiore articolazione dei fenomeni in esse ricompresi non impediva, tuttavia, ad un illustre rappresentante della scienza giuridica quale Arturo Rocco di affermare la necessità di richiedere l'intervento in ogni caso dello "*jus scriptum*". A ciò si aggiunga che, mancando a quel tempo una più matura consapevolezza dei termini del problema - la quale condurrà invece, grazie a studi più recenti (*in primis*, quelli di Mantovani e Padovani), ad attribuire rilievo al tipo di fonte *a sua volta* richiamata dall'art. 51 Cp. - si riteneva sovente che l'eventuale rinvio, da parte di tale articolo, anche ad una consuetudine o ad un regolamento non venisse a contraddire l'assunto che (in ispecie) il diritto con funzione scriminante derivasse pur sempre da una previsione di legge, tale essendo indubbiamente quella contemplata nella disposizione codicistica.
Né, d'altro canto, tali conclusioni potrebbero ricevere una smentita radicale in virtù dell'opinione – peraltro non da tutti condivisa – già allora propensa a riconoscere l'ammissibilità di un procedimento analogico, sia pure *in bonam partem*. In primo luogo, come si è opportunamente osservato, un simile procedimento tendeva a presentarsi in una logica pur sempre 'interna' per così dire, all'assetto legislativo delle scriminanti: ne accentuava le potenzialità regolative senza tuttavia sconfessare l'esigenza di seguire i percorsi tracciati nel diritto positivo, nella convinzione che non fosse altrimenti possibile rinvenire elementi a favore di una regolamentazione unitaria; e non è un caso, del resto, che, rispetto ai fenomeni allora ritenuti suscettibili di analogia, la dottrina successiva non abbia trovato difficoltà ad inserirli tra le ipotesi scriminanti esplicitamente regolate.
A tali rilievi merita, in secondo luogo, di venire affiancata la considerazione in base alla quale sostanzialmente estranea a tale dimensione analogica risultava l'idea delle scriminanti come norme del tutto estranee alla materia penale; sintomatica l'affermazione di Bettiol, che le considerava "norme penali comuni" (pur) sottoposte a garanzie meno cogenti rispetto a quelle applicabili alle disposizioni incriminatrici.
Ed ecco infine il punto essenziale: nelle tendenze un tempo prevalenti – complice anche la frequente adesione ad una concezione bipartita del reato, ed il conseguente ripudio dell'antigiuridicità oggettiva, la quale escludeva la connessione delle scriminanti con la materia penale - non era ancora penetrata l'idea di un distacco radicale di tali figure da qualsiasi rapporto con l'archetipo della legalità; un rapporto destinato invece a rarefarsi, non appena il fenomeno della giustificazione – come osserverà Marinucci – venga fatto dipendere da una "folla incalcolabile" di norme in grado di assumere rilevanza a prescindere dalla loro origine, conformazione o posizione gerarchica; con la conseguenza ulteriore secondo la quale, una volta escluso il legame di cui si è detto, non avrebbero più alcuna ragion d'essere nemmeno le perplessità – il "groviglio" concettuale, per usare ancora le parole dell' Autore - in merito al carattere eccezionale o meno delle norme scriminanti; pur dando atto che alcune questioni riguardanti la relativa disciplina necessitano tuttora di ulteriori approfondimenti, si dovrebbe riconoscere, in effetti – conclude Marinucci - che le predette controversie, nei loro termini originari, abbiano ormai perso di attualità, in quanto storicamente influenzate dall' "usurpazione" di vetusti metodi di approccio di matrice penalistica rispetto ad una visione più aperta ed evoluta dei fondamenti sistematici e dell'ambito di estensione propri del fenomeno della liceità.

2. Il richiamo a simili sviluppi della dottrina in tema di cause di giustificazione è giunto ad anticipare, per la verità, la direzione ed il senso delle pur brevi riflessioni che s'intendeva adesso

svolgere in merito alla seconda fase, per così dire, dell'esperienza italiana riguardante l'elaborazione delle categorie del reato.
Appare evidente che ci stiamo riferendo ad un periodo caratterizzato dall'influenza esplicata dai principi, prima di tutto quelli derivanti dalla Carta costituzionale. Come ben sappiamo, essi non possono venire confinati nel ruolo proprio delle leggi, e non già perché si rivelino muti od inespressivi quanto a contenuti e potenzialità applicative, ma perché il loro potenziale teleologico si sostanzia in un parametro di valutazione differente da quello intraneo ai singoli precetti normativi. L'orizzonte di senso in cui si muove il principio – come osservava Manzoni nelle 'Osservazioni sulla morale cattolica' – è tale da assumere una dimensione assiologica in grado di sviluppare senza sosta le virtualità sottese ai contenuti e alle finalità cui esso appare preordinato. E da questo angolo visuale, si comprende allora anche il significato di quella profonda metamorfosi che a partire da tali principi è destinata a riverberare i propri effetti sugli assetti complessivi dell'ordinamento penale.
Se è pur vero, in particolare, che le categorie del reato – come molti sono soliti ricordare – sono venute ad emergere in virtù di un processo di 'astrazione' dalle singole e limitate figure criminose ereditate da un lontano passato, non è men vero, tuttavia, che, grazie agli sviluppi successivi, il nesso di influenza tra fattispecie, regole di diritto penale, e principi fondamentali, si è andato invece manifestando nella forma di un processo d'interazione decisamente più complesso dal punto di vista sistematico e sotto il profilo della sua direzione teleologica. I principi, in quanto espressione di esigenze deontologiche preminenti rispetto agli assetti della normazione, vengono ad assumere, per vero, il ruolo di criteri-guida necessariamente vincolanti rispetto alle scelte di tutela, ed, ancor prima – ciò che qui più interessa – delle stesse categorie dell'illecito penale. Il dover essere alla base del principio si trasmette, in altri termini, agli stessi elementi del reato che di quel principio rappresentano l'incarnazione, e da questi, infine, alle singole figure d'illecito, che con i significati espressi da tali componenti fondamentali dovranno necessariamente accordarsi.
In questa prospettiva, si possono cogliere, dunque, le ragioni di fondo da cui è scaturito l'interesse della dottrina più evoluta verso un approfondimento della struttura del reato, non più nell'ottica dell'interpretazione del diritto positivo, quanto piuttosto in quella di una ricostruzione teorico-scientifica della fisionomia dei presupposti – e dei 'principi', ancor prima - della responsabilità penale, all'interno di indagini ampiamente documentate e sovente ispirate ai modelli della dottrina tedesca, grazie alla particolare sensibilità propria di quest' ultima verso concettualizzazioni irriducibili al vincolo legale di definizioni precostituite, oltre tutto per lo più assenti nella codificazione penale di quel Paese.
Da tale angolo visuale, la dommatica del diritto penale si esprimerà nell'intento di dare veste razionale a fondamentali esigenze di valore ed insieme ad implicazioni politico-criminali costituzionalmente orientate: incarnando, in definitiva, un atteggiamento di pensiero rilevante, sia sotto il profilo metodologico, che sotto quello della ricerca di soluzioni conformi ad una 'situazione spirituale' volta a liberarsi dal grigiore e dal formalismo di un'ingombrante passato. Più in particolare: l'obiettivo prevalente di simili elaborazioni sarà quello di affrancarsi dal giogo e dalla fissità di modelli legali ritenuti incapaci – oramai, anche alla luce della Costituzione - di riflettere la ricchezza delle valutazioni che la stessa teoria del reato, in una con le finalità proprie della pena, avrebbe dovuto recepire al proprio interno. E in un simile contesto, la stessa idea di una riforma delle previsioni in materia non verrà a ricevere, d'altro canto, un riconoscimento diffuso o comunque particolarmente sentito presso la maggioranza degli autori: a parte il timore (di cui si avverte qua e là l'influenza) di veder compromessa la complessità sul piano sistematico di siffatte ricostruzioni per effetto della loro traduzione in brevi e laconici enunciati normativi, ad assumere

un peso rilevante sarà in ogni caso l'obiettivo di promuovere un livello più elevato di consapevolezza in merito alle garanzie immanenti alla responsabilità penale, sì da poter influenzare e stimolare in misura crescente la prassi giudiziaria verso valutazioni più approfondite in merito ai requisiti su cui quella responsabilità avrebbe dovuto fondarsi.
Certo, l'esigenza di talune innovazioni sul piano normativo non risulterà del tutto priva di riscontri favorevoli, specialmente in occasione dei tentativi di riforma del codice penale: ma deve tuttavia ricordarsi che, alla sensibilità mostrata da una parte della dottrina (prima di tutto, com'è ovvio, quella rappresentata nelle Commissioni ministeriali) raramente verrà a corrispondere quel sostegno e consenso diffuso presso la comunità scientifica che era ragionevole attendersi di fronte alle critiche concordemente rivolte alla codificazione del '30. Ed a tale proposito, riteniamo poco plausibile che tale atteggiamento – al di là delle dichiarazioni e degli scritti in chiave fortemente polemica - sia dipeso unicamente da valutazioni di metodo o di contenuti; senza escludere del tutto l'influenza di tali motivazioni (e di ulteriori ragioni di dissenso, sulle quali merita sorvolare), sembra maggiormente fondata l'ipotesi che si ritenesse preferibile rinunciare ad uno strumento pur sempre vincolato alla tradizione, e come tale meno adatto a fecondare un dialogo con la prassi ispirato ai principi.
3. D'altra parte, non è un caso che una maggiore propensione verso nuove soluzioni normative (a parte le modifiche in materia di circostanze, dovute alla recezione di un'istanza dottrinale risalente e non difficile da esaudire) si sia andata affermando soprattutto con riguardo a settori peculiari e sotto la spinta di più specifiche motivazioni. Così, da un lato, su impulso europeo – emblematico quello derivante dal c.d. *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione – hanno preso avvio alcune proposte, rimaste peraltro inattuate, di 'codificazione' di determinate forme dell'elemento psicologico del reato, ritenute maggiormente conformi alle caratteristiche della criminalità economica; e, dall'altro – grazie anche all'influenza europea - si è proceduto ad allestire (mediante il d.lgs. n. 231 del 2001) una disciplina volta a conferire rango normativo ai coefficienti della responsabilità propri degli enti collettivi, in modo da attribuire rilevanza alla c.d. colpa di organizzazione quale criterio d'imputazione autonomo rispetto alla colpevolezza dell'autore individuale.
Ma se si eccettuano, per l'appunto, le vicende or ora brevemente illustrate – e fermo restando che, come si accennava, non mancherà pur sempre di farsi sentire la voce di alcuni studiosi maggiormente propensi a conferire veste normativa alle proprie elaborazioni – non sembra azzardato affermare che il *Leitmotiv* delle tendenze espresse dal periodo in esame fosse rappresentato in via prioritaria dall'interesse a sviluppare a livello scientifico, con ampiezza e profondità di dottrina, i significati e le potenzialità ermeneutiche ricavabili dai principi fondamentali.
Non è qui possibile ripercorrere, neanche per rapide sintesi, le riflessioni dedicate alle tematiche ora ricordate. Ma si pensi anzitutto all'entrata in scena del principio di offensività, quale parametro in grado di affiancarsi al dato legale tipico illuminandone i contenuti e garantendone anche in concreto il disvalore; oppure alle indagini nel settore dei reati omissivi, ed in particolare quelli impropri, caratterizzate dalla tendenza a privilegiare il richiamo ad una 'posizione di garanzia' accanto e persino oltre il requisito dell'obbligo giuridico; od ancora alle elaborazioni riguardanti l'elemento del dolo – e di quello eventuale, in particolare – dove i profili sistematici verranno posti, tra l'altro, sempre più in relazione con l'impervio terreno del suo accertamento; e come trascurare gli studi, ancor più vasti e numerosi, dedicati al reato colposo: dalla chiarificazione della genesi e della portata delle regole cautelari, all'analisi dei relativi nessi con l'evento, al profilo soggettivo della colpa, a sua volta declinato secondo livelli più o meno accentuati di

concretizzazione; per non dire, poi, delle ricerche sulla struttura della preterintenzione, volte a far emergere coefficienti, per quanto inespressi, di correlazione e di congruenza più intensa e pregnante tra il comportamento doloso, con la sua intrinseca pericolosità, e il modo di prodursi dell'evento più grave. Di grande impatto sarà, d'altro canto, l' attenzione dedicata all'errore sull'illiceità, che, sulla scia delle approfondite riflessioni della dottrina (e non senza – è doveroso ricordarlo – le suggestioni della prassi, per quanto tecnicamente elusiva, del ricorso alla c.d. buona fede nelle contravvenzioni) giungerà fino ai lidi della giurisprudenza costituzionale, dando vita ad un intreccio tra personalità dell'illecito e funzioni della pena destinato a rafforzare ulteriormente i contenuti del giudizio di colpevolezza.
All'antigiuridicità e alle cause di giustificazione abbiamo già avuto modo di accennare: ma è il caso tuttavia di aggiungere che sull'espansione del ruolo delle scriminanti verranno ad incidere, sia pure con alcune riserve, le tendenze sul piano ermeneutico derivanti da opinioni particolarmente accreditate – tra le quali spicca indubbiamente quella dovuta ai fondamentali contributi di Claus Roxin - da sempre favorevoli a rivendicare l'influenza di "mutamenti sociali" in grado di vivificare il bilanciamento tra gli interessi in conflitto, sottraendolo alla griglia vincolante di presupposti normativi rigidamente formalizzati.
Per quanto riguarda, infine, la tematica della causalità, la formula della *condicio sine qua non* verrà ad essere integrata dal richiamo al sapere scientifico, sul presupposto che il *dictum* del legislatore, per quanto caratterizzato da un lessico tecnicamente accurato, non possa garantire la verifica in concreto dell'esistenza di un'effettiva connessione tra la condotta e l'evento. Si tratta indubbiamente di sviluppi di grande spessore sotto il profilo sistematico, e che giungeranno ben presto ad esplicare la propria influenza (sia pure con esiti non sempre omogenei e coerenti con le premesse) sulla prassi applicativa, com'è testimoniato in maniera emblematica dalle notissime pronunce *Franzese* e *Cozzini*; e nondimeno rimarranno aperti – come si avrà modo di accennare tra breve - alcuni interrogativi di particolare complessità, i quali rischiano tuttora di compromettere, almeno in certe situazioni, l'attitudine sul piano esplicativo delle predette ricostruzioni in chiave scientifica del fenomeno della causalità. Né possono dimenticarsi, sia pure in altra prospettiva, le tendenze a riportare all'attenzione degli interpreti le esigenze sottese al criterio della c.d. imputazione oggettiva dell'evento, sul presupposto che le suggestioni sul piano teleologico all'origine di tale categoria inducano a valorizzare il legame tra il tipo di rischio derivante dalla condotta e le dinamiche di sviluppo del nesso con l'evento, e di arricchire, al contempo, la base valutativa necessaria ad attribuire significato, già a livello d'illecito, agli stessi elementi del dolo e della colpa.

4. Ma, giunti a questo punto, non è più possibile, oramai, rinviare ulteriormente l'indagine relativa al terzo ed ultimo periodo del *trend* evolutivo che ci eravamo proposti di lumeggiare. È una fase – quella più recente – difficilmente declinabile secondo una chiave di lettura in grado di far emergere indicazioni del tutto univoche. Basti pensare, in primo luogo, alla coesistenza tra una linea di pensiero favorevole all'assetto c.d. 'multilivello' di marca europea, ed alla conseguente legittimazione di un diritto di fonte 'giurisprudenziale', e un atteggiamento, viceversa, fortemente avverso ad un simile tendenza, e comunque, a qualsiasi forma di *deminutio*, più o meno palese o dichiarata, del vincolo della legalità penale.
È tuttavia interessante osservare che, per quanto concerne le categorie generali del reato, le soluzioni desumibili dagli orientamenti della giurisprudenza abbiano suscitato una crescente insoddisfazione presso un novero via via più esteso di giuspenalisti particolarmente sensibili al rispetto delle garanzie fondamentali. Si è andati constatando, in primo luogo, come la verifica in

sede giudiziaria dei coefficienti del dolo e della colpa – come pure della stessa preterintenzione - non abbia corrisposto alle aspettative volte a farne emergere quelle dimensioni sotto il profilo contenutistico e teleologico-valutativo che il principio personalistico dell'addebito penale avrebbe richiesto di salvaguardare: l'appiattimento su schemi di valutazione generalizzanti – quando non addirittura influenzati da logiche presuntive o da un vistoso 'interscambio' tra i modelli d'imputazione – è stato percepito, in effetti, come il frutto di un'intollerabile rinuncia a tradurre in concreto le frequenti indicazioni circa i percorsi maggiormente idonei a conferire pienezza e compiutezza di requisiti alle diverse forme del rimprovero penale. Il che non deve indurre, beninteso, a trascurare che, come si è opportunamente avvertito, la giurisprudenza più sensibile al richiamo di tali fondamentali garanzie abbia talora sviluppato delle soluzioni in grado di contribuire a tematizzare e a specificare i contenuti di determinate categorie, ponendo le premesse per una loro più decisa affermazione all'interno del sistema.

In ogni caso, ciò che preme sottolineare è il manifestarsi, presso la maggioranza degli interpreti, di una progressiva consapevolezza circa la necessità di un'apposita disciplina riguardo a determinati campi di attività, mediante l'introduzione di formule normative maggiormente caratterizzanti rispetto a quelle già da tempo adottate; così, ad es., in materia di responsabilità nell'esercizio di professioni sanitarie, farà la sua comparsa la proposta di attribuire consistenza normativa al limite della c.d. 'colpa grave', o comunque ad altri requisiti volti a circoscrivere la sfera di rilevanza della colpa in relazione al verificarsi di un esito infausto.

Ed ancora: sullo stesso versante oggettivo del reato, andrà ricevendo una particolare attenzione – sulla scia di alcune soluzioni già contemplate nel Progetto Grosso - il richiamo all'esigenza di esplicitare le caratteristiche delle posizioni di garanzia, sì da poterle ancorare ad un vincolo normativo in grado di limitare l'ambito dei poteri-doveri spettanti ai rispettivi titolari od ai soggetti da questi delegati.

Simili tendenze non mancheranno, d'altronde, di trovare un significativo riscontro sul piano politico-legislativo, da un lato in materia di colpa medica – si pensi al Decreto Balduzzi e alla successiva Legge Gelli-Bianco – dall'altro, grazie anche agli *input* di provenienza europea, con riguardo alle suddette posizioni di garanzia, soprattutto in materia di sicurezza sul lavoro: là dove, dopo una prima normativa, risalente al '94 e già caratterizzata da importanti aspetti innovativi, interverrà la fondamentale disciplina predisposta dal d. lgs. n. 81 del 2008 – che lascerà, tra l'altro, la propria impronta nella notissima pronuncia delle Sezioni Unite riguardante il caso *Thyssen-Krupp* - particolarmente attenta nel definire, oltre ad alcuni concetti di non facile individuazione (come quelli di "rischio" o di "pericolo") le attribuzioni in linea di principio spettanti ai soggetti incardinati nella struttura dell'impresa, come pure quelle collegate ad un'eventuale 'delega di funzioni' (per l'innanzi rimasta pericolosamente indeterminata nei suoi presupposti e nei suoi requisiti di validità).

A tali modelli, *mutatis mutandis*, verrà ad ispirarsi un interessante Progetto di riforma concernente i reati in materia agro-alimentare – cui farà seguito un analogo Disegno di legge - nei quali, ancora una volta, sarà dato assistere ad una specifica previsione *ad hoc* volta a definire la nozione di evento di pericolo, oltre che all'inserimento di formule normative aventi ad oggetto le posizioni di garanzia e le condizioni richieste per un valido conferimento dei poteri a soggetti delegati.

Ma gli sviluppi più eclatanti si registrano, senza dubbio, malgrado il carattere contingente dei motivi dell'intervento, nell'ambito della normativa volta a fronteggiare i problemi collegati all' esplosione della vicenda epidemica e alle sue drammatiche implicazioni. A tale riguardo, preme soprattutto ricordare, oltre ad alcune previsioni volte ad apprestare uno 'scudo difensivo' - come si usa dire – per i datori di lavoro e per chi abbia somministrato il vaccino anti-Covid, ove abbiano

rispettato determinate prescrizioni volte a contenere i rischi del contagio, il richiamo, soprattutto, alla categoria della colpa grave nei confronti degli esercenti una professione sanitaria, con riguardo ad eventi di omicidio o di lesioni personali verificatisi nel contesto della predetta situazione di emergenza; tale richiamo, peraltro, non si esaurisce nell'evocare la suddetta forma di colpa, ma risulta ulteriormente scandito da un'apposita elencazione, per quanto esemplificativa, dei fattori suscettibili di escluderla, tra i quali la limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto, la scarsità delle risorse umane e materiali disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, ed altresì il minor grado di esperienze e conoscenze tecniche del personale non specializzato chiamato a far fronte all'emergenza.
Appare evidente come in tal modo giunga a fare il proprio ingresso in termini espliciti un'ampia gamma di valutazioni che le tendenze più diffuse sono solite ricondurre, sia pure in parte, alla c.d. misura soggettiva della colpa; misura che, stando ad alcune opinioni, presenterebbe una stretta affinità con la scelta di valorizzare la presenza di più articolati fenomeni dotati di rilevanza 'scusante', destinati ad affiancare la violazione di cautele doverose. Tale prospettiva – come si è avuto modo di osservare in altra sede – andrebbe sviluppata, in realtà, con ancor maggiore convinzione, sì da conferire veste normativa ad una costellazione di ipotesi destinate a figurare come un requisito ulteriore rispetto alla colpa in quanto tale, fermo restando che, come riteniamo, anche questa dovrebbe trovare pur sempre la sua collocazione all'interno del giudizio di colpevolezza. In ogni caso, è difficile negare come la previsione normativa or ora ricordata rappresenti un indice particolarmente significativo a favore della scelta di conferire una dimensione 'legale' ai coefficienti della colpevolezza; pur se con riguardo ad un determinato settore – peraltro, tra i più vasti nel panorama della colpa - essa testimonia, insomma, una chiara consapevolezza del rischio di affidare *omisso medio* all'elaborazione della prassi il compito di definire i presupposti ed limiti propri di tale forma di responsabilità.

5. Di grandissimo interesse è, d'altro canto, anche l'evoluzione intervenuta in materia di cause di giustificazione. Sempre più frequenti appaiono invero gli appelli rivolti in direzione dell'abbandono di una configurazione delle scriminanti svincolata da qualsiasi connessione con il paradigma della legalità. Già in tempi meno recenti si era osservato, in effetti – da parte di un indimenticabile Maestro del diritto penale, il compianto Franco Bricola – che, se per un verso l'autonomia del fenomeno della giustificazione "appare più comprensibile nel sistema costituzionale tedesco che attribuisce una portata più allentata e meno formalistica al principio della riserva di legge", una soluzione, anche nel nostro Paese, che pretendesse di legittimare la loro rilevanza in virtù di fonti diverse dalla legge rischierebbe di condurre ad una "frammentazione" delle valutazioni, sul piano sistematico e su quello delle esigenze costituzionali, poste alla base della struttura del reato.
Cercando di far tesoro di tali preziose indicazioni, ci era sembrato, più modestamente, di poter affermare che la presenza di una norma permissiva (intesa in senso lato) non coincida automaticamente con il riconoscimento nella medesima di una funzione scriminante; quest'ultima implica invero che il permesso di agire (ad es., quello consistente nella facoltà di disporre di un bene in proprietà) – non essendo, in quanto tale, rivolto a giustificare un fatto altrimenti illecito – possa vedersi riconosciuto un simile ruolo soltanto laddove, delineandosi gli estremi di una fattispecie incriminatrice, si possa altresì verificare che il relativo assetto normativo renda effettivamente possibile ammettere la rilevanza scriminante del permesso in questione; ragion per cui, venendo tale assetto a richiedere – né potrebbe essere diversamente - anche la previsione per legge, come pure la determinatezza, della fattispecie di reato, è giocoforza ritenere che da simili

condizioni non sia comunque possibile prescindere nel momento di predicare l' idoneità o meno di quel permesso di agire ad attingere il piano dell'esclusione dell'antigiuridicità.
In questo quadro, non possiamo non valutare, dunque, con particolare favore il progressivo diffondersi di importanti contributi volti a negare, ad es., la sufficienza di un semplice provvedimento dell'Esecutivo a fondare la legittimità di una previsione scriminante relativa alle azioni di contrasto del traffico di migranti; ed altrettanto deve dirsi quanto alla crescente tendenza a segnalare i riflessi negativi sulla persona delle vittime di parametri di liceità fondati su norme non legalmente definite, tanto più in presenza di eventuali esiti giustificanti collegati all'esercizio di poteri coercitivi (come quelli consistenti nell'uso delle armi) lasciati nel limbo di una sia pur parziale indeterminatezza dei relativi presupposti. Né può trascurarsi la crescente propensione ad accreditare l'inserimento nel sistema di scriminanti c.d. procedurali, in specifica connessione con fenomeni concernenti tematiche c.d. 'sensibili' (si pensi a quelle inerenti alle scelte di fine-vita) ovvero tali da suscitare particolare allarme sociale (come accade, ad es., con riguardo alle operazioni sotto copertura); circa le quali, una volta che si abbia cura di non esaurirne la portata in una mera sequenza di adempimenti formali volta ad eludere la comparazione dei beni in conflitto, merita un sicuro apprezzamento la scelta – su cui ha insistito la migliore dottrina – di dotare comunque di un adeguato fondamento normativo l'indicazione dei soggetti in grado di beneficiare della scriminante, come pure le condizioni richieste per l'esercizio dei relativi poteri, nonché la specificazione di questi ultimi in funzione della tipologia dei reati cui la giustificazione deve applicarsi.
6. Alcune osservazioni meritano, infine, di venire dedicate alla tematica concernente il rapporto di causalità. Si è già posto in evidenza come alla definizione di tale rapporto abbia contribuito in maniera determinante la postulata necessità di fare ricorso al sapere scientifico e alle leggi da questo elaborate con riguardo ai fenomeni appartenenti al mondo della natura. Non essendo questa la sede per ripercorrere gli sviluppi, vuoi a livello teorico vuoi sul piano delle scelte applicative, che hanno fatto seguito a tale fondamentale 'conquista' nel settore considerato, interessa soprattutto soffermarsi su di un aspetto problematico che è andato sempre più emergendo in presenza di situazioni tali da rendere 'incerta' la capacità esplicativa di eventuali leggi scientifiche. Che fare, ci si è domandati, quando si sia di fronte a posizioni scientifiche di segno opposto – e tra loro 'rivali', per così dire – riguardanti la materia oggetto di un procedimento penale (come nella disputa circa l'esistenza o meno di un effetto acceleratore, rispetto allo sviluppo di un tumore al polmone, di una reiterata esposizione a polveri d'amianto)?
La scelta, compiuta nella già menzionata pronuncia *Cozzini*, si è tradotta nell'elevare il giudice a 'custode' del metodo scientifico – ed in quanto tale investito del potere-dovere di prendere in esame le tesi avanzate nel processo sulla base di una molteplicità di criteri, tra in quali l'ampiezza e il rigore delle ricerche scientifiche, il grado di sostegno dei fatti rispetto alle ipotesi formulate, la discussione critica nell'ambito degli studi in materia, la capacità esplicativa delle elaborazioni teoriche, l'atteggiamento complessivo da parte della comunità scientifica, la credibilità degli studiosi nel settore interessato -.
Ma tali articolate valutazioni si sono tuttavia prestate ad obiezioni non trascurabili. In effetti, pur escludendo che il giudice si trasformi egli stesso in uno 'scienziato', resta tuttavia il timore che, col caricarlo del compito di vagliare la consistenza dei suddetti parametri, si finisca con l'attribuirgli il ruolo di una sorta di 'arbitro' o giudice finale 'degli scienziati'; di modo che tutt'altro che infondate si rivelano le perplessità manifestate da un'autorevole dottrina (si allude a Palazzo), quando ha osservato che, seguendo la predetta impostazione, parrebbe "difficile negare che la giurisdizione sia chiamata in sostanza ad una *scelta*" ultimativa, in contrasto, tuttavia, con

il rilievo, dato per lo più come scontato, secondo il quale "la *"validità giudiziaria"* di tale scelta dovrebbe dipendere dalla "maggiore o minore capacità argomentativa dei diversi giudici di merito".
D' altra parte, e non a caso, si è andato delineando, in tempi più recenti, un orientamento volto a semplificare maggiormente il problema, nel senso di considerare come criterio decisivo l'esistenza o meno di un vasto ed accreditato consenso in merito ad una certa spiegazione scientifica rispetto a quanto non sia dato riscontrare rispetto ad altre soluzioni di opposto tenore; un criterio, peraltro, che, non ha convinto del tutto alcuni studiosi, secondo i quali, a volerlo accogliere in maniera incondizionata, si finirebbe col bandire dall'agone giudiziario qualsiasi progresso sul piano scientifico, escludendo *a priori* i risultati di più recenti studi in materia, magari non ancora oggetto di vasti riconoscimenti, ma pur sempre fondati su ricerche ed analisi accurate, e frutto del contributo di personalità di indiscusso prestigio. E tuttavia, malgrado simili perplessità, sembra sempre più evidente la preoccupazione di affrancare l'organo giudiziario dall'onere di farsi interprete degli itinerari della scienza; un obiettivo, in effetti, che ben si concilia con la preferenza accordata ad uno schema di valutazione maggiormente consentaneo ai poteri del giudice, tale essendo indubbiamente quello fondato sulla rilevazione del grado di consenso relativo ad una certa ipotesi scientifica.
L'esigenza di rendere più univoca la decisione del giudice è ravvisabile, d'altronde, sia pure sulla base di ulteriori argomentazioni, nella proposta, avanzata tra gli altri da Mario Romano, di attribuire alle Sezioni Unite del Supremo Collegio il responso circa la legge causale da ritenersi maggiormente fondata nei settori di volta in volta considerati. Una proposta, bensì respinta dalla Cassazione – la quale ha obiettato come al massimo organo collegiale non potesse venire sottoposta una questione di natura prettamente scientifica - ma che, a ben guardare, lascia affiorare, sia pure indirettamente, un orizzonte sistematico destinato a ricongiungersi con gli stessi principi fondamentali che cementano l'edificio del reato. Vogliamo dire che, al fondo di tale opinione, ed a quelle volte comunque a prospettare un controllo circa la validità della legge scientifica più confacente alle valutazioni giudiziarie, non è azzardato scorgere l'anelito (meno pretestuoso di quanto si è talora ritenuto) verso una dimensione giuridico-normativa anche nel contesto del rapporto di causalità: quasi a voler suggerire, in ultima analisi, una modifica nello stesso oggetto del sindacato di legittimità, il quale, dal percorso logico adottato in motivazione, dovrebbe venire a 'spostarsi', per così dire, verso quello dell'osservanza e corretta applicazione di criteri desumibili da regole penali sostanziali.
Se sia o meno aperta oggi la strada per 'codificare' siffatte valutazioni – se, cioè, sia realistico prospettare soluzioni normative più adeguate riguardo alla verifica del nesso con l'evento - non è qui possibile dibattere con quella capacità e competenza a livello di elaborazione progettuale, che la complessità dello scenario or ora accennato dovrebbe necessariamente presupporre. Ma resta tuttavia l'impressione che, anche con riguardo al problema causale, abbia preso progressivamente l'abbrivio una rinnovata sensibilità verso la dimensione 'legale', per così dire, delle basi del relativo giudizio, e, più in particolare, la ricerca di un più adeguato punto di equilibrio tra scienza e diritto, tra le spiegazioni offerte dalla prima e l'elaborazione di un paradigma normativo in linea con i compiti e le attribuzioni propri della giurisdizione penale.

7. Cercando di raccogliere le fila delle nostre riflessioni, non sembra azzardato affermare, in conclusione, che quello che ci è sembrato di poter designare come il terzo ed ultimo stadio di sviluppo riguardante le categorie del reato, rechi impressa la tendenza a porre maggiormente in risalto il valore positivo di una scelta volta a conformarsi alla garanzia fondamentale della legalità.

E non è nemmeno azzardato aggiungere, d'altronde, come una simile scelta di principio sembri oggi presentare un livello qualitativamente superiore rispetto a quello espresso dalle stesse previsioni normative di parte speciale.
A tale proposito, è necessaria tuttavia una precisazione. Invero, il primo elemento del reato, ossia il fatto penalmente tipico (prescindendo, adesso, dal riconsiderare le figure di reato imperniate sul nesso causale) si rivela, più degli altri, condizionato alle soluzioni adottate sul piano legislativo, per il fatto stesso di risultare, com'è ovvio, strettamente collegato alle modalità di previsione delle singole fattispecie incriminatrici: modalità, purtroppo, che continuano vieppiù ad essere caratterizzate da difetti vistosi sul piano della tecnica normativa, come può desumersi da innumerevoli esempi (ecoreati, immigrazione, tutela dei minori, sicurezza pubblica, pubblica amministrazione, e così via dicendo) ben noti all'intera cerchia degli addetti ai lavori. L'istanza della legalità, che in questo campo dovrebbe assumere un ruolo prioritario, rischia dunque di venire esautorata, ove si consideri che, pur nell'ossequio formale alla fonte, la tipicità del fatto risulta vulnerata a causa dell'inosservanza del canone fondamentale della determinatezza; un canone, d'altronde, in cui il profilo linguistico-lessicale della formula normativa dovrebbe essere in grado di trasmettere – come pure di ricevere, allo stesso tempo – l'impronta di un disvalore rigorosamente unitario, venendo in tal modo incontro anche all'esigenza di garantire, insieme all'offensività, anche la necessaria proporzionalità della tutela penale.
Un' inversione di rotta che non si riveli del tutto illusoria richiederebbe, da questo punto di vista, un profondo mutamento a livello di politiche penali e l'intervento di competenze ben più elevate sul piano della tecnica e della scienza della legislazione, che non sono per il momento alle viste; non essendo qui possibile affrontare simili questioni, ci si limita soltanto ad osservare che non ci sembra una buona soluzione quella di tentare di sdrammatizzare il problema, facendo leva sul potenziamento dell'interpretazione giudiziaria: come sembra invece emergere dalla tendenza, per quanto controversa, secondo la quale la costruzione del 'tipo' nel solco della tradizione liberalgarantista rappresenterebbe un'impresa tecnicamente ardua ed entro certi limiti addirittura infruttuosa; di modo che sarebbe consigliabile, piuttosto, coltivare un metodo sul piano ermeneutico che, a prescindere dal nitore della formula normativa, fosse in grado di forgiare le soluzioni più adeguate a rispecchiare il significato dei singoli casi concreti in cui il giudice sia chiamato ad esprimersi.
I pericoli insiti in una simile prospettiva sono peraltro evidenti; il c.d. dialogo ermeneutico, in tanto può risultare utile ed efficace, in quanto si muova in un ambito di valutazioni pur sempre condizionato al vincolo della determinatezza; laddove i modelli normativi risultino invece di tenore incerto o polivalente, il rischio è quello di fomentare un intollerabile soggettivismo ed arbitrio nel ricostruirne i contenuti, oltre che di mettere fuori gioco – come si è cercato di mostrare altrove – la risorsa, sovente preziosa, dell'interpretazione sistematica, la quale è destinata al fallimento in presenza di fattispecie dal contenuto indefinito, e per ciò stesso del tutto opache ed inespressive circa il loro rispettivo ambito di rilevanza.
D'altro canto, ma sulla medesima lunghezza d'onda, non è fuori luogo rimarcare, altresì, la profonda differenza tra il carattere inevitabilmente vario e molteplice dei singoli casi concreti e la configurazione in chiave 'analogica' delle scelte applicative inerenti alle fattispecie incriminatrici: una differenza, per vero, sulla quale hanno di recente insistito i massimi organi giudiziari (ossia la Corte costituzionale e la Corte di cassazione), avvertendo come il ricorso a ragionamenti di tipo analogico debba arrestarsi di fronte al sia pur minimo rischio di eludere i confini dello specifico modello legale, pena la violazione dalle stesse garanzie fondamentali costituzionalmente sancite.

Non si tratta, invero (come pure si è osservato in chiave polemica), di coltivare lo scenario irrealistico di un legislatore in grado di esaurire con le proprie locuzioni normative l'ambito delle ipotesi meritevoli della tutela penale; né si prospetta come possibile soluzione il ricorso ad accurate e minuziose elencazioni casistiche, nella convinzione (a dir poco irragionevole) di poter 'anticipare' in tal modo le future esigenze emergenti nella prassi applicativa. Si tratta invece, nella consapevolezza dell'intrinseca 'provvisorietà' di un simile compito, di impegnarsi a ritagliare ed 'isolare' un determinato campo di fenomeni, anche a prezzo di incorrere in possibili 'vuoti di tutela' rispetto a situazioni che, in altri settori giuridici, potrebbero (e magari dovrebbero) essere invece ricondotte alla sfera propria dell'analogia; e lo stesso 'tipo criminoso' (almeno nell'ottica che riteniamo preferibile) non dovrebbe essere concepito – quasi si trattasse di un 'principio' – come la base virtuale di un continuo incremento delle sue potenzialità applicative, dovendo esso rappresentare, al contrario, un argine insuperabile rispetto alla tentazione di intraprendere, inanellando una sequenza inarrestabile di casi 'analoghi', un percorso sempre meno condizionato dal perimetro della 'regola' di volta in volta assunta a fondamento dell'incriminazione.

Sia infine concessa, non senza un pizzico d'ironia, una battuta di sintesi: una volta preso atto che il legislatore - contravvenendo all'arguto suggerimento di F. Mantovani, che ne aveva auspicato, ormai da tempo, un tonificante "riposo" - continua imperterrito nella sua 'cavalcata' senza soste, perché non devolvergli, quanto meno, il compito (invitandolo magari a 'sperimentare', già nell'occasione, una migliore tecnica normativa) di provvedere, rimandando ulteriori iniziative, ad effettuare gli interventi più adeguati a sopperire alle più evidenti manchevolezze, sì da impedire che continui ad aleggiare lo spettro di esercizi ermeneutici troppo arrendevoli al 'fascino' dell'analogia?

Quanto alla tematica riguardante altri aspetti del reato – e riflettendo in un' ottica più vicina alle prospettive *de le ferenda* – sembra di poter dire che il fulcro della problematica si sostanzi nel prendere posizione di fronte alla seguente alternativa; in particolare, e rivolgendo soprattutto lo sguardo alla disciplina della colpevolezza, v'è da domandarsi se sia consigliabile ripartire per settori le previsioni normative volte a tratteggiarne i contenuti e le forme, o se sia invece preferibile pensare a delle definizioni concepite in una dimensione unitaria e sia pure maggiormente sensibili all'esigenza di confrontarsi con materie non sempre omogenee.

La questione – che intendiamo peraltro lasciare aperta - non può non condurre a misurarsi con un duplice ordine di valutazioni. La prima, di maggiore 'sostanza', per così dire, ha a che vedere con i differenti punti di vista nella costruzione sistematica dell'elemento considerato. Senza poter ripercorrere le controversie in materia, si può ricordare, ad es., come nell'ambito della colpa vengano a contrapporsi una tendenza a dotarla di un fondamento sul piano oggettivo, ed un'altra, viceversa, che ci è apparsa da sempre preferibile, maggiormente propensa a coglierne la rilevanza sul solo terreno della colpevolezza; e mentre la prima ha una sua intrinseca vocazione a postulare una necessaria influenza c.d. modale sul tipo di attività intrapresa – la quale potrebbe giocare come un punto a favore di una disciplina separata, in funzione dei differenti contesti in cui la condotta si esplica – la seconda potrebbe prestarsi, viceversa, anche ad una soluzione volta ad 'aggregare' le valutazioni relative a tale coefficiente, venendo essa a far leva, piuttosto, sul dato soggettivo della rimproverabilità dell'autore del fatto, il quale non richiede che l'esistenza della colpa debba sempre implicare dei contrassegni di 'tipicità' destinati a condizionare la rilevanza e la specifica fisionomia della condotta incriminata (si pensi soltanto alla materia delle circostanze, od a quella dei fenomeni aventi comunque alla base una condotta già penalmente illecita, nei quali vengono sovente in considerazione oneri cautelari di previsione o conoscenza, piuttosto che regole 'conformatrici' del tipo di attività).

Ciò detto, sarebbe tuttavia necessario rispondere anche ad un secondo interrogativo, il quale è strettamente collegato alla tendenza odierna a differenziare, talora in forma penetrante, le condizioni in presenza delle quali possa ritenersi più o meno esigibile una condotta conforme alle esigenze cautelari: dove spicca ormai da tempo, per limitarsi ad un esempio paradigmatico, il *favor* accordato agli operatori sanitari, e dove potrebbe apparire dunque ragionevole una soluzione che giunga, ancora una volta – sia pure mediante scelte normative tecnicamente più appropriate - a dare ingresso ad una previsione normativa *ad hoc*, in armonia con l'avvertita esigenza di dotare la colpa di limiti più stringenti rispetto a quelli riferibili ad altri settori di attività.
Se proprio si vuole, non appare del tutto fuori luogo porsi infine un'ultima questione. Il ritorno ad una dimensione legale – la si chiami pure, per rimarcarne la tensione progettuale, una 'nuova' legalità – nelle materie finora considerate, può rappresentare un argomento a favore di un superamento definitivo del nostro, ormai antiquato, apparato codicistico?
Il progetto di un nuovo codice, si sa, è divenuto oggetto di dispute interminabili, che tuttavia si sono andate stemperando di fronte al prevalere di un atteggiamento di forte scetticismo nei confronti di una simile opzione 'di sistema'. Ma resta tuttavia da domandarsi se una disciplina maggiormente in linea con la basilare funzione 'ordinante' delle categorie del reato – concepita in stretto collegamento con i principi fondamentali della nostra materia – non potrebbe trarre beneficio da una scelta che, ponendo fine ad una 'frammentazione' degli interventi (anche quelli, beninteso, 'innestati' qua e là nel tessuto codicistico), giunga a guadagnare di nuovo una posizione di primo piano nella parte generale di un codice penale integralmente riformato; una scelta, la quale - com'è testimoniato dalle esperienze maturate in altri sistemi – non implica punto che una tale collocazione debba ritenersi incompatibile con la predisposizione di regole congruamente differenziate, laddove si tratti di valorizzare le caratteristiche di determinate materie, senza con questo reciderne il legame con il 'volto' e la fisionomia dei principi da cui dipende l'assetto complessivo della normazione penale.

IL "RAVVEDIMENTO COMUNITARIO" DEL LEGISLATORE NAZIONALE IN MATERIA DI REPRESSIONE DEGLI «ABUSI DI MERCATO»: PRIME NOTE DI COMMENTO ALL'ART. 26 DELLA LEGGE N. 238/2021 («LEGGE EUROPEA 2019-2020»)

di Gianfranco Martiello
Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Firenze

A seguito di una specifica procedura di infrazione, l'art. 26 della legge n. 238/2001 ha infine completato l'adeguamento della disciplina sanzionatoria nazionale in materia di «abusi di mercato» ai *desiderata* comunitari espressi nella direttiva 2014/57/UE (c.d. «MAD II»: *Market Abuse Directive, Level Two*), cogliendo l'occasione anche per realizzare alcuni interventi di razionalizzazione della medesima normativa. In tale prospettiva, il legislatore ha ridefinito il raggio applicativo degli illeciti in questione, è intervenuto sulla risposta sanzionatoria ad essi collegata ed ha, infine, assoggettato a pena le condotte di *insider trading* c.d. «secondario», prima represse con la sola sanzione amministrativa. Il quadro normativo così delineato, tuttavia, solleva dubbi su di una legislazione penale interna che appare sempre più pervasivamente "eterodiretta" dal diritto comunitario.
Following a specific infringement procedure, art. 26 of the law n. 238/2001 finally obtained the national adaptation of the sanctioning discipline of the market abuses to the directive 2014/57/EU (so-called "MAD II": Market Abuse Directive, Level Two), also taking the opportunity to carry out some interventions to rationalize the same legislation. In this perspective, the legislator redefined the range of application of these offenses, intervened on the sanctioning response connected to them, and made criminally relevant the conduct of the tippee, previously repressed by administrative sanctions. This regulatory framework outlined questions about an internal criminal legislation that appears increasingly affected by European law.

SOMMARIO: 1. "Tanto tuonò che piovve": ovverosia, dell'infinita storia degli «abusi di mercato». – 2. Le novità introdotte dall'art. 26 della legge 23.12.2021, n. 238: un quadro d'insieme – 3. Il riformato raggio applicativo degli illeciti penali e punitivo-amministrativi. – 4. L'incriminazione del c.d. «*insider* secondario». – 5. Gli interventi sull'apparato sanzionatorio. – 6. Una considerazione finale.

1. Non c'è pace – verrebbe proprio da dire – per la disciplina penale degli «Abusi di mercato» contemplata dagli artt. 180 ss. del d. lgs. 24.2.1998, n. 98, recante il «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria» (d'ora in avanti: TuIntFin). Del resto, che la vicenda storica di tale settore normativo fosse aggettivabile, già prima di oggi, come a dir poco "travagliata" è cosa oltremodo nota, tanto da rendere qui superfluo ripercorrerla nel dettaglio, e quindi snocciolare la teoria di interventi che il legislatore nazionale, quasi sempre sospinto dai *desiderata* comunitari, ha negli anni operato[1]. Vero è, d'altronde, che per individuare l'origine della novella che in questa sede interessa non è certo necessario risalire troppo indietro nel tempo.

[1] In ogni caso, per una sintesi dei principali interventi normativi in materia, sia permesso rinviare, per tutti, a G. Martiello, *Abusi finanziari*, in *Leggi penali fondamentali d'udienza*, a cura di R. Bricchetti, F. Giunta, P. Veneziani, Milano 2021, 33 ss.

È infatti nel duemila e quattordici che viene emanata la direttiva 2014/57/UE relativa alle «Sanzioni penali in caso di abusi di mercato» (c.d. «MAD II»: *Market Abuse Directive, Level Two*), che gli Stati avrebbero dovuto recepire entro il 3 luglio 2016 (v. art. 13 dir. cit.), nonché emesso il regolamento n. 596/2014/UE (c.d. «MAR»: *Market Abuse Regulation*), i quali lasciavano presagire l'esigenza di un profondo riassetto della disciplina penale interna in materia di «abusi di mercato»[2]. Da parte propria, l'Italia si era inizialmente mostrata molto solerte nell'adempiere agli obblighi scaturenti da tali atti comunitari, tanto è vero che l'art. 11 della l. 9.7.2015, n. 114, ossia la legge comunitaria per l'anno 2014, aveva prontamente delegato il Governo sia a recepire la MAD II, sia ad adeguare l'ordinamento interno al MAR. Sennonché, con l'art. 8 della successiva l. 25.10.2017, n. 163 («Legge di delegazione europea 2016-2017»), il Parlamento tornò sui propri passi, autorizzando l'Esecutivo ad attuare il MAR – al quale, in effetti, farà seguito il d. lgs. 10.8.2018, n. 107, recante appunto «Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato»[3] – ma non più la MAD II. La ragione di un tale cambio di linea è con tutta probabilità da ricercarsi nel credito che, evidentemente, il Parlamento riconobbe all'opinione espressa dai funzionari governativi nella relazione illustrativa del d.d.l. S-1758, contenente il progetto di legge di delegazione europea per l'anno duemila e quattordici, ove testualmente si legge che l'espunzione della MAD II dal novero degli atti comunitari da attuare sarebbe stata giustificata «in quanto l'ordinamento nazionale [sarebbe stato] già conforme» alla stessa[4]. Per vero, tale frettoloso "giudizio di superfluità" non convinse del tutto una buona parte della dottrina, la quale, difatti, sin da subito evidenziò l'esistenza di svariati punti di disallineamento tra i *desiderata* comunitari e la normativa penale interna[5], la più parte dei quali, come si avrà modo di precisare, verrà in seguito puntualmente rimproverata al legislatore nazionale in sede comunitaria. Ma una lunga tradizione

[2] Un riepilogo delle innovazioni più rilevanti contenute in tali atti comunitari può leggersi in C. Brusegan, *Nuove frontiere in materia di* insider trading*: verso una regolamentazione europea omogenea?*, in www.archiviopenale.it (20.4.2015), 209 s.; F. Mucciarelli, *La nuova disciplina eurounitaria del* market abuse*: tra obblighi di criminalizzazione e* ne bis in idem, in *DPenCont* 2015, n. 4, 295 s.; F. Consulich, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, in *SOC* 2016, 203 s.; F. Consulich, F. Mucciarelli, *Informazioni e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, *ivi* 2016, 179 s.; F. Mucciarelli, *L'*insider trading *nella rinnovata disciplina UE sugli abusi di mercato*, ivi 2016, 193 s.; M. Scoletta, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem *nella nuova disciplina euro unitaria degli abusi di mercato*, *ivi* 2016, 218 s.; A. Laudonio, *Informazioni privilegiate: nuove istruzioni per l'(ab)uso*, in www.lalegislazionepenale.eu (15.2.2016), 1 s.; M. Miedico, *Gli abusi di mercato. La disciplina penalistica*, in *Reati in materia economica*[2], a cura di A. Alessandri, Torino 2017, 311 s. e 317 s.; S. Treglia, *Il* market abuse *e la teorizzazione programmatica della menzogna*, in *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, I, Torino 2017, 395 s.; Mucciarelli, *Riforma penalistica del* market abuse*: l'attesa continua*, in *DPP* 2018, 5 s.; S. Seminara, *Il diritto penale del mercato mobiliare*, Torino 2018, 64 s.

[3] Per un quadro delle novità introdotte nella disciplina degli abusi di mercato dal decreto in questione, v. per tutti S. Preziosi, *Nuova disciplina della manipolazione di mercato e bene giuridico tutelato*, in www.archiviopenal.it 2021, n. 1, 5 s.

[4] Per la ricostruzione storica della vicenda, v. F. Basile, *Una nuova occasione (mancata) per riformare il comparto penalistico degli abusi di mercato?*, in *DPenCont* 2017, n. 5, 271 s.; Id., *Riforma del* market abuse*: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, *ivi* 2017, n. 11, 228 s.; F. Mucciarelli, *Riforma penalistica*, cit., 8 s.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*[2], Torino 2020, 364 s.

[5] Cfr. S. Seminara, *Il diritto*, cit., 65 s.; F. Mucciarelli, *Riforma penalistica*, cit., 9 s.; F. Consulich, Market manipulation *e legislazione cosmetica*, in *SOC* 2019, 558 s.; F. Basile, *L'*insider trading *riformato...ma non troppo: criticità e prospettive all'indomani del d.lg. n. 107/2018*, *ivi* 2019, 570 s.; M. Gambardella, *Condotte*, cit., 366 s., 378 e 399; F. D'Alessandro, Market abuse, in *Il Testo Unico finanziario*, a cura di M. Cera, G. Presti, vol. II, Bologna 2020, 2205 s.

storica insegna che molto spesso, purtroppo, «*nemo propheta in patria sua*», e ben altro è dovuto infatti accadere per indurre il Parlamento a tornare sui propri passi.
Nuvole assai più minacciose, in effetti, hanno cominciato ad addensarsi sugli artt. 180 ss. TuIntFin nel momento in cui la Commissione europea ha inteso procedere alla verifica dell'effettivo stato di attuazione della MAD II negli ordinamenti interni dei singoli Stati, giungendo a conclusioni tutt'altro che confortanti. All'esito di una prima indagine era infatti emerso come le legislazioni interne di sei Stati, tra i quali anche l'Italia, «*non [fossero] conformi alle norme dell'UE in materia di sanzioni penali in caso di abusi di mercato*», in quanto, segnatamente, ritenute «*non […] sufficienti in termini di portata dei reati nel settore degli abusi di mercato e relative sanzioni*», sebbene la Commissione evidenziasse come la MAD II avesse «*attribui[to] alle autorità [nazionali] più ampi poteri di agire contro i soggetti responsabili della manipolazione e dell'abuso di informazioni finanziarie*»[6]. In una successiva relazione, peraltro, la stessa Commissione aveva più analiticamente rilevato come le mancanze più di frequente riscontrate nelle legislazioni interne degli Stati attenessero principalmente all'ambito di applicazione della direttiva, e ciò sia sul versante «positivo» delle sedi negoziali e degli strumenti finanziari ad essa soggetti che su quello «negativo» delle operazioni ad essa sottratte, nonché al pieno riconoscimento della natura penalmente illecita di tutte le ipotesi di abuso di informazioni privilegiate che essa voleva fossero incriminate[7]. Ed è proprio su questi fronti che la novella si è difatti maggiormente concentrata.

2. Non può quindi stupire se, con la previsione dell'art. 26 della l. 23.12.2021, n. 238 («Legge europea 2019-2020»), il legislatore nazionale abbia inteso anzitutto adeguare la disciplina penale interna degli «abusi di mercato» alla suddetta MAD II, sebbene poi l'occasione si sia rivelata propizia anche per razionalizzare, almeno in certi suoi tratti, la normativa in questione e per introdurre al suo interno un qualche elemento di novità non strettamente imposto dalle suddette esigenze di adeguamento al diritto comunitario[8].

---

[6] Cfr., testualmente, Commissione europea, *Pacchetto infrazioni di luglio: decisioni principali* (25.7.2019), § 10 (*Giustizia, consumatori e parità di genere*), *Lettere di costituzioni in mora*, *Abusi di mercato*, che può leggersi sul sito *www.ec.europa.eu*.

[7] Cfr. la «Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato)» del 13.3.2020, reperibile sul sito *www.eur-lex.europa.eu*.

[8] Tra i primissimi commenti alla novella qui in rilievo, cfr. Aa.Vv. (Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, Servizio penale), *La legge 23.12.2021., n. 238. Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Legge europea 2019-2020*, in www.cortedicassazione.it (21.3.2022); L. Biarella, *Legge europea 2019-2020: il testo in Gazzetta Ufficiale*, in *www.altalex.com* (26.1.2022); E. Busuito, A. Silverio, Cybercrime, *pornografia minorile e* market abuse*: tutte le novità della Legge europea*, in www.opiniojuris.it. (1.3.2022); A. Castorino, F. Mezzasalma, *Le principali modifiche della Legge Europea 2019-2020 alla disciplina del* market abuse, in www.dirittobancario.it (8.2.2022); P. Cecchinato, *Legge europea 2019-2020: le modifiche al T.U.F.*, in www.altalex.com, 3.2.2022; G. De Marzo, *Novità penalistiche della legge europea 2019-2020: disciplina in tema di armi, di criminalità informatica, di sfruttamento sessuale di minori e di violenza sessuale in danno di minori, di* market abuse *e in tema di erogazioni pubbliche*, in *FI* 2022, V, spec. 102 s.; C. Gottlieb, *L'Italia inasprisce le sanzioni penali per gli abusi di mercato e modifica la disciplina della confisca*, in www.clearygottlieb.com, 3.2.2021; A. Natalini, *Disciplina penal-sanzionatoria, punibile anche l'*insider *secondario. Gli abusi di mercato*, in *GD* 2022, n. 7, 41 s.; L. Macrì, *La disciplina degli abusi di mercato: modifiche apportate dalla Legge Europea*, in www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com, 11.2.2022; G. Negri, *Sanzionato anche l'*insider *secondario. Confisca solo del profitto del reato*, *ivi*, 17.1.2022; E. Pergolari, *In G.U. la nuova legge annuale europea*, in www.edotto.com, 18.1.2022.

Prima, tuttavia, di procedere alla specifica disamina dello *ius superveniens*, sembra opportuno individuare quanto meno le direttrici fondamentali di intervento lungo le quali esso si è mosso, che sembrano riepilogabili – pur con qualche necessaria semplificazione – nelle seguenti tre:
I) in primo luogo, il legislatore ha ridefinito la rosa delle operazioni su titoli e delle sedi di negoziazione degli strumenti finanziari che, in vario modo, assumono rilievo per la delimitazione delle condotte sanzionate penalmente o in via punitivo-amministrativa. A tale riguardo, il regolatore ha proceduto a due interventi normativi di segno opposto, che tuttavia – giova segnalarlo – solo in una prospettiva meramente algebrica, e quindi insensibile alla diversa rilevanza applicativa dei fenomeni, potrebbero ritenersi a saldo zero. Da un canto, infatti, risulta significativamente arricchito il novero di quei "luoghi giuridici" nei quali le contrattazioni finanziarie possono svolgersi che risultano ora rilevanti ai fini della disciplina sanzionatoria in materia di *Market Abuses* (v. l'art. 182 TuIntFin). D'altro canto, il legislatore ha allargato, inserendovi un'ulteriore ipotesi, il perimetro della c.d. «*Safe Harbor*» finanziaria, ovverosia l'area di quelle operazioni su titoli che, perseguendo interessi ritenuti prevalenti rispetto a quello del regolare andamento dei corsi di mercato, vengono *ope legis* sottratte all'intervento punitivo, sia esso penale che punitivo-amministrativo (v. l'art. 183, comma 1, lett. b-*bis*, TuIntFin);
II) una seconda direttrice sulla quale il legislatore si è mosso è stata quella della implementazione dell'alveo delle condotte penalmente rilevanti. Il riferimento è qui, segnatamente, alla parziale ridefinizione dei contorni autoriali del reato di c.d. «*Insider trading*», che vede ora attrarre a sé anche l'illecito utilizzo o comunicazione di informazioni privilegiate ad opera del c.d. «*insider* secondario», in precedenza esposto alla sola sanzione amministrativa dell'art. 187-*bis* TuIntFin (v. l'art. 184, comma 3, TuIntFin);
III) in terzo ed ultimo luogo, il legislatore sembra avere agito sul versante della reazione sanzionatoria innescata dalla commissione dei fatti criminosi di cui agli artt. 184 e 185 TuIntFin, sebbene, ancora una volta, seguendo una traiettoria non rettilinea. Da un lato, è difatti riscontrabile un certo irrobustimento della predetta risposta sanzionatoria, che il novello legislatore ha ottenuto semplicemente abolendo il trattamento più benevolo che in precedenza era stato riconosciuto ad alcune ipotesi applicative delle fattispecie di cui agli artt. 184 e 185 TuIntFin, che in tali casi perdevano però la natura delittuosa per assumere quella contravvenzionale (v. il riformulato comma 5 dell'art. 184 e l'avvenuta abrogazione del comma 2-*bis* dell'art. 185 TuIntFin). Dall'altro lato, il legislatore ha provveduto a ridimensionare il raggio di prensione della confisca penale prevista dall'art. 187 TuIntFin, che ora può abbattersi esclusivamente sul «profitto» del reato, e non più anche, come avveniva in passato, sul suo «prodotto» e sui «beni utilizzati per commetterlo».
Nei limiti imposti da un primo commento, si tratta adesso di esaminare in modo più analitico il contenuto delle innovazioni appena ora abbozzate.

3. Il primo passo compiuto dal legislatore è stato dunque quello di espandere il novero degli strumenti finanziari potenzialmente soggetti a pratiche punibili di *Market abuse*, e di razionalizzare, almeno in parte, il sistema di delimitazione applicativa degli illeciti ad esse riferibili. Per apprezzare quest'ultimo aspetto dello *ius superveniens*, tuttavia, occorre sinteticamente ricordare che l'abrogato art. 182 TuIntFin perimetrava l'«Ambito di applicazione» di questi ultimi dettando una "regola generale" e due disposizioni più specifiche. La prima (v. previgente comma 1), applicabile indistintamente a tutti i reati e gli illeciti amministrativi contemplati dal Titolo I-*bis* TuIntFin (dedicato agli «Abusi di mercato»), era tesa a dilatare i casi nei quali la legge italiana sarebbe stata eccezionalmente applicabile a fatti commessi all'estero, e

ciò in ragione della nazionalità italiana del mercato in cui gli strumenti finanziari oggetto della condotta illecita fossero stati quotati od in procinto di essere quotati. Le seconde (v. previgenti commi 2 e 2-*bis*) si riferivano, invece, ai soli illeciti – tanto penali quanto punitivo-amministrativi – di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (artt. 184, 185, 187-*bis* e 187-*ter* TuIntFin), intanto specificando quali fossero i mercati finanziari rilevanti in ragione della loro nazionalità (quella italiana o di un altro stato dell'UE), e poi ampliando il raggio applicativo di tali fattispecie anche ai titoli quotati su una «piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato», sebbene i prodotti oggetto d'asta non fossero stati considerabili «strumenti finanziari» in senso normativo. Da parte propria, l'art. 185 (v. abrogato comma 2-*ter*), estendeva il proprio campo applicativo ad una serie di «contratti», titoli o contratti «derivati» ed «indici di riferimento» borsistici espressamente previsti.

Il nuovo art. 182 ha ridisegnato il suddetto «Ambito di applicazione» degli illeciti previsti dal Titolo I-*bis* TuIntFin, in parte confermando le regole precedenti, in parte razionalizzandone la collocazione sistematica, in parte ampliandone il raggio di prensione. In particolare:

I) anzitutto, la disposizione *de qua* conferma la "regola generale" della extraterritorialità della legge italiana per i casi nei quali i fatti illeciti, sebbene commessi all'estero, abbiano ad oggetto strumenti finanziari «ammessi o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o in un sistema multilaterale di negoziazione italiano o […] strumenti finanziari negoziati su un sistema organizzato di negoziazione italiano». Il comma 4 dell'art. 182 TuIntFin, difatti, riproduce quasi alla lettera il previgente comma 1 del medesimo articolo, allontanandosene soltanto per due diverse scelte linguistiche, che, mirate probabilmente ad improntare il nuovo testo di legge ad un maggiore rigore terminologico, non sembrano tuttavia averne alterato il sostanziale contenuto normativo. Se, difatti, in precedenza il legislatore aveva parlato di reati ed illeciti «puniti» dalla legge italiana sebbene «commessi all'estero», adesso il regolatore si riferisce a reati ed illeciti «sanzionati» dalla legge italiana pur se commessi «in territorio estero».

In effetti, la prima variante terminologica sembra intesa a riaffermare il rapporto *genus ad speciem* che intercorrerebbe tra l'atto del «sanzionare», quale conseguenza dell'avvenuto compimento di un illecito di qualsivoglia natura giuridica, e quello del «punire», che propriamente stigmatizza, almeno nel lessico più tradizionale, lo specifico illecito penale, e ciò in considerazione del fatto che il predetto comma 4 dell'art. 182 TuIntFin si riferisce indistintamente sia agli «illeciti» (*id est*: illeciti amministrativi) che ai «reati» contemplati dal Titolo I-*bis* TuIntFin. Vero è che il binomio «punizione-reato» risulta ancora vivo sia nel linguaggio normativo (si veda, a tacer d'altro, gli artt. 1 Cp e 25, comma 2, Cost.) che in quello scientifico[9]; ma altrettanto vero è che, non di rado, pure l'intervento della sanzione amministrativa viene inteso come un «punire» comportamenti devianti. E riprova ne è, ad esempio, il tenore dell'art. 9, comma 2, della l. n. 689/1991, secondo cui «quando uno stesso fatto è *punito* da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e di Bolzano che preveda una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale», ovvero quello degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* dello stesso TuIntFin, così come l'uso, invalso anche nel linguaggio scientifico, di definire l'illecito amministrativo –

[9] Sul concetto di «sanzione giuridica» e sulla specificità di quella penale, intesa a «punire» un'offesa, v. ad esempio F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 157 s., N. Bobbio, *Sanzione*, in *Nov.mo dig. it*., vol. XVI, Torino, 1969, 532-533, 534 s., e nella manualistica, per tutti, v. di recente F. Palazzo, *Corso di diritto penale*[8]., Torino 2021, 15 s.

specie se sanzionato in forma pecuniaria – come «illecito punitivo amministrativ0»[10], e la relativa branca di appartenenza come «diritto penale amministrativo»[11]. Ma, al di là della questione terminologica, è poi la specifica disciplina applicabile a ciò che il legislatore qualifica come «pena», anche se meramente pecuniaria, ed a ciò che egli definisce come «sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro» a contare veramente.
Probabilmente, l'esigenza di una maggiore precisione del linguaggio normativo sembra avere alimentato anche la seconda delle segnalate modifiche terminologiche presenti nel comma 4 del nuovo art. 182 TuIntFin, ove adesso si parla di illeciti e reati commessi «in territorio estero» e non più, come in precedenza, «all'estero». Anche tale seconda variazione linguistica non sembra tuttavia foriera di implicazioni pratico-applicative, se è vero che gli artt. 7, 8, 9 e 10 del codice, che notoriamente definiscono l'area di "prensione spaziale" della legge penale italiana, parlano tutti, in rubrica, di reati perpetrati «all'estero», meglio specificando poi, al proprio interno, di alludere ai fatti commessi «in territorio estero». Semmai, considerate le peculiarità dei mercati telematici nei quali i titoli – ormai quasi del tutto dematerializzati – vengono di norma scambiati, il problema rimane quello di stabilire con ragionevole esattezza il *locus commissi delicti*, e ciò, chiaramente, non tanto ai fini della sottoposizione del fatto alla legge italiana, assicurata appunto dal citato art. 182 TuIntFin, quanto per la individuazione del giudice territorialmente competente[12], vista la diversità dei criteri che gli artt. 8 e 9 Cpp, da un lato, e l'art. 10 Cpp, dall'altro, recano all'uopo, e ciò a seconda che il reato possa dirsi consumato in Italia o all'estero;
II) il nuovo comma 1, lett. *a*) dell'art. 182 TuIntFin conferma l'applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 184, 185, 187-*bis* e 187-*ter* (in pratica: reati ed illeciti punitivo-amministrativi di "*Insider trading*" e «Manipolazione del mercato») a fatti che abbiano ad oggetto «strumenti finanziari ammessi alla negoziazione o per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altri Paesi dell'Unione europea», così pedissequamente riproducendo il contenuto del previgente comma 2 della stessa disposizione. Nella sua ulteriore lettera *e*), il predetto comma 1 del vigente art. 182 TuIntFin parimenti conferma l'applicabilità delle sopra richiamate fattispecie anche alle «condotte od operazioni, comprese le offerte, relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni o di altri prodotti oggetto d'asta correlati, anche quando i prodotti oggetto d'asta non sono strumenti finanziari, ai sensi del regolamento (UE) n. 1031/2010 della Commissione, del 12 novembre 2010»[13], con ciò ribadendo il disposto dell'abrogato comma 2-*bis* del predetto art. 182 TuIntFin. Sino a qui, perciò, *nihil sub sole novum*;
III) Il nuovo comma 2 dell'art. 182 TuIntFin, inoltre, estende l'applicabilità sia del reato di «Manipolazione del mercato» *ex* art. 185 che del correlato illecito punitivo-amministrativo dell'art. 187-*ter* TuIntFin a precise specie di «contratti pronti su merci», di titoli o contratti «derivati» e di «indici di riferimento» borsistici (cc.dd. «*benchmarks*»). Orbene, rispetto alla fattispecie criminosa appena richiamata una tale precisazione non rappresenta certo – e già *ictu oculi* – una novità, se è vero che essa era già stata contemplata dalla previgente normativa, sebbene in quel contesto il legislatore avesse preferito inserirla all'interno dello stesso art. 185 TuIntFin, ed in particolare nel comma 2-*ter*, coerentemente oggi abrogato. Meno linearmente intelligibile appare, invece, il

[10] V. ad esempio, tra i tanti, S. Cardin, *L'illecito punitivo amministrativo: principi sostanziali, procedimentali e processuali*, Padova 2012, *passim*.
[11] V. per tutti, e di recente, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, *Parte generale*[9], Milano 2020, 25 s.
[12] Sulla questione, cfr. esaustivamente F. Mucciarelli, *Artt. 184-185*, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini, G. Gasparri, vol. III, Torino 2012, 2370 ss. e 2416 ss.
[13] La stessa precisazione è peraltro letteralmente ripetuta nel nuovo comma 5 dell'art. 184 TuIntFin.

contenuto precettivo dell'art. 187-*ter* TuIntFin, posto che ad oggi quest'ultimo si presenta essenzialmente come una mera clausola sanzionatoria, in forza della quale il legislatore ha sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria ivi specificata «*chiunque viola il divieto di manipolazione del mercato di cui all'art. 15 del regolamento (UE) n. 596/2014*»; a sua volta, quest'ultima disposizione regolamentare si limita ad affermare in modo tanto perentorio quanto succinto che «Non è consentito effettuare manipolazioni di mercato o tentare di effettuare manipolazioni di mercato». Per comprendere, allora, se rispetto a tale previsione punitiva il disposto del predetto comma 2 dell'art. 182 TuIntFin rappresenti una mera conferma ovvero una estensione dell'area di tipicità punitivo-amministrativa, non resta che ricorrere agli artt. 12 e 2, par. 2, del medesimo regolamento n. 596/2014: il primo, infatti, descrive le condotte di manipolazione del mercato da intendersi tali «Ai fini del presente regolamento», mentre il secondo include espressamente nell'oggetto di esse, per l'appunto, i medesimi «contratti pronti su merci», titoli o contratti «derivati» ed «indici di riferimento» del mercato finanziario all'inizio richiamati. In definitiva, l'impressione è che, nel predisporre il nuovo comma 2 dell'art. 182 TuIntFin, il legislatore abbia inteso semplicemente "razionalizzare" il sistema normativo di perimetrazione operativa degli illeciti in questione, riunendo nell'art. 182 TuIntFin – non a caso intitolato «Ambito di applicazione» – regole in passato *aliunde* disperse;

IV) le prime e più significative novità cominciano a riscontrarsi nelle lettere *b*, *c* e *d* del nuovo comma 1 dell'art. 182 TuIntFin. Queste previsioni, difatti, estendono in modo innovativo rispetto al previgente art. 182, che nulla al riguardo disponeva, le già richiamate disposizioni punitive degli artt. 184, 185, 187-*bis* e 187-*ter* anche a condotte illecite che abbiano avuto ad oggetto strumenti finanziari già ammessi, o per i quali è stata chiesta l'ammissione, sia in un «sistema multilaterale di negoziazione italiano o di altro Paese dell'Unione europea» (c.d. «*Multilateral Trading Facility*»: MTF), sia in un «sistema organizzato di negoziazione» (c.d. «*Organized Trading Facility*»: OTF): "luoghi" di *trading* finanziario, questi, del resto largamente diffusi nella pratica finanziaria e non certo sin qui sfuggiti sia al novero delle definizioni normative (v., ad esempio, quelle degli artt. 1, comma 5-*octies*, lett. *a* e *b*, e 180, comma 1, lett. *a*, nn. 2 e 2-*bis* TuIntFin) che alla disciplina del TuIntFin (v. gli artt. 65-bis ss.)[14], che ben conosceva, peraltro, anche i titoli ora espressamente contemplati dalla lett. *d*, ovverosia quelli «*non previsti dalle lettere a, b e c, il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario menzionato nelle stesse lettere ovvero ha un effetto su tale prezzo o valore, compresi, ma non in via esclusiva, i credit default swap e i contratti differenziali*» (v. art. 180, comma 1, lett. *a*, n. 2-*ter*);

V) una ulteriore estensione dell'area applicativa stavolta non dei soli illeciti di cui agli artt. 184, 185, 187-*bis* e 187-*ter* TuIntFin, bensì dell'intero novero delle «disposizioni del presente titolo», è infine contenuta nel nuovo comma 3 dell'art. 182 TuIntFin. Quest'ultimo, infatti, prevede che tutte le previsioni punitive contenute nel Titolo I-*bis* del d. lgs. n. 98/1998, notoriamente finalizzato a reprimere gli «Abusi di mercato», possano applicarsi a qualsiasi «operazione, ordine o altra condotta» avente ad oggetto gli strumenti finanziari contemplati dai precedenti commi 1 e 2 dello stesso art. 182 TuIntFin, ma ciò – si badi – «indipendentemente» dalla circostanza che il fatto «avvenga in una sede di negoziazione». Il riferimento è, in sostanza, alle negoziazioni che si svolgono «*Over The Counter*» (OTC, cioè: direttamente «sul bancone»), ovverosia al di fuori dei

[14] In merito, v. per tutti S. Seminara, *Il diritto*, cit., 4. Più ampiamente, nella dottrina di settore, cfr. V. Troiano, *Sistemi di negoziazione. Mercati regolamentati*, nonché M. Cian, *I sistemi multilaterali e i mercati «semiregolamentati»*, entrambi in *Il testo unico finanziario*, vol. II, cit., 1007 s. e 1126 s.

mercati "ufficiali", dove risulta comunque possibile, in altre parole, negoziare con procedure non standardizzate titoli a loro volta non quotati in questi ultimi[15].
Di segno opposto rispetto ai precedenti appare invece l'intervento normativo che ha dilatato il perimetro della c.d. «*Safe Harbour*» finanziaria dell'art. 183 TuIntFin, ovverosia l'ambito di quelle operazioni su titoli che, pur potendo costituire pratiche di *Market abuse*, vengono ritenute lecite, in quanto finalizzate al perseguimento di obbiettivi o di natura latamente politica, espressamente identificati dalla norma, ovvero di stabilizzazione del mercato finanziario o di certi titoli: interessi, questi, che il legislatore ha ritenuto prevalenti rispetto a quelli sottesi alla repressione[16]. In particolare, la nuova lett. b-*bis*) del citato art. 183 TuIntFin, che parrebbe rimediare ad una «dimenticanza» del precedente legislatore nazionale rispetto ai *desiderata* comunitari[17], si riferisce testualmente alle «negoziazioni di valori mobiliari o strumenti collegati di cui all'art. 3, par. 2, lett. *a* e *b*, del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, per la stabilizzazione di valori mobiliari, quando tali negoziazioni sono effettuate conformemente all'art. 5, parr. 4 e 5, del medesimo regolamento». Al solito, il ricorso alla «tecnica del rinvio» rende non certo agevole a tutta prima comprendere l'esatto contenuto del precetto normativo, che nondimeno può qui riassuntivamente intendersi – con qualche ovvia semplificazione – come riferito alla negoziazione di valori mobiliari propriamente detti (azioni, obbligazioni, titoli di credito, ecc.) o di più generici strumenti finanziari, che un emittente può intraprendere anzitutto nel rispetto di specifici oneri di comunicazione all'Autorità di vigilanza e di limiti quantitativo-temporali, ma, specialmente, all'esclusivo fine di «stabilizzare» il corso dei titoli negoziati, ovverosia allo scopo di contenere le eccessive fluttuazioni di prezzo degli stessi sul mercato finanziario, come tipicamente può avvenire, ad esempio, dopo la chiusura di un'offerta di vendita o la sottoscrizione degli stessi.

4. Non v'è dubbio come, tra le novità introdotte dalla novella qui in commento, quelle relative alla fattispecie di cui all'art. 184 TuIntFin appaiano come le più significative, non fosse altro per la rappresentatività dell'intero settore normativo e la rilevanza applicativa che tale figura criminosa vanta rispetto a tutte le altre previsioni di reato presenti nel d. lgs. n. 98/1998.
È già la riformulata rubrica dell'art. 184 TuIntFin a suscitare nell'interprete il sentore che il contenuto della fattispecie incriminatrice lì descritta è stato mutato, e segnatamente implementato. Ed invero, mentre in precedenza quest'ultima era laconicamente intitolata «Abuso di informazioni privilegiate», adesso essa risulta più comprensivamente denominata come «Abuso o comunicazione illecita di informazioni privilegiate. Raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate», il che parrebbe a tutta prima accreditare l'impressione di una avvenuta dilatazione del perimetro di tipicità della fattispecie. Tuttavia, una

[15] Secondo la nozione che ne offre il «glossario» pubblicato da Borsa Italiana, il mercato OTC «*è un luogo, fisico o virtuale, in cui gli operatori si incontrano al fine di collocare, scambiare o rimborsare valori mobiliari. L'assenza di regolamentazione riguarda il fatto che il funzionamento di tale mercato, i titoli e gli operatori ammessi non sono assoggettati alla disciplina specifica e alla autorizzazione delle Autorità di Vigilanza in materia di Mercati Regolamentati e non sono iscritti nell'apposito albo. Le modalità di contrattazione non sono standardizzate ed è possibile stipulare contratti "atipici". In generale i titoli trattati in un mercato OTC sono meno liquidi rispetto a quelli trattati sui mercati ufficiali. In Italia i mercati OTC assumono la configurazione di Sistemi di Scambi Organizzati (SSO)*»: cfr. www.borsaitaliana.it/borsa/glossario.
[16] Sul contenuto di tale clausola e sulla sua qualificazione in termini di causa di giustificazione ove rilevante in sede penale, v. F. Mucciarelli, *Artt. 184-185*, cit., 2375 s. e M. Gambardella, *Condotte*, cit., 373 s.
[17] In questo senso, ad esempio, v. F. D'Alessandro, Market abuse, cit., 2177 s. ed E. Amati, *Gli abusi di mercato*, in N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*[5], Milano 2020, 37o s.

più analitica esplorazione del precetto normativo dimostra come, in realtà, non tutto ciò che adesso affiora nella rubrica legislativa rifletta un correlato *novum* contenutistico.
In effetti, l'invarianza dei primi due commi dell'art. 184 TuIntFin rispetto al passato dimostra come il nucleo "storico" della fattispecie sia rimasto del tutto immutato, continuando esso a consistere nel fatto di chiunque, essendo venuto in possesso di informazioni definibili come «privilegiate» *ex* art. 180, comma 1, lett. b-*ter* in ragione o della posizione rivestita all'interno di un emittente strumenti finanziari (c.d. «*corporate insider*»), o dell'attività lavorativa, della professione, dell'ufficio o della funzione, anche pubblica, svolte (c.d. «*temporary insider*»), ovvero della preparazione od esecuzione di specifici reati (c.d. «*criminal insider*»), proceda a: compiere operazioni su titoli sfruttando le informazioni acquisite (c.d. «*trading*»); comunicare ad altri tali informazioni al di là del «normale esercizio» del proprio lavoro, funzione, ufficio od attività (c.d. «*tipping*»); indurre altri o raccomandare loro di compiere le suddette operazioni su titoli (c.d. «*tuyautage*»)[18]. Sin qui, perciò, nulla parrebbe essere stato innovato, se non – come forse può ora meglio comprendersi – l'avere reso la rubrica legislativa maggiormente evocativa anzitutto del contenuto delle condotte tradizionalmente assoggettate a pena, sebbene debba rimanere chiaro come la nota di disvalore più tipica della fattispecie si concentri non tanto su queste ultime, bensì sull'«abuso» funzionale o di posizione compiuto in precedenza dal reo, a seguito del quale egli ha potuto collocarsi in una anticoncorrenziale posizione di "supremazia informativa"[19].
La vera novità, tuttavia, si situa nel comma 3 del predetto art. 184 TuIntFin, che adesso sottopone a pena anche colui che, «*Fuori dei casi di concorso nei reati di cui ai commi 1 e 2 […], essendo in possesso di informazioni privilegiate per ragioni diverse da quelle indicate ai commi 1 e 2 e conoscendo il carattere privilegiato di tali informazioni, commette taluno dei fatti di cui al comma 1*». Con tale previsione, parrebbe quindi tornare ad assumere precipua rilevanza penale, dopo un lungo sonno, la figura del c.d. «*insider* secondario» (o *tippee*), il cui trattamento sanzionatorio ha conosciuto nel nostro ordinamento un'altalenante vicenda, originata, evidentemente, da un susseguirsi di valutazioni politico-criminali di segno contrastante. Ed invero, l'art. 2 della l. n. 157/1991, che per prima tipizzò agli effetti penali la figura del c.d. «*Insider trading*», come allora comunemente la si denominava, al comma 4 estese – equiparandone il trattamento sanzionatorio[20] – i divieti di *trading*, *tipping* e *tuyautage* anche «*a tutti coloro che [avessero] direttamente o indirettamente ottenuto informazioni, consapevoli del carattere riservato delle stesse, da soggetti che dette informazioni [avessero posseduto] in ragione dell'esercizio della loro funzione, professione o ufficio*». Da parte propria, nella sua primigenia formulazione, pur confermando una tale opzione punitiva di fondo, il d. lgs. n. 98/1998 ridusse al solo *trading* il perimetro delle condotte penalmente rilevanti per gli *insiders* primari le quali, a loro volta, avrebbero assunto rilievo per definire gli *insiders* secondari, posto che ai sensi dell'originario art. 180, comma 2,

[18] Per una precipua disamina delle condotte punite di *insider trading*, sia sufficiente il rinvio, per tutti, alla monografia di E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino 2012, 131 s., e per gli indispensabili aggiornamenti, dello stesso autore, *Gli abusi*, cit., 361 s.
[19] Sul punto, e volendo, sia permesso rinviare a G. Martiello, *Diritto penale dell'intermediazione finanziaria*, Pisa 2017, 187, ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.
[20] Il comma 5 del già menzionato art. 2, infatti, puniva la trasgressione indifferentemente di tutti i divieti di *insider trading* «*con la reclusione fino ad un anno e con la multa da lire dieci milioni a lire trecento milioni, con facoltà per il giudice di aumentare la multa fino al triplo quando, per la rilevante gravità del fatto, essa può ritenersi inadeguata anche se applicata nel massimo*».

TuIntFin erano ritenuti tali – e puniti come i primi[21] – soltanto coloro che, «*avendo ottenuto, direttamente o indirettamente, informazioni privilegiate dai soggetti indicati nel comma 1 [id est: gli insiders primari], compi[ssero] taluno dei fatti descritti nella lett. a del medesimo comma [id est: acquisto, vendita o compimento di altre operazioni su strumenti finanziari avvalendosi di informazioni a carattere privilegiato]*». Oltremodo noto è, infine, come la l. n. 62/2005, da un canto, avesse ripristinato l'equivalenza tra le condotte rilevanti per gli *insiders* primari e quelle degli *insiders* secondari, ma, dall'altro, avesse valutato queste ultime come portatrici di un minore disvalore, ritenendo sufficiente reprimerle con la sanzione amministrativa pecuniaria dell'art. 187-*bis*, comma 4, TuIntFin[22]: opzione punitiva, questa, confermata, sebbene in modo indiretto, anche dal più recente d. lgs. n. 107/2018, che ha sbrigativamente schiacciato i contenuti del riformulato art. 187-*bis* su quelli dell'art. 14 MAR[23].

Non v'è dubbio di come l'oscillante rilievo, ora penale ed ora punitivo-amministrativo, riconosciuto alla figura dell'*insider* secondario, in uno con l'instabilità della sua fisionomia normativa, rifletta il diverso apprezzamento che, di volta in volta, è stato fatto della sua "pericolosità" per il mercato finanziario. A tale riguardo, e non potendo qui riproporre l'articolato dibattito che una tale questione valutativa ha da tempo suscitato in dottrina, basterà ricordare come, esemplificando, chi sosteneva l'opzione punitiva più rigorosa giustificasse la stessa nella prospettiva di maggiore ed oggettiva tutela del bene giuridico, individuato nel "corretto funzionamento" del mercato finanziario, rispetto al quale – si osservava – le diverse qualifiche rivestite dai soggetti agenti non avrebbero assunto soverchia importanza, che invece sarebbe stata da riconoscere alla conoscenza comunque ottenuta dell'informazione privilegiata ed al suo conseguente sfruttamento; la contraria opzione sanzionatoria, d'altro canto, faceva leva sul minore disvalore soggettivo del fatto commesso dall'*insider* secondario, considerato che quest'ultimo perviene all'acquisizione dell'informazione privilegiata non già approfittando di una situazione di vantaggio informativo che si lega fisiologicamente alla propria posizione, della quale perciò egli "abusa", bensì, e più semplicemente, raccogliendo la notizia da chi siffatta posizione ricopre, o comunque carpendola in altro modo[24].

Se quello ora appena solo abbozzato è il quadro storico interno di riferimento, difficile non riportare l'impressione che, pur negli angusti spazi lasciati liberi dagli "ingombranti" *desiderata* comunitari, il legislatore nazionale abbia orientato il proprio intervento repressivo in materia ad un significativo – e forse non sempre pienamente giustificato – rigore. In effetti, è vero che per i «casi gravi», e allorquando i fatti fossero stati «commessi con dolo» (artt. 3, par. 1, e 4, par. 1), la MAD II richiedeva agli Stati di prevedere la «reclusione per una durata massima non inferiore ad anni quattro» (art. 7, par. 2), ovvero «non inferiore ad anni due» in caso di mera comunicazione

[21] La pena prevista per tutti gli *insiders* era infatti, ai sensi dei commi 1 e 2 del predetto art. 180 TuIntFin, «*la reclusione fino a due anni e […] la multa da venti a seicento milioni di lire*», salva la possibilità per il giudice (comma 4) di «*aumentare la multa fino al triplo quando, per la rilevante offensività del fatto, le qualità personali del colpevole o l'entità del profitto che è derivato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo*».

[22] Basti il riferimento ad E. Amati, *Abusi*, cit., 70, 124 e 166.

[23] Sulla perdurante rilevanza punitivo-amministrativa dell'*insider* secondario dopo la riforma del 2018, v. tra gli altri C. Longari, *I reati finanziari*, in *Diritto penale dell'economia*[3], a cura di R. Rampioni, Torino 2019, 223; M. Masucci, *Gli abusi di mercato. L'attuazione nel sistema penale italiano del regolamento e della seconda direttiva dell'Unione Europea sul* market abuse, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*[3], a cura di A. Fiorella, Torino 2019, 330; F. D'Alessandro, Market abuse, cit., 2209: M. Gambardella, *Condotte*, cit., 397 s.

[24] Sui più completi termini del dibattito, v., anche nella prospettiva storica e con prese di posizione, F. Sgubbi, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in F. Sgubbi, D. Fondaroli, A.F. Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*[2], Padova 2013, 39 s.; A.F. Tripodi, *L'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, ivi, 117 s.; G. Gasparri, *Art. 187*-bis, in *Il testo unico della finanza*, vol. III, cit., 2444 s.

illecita (art. 7, par. 3) a carico pure di chi avesse «*ottenuto informazioni privilegiate anche in ragione di circostanze diverse da quelle indicate al primo comma [id est: l'essere un insider primario] e [fosse stato] a conoscenza del carattere privilegiato di tali informazioni*» (art. 3, par. 3), sempre che, utilizzando tali informazioni egli avesse poi commesso le condotte tipiche di *insider trading* (artt. 3, par. 1 e 4, par. 3); tuttavia, non può sfuggire che:
a) anche se impiegata dalla stessa direttiva europea, la tecnica di tipizzazione "in negativo" di un elemento costitutivo del reato, come è qui l'indicazione normativa della fonte di conoscenza dell'informazione privilegiata (*id est*: le «ragioni diverse» dall'essere un *insider* primario, alle quali si riferisce l'art. 184, comma 3, TuIntFin), oltre che non rassicurare sul rispetto del canone di determinatezza, porta a dilatare – e non di poco – la previsione incriminatrice, anche perché le susseguenti condotte punibili dell'*insider* secondario sono le stesse di quello primario, nessuna esclusa. Non appare infatti peregrino sostenere che, così come tratteggiata dall'odierno legislatore, la fattispecie in rilievo si presti a criminalizzare non soltanto i cc.dd. «*tippees*», ossia i destinatari di una "soffiata" («*tip*») proveniente dall'*insider* primario, ma pure il *quisque de populo* che occasionalmente, e anche per circostanze del tutto casuali o fortuite, acceda all'informazione. Certo, si può continuare a parlare – specie se ciò rassicura, anche inconsciamente, sulla necessità dello stigma penale – di «*insiders* occasionali»[25], ma non sembra in errore chi ha sottolineato come tale espressione debba considerarsi per lo meno «impropria», poiché essa chiama «*insider*» chi, a rigore, ben può essere in realtà un «*outsider*»[26]. Orbene, che la condotta di chi, anche per tale indiretta via, abbia appreso l'informazione privilegiata possa parimenti alterare il mercato è ben possibile, e quindi, che essa debba essere sanzionata può anche apparire ragionevole; ma del fatto che tale ipotesi possa annoverarsi tra i «casi gravi» ai quali allude la MAD II, specie se si considera tanto il profilo oggettivo che quello soggettivo, sia consentito dubitare, come del resto non ha mancato di fare la stessa Consob, audita – ma evidentemente inascoltata – dal Senato nelle more della l. n. 238/2021[27];
b) certo, alla delimitazione applicativa della figura criminosa, e specie della sua capacità di risalire la catena potenzialmente infinita di *insiders* secondari, sembrerebbe provvedere, da altro versante, la pretesa normativa di «conoscenza», da parte del soggetto attivo, della natura privilegiata dell'informazione. A ben vedere, però, sebbene tale consapevolezza costituisca elemento espresso della fattispecie, che dovrebbe quindi connotarne – e perciò restringerne – l'alveo di tipicità, l'impressione è che, anzitutto, ci si trovi di fronte ad una precisazione normativa che tutto sommato niente aggiunge a quanto già richiedono le regole generali in materia di oggetto del dolo. Ed invero, se, come in effetti è, il fatto tipico prevede che il reo sia «in possesso di una informazione privilegiata», ne dovrebbe conseguire la necessità che detta circostanza trovi quanto meno rappresentazione sul suo schermo mentale, e quindi che il soggetto agente appunto «conosca» la natura privilegiata dell'informazione. Ciò precisato, concreto è inoltre il rischio che, nel pratico

[25] Così, ad esempio, M. Gambardella, *Condotte*, cit., 397.
[26] Cfr. V. Napoleoni, *L'*insider trading, in *La disciplina penale dell'economia*, a cura di C. Santoriello, vol. I, Torino 2008, 697.
[27] Cfr. la Audizione presso la 14ª Commissione del Senato della Repubblica della dott.ssa Adriana Rossetti, nell'ambito dell'esame, in sede referente, del disegno di legge A.S. n. 2169 recante «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020» del 18.5.2021, reperibile sul sito www.consob.it, ove infatti si rileva (v. 5 s.) che la punibilità dell'*insider* secondario «*può essere considerata eccessiva*», laddove precipuamente si consideri, tra l'altro, che «la MAD II richiede agli Stati membri di introdurre sanzioni penali "almeno nei casi gravi e allorquando siano commessi con dolo"» (nel testo originario, la locuzione «*nei casi gravi*» è significativamente evidenziata in neretto. N.d.A.), biasimando, inoltre, il concorso di sanzioni amministrative e penali.

svolgersi dell'accertamento probatorio, una siffatta componente dell'elemento soggettivo venga di fatto obliterata dal giudice, perché implicitamente ritenuta *in re ipsa* sussistente nel successivo, avvenuto compimento della condotta tipica, specie ove quest'ultima dovesse consistere nel *trading* finanziario. Chi frequenta le aule di giustizia ben sa, infatti, come non di rado l'elemento soggettivo – finanche quando richiesto dal legislatore in forme qualificate – si riveli argine sin troppo agevolmente scavalcabile dal giudice, o comunque di molta più facile elusione rispetto a quanto già non lo sia, purtroppo, un limite perimetrale della condotta, del novero dei soggetti attivi o dell'evento;

c) come ben si comprende, individuare criteri tendenzialmente certi, oggettivi e plausibili ai quali parametrare l'opera di dosimetria sanzionatoria risulta sempre arduo. Instaurare un rapporto di proporzione razionalmente convincente tra l'entità quantitativa e qualitativa della pena edittale ed il disvalore oggettivo e soggettivo espresso dalla figura criminosa fa parte di quella complessa "arte" di natura quasi alchemica che, non a caso, una lunga tradizione ha ritenuto geloso appannaggio dell'organo legislativo, democraticamente eletto e politicamente responsabile, sebbene la recente giurisprudenza della Corte costituzionale si sia spinta a sindacare non solo la ragionevolezza «comparativa» di tale rapporto ma anche quella «assoluta»[28]. Ciò per dire che qualsiasi discorso intorno alla congruità relativa – rispetto, ad esempio, allo stesso fatto commesso dall'*insider* primario – ovvero a quella assoluta dell'odierna reazione sanzionatoria avverso il fenomeno dell'*insider trading* secondario si rivelerebbe poco più che assertivo, e di certo opinabile[29]. Nondimeno, alcuni dati di contesto possono e debbono essere evidenziati per una futura e più compiuta riflessione. In primo luogo, non sarà sfuggito come nel suo picco massimo l'entità della pena detentiva prevista dal legislatore nazionale (dieci anni di reclusione) si collochi ben al di sopra di quella «durata massima non inferiore ad anni quattro», ovvero «non inferiore ad anni due», contemplata dai regolatori comunitari, che appunto distinguono anche ai fini sanzionatori – e prescindendo dal tipo di *insider* – tra le condotte di «Abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate» (artt. 3 e 7, par. 2) e quelle di «Comunicazione illecita di informazioni privilegiate» (artt. 4 e 7, par. 3); e ciò per non parlare della distanza siderale dai margini di pena contemplati dall'originaria l. n. 157/1991, che pure, come ricordato, aveva proceduto ad una analoga penalizzazione "a specchio" delle condotte di *insider trading* secondario rispetto a quelle di *insider trading* primario. Va da sé, peraltro, che un tale livello sanzionatorio deve essere apprezzato in termini non soltanto di afflizione diretta (cioè guardando al *quantum* di pena in sé e per sé considerato, al termine di prescrizione, all'applicabilità di misure cautelari intramurarie, ecc.), ma anche di afflizione indiretta, precludendo esso, o rendendo assai più difficoltoso, l'accesso del soggetto ai noti percorsi alternativi alla pena o agli altri benefici di legge (ad es.: tenuità del fatto, sospensione del procedimento con messa alla prova, ecc.). In secondo luogo, va rilevato come anche rispetto al fatto dell'*insider* secondario sia oggi consentito al giudice aumentare l'importo della multa «sino al triplo o fino al maggior importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato», così come prevede ora il comma 5 dell'art. 184 TuIntFin. In terzo ed ultimo luogo, è da notare come alla criminalizzazione delle condotte di *insider trading* secondario non

[28] Sulla nota evoluzione qualitativa del sindacato operato dalla Consulta in materia, basti il riferimento a M. Papa, Fantastic voyage. *Attraverso la specialità del diritto penale*[2], Torino 2019, 145 s.

[29] Resta tuttavia il fatto di come la quasi unanime dottrina di settore avesse già stigmatizzato il trattamento sanzionatorio riservato all'*insider trading* primario, oggi nella sostanza esteso – salvo le non determinanti riduzioni delle quale a breve si dirà – a quello secondario, ritenendolo connotato da una severità «irragionevole» ed «intollerabile»: in questo senso, e per tutti, v. F. Mucciarelli, *Artt. 184-185*, cit., 2372 e S. Seminara, *Il diritto*, cit., 70 s. e 83 s.

abbia corrisposto, sul piano normativo, l'espunzione delle stesse dall'area di intervento della sanzione amministrativa pecuniaria dell'art. 187-*bis* TuIntFin, che continua perciò ad applicarsi – in questo caso così come in quello dell'*insider* primario – «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», naturalmente con il (parziale) temperamento al cumulo delle sanzioni previsto dall'art. 187-*terdecies* TuIntFin.
Precisa già nel suo esordio il nuovo comma 3 dell'art. 184 TuIntFin che ad esso potrà farsi ricorso soltanto «Fuori dei casi di concorso nei reati di cui ai commi 1 e 2». Nel riconoscere, evidentemente, prevalenza applicativa alla disciplina degli artt. 110 ss. Cp, tale clausola di residualità fa sì che colui che sia giudicato concorrente nei fatti di reato commessi dall'*insider* primario, «*corporate*», «*temporary*» o «*criminal*» che sia, verrà punito ai sensi del comma 1 dell'art. 184 TuIntFin, e non già – ove chiaramente lo fosse – come *insider* secondario. Ciò significa, in altre parole, che l'*insider* secondario "puro" risulterà punito con pene detentive e pecuniarie leggermente inferiori rispetto a quelle previste per l'*insider* secondario "concorrente[30], come detto assimilato nel trattamento penale – eccettuato naturalmente quanto previsto dagli artt. 111 ss. Cp – all'*insider* primario, e salva in ogni caso la sottoposizione di entrambi alla sanzione amministrativa pecuniaria dell'art. 187-*bis* TuIntFin[31].
Per vero, la possibilità del concorso dell'*insider* secondario nel fatto dell'*insider* primario, che ora assume espressa rilevanza ai sensi e per gli effetti di cui alla predetta clausola dell'art. 184, comma 3, TuIntFin, era già stata esplorata principalmente dalla dottrina, che tuttavia, pur ritenendola tecnicamente possibile, l'aveva praticamente confinata ai casi di concorso morale in forma di istigazione o rafforzamento del proposito criminoso del secondo soggetto ad opera del primo[32], mentre rare sono state, in effetti, le pronunce della giurisprudenza, che spesso si è limitata a ribadire "in astratto" la configurabilità di tale concorso nel caso di volta in volta preso in esame[33].

5. Venendo, infine, alla strategia sanzionatoria, occorre evidenziare come, in primo luogo, essa abbia perseguito obbiettivi di maggiore rigore repressivo, sebbene in un ambito ristretto e con una tecnica che non risalta in modo evidente, almeno a tutta prima. Ed invero, la novella non ha difatti

[30] Rispetto alle pene previste dal comma 1, quelle del comma 3 dell'art. 184 TuIntFin risultano infatti ridotte sia nel livello minimo di pena detentiva (un anno e sei mesi di reclusione, in luogo di due anni di reclusione) che nel massimo di essa e della cumulativa pena pecuniaria (dieci anni di reclusione e fino a due milioni di euro di multa, invece che dodici anni di reclusione e sino a tre milioni di euro di multa).
[31] Sulla tendenziale sottoponibilità delle condotte di *insider trading* primario e secondario alle sanzioni punitivo-amministrative dell'art. 187-*bis* TuIntFin anche dopo il d. lgs. n. 107/2018, cfr. F. Mucciarelli, *Gli illeciti amministrativi degli artt. 187*-bis, *187*-ter *e 187*-ter.*1 T.U.F. dopo la riforma all'insegna della tecnica del rinvio*, in *SOC* 2019, 582, F. Basile, *L'*insider, cit., 575, C. Longari, *I reati*, cit., 228; F. D'Alessandro, Market abuse, cit., 2208 s.
[32] Cfr. sul punto V. Napoleoni, *L'*insider, cit., 700 s. e 720 s., G. Gasparri, *Art. 187*-bis, cit., 2447 s. e M. Gambardella, *Condotte*, 398 s.
[33] Cfr. T. Milano, sez. III, 23.1.2007, in *DirPratSoc* 2007, n. 13-14, 67, con nota di S. Ricci e M. Messina, nonché in *Cmer* 2007, 615, con nota di F. D'Arcangelo, ove astrattamente si precisa (v. 71) che l'*insider* secondario «sfrutta o usa l'informazione privilegiata ricevuta per porre in essere comportamenti di *trading*, *tipping* o *tuyautage* a proprio esclusivo vantaggio o comunque del tutto autonomi rispetto ai comportamenti abusivi dell'insider primario», là dove il concorrente in *insider trading* primario «invece, istiga, determina (concorso morale) o aiuta – ponendo in essere una parte della condotta tipica o una condotta atipica di efficace supporto rispetto alla realizzazione della condotta tipica – (concorso materiale) consapevolmente l'*insider* primario a realizzare una delle condotte di abuso di informazioni privilegiate», e già in precedenza, ugualmente, Id., 25.10.2006, *ivi* 2007, n. 20, 76, con nota di A. Sorgato. Più di recente, ed in termini sostanzialmente analoghi, v. Cass. pen., sez. VI, 5.11.2020 n. 10068, in *CP* 2022, spec. 592, con nota di D. Federici, e Cass. civ., sez. II, 5.7.2019 n. 18201, in *BancaBorsaTitcred* 2021, II, 197, con nota di M. Sacchetti.

proceduto direttamente ad innalzare precedenti limiti edittali di pena o ad inserire nuove previsioni aggravanti, come spesso accade, ma, più semplicemente, ha espunto dagli artt. 184 e 185 TuIntFin quelle previsioni normative che punivano a titolo contravvenzionale – e non delittuoso – condotte di *Insider trading* o manipolazione del mercato che avessero avuto ad oggetto strumenti finanziari quotati su particolari mercati, le quali, pur continuando oggi a costituire reato, non risultano più destinatarie di una tale benevola considerazione[34]. In questa prospettiva, la novella, oltre che meglio corrispondere al diritto comunitario, che tende ad equiparare tutti le "sedi" ove si negoziano strumenti finanziari (cc.dd. «*trading venues*»), a prescindere dalla loro strutturazione giuridica, cancella così due previsioni normative che la dottrina aveva ritenuto incerte nel proprio contenuto e di non agevole giustificazione politico criminale[35], che per di più originavano una singolare convivenza, all'interno di una stessa fattispecie criminosa, di condotte delittuose e contravvenzionali.

Sotto altro versante, il legislatore sembra avere colto l'occasione offerta dalla necessità di adeguare la normativa sanzionatoria degli abusi di mercato al diritto comunitario anche per ottemperare, sebbene in modo anticipato, ai prevedibili *desiderata* della Consulta in materia di confisca penale. L'odierno intervento normativo operato sul comma 1 dell'art. 187 TuIntFin, che circoscrive l'oggetto di tale misura ablatoria al solo «profitto» del reato[36], difatti origina, con tutta probabilità, da una pronuncia del duemila e diciannove con la quale la Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 1 dell'art. 187-*sexies* TuIntFin nella parte in cui esso assoggettava alla confisca amministrativa – e quindi non a quella penale – il «prodotto» del reato, oltre che il «profitto» ed i «beni utilizzati per commetterlo»[37]. In quel frangente, invero, i giudici costituzionali avevano spiegato che, premesse le ormai stratificate nozioni di «prodotto», di «profitto» e di «bene strumentale» alla commissione dell'illecito, si dovesse riconoscere come, in materia di abusi di mercato, mentre la confisca del profitto svolge ancora una funzione meramente ripristinatoria della situazione patrimoniale *ex ante*, quella del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito ha, invece, un «effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore», in quanto gli infliggerebbe «una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore [...] a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato», assumendo pertanto una evidente «connotazione punitiva»: ciò che, considerato il cumulo con le altre gravi misure punitive già previste in materia dal legislatore, avrebbe condotto a «risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati», e quindi censurabili non fosse altro ai sensi dell'art. 3 Cost.[38]

Non può allora stupire che, all'indomani di tale pronuncia, la dottrina più attenta si fosse interrogata *a fortiori* sull'estensibilità di un tale censura alla confisca penale dell'art. 187 TuIntFin,

---

[34] Il riferimento è ai previgenti commi 5 dell'art. 184 e 2-*bis* dell'art. 185 TuIntFin, che, introdotti dal d. lgs. n. 101/2009, erano stati riscritti dal d. lgs. n. 107/2018, che li aveva da ultimo riferiti alle «*operazioni relative agli strumenti finanziari di cui all'art. 180, comma 1, lett. a), nn. 2), 2-bis) e 2-ter), limitatamente agli strumenti finanziari il cui prezzo o valore dipende dal prezzo o dal valore di uno strumento finanziario di cui ai nn. 2) e 2-bis) ovvero ha un effetto su tale prezzo o valore, o relative alle aste su una piattaforma d'asta autorizzata come un mercato regolamentato di quote di emissioni*».

[35] Per le critiche mosse a tali disposizioni, v., dopo il d. lgs. n. 107/2018, F. D'Alessandro, Market abuse, cit., 2206 s.; E. Amati, *Gli abusi*, cit., 368 s.; M. Gambardella, *Le condotte*, cit., 377 s., ed ivi ulteriori riferimenti.

[36] Su tale nozione, così come si presenta nell'elaborazione giurisprudenziale e, specificamente, in materia di abusi di mercato, v. per tutti E. Amati, *Abusi*, cit., 415 s.

[37] Per vero, poco prima della pronuncia della Corte, il d. lgs. n. 107/2018 aveva eliminato dal comma 1 dell'art. 186-*sexies* TuIntFin il riferimento ai «beni utilizzati per commetterlo».

[38] Il riferimento è, precipuamente, a C. cost. 5.3.2019 n. 112, che può leggersi, tra le altre riviste, in *CP* 2019, 3163, con nota redazionale, o in *FI* 2019, I, 3422, con osservazioni di A. Palmieri.

che al primo comma ugualmente assoggettava alla misura ablatoria il «prodotto», il «profitto» conseguito dal reato ed i «beni utilizzati per commetterlo», giungendo a proiettarvi sopra pesanti sospetti di incostituzionalità, peraltro già in precedenza affacciati. Radicata era infatti la consapevolezza, da un canto, che la confisca – tanto più se obbligatoria e pure indiretta, come quella prevista dal citato art. 187 TuIntFin – partecipa più dei caratteri della pena che di quelli della misura di sicurezza[39], dall'altro, che essa va a cumularsi ad una risposta sanzionatoria che, in materia di abusi di mercato, risulta ai più già di per sé iper-aflittiva[40].
Ciò vero, l'odierno intervento del legislatore sul raggio di prensione della confisca in discorso sembra perciò evidentemente inteso a prevenire future censure di incostituzionalità dell'art. 187, comma 1, TuIntFin, ristabilendo anche un più ragionevolmente "simmetrico" rapporto applicativo con la confisca amministrativa del predetto art. 187-*sexies* TuIntFin[41].

6. (*segue*) Non è logicamente agevole terminare la breve rassegna dello *ius superveniens* sin qui compiuta con delle vere e proprie "conclusioni", le quali, d'abitudine, tendono a mettere in rilievo quel certo discutibile uso della discrezionalità eventualmente fatto dal legislatore penale di turno, piuttosto che – od oltre a – suggerire future ed auspicabili migliorie da apportare al materiale normativo esaminato. E le ragioni di una tale difficoltà appaiono evidenti laddove si consideri che la disciplina sin qui esaminata risultava, già nella sua genesi, "a rime obbligate", o meglio – volendo utilizzare un linguaggio più crudo e meno metaforico – prodotta da un legislatore nazionale a dir poco pressato dai regolatori europei, il quale, in fondo, *non agit sed agitur*.
Se, dunque, "concludere" appare improprio, l'occasione può essere tuttavia utile quanto meno per "ricordare", in vista di ulteriori riflessioni, la condizione di sostanziale sudditanza nella quale anche la politica criminale nazionale versa rispetto ai *desiderata* comunitari: condizione, questa, che forse meglio di altre proprio lo sviluppo normativo degli «abusi di mercato» rende ben evidente per quello che essa è e per quello che essa può produrre. Premesso in ogni caso che, a parere di chi scrive, la questione del rispetto sostanziale – e non meramente formale – del fondamento democratico dello "*ius puniendi* comunitario" non appare certo definitivamente risolta dal Trattato di Lisbona, sebbene sempre meno se ne parli[42], ciò che dimostra la vicenda degli abusi di mercato e dell'intero diritto penale finanziario, da sempre settori a dir poco condizionati – per non dire

[39] Sul dibattito relativo alla natura della confisca in generale, con cenni anche a quella dell'art. 187 Tuf, cfr. per tutti T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova 2011, 67 s. e 313 s. Quanto, specificamente, all'ipotesi di confisca qui in rilievo, per l'orientamento tendente ad attribuirle la natura afflittivo-punitiva tipica della pena, piuttosto che quella preventiva della misura di sicurezza, con tutto ciò che ne consegue in punto di disciplina applicabile, v. tra gli altri V. Napoleoni, *L*'insider, cit., 744; D. Fondaroli, *Sanzioni amministrative accessorie e confisca*, in F. Sgubbi, D. Fondaroli, A.F. Tripodi, *Diritto penale*, cit., 131, 133, 135 s.; A. Di Amato, *Diritto penale dell'impresa, Parte generale*, Napoli 2020, 272.
[40] In questi termini, e dopo la richiamata sentenza n. 112/2019 della Corte costituzionale, cfr., ad esempio, E. Amati, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in *GCom* 2019, II, spec. 1301 s.; Id., *Gli abusi*, cit., 373 s. Già in precedenza, per censure di pressoché analogo tenore, v. F. Mucciarelli, *Art. 187*, in *Il testo unico della finanza*, vol. III, cit., 2424; S. Seminara, *Il diritto*, cit., 85; E. Basile, *Mini-riforma del* market abuse*: obiettivi mancati ed eterogenesi dei fini nel d.lgs. n. 107/2018*, in *DPP* 2019, 335.
[41] In effetti, pareva sino ad oggi cogliere nel segno F. D'Alessandro, Market abuse, 2234 s., il quale, all'indomani della richiamata sentenza n. 112/2019, osservava come tale intervento della Consulta rischiasse di «*rimanere puramente illusorio*», in quanto il sistema del doppio binario sanzionatorio per il medesimo fatto vigente in materia di abusi di mercato avrebbe comunque consentito di aggredire con la confisca penale i medesimi beni che la Corte aveva sottratto al raggio applicativo di quella amministrativa.
[42] V. comunque il recente volume *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, e specialmente i contributi di R. Sicurella, 47 s., G. De Amicis, 67 s., V. Militello, 85 s., e L. Picotti, 103 s.

plasmati – dagli *imputs* comunitari, è che l'interferenza euro-unitaria nel diritto penale interno non sempre si rivela virtuosa. Difficile, in effetti, è negare come il diritto comunitario abbia qui contribuito alla instabilità della normativa, abbia in parte acuito il *deficit* di determinatezza di talune fattispecie, ed abbia reso il settore sempre più complesso e meno intellegibile, e ciò non sempre di pari passo con l'oggettivo incremento della complessità reale dei fenomeni che esso intendeva disciplinare. Ma il dato forse più preoccupante è un altro, e risulta in modo solo indiretto. Il *refrain*, ossessivamente ripetuto, secondo cui le sanzioni che reprimono fatti individuati dal regolatore comunitario debbano essere «effettive» e «dissuasive», quando addirittura non puntualmente individuate nella loro consistenza, ha nel tempo accreditato l'idea che la risposta penale statuale a tali fatti debba essere, sempre e comunque, la più categorica e mordace possibile. Ciò, tuttavia, ha finito per far sì che non solo si sia trascurata l'esigenza di proporzione anzitutto "interna" alle fattispecie tra il disvalore (oggettivo e soggettivo) del fatto e la pena ad esso correlata, alla quale pure il legislatore comunitario invero allude, ma anche che una scarsa considerazione abbia ricevuto la richiesta, altrettanto razionale, di proporzione "comparativa" della pena tra le diverse fattispecie, considerando anche l'applicazione degli istituti di Parte generale, la quale si appalesa nel momento in cui lo *ius superveniens* di derivazione comunitaria si inserisce nel tessuto dell'ordinamento penale interno: ma è chiaro, però, che un tale coordinamento potrebbe venire assicurato soltanto "dall'interno", e potendo esercitare un potere realmente discrezionale di poiesi normativa[43].

Quali siano (la dottrina dei «controlimiti»?) e quanto efficaci risultino i possibili anticorpi da contrapporre non è agevole stabilire; certo è che innumerevoli volte il legislatore nazionale – ammesso che ancora domini *totius criminalis materiae*[44] – ha già dato così ampia prova di ben sapere disinvoltamente trascurare le esigenze di garanzia del diritto penale costituzionale, che non si avverte il bisogno che ulteriori "istigatori" o "compartecipi" ne assecondino le pulsioni liberticide.

[43] Non va qui nascosto l'implicito richiamo ad una concezione "forte" della riserva di legge, da intendersi non solo come riserva-garanzia ma anche come riserva-attribuzione, così come, ad esempio, una autorevole dottrina l'aveva in passato prospettata, così reagendo alle sentenze «manipolative» della Corte costituzionale: v. C. Pedrazzi, *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *RIDPP* 1974, 444 s.

[44] Per un graffiante quanto disilluso sguardo gettato sulle fonti "reali" – purtroppo non legislative – che condizionano talune applicazioni dell'attuale diritto penale, v. per tutti F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna 2019, 25 s.

LA RIFORMA CARTABIA RIAPRE UNA STORICA DISCUSSIONE IN TEMA DI ANNULLAMENTO PARZIALE DELLA SENTENZA

di Karma Natali
Ricercatrice di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Torino

Con l'istituzione dell'art. 344-*bis* Cpp, la riforma Cartabia ha fornito nuovi argomenti a favore della tesi secondo cui, nei casi di annullamento parziale della sentenza, andrebbe riconosciuta autorità di cosa giudicata ai soli capi di sentenza non censurati che non siano in connessione essenziale con quelli ritenuti viziati dalla corte di cassazione. Ricostruito l'annoso dibattito in tema di giudicato progressivo, l'Autrice auspica che, a seguito della novella, venga definitivamente abbandonata la contraria interpretazione dell'art. 624 Cpp, che ammette la formazione del giudicato sul punto di sentenza.
With the institution of Article 344-*bis* Cpp, the Cartabia reform provided new arguments in favour of the thesis according to which, in cases of partial annulment of the judgment, only those parts of the judgment that are not censured and that are not in essential connection with those considered flawed by the Court of Cassation should be recognised as res judicata. Having reconstructed the long-standing debate on the subject of progressive res judicata, the Author hopes that, following the enactment of the new law, the contrary interpretation of Article 624 Cpp, admitting the formation of res judicata on the point of judgment, will be definitively abandoned.

SOMMARIO: *1.* Premessa. – *2.* Una formula misteriosa. – *3.* Annullamento parziale e cosa giudicata nel passaggio dal codice del 1913 al codice del 1930. – *4.* L'elemento distintivo della tesi giurisprudenziale: la configurabilità di un giudicato sul punto. – *5.* La fragilità degli argomenti spesi dalla Corte di cassazione. – *6. [Segue]* L'obiezione più convincente. – *7.* I margini di esecutività della sentenza parzialmente annullata. – *8.* Irrevocabilità ed esecutività: due fenomeni indipendenti e temporalmente scindibili. – *9.* Qualche osservazione conclusiva sulla divaricazione temporale tra irrevocabilità ed esecutività e sul ruolo della connessione essenziale. – *10.* La riforma Cartabia e il possibile declino dell'impostazione giurisprudenziale.

1. Stando a una nota interpretazione dell'art. 624 Cpp, il fenomeno della formazione progressiva del giudicato si potrebbe manifestare anche nelle ipotesi di annullamento parziale del capo di sentenza[1]: la pronuncia non interamente demolitoria della corte di cassazione farebbe assumere autorità di cosa giudicata anche ai singoli punti del capo che non siano legati da connessione essenziale con quelli colpiti dall'annullamento.
Recepita sul calare del secolo scorso da una storica decisione delle Sezioni Unite[2], tale impostazione si è diffusa a macchia d'olio nel panorama giurisprudenziale, con il trasparente intento di mettere al riparo la condanna, nei casi di annullamento "in punto pena", dalle cause estintive del reato che avrebbero dovuto essere dichiarate nel giudizio di rinvio. Essendo sopravvissuti al sindacato di legittimità i punti concernenti l'accertamento del fatto e della

[1] Per *annullamento parziale del capo di sentenza* si intende l'annullamento disposto dalla corte di cassazione solo in relazione ad alcuni punti del capo.
[2] Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, in *CEDCass*, m. 186165.

responsabilità, si sarebbe formato il giudicato sulla condanna e non vi sarebbe spazio, nel giudizio di rinvio, per l'applicazione dell'art. 129 Cpp.
Convintamente difesa anche dalla giurisprudenza più recente, questa lettura dell'art. 624 Cpp continua a suscitare, tuttavia, fondate perplessità, e rischia di subire una brusca battuta di arresto a seguito dell'entrata in vigore della l. 27.9.2021 n. 134.

2. In deroga al principio secondo cui la sentenza diviene irrevocabile nel complesso delle sue disposizioni, l'art. 624 Cpp prevede che, a certe condizioni, il giudicato possa formarsi parzialmente (o progressivamente)[3]: il connotato dell'irrevocabilità viene assegnato ad alcuni segmenti del provvedimento decisorio benché altri siano ancora *sub iudice*, perché concernenti valutazioni demandate al giudice del rinvio.
La fattispecie si configura quando la corte di cassazione non ha censurato la sentenza impugnata nella sua integralità, ma solo in una o più *disposizioni*[4]. Si tratta dei casi di annullamento parziale: figura destinata ad atteggiarsi variamente a seconda della struttura del provvedimento impugnato (cumulativo o monocefalo) e dell'oggetto dell'annullamento, che può riguardare tutti i punti costituenti la decisione su una singola imputazione – e dunque, interi capi di sentenza (c.d. annullamento parziale improprio) – o singoli punti interni al capo (c.d. annullamento parziale proprio)[5]. In tutti questi casi, l'art. 624 Cpp dispone che la sentenza acquisisce «autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata».
La norma, tuttavia, è caleidoscopica e l'ampiezza del fenomeno che da essa scaturisce (il giudicato parziale) varia in relazione al significato che si intende attribuire al termine *"parti"*, che viene utilizzato dal legislatore sia per individuare le porzioni della sentenza che passano in giudicato (la sentenza «ha autorità di cosa giudicata nelle parti […]»), sia per tracciare il perimetro dell'annullamento pronunciato dalla corte di cassazione («parte annullata»). Centro di annose discussioni è se tale nozione debba intendersi come riferita unicamente ai *capi di sentenza*[6] o anche

[3] Le due espressioni sono pressoché equivalenti, in quanto mirano a enfatizzare due aspetti peculiari del medesimo fenomeno: l'una (*giudicato parziale*) mette in risalto il profilo statico relativo al formarsi dell'irrevocabilità su una parte soltanto della regiudicanda, l'altra (*giudicato progressivo*) attiene alla dimensione dinamica e viene impiegata per descrivere la tensione dello sviluppo processuale verso la configurazione del giudicato nella sua globalità (da ultimo, M. Pesucci, *Le Sezioni unite sull'eseguibilità della sentenza a seguito di annullamento parziale: l'eterno ritorno del giudicato progressivo*, in *CP* 2021, 1496; nonché G. Della Monica, *Giudicato*, in *DigDPen*, Agg. IV, 2008, 394; D. Chinnici, *Brevi note in tema di giudicato progressivo*, in *ANPP* 2000, 235). Circa l'apprezzamento dei fatti giuridici dal punto di vista dinamico o dal punto di vista statico, G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano 1955, 49 ss.
[4] La dottrina che si è occupata del tema sovrappone il termine *disposizione* a quello di *punto* (G. Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale*, Milano 1965, II, 547); conclusione che sembra supportata anche dal testo dell'art. 622 Cpp, in cui si menziona, tra le altre, l'ipotesi in cui la corte di cassazione abbia annullato «solamente le *disposizioni* o i *capi* che riguardano l'azione civile».
[5] Per le distinzioni tra annullamento parziale proprio e improprio, C. Conti, *La preclusione nel processo penale*, Milano 2014, 221; E. Savio, *Il giudizio di rinvio dopo l'annullamento in cassazione*, Padova 2014, 84; S. Beltrani, *Il giudizio di rinvio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino 2009, V, 840; M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano 2005, 186, nota 38. Recentemente, I. Guerini, *Annullamento con rinvio, formazione progressiva del giudicato e titolo esecutivo. Le Sezioni unite si pronunciano sull'immediata eseguibilità del giudicato parziale*, in www.sistemapenale.it, 23.7.2021, 54 s.
[6] Ai fini della norma di cui si discute, con "capo di sentenza" si allude all'insieme delle disposizioni costituenti la decisione su una singola imputazione, e cioè all'insieme delle disposizioni che concernono un determinato fatto di reato attribuito a un determinato imputato (G. Petrella, *Le impugnazioni*, cit., 547). Si tratta quindi di un «atto giuridico completo» (E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano 2012, 70 s.), idoneo a costituire, anche da solo, il contenuto di una sentenza. Sul concetto di capo, si veda anche A. Marandola, *I motivi di impugnazione. Disposizioni generali e giudizio di appello*, Padova 2008, 64 s.

ai singoli *punti di un capo*[7]: intesa nel primo senso, la formula circoscriverebbe la portata precettiva dell'art. 624 Cpp alle sentenze cumulative (perché sarebbe sufficiente la censura di un solo punto di un dato capo per rendere quest'ultimo oggetto di annullamento)[8]; nel secondo, invece, essa consegnerebbe l'irrevocabilità anche ai punti di uno stesso capo non essenzialmente connessi a quelli annullati (con la conseguenza che di giudicato parziale si potrebbe genuinamente parlare non solo nell'ambito di sentenze pluricefale, ma anche in ordine a quelle composte da un unico capo penale)[9].

Questa duplice interpretazione ha fortemente condizionato l'esegesi dell'art. 624 Cpp, dando luogo – al netto di inevitabili semplificazioni – a due orientamenti, che si distinguono per una diversa individuazione delle parti di sentenza che possono assumere autorità di cosa giudicata.

Per un primo orientamento, il giudicato può investire solo l'intera *res iudicanda*. Ne deriva che la sua frammentazione è concepibile solo nell'ambito delle sentenze cumulative[10] (che rappresentano, del resto, il formale accorpamento di regiudicande che potrebbero essere trattate in procedimenti separati). Le *"parti"* del provvedimento che ai sensi dell'art. 624 Cpp possono acquisire autorità di cosa giudicata sono pertanto solo i "capi", e segnatamente i capi della sentenza (cumulativa) che non abbiano connessione essenziale con quelli censurati dalla corte di cassazione[11]. Ciò significa che se, all'interno di un medesimo capo, l'annullamento tocca specifici

[7] Con il termine "punto" ci si riferisce a «tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione necessarie per ottenere una decisione completa su un capo» (Cass. S.U. 19.1.2000 n. 1, in *CEDCass*, m. 216239, benché non massimata a riguardo). Ad ogni capo, infatti, «corrisponde una pluralità di punti della decisione, ognuno dei quali segna un passaggio obbligato per la completa definizione di ciascuna imputazione»: «quali l'accertamento del fatto, l'attribuzione di esso all'imputato, la qualificazione giuridica, l'inesistenza di cause di giustificazione, la colpevolezza, e – nel caso di condanna – l'accertamento delle circostanze aggravanti ed attenuanti e la relativa comparazione, la determinazione della pena, la sospensione condizionale di essa, e le altre eventuali questioni dedotte dalle parti o rilevabili di ufficio» (l'elenco è tratto da Cass. S.U. 17.10.2006 n. 10251, in *CEDCass*, m. 235700; in dottrina, tra molti, A. Marandola, *I motivi*, cit., 67). Per la genesi di tale definizione, P. Ferrua, sub *art. 515 Cpp 1930*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 1987, 1373. Secondo alcuni autori la nozione di punto della decisione «si ricava indirettamente dall'art. 129 Cpp, che, elencando la successione delle formule assolutorie, definisce, salva l'esigenza di qualche piccola correzione o integrazione, la sequenza logica necessaria del giudizio penale: qualificazione giuridica del fatto, procedibilità, sussistenza del fatto, sua commissione da parte dell'imputato, antigiuridicità, colpevolezza, punibilità, commisurazione della pena» (A. Capone, Iura novit curia. *Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova 2010, 114).

[8] Leggendo il termine "parti" quale sinonimo di "capo autonomo" della sentenza, il primo comma dell'art. 624 Cpp sarebbe da intendere in questo senso: se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata *in relazione ai capi* che non hanno connessione essenziale con i *capi annullati*. Ne segue, ad esempio, che, qualora l'annullamento avesse toccato alcuni punti dell'unico capo penale presente nella sentenza, questo stesso capo – in quanto "parte annullata" – non potrebbe mai assumere autorità di cosa giudicata finché è pendente il giudizio di rinvio.

[9] Interpretando il concetto di "parti" in relazione sia ai capi che ai punti di un capo, invece, l'art. 624 co. 1 Cpp risulterebbe in questi termini: se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata *in relazione ai capi e/o ai punti* che non hanno connessione essenziale con i *capi e/o i punti annullati*. Anche qualora l'annullamento parziale riguardasse l'unico capo penale della sentenza, quindi, i punti rimasti indenni da censure potrebbero passare in giudicato (se non in connessione essenziale con quelli annullati).

[10] F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 1163: «i giudicati parziali presuppongono sentenze pluricefale ossia *n* decisioni su altrettanti reati […]».

[11] Tra gli altri, F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino 2011, 60 ss.; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, 313; B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino 2004, 64; S. Lorusso, *Declaratoria* ex *art. 129 Cpp, preclusione processuale e giudicato progressivo*, in *URBApp* 1998, 683; M. Busetto, *Annullamento parziale e declaratoria della prescrizione nel giudizio di rinvio*, in *CP* 1997, 2483; G. Ciani, sub *art. 624 Cpp*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Torino 1991, VI, 305; A. Giovene, *Giudicato*, in *DigDPen*, V, 1991, 440; e in relazione al codice

punti, gli altri non passano in giudicato, ma vengono trascinati nel giudizio di rinvio dalla pronuncia rescindente. Starà poi a quel giudice operare una distinzione: ridefinire le disposizioni del capo di sentenza che la corte di cassazione ha ritenuto viziate, mutuando, di regola, le rimanenti dai punti della decisione di merito non censurati in sede di legittimità[12]. Su tali punti, infatti, si genera una preclusione: la quale, tuttavia, pur limitando la cognizione del giudice di rinvio, non è di ostacolo all'applicazione dell'art. 129 Cpp o all'esercizio di altri poteri d'ufficio, salve le limitazioni desumibili dall'art. 627 Cpp[13].

Diametralmente opposta la visione dell'altro indirizzo, che invece considera irrevocabili *ex* art. 624 Cpp tutte le statuizioni aventi un'autonomia giuridico-concettuale – e quindi anche i singoli punti di un capo parzialmente annullato – che non siano in rapporto di connessione essenziale con le disposizioni censurate dalla corte[14]. Da questa prospettiva, la formazione progressiva del giudicato è dunque ammissibile «non solo quando l'annullamento parziale venga pronunciato nel processo cumulativo […], ma anche quando la pronuncia di annullamento abbia ad oggetto soltanto alcune tra le statuizioni relative ad un unico imputato o ad un'unica imputazione, perché anche in questa ipotesi il giudizio si esaurisce in relazione a tutti i *decisa* che non sono stati cassati e che, comunque, non risultano inscindibilmente connessi a quelli che tale sorte hanno, invece, subito»[15]. Come si vedrà meglio in seguito, il risultato di questa impostazione è che, se la corte di cassazione ha annullato – all'interno del capo di sentenza – punti diversi da quelli concernenti l'accertamento del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato, la decisione di condanna viene considerata irrevocabile[16].

---

abrogato, G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli 1985, 699. In posizione parzialmente diversa, G. Spangher, *Impugnazioni*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 1996, 721, per il quale, benché il «riferimento alle "parti" della sentenza riguardi anche i singoli punti del singolo capo», «di giudicato si deve parlare qualora, in conseguenza del mancato annullamento, ci si trovi di fronte ad un capo di sentenza», mentre «nelle altre ipotesi sembrerebbe preferibile fare riferimento alla categoria della "preclusione"».

[12] F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1163.

[13] B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., 64. Le questioni non riproposte dalla corte di cassazione, infatti, non entrano nell'orbita del giudizio di rinvio (così, se la decisione è stata annullata in merito alla mancata concessione di una attenuante, è preclusa al giudice la valutazione sul valore giuridico del fatto), con il limite segnato «dalle prove e dagli eventi sopravvenuti (ad esempio, un decreto di amnistia o il compimento del termine di prescrizione), dai quali risultino i presupposti di un proscioglimento *ex* art. 152» co. 1 Cpp 1930 (F. Cordero, *Procedura penale*[2], Milano 1971, 674, il quale si riferisce alla disciplina al tempo in vigore, sulla quale *infra* § 3). Nel senso che tale preclusione si ricava «da una lettura congiunta rispettivamente dell'art. 627, comma 2, Cpp, che attribuisce al giudice del rinvio gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, dell'art. 597, comma 1, Cpp, [che] delimita i poteri cognitivi del giudice di appello ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi, e dell'art. 628, comma 2, che […], presupponendone l'intangibilità in sede di rinvio, impedisce un nuovo ricorso sui punti già decisi dalla Corte di cassazione»: A. Capone, *Annullamento parziale con rinvio e ricorso straordinario*, in *CP* 2013, 2615.

[14] Tale posizione è sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria (recentemente, tra le altre, Cass., 12.4.2018 n. 43824, in *CEDCass*, m. 274639, non massimata sul punto) e affonda le proprie radici su alcune note pronunce degli anni '90 (*infra*, § 3). Essa è tuttavia condivisa anche da una parte della dottrina: si veda, G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino 2018, 786; G. Della Monica, *Giudicato*, cit., 394; L. Iafisco, *Ennesimo intervento della Corte di cassazione in tema di formazione progressiva del giudicato penale: acquisibili* ex *art. 238*-bis *Cpp anche le sentenze parzialmente irrevocabili*, in *RIDPP* 2001, 550; V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano 2000, 134 s.; P.P. Paulesu, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 152 Cpp 1930 nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento parziale*, in *GI* 1994, parte II, 469 s.; E. Fassone, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano 1972, 121, in cui l'autore chiarisce che il termine "parte" si riferisce a «qualunque frazione della sentenza che non si identifichi con la totalità».

[15] G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino 2004, 28.

[16] Tra le altre, Cass. S.U. 27.3.2014 n. 16208, in *CEDCass*, m. 258654 (benché non massimata sul punto), in cui la Corte ritiene «indiscutibile il formarsi del giudicato di condanna» anche nel «caso in cui, divenendo irrevocabile l'affermazione della responsabilità penale in ordine ad una determinata ipotesi di reato, il giudizio debba proseguire

Questi due orientamenti hanno condotto una battaglia più che trentennale, la cui posta in gioco sembra andare oltre la specifica questione generata dal disposto dell'art. 624 Cpp. Il significato che si assegna al concetto di "parte", infatti, implica una precisa presa di posizione in ordine al fenomeno del giudicato[17], il cui insorgere costituisce per il legislatore – come si è visto – l'effetto immediato di un annullamento non integrale della sentenza. In realtà, anche su questo aspetto si era inizialmente registrata qualche incertezza, poi risolta con l'avvento del nuovo codice. Oggi è fuori discussione che la parte di sentenza sopravvissuta alla pronuncia della corte di cassazione, divenuta «irrevocabile», acquista «autorità di cosa giudicata»[18]. Se una delle principali conseguenze dell'annullamento *ex* art. 624 Cpp è determinare il passaggio in giudicato di alcune parti della sentenza (quelle non essenzialmente connesse a quanto annullato), queste stesse parti dovrebbero essere in grado, pertanto, di integrare i contenuti e di sprigionare gli effetti tipici della *res iudicata*: tra i quali, naturalmente, la forza esecutiva[19].
Tale argomento, che evidentemente avvalora la tesi promossa dal primo orientamento (quello che spiega la nozione di *parte* affidandosi al concetto di *capo*), è tuttavia fermamente contestato dalla giurisprudenza maggioritaria, la quale, aderendo all'indirizzo contrapposto, ha in più occasioni sconfessato l'esistenza di un nesso di stretta consequenzialità tra l'irrevocabilità prevista dall'art. 624 Cpp e l'esecutività di cui all'art. 650 Cpp[20]. Sarebbe quindi un errore selezionare le parti del

in sede di rinvio soltanto agli effetti della determinazione del trattamento sanzionatorio, posto che i "punti" oggetto di annullamento non si riflettono sull'*an*, ma soltanto sul *quantum* della pena in concreto da irrogare».

[17] Sul tema del giudicato penale la letteratura è sconfinata: tra i numerosi contributi, C. Conti, *La preclusione*, cit., 212 ss.; E.M. Mancuso, *Il giudicato*, cit., 3 ss.; S. Ruggeri, *Giudicato penale*, in *ED*, *Annali III* 2010, 434 ss.; F. Callari, *La* firmitas *del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano 2009, 1 ss.; G. Della Monica, *Giudicato*, cit., 384 ss.; A. Giovene, *Giudicato*, cit., 424 ss.; G. De Luca, *Giudicato: II) Diritto processuale penale*, in *EG*, XVI, 1989, 1 ss.; G. Lozzi, *Giudicato (dir. pen.)*, in *ED*, XVIII, 1969, 912 ss. Quanto ai rapporti tra giudicato penale e verità, da ultimo, M. Bontempelli, *Prova, verità e giudicato penale*, in www.archiviopenale.it, 31.1.2020, f. 1, 7 ss.

[18] Difficile, dopo l'entrata in vigore dell'odierno codice di procedura penale, nutrire dubbi sugli effetti dell'annullamento parziale. Su un piano generale, infatti, il legislatore ha rafforzato il significato tecnico del concetto di "autorità di cosa giudicata", evitando di riproporre nell'innovato impianto normativo gli usi impropri del termine che erano invece ravvisabili nella legislazione del 1930 (E. Jannelli, *La definizione costituzionale del giudicato penale: conseguenze sull'ammissibilità del c.d. giudicato parziale ovvero progressivo*, in *CP* 1996, 130 e nota 4). Al contempo, il testo dell'art. 545 co. 2 Cpp 1930 è stato riformato, sostituendo la precedente disposizione («[l]a Corte di cassazione dichiara nel dispositivo, quando occorre, quali parti della sentenza *rimangono in vigore*») con un più specifico riferimento all'irrevocabilità delle parti non annullate («[l]a Corte di cassazione, quando occorre, dichiara nel dispositivo quali parti della sentenza *diventano irrevocabili*»). Su questo versante, la modifica si fa apprezzare perché, da un lato, ha contribuito a fugare ogni dubbio in ordine agli effetti dell'annullamento parziale (sulle "parti" non annullate non si genera una semplice preclusione, ma un vero e proprio giudicato); e dall'altro, chiarisce una volta per tutte che "irrevocabilità" e "passaggio in giudicato" rappresentano espressioni semanticamente sovrapponibili per il legislatore processuale penale (F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 65). Si veda tuttavia M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, Padova 2012, 54 s.

[19] *Infra*, § 6 e 9. Diversamente, A. Diddi, *La* vexata quaestio *relativa alla pronuncia di prescrizione dopo l'annullamento parziale della sentenza: le Sezioni Unite fanno buona guardia*, in *PPG* 2015, f. 5, 139, in cui l'autore afferma che l'art. 624 Cpp, da un lato, impiega il termine "irrevocabilità" in riferimento a parti della sentenza «in un'accezione del tutto differente rispetto a quella postulata dalla norma di carattere generale» (l'art. 648 Cpp), e dall'altro, «non incidendo sulle condizioni da cui dipende la irrevocabilità della sentenza, consente semplicemente di definire un'anticipazione di quegli eventuali effetti che, di regola, sono un portato della irrevocabilità e che sono di volta in volta definiti a seconda del procedimento extrapenale nel quale la sentenza penale deve esplicare i suoi effetti» (si veda anche 134-136).

[20] Recentemente, Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, in *CEDCass*, m. 280261-01, e, a commento della decisione, C. Minnella, *Non deve però esserci connessione con "altri" capi annullati dal giudice*, in *GD* 2021 (10), 77 ss.; M. Pesucci, *Le Sezioni unite sull'eseguibilità della sentenza a seguito di annullamento parziale*, cit., 1495 ss.; G. Pacifico, *Annullamento parziale con rinvio ed immediata esecutività delle statuizioni sanzionatorie eventuali*, in *FI* 2021, parte

provvedimento che possono assumere autorità di cosa giudicata in ragione della loro idoneità ad essere poste in esecuzione: proprio perché, a norma dell'art. 624 Cpp, l'irrevocabilità potrebbe «essere riconosciuta […] anche a punti relativi a un capo della sentenza oggetto di annullamento parziale e, segnatamente, a quelli relativi all'affermazione di responsabilità per un fatto-reato (accertamento del fatto e attribuzione dello stesso all'accusato), non legati da connessione essenziale con la parte annullata»[21]. In queste ipotesi, infatti, al «giudicato progressivo è associata una definitività decisoria relativa all'accertamento della responsabilità dell'autore del fatto criminoso e alla conclusione dell'*iter* processuale su tale parte, benché la regiudicata possa non essere ancora connotata dall'esaustività per il permanere del residuo potere cognitivo del giudice di rinvio in ordine alla determinazione della pena a lui devoluta»[22].

Dalle affermazioni appena riportate emerge l'approccio peculiare della giurisprudenza di legittimità, in cui concetti come "irrevocabilità" e "giudicato" vengono impiegati anche al di là del loro significato tecnico, al fine di assicurare una forte contrazione della sfera cognitiva riservata al giudice di rinvio sui punti della sentenza non annullati[23] e, conseguentemente, sottrarre a quel giudice la possibilità di rilevare determinate cause di estinzione del reato. Questa impostazione, infatti, spesso è stata sostenuta per «ragioni di politica criminale, collegate all'esigenza di limitare il c.d. "rischio prescrizione": anticipando il giudicato sulla "responsabilità" rispetto alla definitiva conclusione del procedimento, e così riducendo l'ambito applicativo dell'art. 129 Cpp, si impedisce […] che il protrarsi del giudizio […] di rinvio "in punto pena" determini la prescrizione del reato»[24].

L'insofferenza maturata da alcune forze politiche verso i tradizionali meccanismi della prescrizione e il ripensamento dell'istituto che ne è seguito[25] hanno pertanto temporaneamente allentato le tensioni avvertite in tema di annullamento parziale, perché, nei fatti, l'avvento della prescrizione in costanza del giudizio di rinvio non rappresenta più un problema tale da giustificare la frantumazione del giudicato. In questo contesto è però intervenuta la l. 134/2021 (c.d. riforma Cartabia), che, mediante l'art. 344-*bis* co. 8 Cpp[26], ha esteso la neonata improcedibilità per superamento dei termini durata massima anche al «giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello», con presumibili ricadute anche in ordine al significato da attribuire all'art. 624 Cpp.

II, 475 ss.; I. Guerini, *Annullamento con rinvio*, cit., 53 ss.; F. Tascione, *Le Sezioni Unite fanno luce sul c.d. giudicato progressivo*, in *PPG* 2021, 1126 ss.; A.C. Russo, *Le Sezioni Unite fanno il punto: eseguibilità delle "parti" della sentenza non annullate*, in *GI* 2021, 1982 ss.

[21] Da ultimo, Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.

[22] Così, sempre Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.

[23] Si veda F.R. Dinacci, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevazione delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in *CP* 2014, 1952 s.

[24] B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., 64 s., nota 71. Nello stesso senso, ravvisando nelle affermazioni contenute in alcune sentenze della Corte di cassazione chiari "giudizi di valore", M. Pierdonati, *Formazione "progressiva" del giudicato penale e preclusioni nel giudizio di rinvio*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. Marafioti e R. Del Coco, Torino 2012, 95 s. e in particolare nota 17; nonché L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., 308, nota 99. Si veda anche E.M. Mancuso, *Il giudicato*, cit., 316, per il quale il «legislatore ha inteso, in effetti, conferire efficacia esterna a un dato che, altrimenti, avrebbe generato una situazione preclusiva a rilievo meramente endoprocessuale, allo scopo precipuo di "bloccare" l'operatività delle cause estintive del reato *medio tempore* sopravvenute».

[25] Si veda l'art. 1 co. 1 lett. *e* n. 1 della l. 9.1.2019 n. 3, poi abrogato dall'art. 2 co. 1 lett. *a* della l. 27.9.2021 n. 134; nonché il nuovo art. 161-*bis* Cp introdotto dall'art. 2 co. 1 lett. *c* della medesima legge.

[26] Inserito dall'art. 2 co. 2 lett. *a* l. 134/2021.

3. La lettura offerta dal diritto vivente all'espressione *"parti" di sentenza ex* art. 624 Cpp ha dunque finito per consentire la massima frammentazione del giudicato, il quale – a seguito di un annullamento non integrale della sentenza – può formarsi, oltre che su interi capi, su specifici punti di un capo parzialmente censurato dalla corte di cassazione. Nel vigore del vecchio codice, tuttavia, a fronte di un dato normativo sostanzialmente uniforme[27], si registravano in giurisprudenza anche opinioni molto distanti da quelle odierne.

Va detto che la legislazione del 1930 aveva ristrutturato la materia in esame apportando significative modificazioni alla precedente disciplina. L'art. 530 Cpp 1913 stabiliva infatti che «[q]uando l'annullamento non [fosse stato] pronunziato per tutte le disposizioni della sentenza, questa rimane[va] in vigore nella *parte* o nei *capi* che non [avessero] connessione causale necessaria col capo annullato, o dipendenza da esso». Nel commentare tale previsione normativa, alcuni autori avevano osservato che rispetto alla sentenza, «considerata nella sua unità di atto col quale il giudice definisce il procedimento», la "parte" rappresentava un «complesso organico di capi», i quali, quindi, apparentemente venivano intesi come una frazione minore del provvedimento: si scriveva, infatti, che «una sentenza, la quale abbia per oggetto un solo imputato e un solo reato, non può essere divisa che in capi (procedibilità dell'azione, punibilità del fatto, circostanze aggravanti, e via dicendo)»[28].

Questa disciplina venne sostituita dall'art. 545 Cpp 1930 secondo una logica che pareva rispondere ad intenti correttivi. Dei due termini presenti nel testo del 1913 («parte» e «capi»), il codice Rocco decise di conservarne solo uno, il primo: «[s]e l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle *parti* che non hanno connessione essenziale con la parte annullata» (co. 1). Nel frattempo, anche le nozioni adoperate per scorporare la decisione giudiziale passarono al collaudo giurisprudenziale; e nel 1955 le Sezioni Unite precisarono che «le locuzioni di "capo" e "parte"» sono «perfettamente equivalenti»: entrambe «stanno ad indicare ciascuno dei provvedimenti che con una sentenza complessa vengono emanati in relazione a ciascuna azione penale ed a ciascun rapporto processuale svoltosi nel procedimento»[29].

Il chiarimento giurisprudenziale del 1955 non valse tuttavia a dissipare i dubbi sulla misteriosa formula normativa, specie nel contingente ambito della rilevabilità delle cause estintive *ex* art. 152 Cpp 1930[30]. Ci si chiedeva, in particolare, se a fronte di un annullamento della sentenza in ordine al trattamento sanzionatorio stabilito per un determinato reato, il giudice del rinvio potesse, ad

[27] Eccettuato un piccolo, ma eloquente, aggiustamento (*supra*, nota 18), infatti, i contenuti dell'art. 545 Cpp 1930 sono stati trasfusi nei primi due commi dell'art. 624 Cpp.

[28] L. Mortara e U. Aloisi, sub *art. 530 Cpp 1913,* in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L. Mortara, A. Stoppato, G. Vacca, S. Longhi e R. Notaristefani, Torino 1924, VII, 581 s. In generale, sulla disposizione in esame si veda anche L. Mortara e U. Aloisi, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Torino 1915, II, 508; nonché quanto al progetto del 1911 (art. 609) e alla relativa Relazione illustrativa, M. Battista e N. D'Orazi, sub *art. 530 Cpp 1913*, in *Nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Battista e N. D'Orazi, Roma 1913, 699 s.

[29] Le parole riportate nel testo sono tratte dalla massima redatta a Cass. S.U. 26.2.1955 n. 7, in *CEDCass*, m. 097507, in cui la Corte si era pronunciata sull'art. 515 co. 1 Cpp 1930.

[30] L'obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità era previsto all'art. 152 Cpp, che, nel primo comma, stabiliva: «[i]n ogni stato e grado del procedimento il giudice[,] il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, o che la legge non lo prevede come reato, o che il reato è estinto, o che l'azione penale non poteva essere iniziata o proseguita, deve dichiararlo d'ufficio con sentenza». Quanto all'applicabilità della disposizione nei casi di annullamento parziale, tra gli altri, D. Siracusano, *Giudizio di rinvio limitato all'accertamento di una circostanza e possibilità d'applicazione dell'art. 152 Cpp*, in *RIDPP* 1962, 1240 ss.; G. Foschini, *Limiti del giudizio di rinvio e declaratoria di innocenza*, in *RIDP* 1953, 504 ss. Per approfondimenti, L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., 29 ss.

esempio, applicare l'amnistia o dichiarare l'intervenuta prescrizione; e al quesito erano state date risposte eterogenee a seconda che si ritenesse o meno maturato il giudicato sui punti (non censurati) afferenti alla responsabilità dell'imputato per il fatto contestato. L'orientamento maggioritario era dell'opinione che il giudicato si formasse solo quando la sentenza, nella sua interezza, era divenuta irrevocabile[31] o, al più, al momento della decisione integrale su un dato capo[32] (sicché, nel frattempo, eventuali cause *ex* art. 152 Cpp 1930 erano certamente applicabili)[33]; un filone minoritario invece considerava sufficiente che la corte di cassazione non avesse annullato l'affermazione di responsabilità (circostanza che impediva, nelle more del giudizio di rinvio, l'emanazione di una sentenza di proscioglimento)[34].

Chiamate a comporre il contrasto, nel 1990 le Sezioni Unite optarono infine per quest'ultima soluzione, stabilendo che la prescrizione non avrebbe potuto essere dichiarata quando fosse sopravvenuta a una sentenza di annullamento avente «oggetto statuizioni diverse ed autonome rispetto al riconoscimento dell'esistenza del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato»[35]. Il mancato annullamento dei punti concernenti l'accertamento della responsabilità penale avrebbe determinato, infatti, l'irrevocabilità della decisione di condanna.

L'espressione *"parti" di sentenza* viene dunque letta dalle Sezioni Unite del 1990 in maniera difforme dal precedente giurisprudenziale del 1955. Con tale locuzione il legislatore farebbe riferimento non tanto ai capi della sentenza (o meglio, *non solo* ad essi) quanto a "qualsiasi statuizione" contenuta nel provvedimento annullato che abbia "autonomia giuridico-concettuale": a seguito di un annullamento parziale, tutti i punti della decisione non espressamente cassati dal

[31] Cass. 29.3.1988 n. 12770, in *CEDCass*, m. 180027, per cui «la "res judicata" che impedisce alla causa estintiva di spiegare i suoi effetti sul reato è soltanto quella che inerisce alla sentenza nella sua interezza e che si realizza quando la sentenza stessa sia divenuta irrevocabile ai sensi dell'art. 576» Cpp 1930. Precedentemente, Cass. 4.2.1988 n. 6406, in *CEDCass*, m. 178481; Cass. 10.1.1984 n. 2298, *ivi*, m. 163118; Cass. 31.5.1983 n. 11197, *ivi*, m. 161911; Cass. 17.2.1982 n. 4950, *ivi*, m. 153674; Cass. 12.2.1980 n. 6065, *ivi*, m. 145285.

[32] Cass. 16.7.1990 n. 2429, in *CEDCass*, m. 186458, così massimata: «[n]ell'ipotesi di annullamento parziale della cassazione, mentre per i capi definitivamente decisi si forma il giudicato sostanziale (sicché su di essi non possono operare nemmeno le cause sopravvenute di estinzione del reato), tale giudicato non si forma per il capo od i capi ancora in discussione, anche se il giudizio di rinvio non attenga alla commissione o alla sussistenza del fatto. Invero, finché la discussione su un reato […] sia ancora aperta (sia pure ai fini dell'applicazione di una circostanza aggravante o attenuante oppure della determinazione della pena) il processo su tale capo è "in itinere" tanto che per questa parte la sentenza non può essere eseguita, con la conseguenza che per i punti non più devoluti al giudice di rinvio esiste soltanto una preclusione processuale». Precedentemente, per quanto si evince dalla massimazione, Cass. 11.5.1987 n. 2071, in *CP* 1988, 1667; Cass. 27.1.1987 n. 4194, in *CP* 1988, 1668; Cass. 27.3.1981 n. 1219, in *CP* 1982, 1563 (anche in *CEDCass*, m. 149410); Cass. 25.7.1979 n. 2404, in *CP* 1980, 1154 (così come in *CEDCass*, m. 143086).

[33] Tra le altre, Cass. 25.10.1968 n. 972, in *CEDCass*, m. 110380: «[i]l giudice di rinvio [è] tenuto a dichiarare le cause di non punibilità previste dall'art. 152 Cpp anche quando il suo giudizio, per effetto dei limiti fissati dalla Corte di Cassazione, attenga non alla commissione o sussistenza del fatto, ma alla misura della pena, o a circostanze del reato, o a misure di sicurezza. Infatti, pure essendo il giudizio di rinvio ristretto ad uno dei suddetti punti, la disposizione dell'art. 545 primo comma Cpp va intesa nel senso che [è] preclusa, nel suddetto giudizio, la proposizione di questioni gi[à] definitivamente decise e non che [è] vietato dichiarare una causa di non punibilit[à], che il giudice [è] tenuto a rilevare e dichiarare di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». Si veda anche E. Fassone, *La declaratoria immediata*, cit., 116, nota 61, in cui l'autore, analizzando le pronunce degli anni '60, riferisce dell'esistenza di una giurisprudenza volta a riconoscere «la prescrizione sopravvenuta, persino quando la Corte di cassazione si è limitata a rinviare al giudice di merito la decisione sul solo punto della non iscrizione della condanna nel certificato penale».

[34] Cass. 26.5.1986 n. 10790, in *CEDCass*, m. 173934; Cass. 14.6.1985 n. 8594, *ivi*, m. 170575 (benché non massimata sul punto); Cass. 17.1.1985 n. 3886, *ivi*, m. 168851.

[35] Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit. Per il rilievo secondo cui la decisione, «pur estremamente convincente sul piano ermeneutico, giunge a sorpresa» (perché in controtendenza rispetto alla quasi totalità della dottrina e della giurisprudenza), M. Vessichelli, *Sugli effetti dell'annullamento parziale rispetto alle «parti» della sentenza diverse da quella annullata*, in *CP* 1991, 735.

giudice di legittimità passerebbero quindi in giudicato[36], con l'unico limite segnato dall'esistenza di una connessione essenziale con la parte censurata.
L'attenzione era pertanto destinata a spostarsi sul *nesso connettivo*, riscontrabile, ad avviso delle Sezioni Unite, quando tra le varie statuizioni sussista una «necessaria interdipendenza logica e giuridica […], di guisa che l'annullamento di una di esse rende inevitabile il riesame di quelle parti che, [in quanto] non suscettibili di autonoma decisione, impongono un rinnovato giudizio»[37]. Per individuare le porzioni del provvedimento idonee ad assumere autorità di cosa giudicata, dunque, diventava decisivo verificare *quali* punti fossero stati annullati dalla pronuncia di legittimità: perché se l'annullamento aveva avuto ad oggetto esclusivamente disposizioni indipendenti e collaterali rispetto alla decisione sull'esistenza del fatto e sulla responsabilità dell'accusato, la condanna diventava comunque irrevocabile; e l'applicabilità delle cause estintive era preclusa in quanto il potere del giudice di prosciogliere l'imputato era da considerarsi esaurito. L'art. 152 Cpp 1930, infatti, non avrebbe potuto «superare la barriera del giudicato ed essere applicat[o] quando il giudizio sull'attribuibilità di un reato ad un soggetto si [fosse] ormai irrevocabilmente concluso»[38].
L'articolata pronuncia del 1990 aveva così formalmente dissipato le incertezze circa la controversa dizione dell'art. 545 Cpp 1930, ma neppure tale arresto mise a tacere il dibattito. In pochi anni, alcuni giudici contestarono nuovamente le conclusioni raggiunte dalla Corte[39] e la questione tornò, sostanzialmente identica, sul tavolo delle Sezioni Unite, che confermarono i principi espressi nel 1990: se l'annullamento ha avuto ad oggetto «statuizioni diverse dall'accertamento del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato[,] la pronuncia di condanna diviene irrevocabile, con conseguente preclusione per il giudice di rinvio di dichiarare prescritto il reato»[40].

---

[36] Sullo sfondo dell'impostazione promossa da Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit., c'è l'idea di un processo penale sensibile allo sviluppo dinamico del rapporto processuale. In estrema sintesi, nell'argomentazione della Corte, l'assegnazione – ad opera dell'art. 545 Cpp 1930 – dell'autorità di cosa giudicata alle parti della sentenza non annullate dal giudice di legittimità rappresenterebbe una conferma (e in una certa misura una conseguenza) del fatto che, per quelle parti, la decisione ha superato tutti gli stadi di controllo previsti dal codice di rito per il raggiungimento dell'irrevocabilità. Per la Corte, infatti, il giudizio «si esaurisce con la stessa simmetrica progressività con la quale si riduce il suo oggetto»; e ciò «sia quando la pronuncia di annullamento ha ad oggetto uno o più capi d'imputazione, che quando la stessa decisione interviene in relazione ad uno o più "punti" concernenti una singola accusa, perché sia nell'uno che nell'altro caso la irrevocabilità della decisione rappresenta l'effetto conseguente all'esaurimento del giudizio».
[37] Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit. La definizione di connessione essenziale fornita dalle Sezioni Unite del 1990 è stata ripresa e precisata anche dalla giurisprudenza successiva: si veda Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, in *CEDCass*, m. 196887, per cui la locuzione va intesa, «fuori dalle ipotesi disciplinate dall'art. 45 Cpp/1930, come necessaria interdipendenza logico-giuridica tra le parti suddette nel senso che l'annullamento di una di esse provochi inevitabilmente il riesame di altra parte della sentenza seppur non annullata, sollecitando su entrambe i poteri di giudizio e, quindi, la decisione del giudice». A riguardo, si veda anche *infra*, § 4.
[38] Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit.
[39] Cass. 11.3.1992 n. 5431, in *CEDCass*, m. 190306, così massimata: «[i]n caso di annullamento parziale della sentenza ad opera della Corte di cassazione, si determina soltanto una preclusione di ordine processuale che vieta al giudice di rinvio di modificare i punti non compresi nell'annullamento, ma non inibisce l'applicazione di cause estintive (o abrogative) del reato, non essendosi ancora formato il giudicato. Ed invero, l'art. 152 Cpp, con il riferirsi a ogni stato e grado del procedimento, esprime chiaramente il principio, ispirato a criteri di economia processuale, che, verificatasi una delle cause in esso previste, il giudice deve immediatamente dichiararla finché l'azione penale non si sia esaurita nella "res judicata" che si ha con la sentenza irrevocabile, e cioè con quel provvedimento che, supponendo la definizione di ogni punto concernente un dato reato, chiude definitivamente il relativo procedimento, dando luogo a titolo suscettibile di esecuzione e non più soggetto a impugnazione».
[40] Cass. S.U. 11.5.1993 n. 6019, in *FI* 1993, parte II, 612 ss., con nota di G. Di Chiara. Nell'ambito di questa sentenza la Corte precisa altresì che la declaratoria della prescrizione va esclusa «non solo quando la causa estintiva sia

All'alba dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 era dunque ormai chiara – e difficilmente ritrattabile – la posizione della giurisprudenza in tema di annullamento parziale: l'art. 545 Cpp 1930 (prima) e l'art. 624 Cpp (poi) impongono di attribuire autorità di cosa giudicata anche ai punti di un capo che non siano stati annullati dalla corte di cassazione, sempre che non siano in rapporto di connessione essenziale con le disposizioni censurate[41].

4. Le due tesi che si contendono il campo concordano su un dato: in caso di sentenza cumulativa, i capi sopravvissuti alla pronuncia di annullamento (perché non cassati e non connessi essenzialmente a quelli censurati) passano in giudicato[42]. È dunque pacifica, nella materia *de qua*, la configurabilità del giudicato sul capo di sentenza, il quale, una volta raggiunta l'irrevocabilità, diventa esecutivo[43].
Decisamente più spinoso – ed è qui che le due posizioni divergono – è invece comprendere se il giudicato possa formarsi sul punto. La questione è la solita: investita del ricorso, la corte di cassazione non annulla interamente la sentenza concernente l'unico reato contestato all'imputato, ma solo una o più sue statuizioni (qualificazione giuridica del fatto, determinazione della pena, ecc.)[44]; le disposizioni che abbiano resistito al vaglio di legittimità diventano irrevocabili?

---

sopravvenuta ma anche quando, eventualmente, tale causa fosse preesistente e non sia stata valutata dalla Corte di cassazione». La questione prospettata dal giudice remittente, infatti, riguardava l'osservanza dei principi stabiliti dalla pronuncia del 1990 in ordine a una causa estintiva *ex* art. 152 Cpp 1930 (la prescrizione) già risultante dagli atti e sfuggita al controllo del collegio di legittimità. A seguito di un ricalcolo, le Sezioni Unite avevano però riscontrato il mancato decorso della prescrizione alla data della sentenza di annullamento: circostanza che non ha impedito alla Corte di pronunciarsi ugualmente sul tema.

[41] L'impostazione di fondo della nota sentenza del 1990 è stata ripresa (e condivisa) da tutte le pronunce successive delle Sezioni Unite in materia: Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.; Cass. S.U. 27.3.2014 n. 16208, cit.; Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, in *CEDCass*, m. 207640; Cass. S.U. 9.10.1996 n. 20, in *CEDCass*, m. 206170; Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit.; Cass. S.U. 11.5.1993 n. 6019, cit.

[42] L'art. 624 co. 1 Cpp va coordinato con l'art. 627 co. 5 Cpp, in cui si prevede che, «[s]e taluno degli imputati, condannati con la sentenza annullata, non aveva proposto ricorso, l'annullamento pronunciato rispetto al ricorrente giova anche al non ricorrente, salvo che il motivo dell'annullamento sia esclusivamente personale» (stabilendo al contempo la citazione e la facoltà di intervento nel giudizio di rinvio dell'imputato che può giovarsi dell'effetto estensivo). In questi casi, dunque, il capo relativo al non ricorrente non può considerarsi irrevocabile, stante – come riconosciuto in dottrina – l'esistenza di una connessione essenziale (F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 62 nota 78; F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova 2002, 61). Diversa l'opinione di Cass. 2.10.2013 n. 46202, in *CEDCass*, m. 258156, che – richiamando la giurisprudenza in tema di effetto estensivo dell'impugnazione (Cass. S.U. 23.3.1995 n. 9, in *CEDCass*, m. 201305) –, in presenza di un annullamento vertente su un motivo "comune" ha ritenuto irrevocabile il capo relativo al non ricorrente, specificando che tale coimputato ha diritto solo a partecipare al contraddittorio nel giudizio di rinvio. Per la precisazione secondo la quale il rimedio spettante al coimputato pretermesso consiste nell'incidente di esecuzione, Cass. 14.10.2013 n. 1454, in *CEDCass*, m. 258390.

[43] Per l'esplicito riconoscimento dell'esecutività del capo di sentenza non essenzialmente connesso a quello (o a quelli) oggetto di annullamento, G. Ciani, sub *art. 624 Cpp*, cit., 306. In giurisprudenza, Cass. S.U. 9.10.1996 n. 20, cit., in cui si precisa che «nel caso in cui la sentenza, pur documentalmente unica, ricomprenda una pluralità di capi e di imputazioni a carico dello stesso imputato, dalla autonomia di ciascuno di essi deriva il passaggio in giudicato di quei capi della sentenza non investiti dall'annullamento con rinvio a seguito della sentenza della Corte di cassazione, sicché la competent[e] autorità giudiziaria può porre legittimamente in esecuzione il titolo penale per la parte divenuta irrevocabile, nonostante il processo, in conseguenza dell'annullamento parziale, debba proseguire, in sede di rinvio, per la nuova decisione sui capi annullati» (precedentemente, Cass. 10.12.1990 n. 4506, in *CEDCass*, m. 186838). Nello stesso senso si è espressa anche la più recente giurisprudenza, seppure con alcune precisazioni (*infra*, § 7).

[44] La situazione può verificarsi anche nell'ambito di sentenze cumulative. Immaginiamo che, instaurato il ricorso per questioni afferenti ai *capi A* e *B*, la Corte abbia annullato solo alcune statuizioni di quest'ultimo capo. In merito alle

Si è visto che per la giurisprudenza tutto dipende dall'esistenza o meno di un rapporto di connessione essenziale con la parte annullata[45]. Quando la pronuncia rescindente ha riguardato la sussistenza del fatto o la responsabilità dell'imputato, quindi, *nulla quaestio*: il giudice del rinvio chiaramente dovrà estendere il proprio sindacato «anche a quegli altri elementi del reato il cui accertamento si atteggia, dal punto di vista logico, come un *posterius* rispetto a quello sull'elemento principale»[46]; sicché gli effetti dell'annullamento coinvolgono anche tali decisioni (nonché, ovviamente, le statuizioni in punto pena), le quali non potranno assumere autorità di cosa giudicata[47].

Al contrario, nei casi in cui l'annullamento abbia interessato solo statuizioni *lato sensu* afferenti alla pena, la Corte giunge ad opposte conclusioni. L'analisi delle pronunce di legittimità, infatti, evidenzia che è stata negata l'esistenza di una connessione essenziale tra il punto annullato e il tema del fatto-responsabilità (certificando, così, l'irrevocabilità della condanna) nei casi di annullamento *ex* art. 624 Cpp concernente: *a*) il giudizio sulla persistenza della pericolosità sociale dell'autore del reato ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza[48]; *b*) la quantificazione del trattamento sanzionatorio[49]; *c*) la sospensione condizionale della pena[50]; *d*) il riconoscimento di una circostanza aggravante[51]; *e*) l'omesso riconoscimento delle attenuanti generiche[52]. Su questo

---

decisioni prese sul *capo A* il giudicato si forma (sempre che non vi sia una connessione essenziale), ma rimane da capire se i punti del *capo B* non travolti dall'annullamento possano acquisire autorità di cosa giudicata.

[45] Nel 1990 (Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit.) e nel 1994 (Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit.), le Sezioni Unite hanno definito il rapporto di *connessione essenziale* come quel legame capace di attrarre alla sfera cognitiva del giudice di rinvio parti della sentenza non espressamente annullate dalla Corte di cassazione, ma, appunto, in stretta «interdipendenza logico-giuridica» con le parti censurate (*supra*, § 3). Non essendo esplicitato normativamente, infatti, anche il concetto di connessione essenziale deve essere ricostruito in via interpretativa (cfr. F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio*, cit., 52 ss.; L. Iafisco, *Ennesimo intervento*, cit., 550 ss.; M. Busetto, *Annullamento parziale*, cit., 2488).

[46] L. Iafisco, *Ennesimo intervento*, cit., 552.

[47] Benché il profilo concernente la qualificazione giuridica del fatto rappresenti certamente un punto autonomo del capo di sentenza (A. Capone, Iura novit curia, cit., 114), si segnala che per la giurisprudenza tale aspetto è «ricompreso nella disamina del fatto-reato la cui completa delibazione può dirsi esaurita solo quando un certo accadimento sia compiutamente delineato non solo nella sua dimensione storico naturalistica, ma anche nella sua veste giuridica»: Cass. 29.1.2019 n. 8462, in *CEDCass*, m. 276321, in cui la Corte ha affermato che, nel giudizio di rinvio instaurato in relazione alla configurazione giuridica del fatto (se rientrante nella fattispecie di cui all'art. 317 Cp ovvero in quella di cui all'art. 319-*quater* Cp), il giudice deve dichiarare l'intervenuta prescrizione poiché «il giudicato (parziale) su un determinato fatto si forma quando sia compiuta anche la disamina in ordine alla sua esatta qualificazione giuridica».

[48] Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit.

[49] Cass. 12.1.2016 n. 4109, in *CEDCass*, m. 265792; Cass. 11.3.2010 n. 15101, *ivi*, m. 246616; Cass. 20.11.2008 n. 2843, *ivi*, m. 242494.

[50] Cass. 28.11.2018 n. 114, in *CEDCass*, m. 274828.

[51] Tra le altre, Cass. 24.9.2015 n. 43710, in *CEDCass*, m. 264815; si veda, tuttavia, Cass. 30.3.2021 n. 22781, *ivi*, m. 281316 (non massimata sul punto), in cui la Corte ha precisato che il principio di diritto secondo cui l'annullamento concernente il riconoscimento di una circostanza aggravante impedisce la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione «si riferisce ovviamente alle sole circostanze aggravanti comuni che non incidono sul calcolo della prescrizione, valendo la regola opposta nel caso di circostanza aggravante per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa e/o ad effetto speciale, che condiziona *ex* art. 157, comma secondo, Cp il tempo necessario a prescrivere il reato».

[52] Cass. 3.4.2013 n. 19690, in *CEDCass*, m. 256377; Cass. 9.2.2010 n. 8039, *ivi*, m. 246806. A questo riguardo, recentemente, Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.: «l'annullamento parziale della sentenza di condanna, limitatamente all'esclusione di una circostanza aggravante o al riconoscimento di una circostanza attenuante, implica la formazione del giudicato relativamente alla parte della sentenza che concerne l'affermazione di responsabilità». Si segnala che, pur partendo dalle medesime premesse esegetiche – e cioè intendendo il concetto di "parti" come comprensivo sia dei capi sia dei punti del capo – alcuni autori si sono discostati dall'orientamento giurisprudenziale per quanto attiene alla

versante, dunque, si tende ad escludere un nesso connettivo capace di attrarre nella cognizione del giudice del rinvio anche le disposizioni della sentenza relative al fatto-responsabilità[53]; con la conseguenza che la condanna, ancora incompleta, viene comunque considerata irrevocabile[54].
Gli argomenti addotti a supporto di questa impostazione sono molteplici. In primo luogo, è stato osservato che se, con la locuzione *"parti" di sentenza*, il legislatore avesse voluto riferirsi unicamente ai "capi", la «norma si segnalerebbe per la sua assoluta superfluità, non essendo certo contestabile l'autonomia delle azioni penali confluenti nel processo cumulativo, sia in relazione al loro esercizio che alla loro consunzione»[55]. La tanto discussa formula andrebbe quindi intesa come comprensiva dei punti di un capo parzialmente annullato poiché, se così non fosse, si smarrirebbe il senso della disposizione, la quale non farebbe che positivizzare uno scontato principio di portata generale: vale a dire che «ciascun capo di sentenza […], malgrado la trattazione unitaria del processo, mantiene una autonoma attitudine al giudicato, a prescindere dalla sorte delle altre imputazioni»[56].
All'art. 624 Cpp sarebbe dunque affidato lo specifico compito di consentire, nell'ambito di uno stesso capo, la formazione del giudicato su alcuni punti della decisione e non su altri. Tale conclusione sarebbe suffragata dal disposto dell'art. 624 co. 2 Cpp («[l]a Corte di cassazione, quando occorre, dichiara nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili»), che si spiega «coll'esigenza di una precisa dissezione della regiudicanda (e quindi della sentenza che su di essa ha pronunciato) nei vari temi in cui si articola», mentre risulterebbe ultroneo «se il legislatore, parlando di autorità di cosa giudicata delle parti non annullate della sentenza, avesse solamente inteso "sottolineare la più ovvia delle constatazioni: e cioè che nell'ipotesi in cui una unica sentenza contenga una pluralità di pronunce (non importa se contro persone diverse od in ordine a più fatti commessi dalla stessa persona), l'annullamento di una di esse non impedisce che passino in giudicato le altre"»[57].

---

ravvisabilità di ipotesi di connessione essenziale in caso di annullamento diretto ad accertare la sussistenza o meno di una circostanza del reato (per tutti, L. Iafisco, *Ennesimo intervento*, cit., 552 s.; cfr. anche E. Savio, *Il giudizio di rinvio*, cit., 103 ss.).

[53] Tra le altre, Cass. 20.2.2004 n. 15472, in *CEDCass*, m. 228499, in cui la Corte ha precisato che «la sentenza che afferma la responsabilità penale dell'imputato è il presupposto logico-giuridico della parte contenente la specifica condanna (determinazione della pena): entrambe costituiscono "disposizioni della sentenza" (art. 624, comma 1, Cpp), venendo anzi esaltata la pregiudizialità della prima con l'autonomia concettuale che le è propria in funzione della seconda, che è di norma consequenziale». L'affermazione della responsabilità, infatti, è «lungi dal porsi in "connessione essenziale con la parte annullata"» relativa alla pena. Nello stesso senso Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, cit.

[54] Per ulteriori richiami giurisprudenziali si rimanda a G. Mantovani, sub *art. 624 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati e L. Giuliani, Padova 2020, 3078 s.

[55] L'affermazione risale a Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit., ma è stata ripresa anche da pronunce successive.

[56] Così, Cass. S.U. 27.5.2016 n. 6903, in *CEDCass*, m. 268965, nel richiamo a Cass. 2.10.2013 n. 50334, *ivi*, m. 257846; si veda anche E.M. Mancuso, *Il giudicato*, cit., 294 ss. Alla base delle spiegazioni addotte dalla Corte (*in primis*, in Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit.) si intravede dunque una specifica convinzione: l'irrevocabilità dei capi non annullati non dipenderebbe direttamente dall'art. 624 Cpp, ma da un più generale principio di autonomia dei rapporti processuali. Si dirà a breve perché tale impostazione non può essere condivisa (*infra*, § 5); qui è sufficiente evidenziare che, se anche le cose stessero in questi termini, l'art. 624 Cpp sarebbe tutt'altro che superfluo, perché varrebbe a introdurre un requisito ulteriore (rispetto al mancato annullamento) per il passaggio in giudicato del capo, ossia l'insussistenza di un rapporto di connessione essenziale con la parte annullata dalla corte di cassazione.

[57] G. Lozzi, Favor rei *e processo penale*, Milano 1968, 82 s.: l'osservazione, inizialmente riferita all'art. 545 Cpp 1930, è stata ripresa anche per l'odierno art. 624 Cpp (G. Lozzi, *Lezioni*, cit., 786). Il virgolettato riportato dall'autore è un richiamo a F. Cordero, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano 1957, 75, nota 142.

Per i sostenitori di questo orientamento, la configurabilità del giudicato sul punto non annullato dalla corte di cassazione sarebbe poi confermata anche dall'art. 628 co. 2 Cpp, il quale consente l'impugnabilità della sentenza emessa in sede di rinvio – oltre che per inosservanza dell'art. 627 co. 3 Cpp – soltanto «per motivi non riguardanti i *punti già decisi*» dal giudice di legittimità. L'impossibilità di impugnare la sentenza in relazione a statuizioni già giudicate dalla corte di cassazione deriva – stando a questa impostazione – dalla circostanza che, in tali parti, la decisione è irrevocabile: e dato che qui si utilizza esplicitamente il termine «punti», la medesima estensione avrebbero le *"parti"* della sentenza che *ex* art. 624 Cpp possono assumere autorità di cosa giudicata[58].
Nel mosaico di giustificazioni posato dai fautori di questo indirizzo per supportare il passaggio in giudicato del punto non annullato (e non in connessione essenziale con quello censurato) troverebbe infine collocazione un tassello ulteriore: l'esatta riproduzione, nell'innovato tessuto normativo, dell'espressione *"parti"* già contenuta nell'art. 545 Cpp 1930[59]. Si ritiene, infatti, che, se il contenuto della disposizione del codice abrogato «doveva essere riduttivamente limitato alle sole decisioni che esaurivano il giudizio in relazione ad uno o più capi d'imputazione, non v'era occasione migliore della riformulazione della norma per sostituire quel termine che aveva dato adito ad una diversa interpretazione»[60].

5. A dispetto del carattere ormai consolidato del riferito orientamento giurisprudenziale, le ragioni addotte a sostegno della configurabilità di un giudicato sul punto non appaiono particolarmente convincenti.
Ciò vale, in primo luogo, per il rilievo secondo cui l'art. 624 Cpp risulterebbe superfluo se inteso solo in relazione ai capi di sentenza. Così ragionando, si dimentica che l'art. 648 Cpp descrive l'irrevocabilità come un evento che attiene alla sentenza nella sua integralità, cioè nel complesso delle sue disposizioni[61]. Ammettendo la formazione del giudicato sui singoli capi della pronuncia

[58] Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit. (nel richiamo a Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit.), in cui la Corte rileva che «[c]onseguenza della definitività della sentenza di annullamento della Corte di cassazione […] è la disciplina codicistica […] che […] consente l'impugnabilità della sentenza del giudice di rinvio soltanto in relazione ai punti non decisi dalla Cassazione, sicché i limiti oggettivi del giudizio di rinvio "sono diretta ed ineludibile conseguenza dell'irrevocabilità della pronuncia della Corte di cassazione in relazione a tutte le parti diverse da quelle annullate ed a queste non necessariamente connesse"». Ancora più esplicita è Cass. S.U. 27.3.2014 n. 16208, cit.: l'art. 628 Cpp consente l'impugnabilità della sentenza del giudice di rinvio «soltanto in relazione ai "punti" non decisi in sede di giudizio rescindente, proprio perché il perimetro cognitivo del giudice d[i] rinvio è tracciato dai limiti del devoluto, senza che possano venire nuovamente in discorso le "parti" della sentenza annullata che hanno ormai assunto i connotati di intangibilità propri della cosa giudicata». In questo senso, cfr. A.C. Russo, *Le Sezioni Unite fanno il punto*, cit., 1986. Si veda anche *infra*, nota 63.
[59] Cfr. P.P. Paulesu, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 152 Cpp 1930*, cit., 471; nonché, anche in relazione agli interventi operati sul secondo comma dell'art. 624 Cpp, G. Spangher, Bis in idem *delle Sezioni unite sui limiti di applicabilità dell'art. 152 Cpp 1930 nel giudizio di rinvio con annullamento parziale*, in *CP* 1993, 2506, in cui l'autore – dopo aver ricordato che sotto la vigenza del vecchio codice si era tentato di superare il riferimento all'autorità di giudicato (art. 545 co. 1 Cpp 1930) appellandosi a un'ipotesi di preclusione processuale (in quanto tale superabile dal riconoscimento di una preesistente o sopravvenuta causa estintiva) – sottolinea come un «tale espediente interpretativo […] non appa[ia] più proponibile a fronte dei citati riferimenti normativi che è sempre più difficile ritenere casuali o inconsapevoli».
[60] Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit.
[61] C. Marinelli, sub *art. 648 Cpp*, in *Commentario breve*, cit., 3152; R. Fonti, *Impugnazione cumulativa parzialmente inammissibile e immediata declaratoria delle cause di non punibilità*, in *PPG* 2017, 660; Ead., *L'effetto estensivo dell'impugnazione*, Padova 2013, 117 s.; F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 52; E. Jannelli, *La cosa giudicata*, in *Le impugnazioni*, coordinato da M.G. Aimonetto, Torino 2005, 602 s.; nonché, in relazione al codice di procedura penale abrogato, G. Petrella, *Le impugnazioni*, cit., 548. Sul dibattito, emerso sotto la vigenza del vecchio

cumulativa, quindi, l'art. 624 Cpp introduce un regime d'eccezione che, «in assenza di altre indicazioni normative, sarebbe stato altrimenti impossibile desumere dal sistema»[62].
Facilmente contestabile è altresì il ragionamento volto a valorizzare il testo dell'art. 628 co. 2 Cpp, nella parte in cui prevede che «la sentenza del giudice di rinvio può essere impugnata soltanto per motivi non riguardanti i punti già decisi dalla corte di cassazione». Anche ipotizzando che la norma miri ad escludere la presentazione di ricorsi aventi ad oggetto i punti della decisione non annullati[63], non si può non rilevare che se tali punti «fossero davvero coperti dal giudicato […] non vi sarebbe alcun bisogno di precisare che la sentenza del giudice di rinvio non può, relativamente ad essi, formare oggetto di impugnativa: la regola discenderebbe dai princìpi»[64].
Sotto questo aspetto si potrebbe peraltro aggiungere che la disposizione – oggi contenuta nell'art. 628 co. 2 Cpp – nasce nella normativa del 1930 al dichiarato fine di riparare alle disfunzioni generate dall'art. 532 Cpp 1913, in cui si permetteva l'impugnazione della sentenza rescissoria, mediante ricorso alle Sezioni Unite, «per gli stessi motivi proposti col primo ricorso»: e dunque, sia per lamentare l'inosservanza delle decisioni adottate dalla corte di cassazione, sia nel caso opposto, vale a dire quando il giudice di rinvio si fosse effettivamente uniformato a tali decisioni, ma la parte non le condividesse[65]. Due ipotesi eterogenee quindi, di cui una – la seconda – apertamente criticata dal legislatore del 1930[66], che infatti coniò l'art. 546 Cpp: «per evitare una

codice, circa la natura unitaria del procedimento cumulativo, B. Lavarini, *La formazione del giudicato penale*, in *RDPr* 2002, 1178.

[62] F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 61. Nello stesso senso, E. Savio, *Il giudizio di rinvio*, cit., 160 s.; S. Lorusso, *Declaratoria* ex *art. 129 Cpp*, cit., 684, in cui l'autore precisa che il legislatore «tende a considerare il passaggio in giudicato della sentenza in maniera unitaria (cd. giudicato simultaneo), ed in tale contesto la previsione di cui all'art. 624, comma 1 Cpp rappresenta una deviazione di carattere eccezionale rispetto alla regola». Si veda inoltre *supra*, nota 56.

[63] Cass. 31.1.2017 n. 11949, in *CEDCass*, m. 269383, in cui, tra l'altro, la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso dell'imputato nella parte in cui si riferiva a un punto non più *sub iudice*: «[q]uanto al mancato riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 Cp, nella sua massima estensione, la critica è inammissibile in quanto estranea ai punti ancora in predicato all'esito della pronuncia rescindente di questa Corte (art. 628, comma 2 Cpp.)»; Cass. 12.6.2012 n. 25181, *ivi*, m. 253120, per cui «è consentita l'impugnazione della sentenza del giudice di rinvio in relazione ai "punti" annullati, ed a quelli in rapporto di connessione essenziale con essi, non decisi dalla Corte di cassazione»; nonché Cass. 21.3.1996 n. 4882, *ivi*, m. 204637, così massimata: «[…] con il termine "parti della sentenza" si intende […] qualsiasi statuizione avente una sua autonomia giuridico-concettuale»; sicché, «da un lato, al giudice di rinvio è attribuito potere decisorio solo sui "punti" che hanno formato oggetto dell'annullamento (e su quelli ai primi inscindibilmente connessi […]), ma non sulle parti non annullate e su quelle non in connessione essenziale con le parti annullate, e […], dall'altro, è consentita l'impugnazione della sentenza del giudice di rinvio soltanto in relazione ai "punti" annullati – e a quelli in rapporto di connessione essenziale con essi – e non decisi dalla corte di cassazione, ovvero per inosservanza dell'obbligo di uniformarsi alla sentenza di annullamento per ciò che concerne tutte le questioni di diritto con essa decis[e] (tra le quali rientrano anche quelle concernenti il corretto adempimento dell'obbligo della motivazione e la coerenza logica della stessa)». Cfr. E. Savio, *Il giudizio di rinvio*, cit., 153; M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio*, cit., 137; S. Beltrani, *Il giudizio*, cit., 864 s.

[64] M. Busetto, *Annullamento parziale*, cit., 2484. Nello stesso senso, F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio*, cit., 267.

[65] L'art. 532 Cpp 1913 prevedeva – nel primo comma – che la «corte di cassazione pronuncia a sezioni unite quando, dopo l'annullamento, la sentenza del giudice di rinvio sia impugnata per gli stessi motivi proposti col primo ricorso»; e – nel secondo comma – che «[s]e la seconda sentenza sia annullata per gli stessi motivi per i quali fu annullata la prima, la sentenza di annullamento ha autorità di giudicato irrevocabile sul punto di diritto deciso». Per un approfondimento, D. Siracusano, *I rapporti fra «cassazione» e «rinvio» nel processo penale*, Milano 1967, 125 ss.; L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1920, 479 s.

[66] Nella Relazione presentata a corredo del progetto preliminare al codice di procedura penale (*Progetto preliminare di un nuovo Codice di procedura penale*, Roma 1929, 112), infatti, si evidenziava l'inopportunità dell'art. 532 Cpp 1913, nella parte in cui consentiva l'impugnazione della sentenza emanata dal giudice di rinvio che si fosse allineato alle indicazioni della corte di cassazione. «È invero manifesto che, se il giudice di rinvio si è uniformato alla sentenza

ingiustificata ripetizione di ricorsi», si vincolava il giudice di rinvio a rispettare la deliberazione della corte di cassazione in ordine a ogni questione di diritto con essa decisa, prevedendo al contempo «che la sentenza del detto giudice, che a[vesse] adempiuto a questo obbligo, non po[tesse] essere impugnata per motivi riguardanti quei punti»[67]. Almeno secondo le intenzioni originarie, il riferimento ai «motivi non riguardanti i punti già decisi» (per i quali è consentita l'impugnazione della sentenza rescissoria) pareva dunque funzionale ad impedire alle parti di contestare la decisione emanata in sede di rinvio per *questioni* già affrontate – e risolte – dalla corte di cassazione[68].

Quanto alle conseguenze che vengono tratte dalla riconferma del termine "parti" nel testo dell'art. 624 Cpp, l'argomento può essere agevolmente rovesciato: poiché al momento della redazione del nuovo codice la previgente disposizione veniva interpretata quasi unanimemente nel senso di escludere il giudicato sul punto[69], il legislatore della riforma avrebbe dovuto optare per la discontinuità lessicale (menzionando espressamente i punti di sentenza nella disposizione corrispondente al "vecchio" art. 545 Cpp) solo se intenzionato a sconfessare quell'esegesi.

Decisamente più suggestivo è invece il rilevo secondo cui l'art. 624 co. 2 Cpp – nel considerare un intervento chiarificatore della corte di cassazione circa le parti di sentenza che diventano

---

di annullamento, il ricorso alle sezioni unite per gli stessi motivi proposti nel primo ricorso è diretto, non tanto contro la sentenza del giudice di rinvio (che non ha fatto altro che attenersi alla sentenza di annullamento), quanto contro la sentenza della sezione, che ha disposto l'annullamento con rinvio. Ora, ammesso che non sia opportuno dar ricorso contro le sentenze delle sezioni singole alle sezioni unite, non v'è alcuna ragione di far eccezione al detto principio nel caso in discorso, solo perché un giudice inferiore si è uniformato alla sentenza di annullamento con rinvio, pronunciata da una delle sezioni nel procedimento di cui si tratta».

[67] Così, la Relazione appena citata. Per chiarezza si riportano le esatte parole dell'art. 546 Cpp 1930, rubricato «Impugnabilità della sentenza del giudice di rinvio»: «[i]l giudice di rinvio deve uniformarsi alla sentenza della corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa» (co. 1); «[l]a sentenza del giudice di rinvio può essere impugnata soltanto per motivi non riguardanti i punti già decisi dalla corte di cassazione ovvero per inosservanza della disposizione della prima parte di questo articolo» (co. 2). Quanto alla disciplina in esame, cfr. R.A. Frosali, *Procedura penale*, Milano 1942, 138.

[68] In questo senso, A. Nappi, *Nuova guida telematica al codice di procedura penale*, *www.guidanappi.it*, 2019, § 76.4. Si veda anche F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1165, per il quale con l'impugnazione della sentenza emessa in sede di rinvio «[n]on sono riproponibili le questioni decise dalla Corte e i vizi processuali anteriori». Pare in linea con questa impostazione – e dunque non riconducibile all'indirizzo richiamato a nota 63 – Cass. 6.10.2004 n. 41461, in *CEDCass*, m. 230578, in cui viene giudicata manifestamente infondata (in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.) la questione di legittimità dell'art. 628 co. 2 Cpp nella parte in cui circoscrive il ricorso per cassazione avverso la sentenza di rinvio alle questioni non decise dalla pronuncia di annullamento (perché «un sistema il quale impedisca […] di rimettere in discussione il *decisum* della Corte suprema attraverso l'impugnazione della sentenza del giudice di rinvio che detto *decisum* sia stato chiamato ad attuare» è compatibile con la Costituzione). Ora, considerato che i capi della sentenza cumulativa non coinvolti nell'annullamento *ex* art. 624 Cpp (perché non censurati e non in connessione essenziale con quelli cassati) non possono formare oggetto di impugnazione (in quanto irrevocabili), l'art. 628 co. 2 Cpp sembra una disposizione rivolta unicamente alla "parte annullata" della pronuncia, e cioè ai capi che, integralmente o in alcune statuizioni, sono stati censurati dalla corte di cassazione. Ne segue che la sentenza di rinvio che si esprime su di essi non pare impugnabile per questioni già saggiate dal giudice di legittimità (a prescindere dal fatto che si riferiscano ai singoli punti del capo che sono stati annullati o a quelli esplicitamente confermati). Del resto, tale norma è collocata nell'ambito delle previsioni sul giudizio di rinvio, sicché è chiaro che non riguarda le decisioni che da tale giudizio prescindono, perché passate in giudicato.

[69] Al tempo dell'emanazione del codice del 1988 l'indirizzo oggi pacificamente condiviso in sede giurisprudenziale era minoritario (si veda *supra*, note 31, 32 e 33): lo riferisce chiaramente M. Vessichelli, *Sugli effetti dell'annullamento parziale*, cit., 734, nella parte in cui, a commento delle Sezioni Unite del 1990, sottolinea che «l'orientamento espresso nella massima […] non recepisce l'indirizzo giurisprudenziale che si era venuto affermando come prevalente negli ultimi anni»; nonché M. Busetto, *Annullamento parziale*, cit., 2482, nota 2, in cui l'autore precisa che l'impostazione ora abbracciata dalla giurisprudenza era «nettamente minoritaria» prima dell'intervento delle Sezioni Unite.

irrevocabili – troverebbe piena giustificazione unicamente nei casi di annullamento parziale proprio, e cioè nei casi in cui oggetto di annullamento siano solo alcune tra le statuizioni riferite a una stessa regiudicanda. Questa riflessione, tuttavia, non ha persuaso l'unanimità della dottrina. È stato infatti evidenziato come l'opera della corte abbia ragion d'essere anche quando «le "parti" suscettibili di passare in giudicato *ex* art. 624, comma 1, Cpp siano solo i capi di una sentenza cumulativa», perché anche in queste situazioni occorre «determinare quali, fra tali capi, non sono in connessione essenziale con quelli annullati»[70]. E del resto, non sono rare le occasioni in cui i diversi capi di una stessa sentenza si presentano uniti da connessione essenziale (si pensi a una sentenza oggettivamente cumulativa riguardante reati in concorso formale)[71]. Senza contare che, «quando opera l'art. 627, comma 5, Cpp, potrebbe essere utile riconoscere alla Corte il potere di chiarire anticipatamente quali sono i capi della decisione che, riguardando la responsabilità di soggetti non ricorrenti per i quali non si produce l'effetto estensivo, debbono ormai considerarsi passati in giudicato»[72].

Alla fragilità delle spiegazioni addotte a supporto della più ampia lettura dell'art. 624 Cpp vanno sommate le scelte contraddittorie compiute dalla Corte di cassazione con riferimento ad alcune particolari cause di non punibilità ricomprese nell'obbligo di immediata declaratoria *ex* art. 129 Cpp. Si è visto, infatti, come la configurabilità di un giudicato sul punto sia stata sostenuta soprattutto nell'ottica di arginare il pericolo della prescrizione[73]. La posizione della giurisprudenza è tuttavia differente in ordine ad altre fattispecie proscioglitive. Evenienze come la morte dell'imputato o l'intervenuta *abolitio criminis*, infatti, sono sempre rilevabili dal giudice di rinvio[74]: soluzione quanto mai opportuna, e nel primo caso addirittura inevitabile, ma chiaramente

[70] B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., 64. Si veda anche M. Busetto, *Annullamento parziale*, cit., 2483, nota 14, in cui l'autore individua – quale elemento a favore della tesi che attribuisce alle nozioni di "parte" e di "capo" lo stesso significato – la circostanza che il concetto di "connessione" «vale a indicare, nel lessico del codice, legami tra regiudicande (art. 12 Cpp) e non già tra punti logici minori. Il principio per cui i nessi di "dipendenza necessaria" tra singole questioni si riflettono sui poteri cognitori del giudice, precludendo un esame autonomo delle questioni in tal senso collegate, non necessita di apposita previsione: lo conferma l'art. 597 comma 1 Cpp (è pacifico che, pur in assenza di un'espressa deroga, il limite all'effetto devolutivo dell'appello non coinvolga i punti inscindibilmente legati a quelli oggetto di impugnativa […])».

[71] A. Capone, *Annullamento parziale*, cit., 2615. Sul punto anche *infra*, § 9.

[72] A. Capone, *Annullamento parziale*, cit., 2615.

[73] *Supra*, § 2.

[74] Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, cit. Si veda anche E.M. Mancuso, *Il giudicato*, cit., 322 ss., per il quale «la previsione speciale che anticipa la formazione della cosa giudicata», ossia l'art. 624 Cpp, in queste ipotesi «cede il passo a esigenze equitative e di opportunità della risposta sanzionatoria, adattando il rigore del sistema alla peculiarità del caso di specie» (327); nonché S. Beltrani, *Il giudizio*, cit., 848 s. Diverso, invece, il caso scrutinato da Cass. S.U. 27.3.2014 n. 16208, cit., con nota di L. Ludovici, *Le Sezioni unite sui rapporti tra divieto della* reformatio in peius *e reato continuato*, in *CP* 2014, 2848 ss., riguardante l'ipotesi in cui una disposizione più favorevole all'imputato in punto di qualificazione giuridica dei fatti era entrata in vigore dopo la pronuncia rescindente della corte di cassazione che aveva determinato la "irrevocabilità" della decisione sulla responsabilità penale: qui si era ritenuto che «la legge modificativa non [potesse] trovare applicazione», stante il raggiungimento del giudicato di condanna e la definitiva attribuzione del *nomen juris* da parte del giudice di legittimità. Criticamente, A. Diddi, *La* vexata quaestio *relativa alla pronuncia di prescrizione dopo l'annullamento parziale della sentenza*, cit., 138. Benché il ragionamento appaia in linea con l'impostazione adottata in sede giurisprudenziale, si segnala tuttavia che l'art. 2 co. 4 Cp solleva il giudice dall'applicazione della normativa più favorevole solo nell'ipotesi in cui sia stata pronunciata «sentenza irrevocabile», espressione che sembra alludere all'intervenuta definitività della complessiva decisione sul reato. Sulla rilevanza di questo dato testuale, *infra*, in questo paragrafo.

in contrasto con le premesse accolte dalle Sezioni Unite in tema di annullamento parziale[75]. Tanto che, per salvare l'interpretazione data all'art. 624 Cpp, alla Corte non è rimasto che affermare la peculiarità delle due ipotesi considerate[76].

Che sia irrazionale pretendere dal giudice di rinvio una decisione sulla pena quando sia sopraggiunta la morte dell'imputato o l'*abolitio criminis* è dimostrato, a tacer d'altro, dalla circostanza che in questi frangenti la sanzione non potrebbe mai essere eseguita: «in un caso per il più insuperabile dei motivi di fatto, nell'altro per via dell'inevitabile applicazione *in executivis*» dell'art. 2 co. 2 Cp[77]. Lungi dal giustificare un diverso trattamento delle due fattispecie in discussione rispetto alle restanti cause *ex* art. 129 Cpp, tale evidenza conferma l'irragionevolezza dell'impostazione che ricollega l'irrevocabilità della condanna al mancato annullamento dei punti della sentenza concernenti l'accertamento del fatto-responsabilità.

L'opinione di cui si discute conduce, infine, all'irragionevole conseguenza per cui nella fase rescissoria il giudice non potrebbe pronunciarsi *ex* art. 129 Cpp neppure in presenza delle condizioni che legittimerebbero una domanda di revisione. Scoperte o sopravvenute nuove prove idonee a dimostrare la manifesta innocenza dell'imputato, il giudice di rinvio non potrebbe assumerle e si troverebbe quindi nella spiacevole situazione di dover determinare una sanzione presumibilmente destinata ad essere sospesa *ex* art. 635 Cpp e poi non eseguita per effetto di un accoglimento della richiesta di revisione[78]. Anzi, come è stato efficacemente sottolineato, la pendenza del giudizio di rinvio sarebbe persino di ostacolo all'avvio dell'*iter* previsto per la revisione[79].

A quest'ultima considerazione si potrebbe invero eccepire che la Suprema Corte ha già acconsentito alla presentazione di impugnazioni straordinarie in costanza del giudizio di rinvio, ritenendo che anche prima della conclusione di tale giudizio sia possibile azionare lo strumento di cui all'art. 625-*bis* Cpp per lamentare un errore materiale o di fatto della pronuncia di annullamento parziale[80]. In argomento si sono contrapposti, come è noto, due diversi orientamenti esegetici. Il

---

[75] L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., 308. In questo senso anche A. Diddi, *La* vexata quaestio *relativa alla pronuncia di prescrizione dopo l'annullamento parziale della sentenza*, cit., 140; si veda inoltre A.M. Capitta, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano 2010, 221 s.

[76] In relazione alla morte dell'imputato, si veda Cass. 16.5.2019 n. 35845, in *CEDCass*, m. 276617, che motiva l'eccezionalità della causa di estinzione in discorso facendo leva sulla sua «incidenza sul rapporto processuale». Nello stesso senso, Cass. 29.1.1998 n. 2290, in *CEDCass*, m. 210581, in cui il giudice di legittimità – pur dovendosi esprimere in un caso relativo alla dichiarabilità della prescrizione – precisa che la «morte del reo è un evento processuale che impedisce la prosecuzione del processo stesso, in quanto viene meno uno dei soggetti necessari e, quindi, la decisione in rito travolge ogni valutazione di merito»; anche perché – continua la Corte – «la decisione residua (sui punti non coperti dal "giudicato interno") verrebbe ad essere pronunciata nei confronti di un soggetto inesistente». Cfr. anche F. Falato, *Immediata declaratoria e processo penale*, Padova 2010, 365. Quanto invece all'*abolitio criminis*, da ultimo, Cass. 24.11.2016 n. 51958, in *CEDCass*, m. 268348, ma più approfonditamente Cass. 5.11.2010 n. 9028, *ivi*, m. 249680 e Cass. 19.10.2010 n. 41683, *ivi*, m. 248720. In quest'ultima pronuncia, in particolare, la Corte – riprendendo le parole di Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, cit. – ha affermato che l'*abolitio criminis* intervenuta nelle more di un giudizio di rinvio limitato alla determinazione della pena configura una «evenienza che fa venir meno l'esistenza del reato, così minando in radice la pretesa punitiva statuale e caducando il rapporto punitivo nei confronti di un soggetto ormai divenuto autore di un fatto non antigiuridico dal punto di vista penalistico: vien meno la legittimità dell'affermazione della responsabilità e quindi della condanna (*an*) sicché vien posta nel nulla la pronuncia pregiudiziale alla punibilità».

[77] F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 63.

[78] F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 63. Cfr. anche E. Savio, *Il giudizio di rinvio*, cit., 161; E. Jannelli, *La cosa giudicata*, cit., 604.

[79] L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., 309.

[80] Cass. S.U. 21.6.2012 n. 28717, in *CEDCass*, m. 252935.

primo, fermamente contrario all'applicabilità dell'art. 625-*bis* Cpp nei casi di annullamento in punto pena, muoveva dal presupposto che all'interessato non fosse ancora attribuibile la qualifica di condannato: «[l]'irrevocabilità e l'esecutività della sentenza penale di condanna devono […] necessariamente riguardare i capi d'imputazione nella loro interezza, atteso che la realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato richiede la formazione di un giudicato di condanna che sia completo ed incompatibile col permanere della qualifica di imputato in capo al soggetto ricorrente»[81]. Le Sezioni Unite hanno tuttavia scelto di aderire all'orientamento opposto[82], osservando che, quando l'annullamento attiene al trattamento sanzionatorio[83], come «deve ritenersi ontologicamente venuta meno la presunzione di non colpevolezza, essendo stata quest'ultima accertata con sentenza ormai divenuta definitiva sul punto, allo stesso modo non può che inferirsene […] che risulti *eo ipso* trasformata la posizione dell'imputato in quella di "condannato", anche se a pena ancora da determinare in via definitiva»[84].

Benché la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, al netto delle oggettive criticità che ne derivano[85], non appaia del tutto ingiustificata, le due situazioni considerate – la presentazione del ricorso straordinario e l'avvio della procedura di revisione – non risultano, comunque, perfettamente sovrapponibili, stante l'esplicito riferimento dell'art. 629 Cpp alle «sentenze di condanna […] divenut[e] irrevocabili»: quando la corte di cassazione abbia annullato anche solo un punto della decisione concernente un unico capo, non si è ancora in presenza di una *sentenza* irrevocabile.

È pur vero che il diritto vivente è ormai decisamente orientato a ritenere non più operante la presunzione di non colpevolezza quando i punti relativi all'accertamento del fatto-responsabilità abbiano superato indenni il sindacato di legittimità. Per la Corte di cassazione, infatti, il giudicato parziale assumerebbe senz'altro, in una simile evenienza, i contorni della «condanna definitiva» evocata dal legislatore costituzionale nell'art. 27 co. 2 Cost.[86]: e sono ormai numerose le pronunce

[81] Cass. 28.1.2009 n. 16692, in *CEDCass*, m. 243551. Nello stesso senso, Cass. 20.5.2010 n. 23854, in *CEDCass*, m. 247587; Cass. 15.6.2007 n. 24659, *ivi*, m. 239463.

[82] Cass. 8.6.2010 n. 25977, in *CEDCass*, m. 248003; Cass. 21.11.2007 n. 217, *ivi*, m. 239462. Ricostruisce il contrasto giurisprudenziale, S. Beltrani, *Il giudizio*, cit., 863 s.

[83] La legittimazione alla presentazione del ricorso straordinario per cassazione non spetta invece all'imputato quando il giudice di legittimità abbia pronunciato una sentenza di annullamento parziale con rinvio che non consenta di ritenere accertata la responsabilità, non potendo in tale ipotesi l'interessato acquisire la qualifica di condannato (Cass. 13.4.2015 n. 43661, in *CEDCass*, m. 264922).

[84] Cass. S.U. 21.6.2012 n. 28717, cit. Fedelmente, Cass. 13.11.2018 n. 57484, in *CEDCass*, m. 275408.

[85] Sebbene coerente con la linea interpretativa assunta dalla granitica giurisprudenza in tema di annullamento parziale (considerati irrevocabili i punti relativi all'accertamento del fatto-responsabilità, l'interessato perde la qualità di imputato per rivestire quella di condannato, necessaria per presentare il rimedio *ex* art. 625-*bis* Cpp), il riferito orientamento delle Sezioni Unite si espone alle considerazioni critiche nitidamente svolte da A. Capone, *Annullamento parziale*, cit., 2621 s. A commento della pronuncia si veda anche V. Campilongo, *Ricorso straordinario per errore materiale o di fatto*, in *FI* 2014, parte II, 126 ss.

[86] Recentemente ribadita da Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit., ma già affermata, in precedenza, anche da Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit., questa posizione è stata aspramente criticata da parte della dottrina (E. Jannelli, *La cosa giudicata*, cit., 602), che ha evidenziato come l'approccio giurisprudenziale rappresenti una «vera e propria inversione di metodo, nella misura in cui il significato della norma costituzionale si trae dall'interpretazione postulata della norma ordinaria e non viceversa». Di diversa opinione, V. Grevi, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano 2000, 49. Cfr. anche E. Zappalà, *Il controllo di legittimità e la presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 159, che reputa «necessario contenere il principio d'innocenza nel suo significato più rigoroso e quindi, per esempio, approvare quella giurisprudenza della Suprema Corte che, applicando il criterio della formazione progressiva del giudicato, afferma l'irrevocabilità, e quindi l'eseguibilità, della sentenza nella parte non annullata relativa alla responsabilità e alla pena».

di legittimità che hanno accolto queste premesse, accordandosi al diapason toccato dalle Sezioni Unite[87] e sottraendo il disposto dell'art. 624 Cpp al controllo del giudice delle leggi[88].
La questione assume tuttavia un rilievo marginale ai fini della nostra analisi. Benché possa apparire affrettato sottrarre la presunzione di non colpevolezza a chi è ancora formalmente qualificabile come imputato[89], le critiche che si possono muovere all'orientamento favorevole alla frammentazione del giudicato all'interno del capo di sentenza non attengono tanto alla sua inconciliabilità con l'art. 27 co. 2 Cost. (o con l'art. 6 Cedu)[90], quanto al suo essere frutto di un'alchimistica manipolazione della nozione di irrevocabilità desumibile dal codice di rito.

6. L'argomento più efficace contro la configurabilità di un giudicato sul punto è proprio quello che insiste sulla necessità di declinare correttamente, nella materia in esame, il concetto di irrevocabilità.
Come è noto, il codice di procedura penale prende esplicita posizione in ordine ai tempi e ai contenuti del giudicato, dedicando a questo tema la disposizione di apertura del libro X. Laddove non si voglia seguire l'intuito[91], quindi, è sufficiente affidarsi al dato letterale: l'art. 648 Cpp stabilisce che l'irrevocabilità si esprime in relazione alle «sentenze» (o ai decreti penali di condanna), ossia in relazione a un atto giuridico complesso idoneo a produrre i relativi effetti[92]. L'individuazione dei requisiti minimi della sentenza è poi una «questione risolvibile sul piano positivo»[93]: e dagli artt. 546 e 533 Cpp emerge che, in caso di condanna, le statuizioni concernenti il trattamento sanzionatorio non possono essere pretermesse. Salva l'attuazione di un sistema bifasico, pertanto, una decisione di condanna può dirsi autenticamente irrevocabile solo quando contenga anche le statuizioni in punto pena.
Di qui, la scontata conclusione: se il giudicato può formarsi solo su decisioni che presentino i connotati normativi basilari dell'atto-sentenza, esso non è riferibile ai singoli punti di un capo. Quando l'art. 624 Cpp assegna autorità di *res iudicata* a una *parte* del provvedimento, allude pur

[87] Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, cit.; Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit. (con massima 196890).
[88] Cass. 17.10.2013 n. 44949, in *CEDCass*, m. 257314; Cass. 16.10.2013 n. 45900, *ivi*, m. 257464; Cass. 20.2.2004 n. 15472, *ivi*, m. 228499. L'unica decisione – a quanto consta – del giudice delle leggi sulla disposizione in esame ha avuto ad oggetto temi differenti: C. cost., 5.7.1995 n. 294, in *www.giurcost.org*, in cui sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 623 e 624 Cpp, sollevate in relazione agli artt. 24 e 25 co. 1 Cost.
[89] La qualità di imputato, infatti, «si conserva in ogni stato e grado del processo, sino a che non […] sia divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna» (art. 60 co. 2 Cpp). Disposizione cui si accompagnano quelle previsioni che definiscono "imputato" il non ricorrente (art. 627 co. 5 Cpp) o il non appellante (artt. 587 e 601 Cpp).
[90] In ordine ai rapporti tra art. 27 co. 2 Cost. e art. 6 § 2 Cedu, tra gli altri, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, 24 ss.; per una lettura volta a valorizzare la diversità delle due fonti normative, I. Guerini, *Annullamento con rinvio*, cit., 65 s. Quanto ai legami tra presunzione di non colpevolezza ed efficacia progressiva del giudicato, S. Ruggeri, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano 2004, 65 ss.
[91] Nell'idea di "giudicato" c'è infatti anche una componente intuitiva, nel senso che un fatto di reato si può ritenere irrevocabilmente deciso quando siano stati valutati tutti i temi che lo compongono, e non solo una parte di essi. E del resto, se – come è stato giustamente scritto (D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano 2009, 2) – il giudicato tradizionalmente rappresenta il «segno dell'esaurimento della funzione giurisdizionale ordinaria in ordine ad uno specifico caso giudiziario», si fa fatica ad immaginare, quantomeno nel nostro sistema, una decisione di condanna irrevocabile sprovvista di indicazioni circa la relativa sanzione.
[92] Cfr. G. Leone, *Manuale*, cit., 734: «[l]'autorità della cosa giudicata – che si esprime nell'esecutività della sentenza, nella obbligatorietà e nel divieto del *bis in idem* – si fonda sull'irrevocabilità della sentenza: solo la sentenza irrevocabile è munita dell'autorità della cosa giudicata».
[93] F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari 1985, 454.

sempre a deliberazioni che siano in grado di esibire quei contenuti; a passare in giudicato, in quanto non censurati e non in connessione essenziale con quelli cassati, sono esclusivamente i nuclei decisionali della sentenza comprensivi di tutti i profili concernenti una data imputazione (anche in relazione alla pena)[94]. Tra i due orientamenti precedentemente richiamati, dunque, si deve senz'altro aderire al primo[95]: le parti di sentenza che possono assumere autorità di cosa giudicata ai sensi dell'art. 624 Cpp sono i capi della pronuncia cumulativa non annullati e che non siano in rapporto di connessione essenziale con i capi del provvedimento censurati.

Si è già detto in precedenza come i sostenitori della tesi contraria accusino di eccessivo formalismo una simile impostazione: il mancato annullamento delle statuizioni concernenti l'affermazione della responsabilità determinerebbe il consolidarsi di un provvedimento che sarebbe già qualificabile a tutti gli effetti come una sentenza di condanna, benché sprovvisto delle (accidentali) determinazioni sul trattamento sanzionatorio demandate al giudice di rinvio.

Anche a prescindere, tuttavia, dalla dubbia compatibilità di una simile conclusione con il meccanismo descritto nell'art. 129 Cpp, per cui le cause di non punibilità vanno dichiarate «in ogni stato e grado del processo» – essendo indiscutibile che «il giudizio di rinvio, per quanto inscindibilmente legato e condizionato dalla sentenza della corte di cassazione che lo ha disposto, rappresenta una fase ulteriore ed eventuale del processo»[96] –, è il caso di osservare che imboccando questa via si incontrerebbero ostacoli enormi nella gestione degli effetti del giudicato, tali da costringere l'interprete a ulteriori inammissibili forzature esegetiche. Il legislatore processuale, infatti, ha avvinto con una fibra di robustissima fattura l'irrevocabilità della sentenza alla sua esecutività. Se si sostiene che all'annullamento soltanto in punto pena segua inesorabile il passaggio in giudicato della decisione di condanna, ci si deve pertanto interrogare anche sui margini di esecutività di una siffatta decisione[97], dal momento che ai sensi dell'art. 650 Cpp, ed

[94] Del resto, «la deroga al principio secondo il quale la sentenza passa in giudicato nel complesso delle sue disposizioni» risulta qui ampiamente giustificata (G. Petrella, *Le impugnazioni*, cit., 548). L'art. 627 co. 4 Cpp infatti impedisce di rilevare nel giudizio di rinvio nullità, anche assolute, o inammissibilità, verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari; sicché «non ha senso impedire il passaggio in giudicato del capo non annullato dalla corte di cassazione, perché non esiste più – al di fuori delle specifiche ipotesi di "connessione essenziale" tra i diversi capi […] – un generico rischio che la statuizione divenuta definitiva sia contraddetta dalla statuizione sulla parte sopravvissuta di sentenza» (F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 61). In tema di connessione essenziale tra i capi della sentenza anche *infra*, § 9.

[95] *Supra*, § 2.

[96] A. Diddi, *La* vexata quaestio *relativa alla pronuncia di prescrizione dopo l'annullamento parziale della sentenza*, cit., 129, anche nel richiamo a E. Savio, *Il giudizio di rinvio*, cit., 30. Diversamente, D. Chinnici, *Brevi note*, cit., 237, per la quale «la causa di cui all'art. 129 Cpp non è più rilevabile qualora si ritenga formato il giudicato, relativamente, ai capi e ai punti non annullati della sentenza ed essi concernano il verificarsi del reato e l'affermazione di responsabilità» (in questo senso anche P.P. Paulesu, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 152 c.p.p. 1930*, cit., 470 ss.): in quanto – continua l'autrice – «nella fase di giudizio conseguente ad annullamento con rinvio, il giudice del rinvio, relativamente ai punti ed ai capi non annullati, non potrà, in alcun caso, conoscere delle situazioni non oggetto di annullamento, e pertanto accertate in via definitiva perché significherebbe sconfinare dall'area in cui è stata ammessa la sua cognitio».

[97] F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 52; S. Lorusso, *Declaratoria* ex *art. 129 Cpp*, cit., 685, per il quale «può avere un senso sotto il profilo pratico, oltre che teorico, parlare di giudicato parziale solo se lo stesso ha la capacità di produrre gli effetti tipici del giudicato e di innescarne le naturali conseguenze, prima fra tutte l'esecutività del provvedimento decisorio finale». In generale, quanto ai rapporti tra irrevocabilità ed esecutività, tra molti, D. Vigoni, *Relatività del giudicato*, cit., 5 s.

eccettuate le deroghe previste dalla legge[98], quando la sentenza diviene irrevocabile scatta l'obbligo giuridico di darvi esecuzione[99].
In altre parole, il rapporto di consequenzialità chiaramente instaurato dalla legge tra irrevocabilità ed esecutività delle decisioni penali pone l'interprete di fronte a un'alternativa secca nel caso di annullamento parziale del capo: o si ammette che l'affermazione di responsabilità penale basti a rendere esecutiva una condanna che risulti ancora priva di una o più statuizioni in ordine al trattamento sanzionatorio (scelta che però schiuderebbe incerti orizzonti in ordine alla determinazione del *quantum* di pena immediatamente eseguibile)[100], o ci si deve rassegnare all'idea che i singoli punti di un capo parzialmente annullato (anche se afferenti al giudizio di responsabilità) non possono passare in giudicato, poiché, in aggiunta al resto, insuscettibili di esecuzione fino alla completa definizione del capo cui si riferiscono.

7. Alcune pronunce di legittimità avevano notoriamente tentato di intraprendere la prima strada, caldeggiando, in costanza del giudizio di rinvio instaurato a seguito di un annullamento parziale del capo (in genere, in ordine alla sussistenza di una circostanza aggravante), l'applicazione della c.d. *sanzione minima inderogabile*, vale a dire di una sanzione che, all'esito della fase rescissoria, avrebbe potuto essere modificata solo per eccesso.
In realtà, nell'ambito di questo orientamento v'era chi riteneva decisivo, ai fini dell'esecutività, che il *quantum* di pena fosse ricavabile con certezza dalle parti del provvedimento non annullate[101] e chi si accontentava del fatto che la sanzione fosse implicitamente desumibile dal limite edittale minimo previsto per il reato riconosciuto in sentenza[102]. Ma negli effetti poco cambiava: si

[98] Circa i casi eccezionali in cui «la sentenza (o meglio una o più sue statuizioni) acquista efficacia esecutiva prima del passaggio in giudicato (esecutività c.d. provvisoria, anticipata o immediata)», B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., 73 ss.; si veda anche A. Gaito e G. Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano 2016, 71.
[99] *Infra*, § 9.
[100] In proposito si veda V. Grevi, *Alla ricerca*, cit., 135: «le "disposizioni" della sentenza non colpite da annullamento […] diventano irrevocabili, e sono anche immediatamente eseguibili, in quanto già risultino definiti i presupposti della relativa esecuzione (si pensi all'ipotesi in cui l'annullamento riguardi la sola statuizione relativa alle misure di sicurezza, ovvero anche la statuizione relativa alla pena, ma solo in rapporto all'aumento legato al nesso di continuazione, ferma restando la pena base)». Anche l'autore, comunque, avverte «l'esigenza di prefigurare qualche meccanismo di individuazione della pena suscettibile di immediata esecuzione per effetto del giudicato così formatosi sul tema della responsabilità», suggerendo, *de iure condendo*, di assegnare espressamente alla corte il compito di determinare la «quota di pena sicuramente da eseguirsi subito, individuandola per esempio attraverso parametri legislativamente prefissati, ovvero attraverso lo scomputo dalla pena già concretamente applicata del massimo di diminuzione ipotizzabile ad opera del giudice di rinvio, nel giudizio conseguente all'annullamento» (139 s.). Su posizioni più radicali, anche se esplicitamente riferite al tema dell'impugnazione parziale, G. Colombo, *Intervento alla tavola rotonda*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 264. Per la diversa opinione di altra parte della dottrina, *infra*, nota 128.
[101] Tra le altre, Cass. 12.4.2018 n. 43824, cit., in cui la Corte ha concluso che nel caso di specie la «sentenza di condanna è stata ritualmente posta in esecuzione, dal momento che il rinvio parziale, conseguente al correlativo annullamento per l'accertamento della sussistenza o meno della sola circostanza aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, non incide sull'immediata eseguibilità del giudicato già maturato». Si veda anche Cass. 10.11.2017 n. 12904, in *CEDCass*, m. 272610, in cui l'annullamento aveva riguardato la recidiva, con dichiarazione di assorbimento degli altri motivi di ricorso concernenti la determinazione della pena: in questa vicenda la Corte ha tuttavia ritenuto che, nonostante la formazione del giudicato parziale sull'accertamento del reato e della responsabilità, la mancata determinazione di una pena minima certa non consentisse di procedere all'esecuzione.
[102] Cass. 15.5.2019 n. 22154, in *CEDCass*, m. 277226, in cui l'annullamento aveva avuto ad oggetto la sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 61 co. 1 n. 4 Cp in ordine a uno dei reati contestati; Cass. 9.4.2019 n. 19644, *ivi*, 275605, in cui si afferma che il calcolo condotto sui minimi di legge conferisce «certezza alla pena da porre in

attribuivano margini di esecutività alla decisione presa in ordine a un capo divenuto in parte "irrevocabile", talvolta ricordando che tale conclusione è imposta dall'art. 650 Cpp (perché «[c]onseguenza naturale dell'irrevocabilità è l'esecutività»)[103].
In altre occasioni, invece, i due fenomeni (irrevocabilità ed esecutività) non venivano collocati in uno schema di stretta consequenzialità, e si ammetteva che al palesarsi del primo non seguisse *ipso iure* il secondo quando la sanzione minima da applicare fosse il risultato di operazioni di calcolo basate su dati ipotetici: qualora «la decisione di annullamento parziale interna al singolo capo di imputazione dia conto della responsabilità, accertandone il profilo dell'*an* e chiarendo tutti i punti che ad essa risultino collegati (imputabilità, assenza di esimenti obiettive, soggettive, etc.) ed intervenga solo sul profilo del *quantum* della pena, annullando con rinvio il trattamento sanzionatorio […], a titolo esemplificativo, in punto di circostanze o di bilanciamento di esse, il tema relativo rimesso al giudice del merito nel giudizio rescissorio […] può determinare la non eseguibilità della decisione divenuta irrevocabile, per mancata o non possibile individuazione certa della pena minima da eseguire»[104]. Anche in questi casi, però, si precisava che l'annullamento parziale del capo non è di per sé ostativo all'esecutività dei punti passati in giudicato; e che anzi «è possibile […] dare esecuzione alla condanna per la parte di decisione coperta da irrevocabilità, non in virtù di un principio di anticipazione dell'esecutività della decisione stessa rispetto al giudicato formale e sostanziale ovvero di immediata eseguibilità della statuizione di condanna di primo o di secondo grado (principi che non potrebbero entrare nel sistema processuale penale in ragione del disposto dell'art. 27 Cost. – che postula la condanna definitiva –), ma in virtù della intervenuta formazione del giudicato sulla statuizione di responsabilità e sulla pena minima da portare in esecuzione»[105].
Sulla legittimità di questo orientamento (favorevole all'applicazione della sanzione minima inderogabile) le Sezioni Unite hanno recentemente espresso parere negativo[106], affermando che «l'eseguibilità richiede, […] quale presupposto necessario, l'irrevocabilità della sentenza non solo

esecuzione perché, al di là degli sviluppi del giudizio conseguente all'annullamento parziale, questo nucleo minimo di pena non era sin da subito revocabile in dubbio».

[103] Cass. 15.5.2019 n. 22154, cit. Nello stesso senso, successivamente, Cass. 20.9.2019 n. 42728, in *www.cortedicassazione.it* – servizio online.

[104] Cass. 10.11.2017 n. 12904, cit.

[105] Cass. 10.11.2017 n. 12904, cit. Nello stesso senso, Cass. 12.4.2018 n. 43824, cit., per cui «l'esecuzione […] della sentenza di condanna per la parte di decisione attinta dalla irrevocabilità è determinata (non da meccanismi inerenti a titolo provvisoriamente esecutivo, bensì) esclusivamente dal giudicato che risulti essersi formato sulle parti di sentenza che, ex art. 624 cit., risultino riferite non solo alla statuizione di responsabilità, ma anche alla pena minima da portare ad esecuzione»; nonché Cass. 21.9.2012 n. 41941, in *CEDCass*, m. 253622, in cui l'annullamento parziale aveva riguardato il riconoscimento della aggravante di cui all'art. 80 d.P.R. 9.10.1990 n. 309: la Corte ha precisato, infatti, che la pena irrogata per l'ipotesi non aggravata (reato di cui all'art. 73 del medesimo d.P.R.) era già stata determinata, sicché occorreva procedere con l'esecuzione, dato che il giudizio di rinvio avrebbe inciso soltanto «in aumento della pena già inflitta».

[106] Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit. L'ordinanza di rimessione aveva interpellato le Sezioni Unite chiedendo «se e in che limiti, formatasi la cosa giudicata sull'affermazione di responsabilità con contestuale annullamento della statuizione sul trattamento sanzionatorio, in particolare delle determinazioni afferenti alla sussistenza e alla rilevanza di elementi circostanziali del reato, possa essere posta in esecuzione la pena individuata nella soglia minima» (Cass. 10.7.2020 n. 21824, in www.cortedicassazione.it – servizio online). La questione è stata poi riformulata dalle Sezioni Unite in questi termini: «se e a quali condizioni possa darsi esecuzione alla sentenza di condanna in ordine alla quale la Corte di Cassazione, pronunciando l'annullamento con rinvio limitatamente a profili che attengono al trattamento sanzionatorio, abbia determinato, ai sensi dell'art. 624 Cpp, la formazione della cosa giudicata sulla affermazione di responsabilità e sulle parti che hanno connessione essenziale con la parte annullata» (quesito che, nell'*explicit*, contiene probabilmente un refuso: "sulle parti che *non* hanno connessione essenziale con la parte annullata").

nella parte relativa a tutti i profili del fatto-reato e della relativa affermazione di responsabilità, compresi quelli afferenti alle circostanze, ma anche in quella riguardante la determinazione della pena»[107]. Per la Corte, a innescare la forza esecutiva della condanna è, in particolare, la definitività della pena principale, la quale, quindi, deve risultare "completa" (ossia insuscettibile di modifiche all'esito del giudizio di rinvio) e "certa" (cioè individuabile sulla base delle sentenze di cognizione e non ricostruibile attraverso ragionamenti ipotetici)[108]. Non rileva, invece, la circostanza che siano ancora *sub iudice* altri punti del medesimo capo, quali quelli concernenti le misure di sicurezza dichiarate con sentenza, le pene accessorie o le confische non aventi natura di misura di sicurezza[109]: l'«esecutività della pena», infatti, non presuppone l'irrevocabilità di questi profili, che quindi possono passare in giudicato (ed essere eseguiti) anche successivamente.

Il fulcro attorno al quale gravitano le affermazioni della Corte è, in sostanza, che per avviare l'esecuzione occorre essere in possesso di un titolo esecutivo; condizione che viene riscontrata quando risultano definitive quantomeno le statuizioni afferenti alla pena principale (oltre che, a monte, quelle relative all'accertamento circa l'esistenza del fatto e della responsabilità). Quando siano ancora in discussione «punti significativi» della decisione in ordine a un dato episodio criminoso (quali l'applicazione delle circostanze), l'attuazione del comando sanzionatorio penale non solo finirebbe per pregiudicare la funzione rieducativa della pena (perché impedirebbe all'interessato di sviluppare una compiuta riflessione sul fatto), ma renderebbe problematico il ricorso agli istituti della fase *post rem iudicatam* che presuppongono una completa commisurazione della sanzione irrogata per il reato (come la sospensione dell'ordine di esecuzione e l'accesso alle misure alternative). Esisterebbe, insomma, un'intima correlazione tra la formazione del titolo esecutivo e l'irrevocabilità della pena principale inflitta all'imputato: se al giudice di rinvio sono demandate valutazioni che riguardano in questo senso il trattamento sanzionatorio, il capo di sentenza, pur in parte irrevocabile, non potrebbe essere eseguito (con la

[107] Gli elementi circostanziali del reato, se costituenti oggetto di una specifica decisione annullata dal giudice di legittimità, vengono in genere ricondotti dalla giurisprudenza alla sfera del trattamento sanzionatorio (nell'ottica di garantire l'irrevocabilità del giudizio di condanna): ma sul punto permangono talune incertezze, trattandosi di profili comunque attinenti al fatto di reato. Nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2020, ad esempio, si afferma, da un lato, che «l'annullamento parziale della sentenza di condanna, limitatamente all'esclusione di una circostanza aggravante o al riconoscimento di una circostanza attenuante, implica la formazione del giudicato relativamente alla parte della sentenza che concerne l'affermazione di responsabilità», e, dall'altro, che «l'eseguibilità richiede, […] quale presupposto necessario, l'irrevocabilità della sentenza non solo nella parte relativa a tutti i profili del fatto-reato e della relativa affermazione di responsabilità, *compresi quelli afferenti alle circostanze*, ma anche in quella riguardante la determinazione della pena».

[108] Le Sezioni Unite traggono questi requisiti da altre pronunce: rispettivamente, Cass. 15.12.1999 n. 6287, in *CEDCass*, m. 217857; e Cass. 5.7.2018 n. 30780, in www.cortedicasssazione.it – servizio online.

[109] Per la sentenza delle Sezioni Unite del 2020, infatti, i profili riguardanti le misure di sicurezza ordinate con sentenza «in nessun modo influiscono sui connotati che […] devono caratterizzare la pena suscettibile di esecuzione ovvero sulla finalità rieducativa della stessa»; e alle stesse conclusioni si giunge con riferimento alle pene accessorie e alle confische non aventi misura di sicurezza. In relazione alle pene accessorie, in particolare si osserva che, pur riguardando «l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio» (C. cost., 5.12.2018 n. 222, in *www.giurcost.org*), esse seguono di diritto la sentenza di condanna come effetti penali della stessa *ex* art. 20 Cp, e dunque possono essere eseguite in qualsiasi momento dalla formazione del giudicato. Quanto alle confische non aventi natura di misura di sicurezza, la Corte richiama il neo-introdotto art. 578-*bis* Cpp, precisando che tale disposizione, «pur attenendo a ipotesi di estinzione del reato, segnala l'"autonomia" delle relative statuizioni rispetto a quelle attinenti all'esecutività della pena principale, analogamente a quanto si registra sul terreno delle statuizioni civili». A riguardo si veda anche M. Pesucci, *Le Sezioni unite sull'eseguibilità della sentenza a seguito di annullamento parziale*, cit., 1515; nonché G. Pacifico, *Annullamento parziale con rinvio ed immediata esecutività*, cit., 475-479.

conseguenza che la detenzione eventualmente disposta nei confronti dell'interessato andrebbe qualificata come custodia cautelare[110]).
Di qui il principio di diritto: «è eseguibile la pena principale irrogata in relazione a un capo (o a più capi) non in connessione essenziale con quelli attinti dall'annullamento parziale per il quale abbiano acquisito autorità di cosa giudicata l'affermazione di responsabilità, anche in relazione alle circostanze del reato, e la determinazione della pena principale, essendo questa immodificabile nel giudizio di rinvio e individuata alla stregua delle sentenze pronunciate in sede di cognizione […]».
Le esigenze di certezza e completezza della pena hanno poi indotto la Corte ad alcune puntualizzazioni per i casi in cui sia ravvisabile la continuazione criminosa tra i reati di cui ai capi della sentenza parzialmente annullata. Ai fini dell'esecuzione deve risultare immodificabile l'individuazione del reato più grave e la pena per esso comminata[111]: qualora «la decisione sia passata in giudicato in ordine alla pena stabilita per il reato qualificato – irrevocabilmente – come violazione più grave nell'ambito del reato continuato (ed eventualmente anche per alcuni dei reati-satellite), l'annullamento con rinvio disposto per i reati (eventualmente) posti in continuazione con esso non incide sull'immediata esecutività del giudicato parziale»[112]. Per converso, «l'attributo dell'esecutività non può essere riconosciuto alla pena relativa a un capo, pur irrevocabile quanto all'affermazione di responsabilità, qualificato dalla sentenza come in continuazione con i reati di cui ad altri capi, qualora sia ancora *sub iudice* l'individuazione della violazione più grave»: e ciò perché «la modificabilità della struttura del reato continuato priva la determinazione della pena dei connotati della "completezza" e della "certezza"»[113].
Un'altra vicenda idonea a rimandare l'esecuzione del capo divenuto irrevocabile quanto alla determinazione della pena principale (e agli accertamenti ad essa pregiudiziali) si verifica quando sia stata richiesta l'applicazione della sospensione condizionale della pena. Per le Sezioni Unite, infatti, la concedibilità del beneficio «presuppone, nel caso di reato continuato, il completamento dell'*iter* processuale relativo al capo oggetto di annullamento con rinvio, pur a fronte del mancato annullamento sugli altri capi»[114]; e ciò in ragione della necessità di stabilire la sussistenza dei presupposti *ex* art. 163 Cp rispetto all'intero quadro sanzionatorio.

---

[110] Precedentemente alla decisione delle Sezioni Unite del 2020, Cass. 19.12.2013 n. 2324, in *CEDCass*, m. 258251; Cass. 5.5.2004 n. 22293, *ivi*, m. 228199. In ordine a un annullamento riguardante le circostanze, Cass. 5.11.2013 n. 273, in *CEDCass*, m. 257769; nonché, Cass. 19.2.2013 n. 10674, *ivi*, m. 254940, così massimata: nel «caso in cui il giudice di legittimità abbia disposto l'annullamento con rinvio limitatamente all'esclusione di una circostanza aggravante (nella specie, sub art. 7 D.L. n. 152 del 1991 […]) in grado di appello, deve ritenersi che si sia formato il giudicato sull'affermazione di responsabilità dell'imputato a prescindere dalle statuizioni del giudice in ordine al bilanciamento tra le circostanze, sicché i termini di custodia cautelare cui deve farsi riferimento sono, ai sensi dell'art. 303, comma primo, lett. *d*), seconda parte, Cpp, quelli stabiliti per la durata massima delle misure cautelari dal quarto comma dello stesso articolo».
[111] M. Pesucci, *Le Sezioni unite sull'eseguibilità della sentenza a seguito di annullamento parziale*, cit., 1514.
[112] Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit., ma con massima 280261-03: «[i]n caso di annullamento parziale di una sentenza di condanna in relazione ad uno o più capi per i quali sia stata ravvisata la continuazione con quello, o con quelli, che, ai sensi dell'art. 624 Cpp, hanno acquistato autorità di cosa giudicata, la pena inflitta in relazione al capo, o ai capi, divenuti irrevocabili può essere posta in esecuzione solo a condizione che in esso sia stato irrevocabilmente individuato il reato più grave, anche in relazione alle circostanze, e la pena stessa presenti i caratteri della completezza, essendo insuscettibile di modifiche nel giudizio di rinvio, e della certezza, in quanto individuabile sulla base delle sentenze rese nel giudizio di cognizione e non attraverso ragionamenti ipotetici». Precedentemente, Cass. 20.8.1997 n. 3216, in *CEDCass*, m. 208873.
[113] Così, sempre Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.
[114] Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit., in cui la Corte precisa che «[i]n tale prospettiva, rivestono particolare delicatezza e complessità le valutazioni riguardanti, da un lato, l'individuazione del legame di connessione essenziale

Rimangono, invece, estranee al tema dell'esecutività della pena principale le questioni attinenti alle statuizioni civili, in quanto afferenti ad un capo autonomo della sentenza. Ciò è confermato dall'art. 573 co. 2 Cpp, ai sensi del quale l'impugnazione per i soli interessi civili non sospende l'esecuzione delle disposizioni penali del provvedimento.

8. Dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2020 emerge una particolare calibratura dei rapporti tra irrevocabilità ed esecutività. L'annullamento parziale del capo in ordine a punti diversi dall'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato segna il passaggio in giudicato della condanna, ma tale decisione non può essere eseguita fino all'irrevocabilità delle statuizioni concernenti la pena principale. In altre parole, la condanna, benché irrevocabile, risulta negli effetti letteralmente "sospesa" (non esecutiva). Nei casi di annullamento parziale del capo, infatti, si considera del tutto fisiologico uno scarto temporale «tra [il] conferimento a una parte della decisione dell'autorità di cosa giudicata e [il] riconoscimento alla medesima parte del connotato dell'esecutività»[115].
La scissione tra irrevocabilità ed esecutività è, invero, audace elaborazione delle pronunce precedenti, i cui principi si sono progressivamente sedimentati nella cultura giurisprudenziale, facendo germogliare il diritto vivente oggi confermato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2020. Si tratta, del resto, di un passaggio fondamentale per la tenuta dell'impostazione favorevole alla configurabilità di un giudicato sul punto, perché la simultaneità dei due fenomeni – ricavabile dall'art. 650 Cpp – vieterebbe di qualificare come irrevocabile una decisione che non sia neppure astrattamente passibile di esecuzione[116]. Non sorprende, quindi, che già nelle sentenze degli anni '90 la giurisprudenza si fosse preoccupata di recidere legami tra le nozioni di "irrevocabilità" *ex* art. 624 Cpp e di "esecutività" *ex* art. 650 Cpp.
Tale scopo è stato storicamente perseguito per il tramite di due distinti canali interpretativi che, in materia di annullamento parziale del capo, convergono nell'ottica di congelare la "condanna" sino alla definitiva formazione di un titolo esecutivo. Su un primo versante, è stata enfatizzata la dicotomia tra esecutività e giudicato, sottolineando che «una cosa è la possibilità dell'attuazione delle definitive decisioni contenute in una sentenza, ed altra cosa, ben diversa, è la irrevocabilità della pronuncia in relazione allo sviluppo del rapporto procedurale»[117]: nel «primo caso, infatti, la definitività del provvedimento, in tutte le sue componenti, va raccordata alla formazione di un vero e proprio titolo esecutivo; nel secondo caso, invece, la definitività della pronuncia consegue all'esaurimento del giudizio e prescinde dalla concreta realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato»[118]. A conferma di questa distinzione si è peraltro rimarcato che l'autorità di cosa giudicata «non va scambiata con la esecutorietà di una decisione, perché l'esecutorietà non è sufficiente ad attribuire a un provvedimento l'autorità di cui si tratta e, talvolta, neppure il carattere della irrevocabilità[,] mentre vi possono essere decisioni aventi autorità di cosa giudicata senza essere

tra parte annullata e parte non annullata e, dall'altro, l'eseguibilità della condanna per i capi non oggetto dell'annullamento parziale». Si veda anche, precedentemente, Cass. 10.9.2019 n. 45340, in *CEDCass*, m. 277915.
[115] Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.
[116] Si veda §§ 6 e 9.
[117] Cass. S.U. 23.11.1990 n. 373, cit.
[118] Cass. S.U. 27.3.2014 n. 16208, cit. Si veda anche Cass. S.U. 26.3.1997 n. 4904, cit., in cui la Corte, dopo aver precisato che «con l'espressione "giudicato" la legge non intende riferirsi all'intrinseca idoneità della sentenza ad essere posta in esecuzione», afferma che l'«irrevocabilità può non coincidere con la definitività del "decisum" quando […] si sia formato un giudicato (parziale) sulla responsabilità dell'imputato e non è ancora intervenuta la determinazione della pena e quindi la sentenza non è ancora utilizzabile come titolo esecutivo». A riguardo, G. Dean, *Esecuzione penale*, in *ED, Annali II* 2008, 241.

in tutto o in parte eseguibili» (come avviene «nei casi di differimento della esecuzione della pena» *ex* artt. 146 e 147 Cp, o ancora «nel periodo di tempo intercorrente tra il momento in cui la [sentenza di condanna] è stata pronunciata e quello della sua messa in esecuzione»)[119].
Nel tentativo di tirare le fila di questo ragionamento – ma nei fatti offrendo un ulteriore spunto di analisi del pensiero giurisprudenziale – è stato aggiunto che per l'interpretazione dell'art. 624 Cpp non si dovrebbe fare ricorso all'art. 648 Cpp, in quanto «detta norma disciplina la definitività di un provvedimento in funzione della sua materiale eseguibilità nei confronti del condannato mentre l'art. [624 Cpp] pone la regola della definitività prescindendo dalla concreta realizzabilità della pretesa punitiva dello [S]tato al solo fine di indicare termini ed effetti del potere decisorio del giudice di cognizione»[120]. Il che – è stato osservato[121] – equivale ad affermare l'esistenza di due diverse nozioni codicistiche del medesimo termine (irrevocabilità).
Ora, tralasciando per un istante la fondatezza o meno di tali giustificazioni, è opportuno evidenziare che la pronuncia del 2020 si è allineata all'indirizzo tradizionale delle Sezioni Unite, confermando la sostanziale differenza «tra acquisizione di autorità di giudicato di una "parte" della sentenza non oggetto dell'annullamento parziale – "parte" da intendersi, come si è visto, sulla base di una nozione comprensiva non solo del capo, ma anche soltanto dei punti afferenti a un capo non investito *in toto* del crisma dell'irrevocabilità – ed eseguibilità della pena»[122].
A sostegno di questa posizione vengono richiamati gli approdi della giurisprudenza costituzionale, e segnatamente l'ordinanza 30.10.1996 n. 367, in cui è stato affermato che «con l'espressione giudicato la legge non intende, certo, riferirsi all'intrinseca idoneità della decisione ad essere posta in esecuzione»[123]. È tuttavia utile segnalare che, pur valorizzando le peculiarità dell'art. 624 Cpp – rispetto all'art. 597 co. 1 Cpp –, in questa occasione il giudice costituzionale sembra dare quasi per scontato che alla locuzione *"parti" di sentenza* sia da assegnare un significato diverso da quello oggi fatto proprio dalle Sezioni Unite: tanto che la Corte si esprime «pure trascurando il rilievo che la nozione di "punto" non corrisponde alla nozione di *"capo" inteso quale sinonimo di "parte"*»[124].

9. Per le Sezioni Unite, dunque, irrevocabilità ed esecutività sono fenomeni che appartengono a emisferi diversi: ne deriva che i punti di sentenza non annullati afferenti al giudizio sulla responsabilità passano in giudicato ai sensi dell'art. 624 Cpp anche quando non sia possibile darvi immediatamente esecuzione, perché sprovvisti delle indispensabili determinazioni in punto pena.
Come già accennato, si tratta di conclusioni che si pongono in evidente attrito con la normativa processuale, in cui i due istituti (irrevocabilità ed esecutività), sebbene concettualmente distinti, sono accomunati dall'art. 650 Cpp, che qualifica l'esecutività come un effetto dell'irrevocabilità della sentenza o del decreto penale («le sentenze e i decreti penali hanno forza esecutiva quando

[119] Qui le Sezioni Unite – Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit. (con massima 196888) – riprendono un'affermazione di V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino 1932, IV, 437, in cui al concetto di "autorità di cosa giudicata" veniva peraltro assegnato un significato distinto dall'irrevocabilità; assunto, come si è visto (nota 18), non più condivisibile, anche alla luce della nuova versione dell'art. 624 Cpp.
[120] Così, sempre Cass. S.U. 19.1.1994 n. 4460, cit., riprendendo le parole di M. Vessichelli, *Sugli effetti dell'annullamento parziale*, cit., 735.
[121] F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 60; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., 310.
[122] Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.
[123] C. cost., 30.10.1996 n. 367, in *www.giurcost.org*, in cui la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 299 Cpp sollevata, dal tribunale di Roma, in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.
[124] C. cost., 30.10.1996 n. 367, cit.

sono divenuti irrevocabili»)[125]. Che all'irrevocabilità della sentenza di condanna debba indefettibilmente accompagnarsi l'esecutività del comando sanzionatorio ivi contenuto è dunque un dato difficilmente contestabile; e a poco vale richiamare situazioni (come il differimento della pena) in cui la pretesa punitiva concretamente non si realizza, perché una cosa è «l'"esecutività", cioè l'idoneità astratta di una decisione ad essere eseguita, altra cosa la concreta "eseguibilità" di quella stessa decisione»[126]. La sentenza irrevocabile – se espressiva di un comando – è sempre esecutiva, a prescindere dalla interrelazione con altri istituti che consentano di differirne o sospenderne l'esecuzione, e indipendentemente dai tempi tecnici richiesti per la sua attuazione.
Poiché nel codice di rito non è reperibile alcuna specifica disposizione concernente l'esecutività "parziale" della sentenza, anche nei casi previsti dall'art. 624 Cpp l'unica opzione consentita è applicare la regola generale. Calato entro gli angusti confini di un giudicato solo parziale, il rapporto di consequenzialità stabilito dall'art. 650 Cpp comporta pertanto che appena una parte di sentenza si assume irrevocabile scatta l'obbligo giuridico di darvi esecuzione.
In alternativa si potrebbe forse sostenere che, agganciando l'esecutività all'irrevocabilità delle «sentenze», il legislatore dell'art. 650 Cpp intendesse legare la forza esecutiva al passaggio in giudicato dell'*intero* provvedimento decisorio, e non di una o più delle sue parti, fossero anche i diversi capi di una sentenza pluricefala. Sono però evidenti i limiti di una siffatta interpretazione, che, a tacer d'altro, ritarderebbe irragionevolmente l'esecuzione della sentenza cumulativa, a scapito della stessa funzione rieducativa della pena (per l'esecuzione di un capo penale divenuto irrevocabile *ex* art. 624 Cpp occorrerebbe sempre attendere la decisione di rinvio pronunciata in merito agli altri).
È vero che il richiamo alle sentenze contenuto nell'art. 650 Cpp (ma anche nell'art. 648 Cpp), se non vale ad escludere la simultaneità dei due fenomeni nei casi di annullamento parziale, risulta significativo sotto altro aspetto, perché esprime l'esigenza – logica, prima che giuridica – di attivare l'esecuzione solo quando è presente un comando da eseguire. Da questa prospettiva, la soluzione accolta dalle Sezioni Unite del 2020 appare, dunque, comprensibile[127]: in assenza di un titolo esecutivo non è neppure pensabile l'accensione della macchina esecutiva, poiché mancherebbe, materialmente, la sanzione da applicare. Davanti alle prime aperture verso l'orientamento della c.d. sanzione minima inderogabile, la dottrina aveva peraltro messo in guardia contro i pericoli di una simile impostazione, evidenziandone i contrasti con il dettato costituzionale[128].

[125] Posto che qualsiasi provvedimento giurisdizionale possiede, per natura, forza esecutiva (G. Dean, *Ideologie*, cit., 83), la disposizione contenuta nell'art. 650 Cpp esprime una precisa volontà legislativa: assegnare tale qualità alle sentenze e ai decreti penali solo quando sono divenuti irrevocabili (F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 1 s.). Quanto all'esecutività delle sentenze di non luogo a procedere, si veda per tutti F. Corbi-F. Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino 2003, 10.
[126] B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., 63. Per la distinzione tra "esecutività" ed "eseguibilità", si veda anche F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino 1992, 70 s.
[127] R. Orlandi, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 144, in cui l'autore, prendendo in esame la giurisprudenza che già all'epoca escludeva l'esecuzione della pena sino a una sua completa commisurazione, giudica tale soluzione «equa e comprensibile» per l'imputato a piede libero.
[128] B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., 62, in cui l'autrice osserva che «la legge nulla dice circa i casi e i modi della predetta "esecuzione frazionata", né l'art. 13 Cost. consente di rimettere ogni iniziativa in proposito alla discrezionalità del pubblico ministero incaricato dell'esecuzione». Si veda anche E.M. Mancuso, *Il giudicato*, cit., 320, per il quale «[o]gni diversa soluzione che ammetta l'esecuzione in un momento anteriore alla compiuta analisi di tutte le questioni attinenti al singolo capo sarebbe contraria al dettato costituzionale espresso dall'art. 27 Cost., che impone la definitiva verifica di ogni elemento di fatto o di diritto dal quale possa dipendere la comminatoria di una pena».

Ciò che però viene trascurato in sede giurisprudenziale è appunto il legame tra irrevocabilità ed esecutività, che, si è detto, non può non operare anche nell'ambito di un giudicato parziale. L'impossibilità di eseguire la condanna prima della definitiva determinazione della pena conferma infatti che il giudizio di responsabilità non può autonomamente passare in giudicato[129]. Anche su questo versante, quindi, si avvalora l'adesione al primo orientamento fra i due precedentemente presi in considerazione: dato che, tra le varie componenti della sentenza, solo i capi sono astrattamente suscettibili di esecuzione, sono queste le "parti" che ai sensi dell'art. 624 Cpp possono assumere autorità di cosa giudicata.

È chiaro che per guadagnare forza esecutiva i capi di una sentenza cumulativa devono essere realmente irrevocabili; qualità che, nelle ipotesi previste dall'art. 624 Cpp, può essere acquisita solo al riscontro di due requisiti: il mancato annullamento del capo e l'assenza di una connessione essenziale con il capo (integralmente o parzialmente) censurato dal giudice di legittimità. Quanto al primo, occorre ribadire che – diversamente da quanto sostenuto in sede giurisprudenziale – l'annullamento di un punto di sentenza (quale che sia) inibisce il passaggio in giudicato dell'intero capo che lo contiene. Tale conclusione è, infatti, l'unica conforme all'idea di "giudicato" adottata dal codice di rito[130]: per cui, se il capo è stato parzialmente annullato, le singole disposizioni che lo compongono non possono considerarsi irrevocabili, benché nel giudizio di rinvio siano protette da una preclusione che normalmente ne impedisce la modificazione[131].

Il secondo requisito mira invece a ritardare il passaggio in giudicato dei capi che potrebbero essere colpiti dalla decisione assunta nella fase rescissoria, in forza del legame che li unisce alla parte del provvedimento che è stata annullata dalla corte di cassazione[132]. L'intento è prevenire l'insorgere di un conflitto teorico di giudicati[133]: quando gli esiti del giudizio di rinvio potrebbero riverberarsi sul capo non censurato, l'irrevocabilità di quest'ultimo viene temporaneamente inibita, per consentire al giudice di modificarne, all'occorrenza, i contenuti[134].

L'individuazione delle ipotesi di connessione essenziale è, invero, attività abbastanza insidiosa, perché non è chiaro se il nesso vada riscontrato "a priori", in ragione del rapporto tra le regiudicande (o meglio, tra i reati), o "in concreto", tenendo in considerazione le ragioni dell'annullamento pronunciato dalla corte di cassazione (e le questioni demandate, conseguentemente, al giudice di rinvio). La soluzione più pragmatica è la seconda[135], ma il testo dell'art. 624 co. 1 Cpp e alcune suggestioni dottrinali fanno apparire più corretta la prima[136].

---

[129] Tra gli altri, B. Lavarini, *La formazione*, cit., 1195.

[130] *Supra*, § 6.

[131] *Supra*, nota 13 e in generale le argomentazioni fornite dai sostenitori del primo orientamento riportato nel § 2.

[132] Nella prospettiva – conseguente a una diversa perimetrazione del concetto di "parti" – per cui il vincolo di connessione deve essere valutato «non solo avuto riguardo alle regiudicande oggetto di un'autonoma decisione ma anche ai punti della sentenza», F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio*, cit., 54 ss. Nello stesso senso, G. Canzio, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni*, cit., 496 ss.; L. Iafisco, *Ennesimo intervento*, cit., 550 ss.

[133] Cfr. M. Busetto, *Annullamento parziale*, cit., 1364, secondo cui nel disposto dell'art. 624 Cpp «si può riconoscere l'impronta di ideologie risalenti, cui il libro sulle impugnazioni seguita a tributare omaggi, nell'intento di prevenire contrasti c.d. teorici o logici tra giudicati».

[134] Cfr. F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio*, cit., 55 ss., secondo cui, nell'individuazione del rapporto di connessione essenziale, andrebbero tenuti in considerazione sia i requisiti della pregiudizialità e della preliminarietà sia il concetto di efficacia riflessa dell'atto (il riferimento è all'efficacia riflessa della declaratoria di illegittimità costituzionale *ex* art. 27 l. 11.3.1953 n. 87; nello stesso senso M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio*, cit., 59).

[135] Inteso in questo senso il rapporto di connessione essenziale, infatti, si spiegherebbe ancora meglio l'art. 624 co. 2 Cpp, in cui – si è visto – si attribuisce «quando occorre» alla corte di cassazione il compito di «dichiara[re] nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili».

[136] Tra gli altri, cfr. F. Cordero, *Procedura penale*[9], cit., 1163, che pur non affrontando esplicitamente il tema della connessione essenziale *ex* art. 624 Cpp scrive che «i giudicati parziali presuppongono sentenze pluricefale […],

In ogni caso, è comprensibile che le Sezioni Unite abbiano avvertito, nelle ipotesi di continuazione criminosa, l'esigenza di escludere l'esecutività del capo non annullato quando in pendenza del giudizio di rinvio sia ancora in discussione l'individuazione della violazione più grave *ex* art. 81 Cp. Tale situazione, però, rappresenta, eventualmente, un'ipotesi di connessione essenziale, al cui ricorrere consegue la non irrevocabilità del capo e non la sua mera "inesecutività". Affermare che «l'attributo dell'esecutività non può essere riconosciuto alla pena relativa a un capo, pur irrevocabile quanto all'affermazione di responsabilità, qualificato dalla sentenza come in continuazione con i reati di cui ad altri capi, qualora sia ancora *sub iudice* l'individuazione della violazione più grave» (perché «la modificabilità della struttura del reato continuato priva la determinazione della pena dei connotati della "completezza" e della "certezza"»)[137], infatti, equivale a dire che la statuizione concernente il trattamento sanzionatorio non è irrevocabile (e quindi, nell'ottica qui condivisa, che non lo è neppure tutto il relativo capo)[138]. In altre parole, l'inesecutività del capo non esplicitamente censurato dipenderebbe semmai, in questi casi, dalla sua mancata irrevocabilità per connessione essenziale con la parte del provvedimento annullata.
Seguendo il ragionamento delle Sezioni Unite, del resto, l'applicazione del cumulo giuridico – coinvolgendo pene inflitte per reati oggetto di capi di sentenza già passati in giudicato (*ex* art. 624 Cpp) e pene inflitte per reati oggetto di capi di sentenza ancora *sub iudice* in sede di rinvio – sarebbe subordinata a una lettura correttiva dell'art. 671 Cpp, volta a consentire al giudice della fase rescissoria di attuare la disciplina dell'art. 81 co. 2 Cp benché non in presenza di «più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti diversi contro la stessa persona» (sulla falsariga di quanto ammesso dalla prassi maturata sotto la vigenza del codice abrogato per il riconoscimento della continuazione tra giudicato e giudicabile nel processo di cognizione[139]).

10. I numerosi argomenti a favore della posizione volta ad attribuire all'espressione "parte" di sentenza *ex* art. 624 Cpp un significato assimilabile a quello di "capo" non devono essere sembrati molto convincenti, dato che la giurisprudenza di legittimità ha continuato a professare la configurabilità del giudicato sul punto, senza mai rimettere davvero in discussione le premesse interpretative da cui era partita negli anni '90. I richiami a una corretta lettura del concetto di giudicato e dei rapporti tra irrevocabilità ed esecutività sono rimasti inascoltati, così come gli avvertimenti circa le incongruenze generate rispetto ad altri istituti del codice di rito. E ciò anche quando le Sezioni Unite sono dovute intervenire appositamente per arginare le derive dell'orientamento che loro stesse avevano forgiato.
Il quadro potrebbe tuttavia mutare a seguito dell'istituzione dell'art. 344-*bis* Cpp ad opera della l. 134/2021. La genesi della riforma è nota: le polemiche sollevate dalla l. 9.1.2019 n. 3 hanno indotto il legislatore a rimaneggiare l'istituto della prescrizione[140], introducendo al contempo dei limiti di

essendo indipendenti i relativi temi (talvolta non lo sono: ad esempio, lo stesso fatto corrisponde a due figure legali o una scriminante copre fatti distinti)». Si veda anche *supra*, nota 42.
[137] Cass. S.U. 29.10.2020 n. 3423, cit.
[138] Cfr. anche M. Pesucci, *Le Sezioni unite sull'eseguibilità della sentenza a seguito di annullamento parziale*, cit., 1514: è «innegabile […] che, qualora sia ancora *sub iudice* l'individuazione della violazione più grave nel reato continuato o l'esatta determinazione della sua pena, la preclusione all'eseguibilità di quest'ultima derivi dalla mancata acquisizione del crisma dell'irrevocabilità di tale "parte", causata a sua volta dalla "connessione essenziale" sussistente tra la medesima e le parti annullate dal giudice di legittimità».
[139] A riguardo, F. Caprioli e D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., 273 s.; F. Corbi, *L'esecuzione*, cit., 298 s.
[140] Si veda in particolare l'art. 2 co. 1 lett. *a* e *c* l. 134/2021.

durata massima per i giudizi di impugnazione[141], il cui superamento causa l'improcedibilità dell'azione penale (o meglio, l'improseguibilità del processo). Debutta, così, l'art. 344-*bis* Cpp, che, tra le altre cose, fissa il termine per la definizione del giudizio di appello in due anni (co. 1)[142], prorogabili dal giudice che procede con un'ordinanza motivata (co. 4) ricorribile per cassazione (co. 5). Sono comunque contemplate ipotesi sospensive (co. 6) ed è stabilito che la declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo (co. 7).
In coda a tali statuizioni si colloca il co. 8 dell'art. 344-*bis* Cpp, ai sensi del quale, «[f]ermo restando quanto previsto dall'articolo 624, le disposizioni di cui ai commi 1, 4, 5, 6 e 7 del presente articolo si applicano anche nel giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello»[143]. Il discusso meccanismo istituito dalla c.d. riforma Cartabia, dunque, opera anche in sede di rinvio. Per cui, se la fase rescissoria è realizzata in appello[144], il giudizio deve chiudersi entro due anni (prorogabili), che decorrono «dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'articolo 617» Cpp[145].
Il primo interrogativo che pone la nuova normativa è se tale previsione si estenda anche ai giudizi di rinvio successivi a un annullamento parziale della sentenza. Qualche incertezza, infatti, potrebbe emergere dall'*incipit* della disposizione: quel «[f]ermo restando quanto previsto dall'articolo 624» Cpp potrebbe suggerire la volontà del legislatore di escludere il calcolo dei termini *ex* art. 344-*bis* Cpp nei giudizi di rinvio finalizzati a colmare lacune parziali della sentenza.
L'erroneità di questa interpretazione però si appalesa ragionando sulle conseguenze che essa comporterebbe: la fase rescissoria conseguente all'annullamento totale della sentenza dovrebbe (di regola) concludersi in due anni, mentre quella instaurata a seguito di un annullamento solo parziale guadagnerebbe una durata pressoché illimitata. Letta in questo senso, la disciplina si esporrebbe a seri dubbi di ragionevolezza: l'opzione va quindi scartata.
Assodato che la clausola non punta a sottrarre i giudizi *de quibus* alle tempistiche stabilite nell'art. 344-*bis* Cpp, il suo significato va ricercato altrove e segnatamente nella funzione attribuita all'art. 624 Cpp. Quel lapidario inciso («[f]ermo restando quanto previsto dall'articolo 624» Cpp) va inteso come una precisazione: l'infruttuoso decorso del termine biennale (eventualmente prorogato) comporta la chiusura della sola parte ancora attiva del processo. I capi della sentenza che, in quanto non annullati e non in connessione essenziale con quelli censurati, hanno già varcato le soglie del giudicato, non subiscono alcun effetto dalla declaratoria *ex* art. 344-*bis* Cpp pronunciata in merito ai capi oggetto del giudizio di rinvio[146]. Una specificazione probabilmente superflua, ma, in sé per sé, innocua.

---

[141] Sui vari passaggi che hanno scandito l'approvazione della riforma, A. Natale, *La cd. "riforma Cartabia" e la giustizia penale*, in www.questionegiustizia.it, 23.3.2022, 1 ss., 17 s.
[142] Le disposizioni relative all'improcedibilità, tuttavia, non si applicano nei procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti (art. 344-*bis* co. 9 Cpp).
[143] Diverso, invece, il testo formulato dalla Commissione Lattanzi: si veda l'ipotesi B contenuta nella Relazione finale redatta 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*, reperibile al sito www.giustizia.it, 54 ss.
[144] Quando l'annullamento comporta la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, l'art. 161-*bis* co. 1 (secondo periodo) Cp precisa che «la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronunzia definitiva di annullamento».
[145] Così, sempre il co. 8 dell'art. 344-*bis* Cpp.
[146] Discorso più complicato per quanto riguarda i capi che non siano divenuti irrevocabili *ex* art. 624 Cpp perché legati da connessione essenziale con la parte annullata del provvedimento. La soluzione più ragionevole è ritenere che, una volta decorso il termine previsto dall'art. 344-*bis* Cpp, il giudice di rinvio dovrebbe dichiarare il non doversi procedere

Al netto dei numerosi difetti evidenziati dalla dottrina[147], la disciplina dell'improcedibilità fornisce tuttavia, a sorpresa, un ulteriore formidabile argomento contro l'impostazione giurisprudenziale in tema di annullamento parziale del capo. Si è visto, infatti, che, nel caso di annullamento concernente il trattamento sanzionatorio, vi è la tendenza a considerare irrevocabili i punti del capo relativi all'accertamento sull'esistenza del fatto e sulla responsabilità dell'imputato. Posto che anche in questa circostanza il giudizio di rinvio dovrà concludersi nei termini stabiliti è altrettanto evidente che, qualora tali cadenze decorressero infruttuosamente, il giudice dovrà dichiarare il non doversi procedere. Diversamente dal capo di sentenza, i singoli punti sopravvissuti all'annullamento non esauriscono il giudizio sul reato a cui si riferiscono. Per cui, il giudicato parziale asseritamente formatosi sulla condanna è costretto a inchinarsi al cospetto della declaratoria *ex* art. 344-*bis* Cpp[148], svelando la sua reale identità.
Lo stesso vale nelle ipotesi in cui, stante la certezza e la completezza della pena irrogata, la giurisprudenza ritiene addirittura eseguibile il giudicato parziale sul capo[149]. La pendenza della fase rescissoria deputata a decidere su altri punti del medesimo capo determina, allo scoccare del termine, l'interruzione del giudizio; con l'aggravante che qui il non doversi procedere giungerebbe quando la pena è stata ormai in parte eseguita.
Nel tentativo di conciliare l'art. 344-*bis* Cpp con i principi dettati dalle Sezioni Unite del 2020 si è così ipotizzato che, «una volta formatosi il titolo esecutivo su uno o più capi, l'eventuale improcedibilità conseguente al superamento dei termini di durata del giudizio di impugnazione, in sede di rinvio, relativo ai punti concernenti le misure di sicurezza, le pene accessorie o le confische non aventi natura di misura di sicurezza, non dovrebbe caducare anche il titolo esecutivo»[150]. Ma tale posizione non è condivisibile perché, come è stato efficacemente osservato, «[q]uand'anche la pena sia eseguibile, nondimeno il giudizio di rinvio non è definito, e l'art. 344-*bis* Cpp prevede l'improcedibilità in ogni caso in cui il giudizio di impugnazione o di rinvio non sia appunto definito»[151]. Insomma, se si ritiene che i profili afferenti alle pene accessorie, alle misure di sicurezza o alle confische che non abbiano natura di misura di sicurezza rappresentino singoli punti del capo, il giudizio di rinvio instaurato su di essi che si sia protratto oltre i termini non può che concludersi con l'emanazione di una sentenza di non doversi procedere. Con buona pace del titolo esecutivo.

---

anche in relazione ad essi, per quanto una simile soluzione possa apparire eccessiva nelle ipotesi in cui la connessione essenziale sia stata ravvisata in ragione della continuazione con i reati di cui ai capi annullati (*supra*, § 9).

[147] Per le criticità riscontrate dalla dottrina in ordine a tale disciplina, cfr., con accenti diversi, A. Natale, *La cd. "riforma Cartabia"*, cit., 18 ss.; D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *SP* 2022, f. 2, 56 ss.; G. Spangher, *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*, in www.giustiziainsieme.it, 9.2.2022; P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in www.penaledp.it, 24.1.2022; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in www.archiviopenale.it, 1.12.2021, f. 3, 44 ss.; O. Mazza, A Midsummer Night's Dream: *la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in www.archiviopenale.it, 31.7.2021, f. 2, 5 ss.; F. Morelli, *L'improcedibilità per decorso del tempo fa evaporare le impugnazioni ordinarie*, in www.discrimen.it, 29.7.2021, 1 ss.; R. Orlandi, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in www.discrimen.it, 16.7.2021, 5 s.

[148] Tale prevalenza è condivisa anche da G. Spangher, *L'improcedibilità*, cit., per il quale «in caso di annullamento con rinvio per la determinazione della pena viene meno il giudicato sulla responsabilità».

[149] *Supra*, § 7.

[150] Relazione n. 60/21 redatta dall'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione in ordine alla l. 134/2021 (Relazione pubblicata il 3.11.2021 e reperibile al sito www.cortedicassazione.it), 20.

[151] A. Nappi, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *QuestG* 2021, f. 4, 179.

A questo punto, considerato lo stato dell'arte, si aprono due strade. Si può continuare a credere nell'interpretazione dell'art. 624 Cpp che consente la formazione del giudicato sul punto e tentare di prevenire l'eventualità che lo scadere del tempo assegnato al giudizio di rinvio ponga nel nulla la condanna emanata nei gradi precedenti; oppure si può rimeditare quell'impostazione. La prima direzione sembra preconizzata da chi ha prospettato che la nuova disciplina «dovrebbe indurre la Corte di cassazione a un più esteso impiego dei poteri riconosciutile» dall'art. 620 lett. *l* Cpp[152]. «Occorre infatti distinguere tra la valutazione delle prove, che è funzionale al giudizio di fatto, e la valutazione del fatto, che è funzionale sia al giudizio di diritto sia alla determinazione delle sue conseguenze. E la Corte di cassazione non può ovviamente valutare le prove, ma può certamente valutare i fatti, così come accertati dai giudici del merito, al fine di "rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari" (art. 620, lett. *l*, Cpp)»[153].
Laddove questa operazione non dovesse riuscire, però, le conseguenze sarebbero molto gravi: completato il ciclo temporale tracciato dall'art. 344-*bis* Cpp, il giudicato parziale sul capo si dissolverebbe, a dispetto degli effetti irreversibili che potrebbero essersi già prodotti sulla posizione dell'imputato, che potrebbe anche avere già espiato una parte della pena[154].
A queste inaccettabili ricadute di carattere pratico si affianca la significatività del dato sistematico. La disciplina di nuovo conio conferma l'orientamento che restringe la portata precettiva dell'art. 624 Cpp: poiché solo i capi non annullati della pronuncia cumulativa (che non siano in connessione essenziale con quelli annullati) sono in grado di sopravvivere all'eventuale declaratoria *ex* art. 344-*bis* Cpp pronunciata nel giudizio di rinvio, ne esce ulteriormente avvalorata l'idea che siano solo i capi di sentenza a passare in giudicato ai sensi dell'art. 624 Cpp. Il c.d. giudicato parziale sulla condanna, così, si svuota ulteriormente di significato. Se il «primo pregio di un sistema è la coerenza»[155], forse è giunta l'ora di prendere atto che i singoli punti di un capo non possono autonomamente diventare irrevocabili.

[152] A. Nappi, *Nuova guida*, cit., § 73.3.
[153] A. Nappi, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità*, cit., 179.
[154] Con l'entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 344-*bis* Cpp, potrebbe inoltre essere messo in discussione l'indirizzo giurisprudenziale che considera legittima l'acquisizione al fascicolo del dibattimento, ai fini della prova dei fatti in esse accertati, di sentenze che siano state oggetto di annullamento parziale con rinvio ad opera della corte di cassazione, allorquando la loro utilizzazione come prova documentale sia stata limitata a quelle decisioni su cui deve ritenersi già formato il giudicato (Cass. 2.12.1999 n. 1075, in *CEDCass*, m. 215340).
[155] F. Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965, 81.

UNO SGUARDO OLTRE LA *COMPIANCE* 231: *DIGITAL CRIMINAL COMPIANCE* E RISCHIO DI INFILTRAZIONI MAFIOSE NELLE IMPRESE

di Mattia Di Florio
Assegnista di ricerca in diritto penale presso l'Università di Foggia

L'articolo, dopo aver brevemente delineato il sistema di compliance program introdotto dal Decreto n. 231/2001, si sofferma sulla sua possibile integrazione con l'utilizzo di algoritmi di machine learning alla base di sistemi artificiali predittivi. La tesi è che l'adozione di un sistema di digital compliance in ambito penale (digital criminal compliance) potrebbe essere un utile strumento di previsione dei rischi di infiltrazione criminale nelle aziende. A tal fine, si delineano i possibili effetti (positivi e negativi) dell'adozione di un simile sistema.
The article, after briefly outlining the compliance programs system introduced by Decree no. 231/2001, focuses on its possible integration with the use of machine learning algorithms underlying artificial predictive systems. The thesis is that the adoption of a digital criminal compliance system could be a useful tool for predicting the risks of criminal infiltration in companies. To this end, the possible effects (positive and negative) of the adoption of such a system are outlined.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il sistema di *compliance* 231 e le imprese: un rapporto "difficile". – 2. (segue) Il rilievo dell'analisi del rischio nel sistema *compliance* 231. 3. (segue) La *mancanza di compliance* 231 *ed il rischio di infiltrazioni criminali nella c.d. Covid economy.* – 4. (segue) Il PNRR ed i riflessi normativi sul sistema di *compliance* 231 in materia di prevenzione di infiltrazioni mafiose: profili di criticità. – 5. *Compliance* 231 e *biases* dei giudici: cenni. – 6. Guardando oltre la *compliance 231*: la *digital compliance.* – 7. (segue) La *digital compliance*: l'*IA* ed il *machine learning* nuovi (possibili) strumenti predittivi delle infiltrazioni mafiose nelle imprese. – 8. (segue) La *digital compliance*, il problema *black box*. – 9. (segue)…ed altri problemi. – 10. Conclusioni.

1. È noto che il Decreto n. 231/2001 sulla responsabilità da reato degli enti[1] ha introdotto nel nostro ordinamento il sistema di *compliance programs* (di seguito, c*ompliance* 231), sulla base dell'esperienza anglosassone[2].

[1] Sulla natura della responsabilità degli enti (*ex* D.lgs. n. 231/2001), che è stata oggetto di un annoso dibattito dottrinale tra sostenitori delle teorie penale, amministrativa e di *tertium genus*, e che sembra essersi ricomposto più di recente a favore di quest'ultima opzione ermeneutica, v. *funditus* O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*[2], Milano 2010, 3 ss.; nonché, anche a favore di tale ultima tesi, A. Manna, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in D. Piva (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e pro*cesso, Torino 2021, 3 ss. e, spec., 12 ss.
[2] Per l'analisi dei *compliance programs* americani, v. *amplius*, O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit.; più di recente, C.E. Paliero, *Il sistema sanzionatorio dell'illecito dell'ente: sistematica e rationale*, in *RIDPP*, 4, 2021, 1199 ss.

Tale sistema può essere inteso, in generale, come un insieme di regole e procedure volte a prevenire, attraverso una preventiva valutazione del rischio le violazioni delle norme che potrebbero dar luogo alla responsabilità della società[3].
Alla *compliance* 231 si sono ormai adeguate le medie e grandi imprese, ad eccezione di quelle micro e piccole[4].
Ci si potrebbe chiedere quali siano le ragioni di una così non uniforme implementazione della *compliance* 231, tanto più se si considera che le micro imprese costituiscono i due terzi della comunità imprenditoriale nazionale[5], e le piccole aziende contribuiscono (con le medie imprese) al 41% dell'intero fatturato generato in Italia, al 33% di tutti gli occupati del settore privato ed al 38% del valore aggiunto del Paese»[6].
Una delle possibili spiegazioni è che l'adozione della *compliance* non è obbligatoria[7], poiché il Decreto 231 prevede, al massimo, un onere della prova a carico dell'ente di aver adottato ed efficacemente attuato un MOG per essere esente da responsabilità per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti apicali (art. 6, D.Lgs. 231), o da soggetti sottoposti per inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza (art. 7, D.lgs. 231)[8].
Inoltre, è ancora diffusa la convinzione, rimasta anche durante la pandemia Covid-19[9], che il sistema di *compliance* 231 sarebbe incompatibile per aziende molto piccole dove le funzioni sono concentrate nelle mani di poche persone, e dove la *compliance* è percepita come un "peso" burocratico e, quindi, un "costo" aziendale, piuttosto che uno strumento di sicura utilità per i processi organizzativi e gestionali[10].
Un'ulteriore ragione sembra evocare il dilemma del prigioniero della teoria dei giochi[11]. Attraverso il Decreto 231, lo Stato mira a prevenire e reprimere i reati societari; le imprese hanno interesse a

[3] V. *funditus* G. Presti, *What We Talk About When We Talk About Compliance*, in S. Manacorda – F. Centonze (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness*, Springer 2022, 25 ss.
[4] V. *Prevenzione e governo del rischio di reato: la disciplina 231/2001 e le politiche di contrasto dell'illegalità nell'attività di impresa*, in *www.assonime.it*, 14 marzo 2019. Le imprese medie hanno un numero tra i 50 e i 249 addetti ed un fatturato non superiore a 50 milioni di euro; le grandi imprese 249 dipendenti ed un fatturato superiore a 50 milioni di euro. Le microimprese hanno meno di 10 occupati ed un fatturato non superiore a 2 milioni di euro; le piccole imprese 50 dipendenti ed un fatturato non superiore a 10 milioni di euro.
[5] V. i dati ISTAT relativi al primo censimento delle imprese, svolto tra maggio e ottobre 2019, e diffuso già all'inizio di febbraio 2020, sono reperibili in *www.istat.it*
[6] Secondo i dati dell'Osservatorio del Politecnico di Milano, v. *Innovazione Digitale nelle PMI*, in *www.osservatori.net*. Inoltre, la metà delle PMI è concentrata nel Nord secondo i dati ISTAT citati *supra*.
[7] Un punto di contatto tra i compliance programs americani e quelli del Decreto 231 è la non obbligatorietà della loro adozione da parte degli enti, v. *funditus* Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 87 ss.
[8] In argomento v. *amplius* N. Mazzacuva- E. Amati, *Diritto penale dell'economia*[5], Milano 2020, 57 ss.
[9] V. *Gli effetti del Covid-19 sulle PMI. Il modello 231 da status symbol a dispositivo di protezione*, in *www.altalex.com*, 28 maggio 2020.
[10] I dati ISTAT relativi al primo censimento delle imprese, svolto tra maggio e ottobre 2019, e diffuso già all'inizio di febbraio 2020, sono reperibili in *www.istat.it*
[11] In argomento, v. *funditus*, F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, in *RIDPP*, 2017, 3, 945 ss.
Il dilemma del prigioniero è un problema di teoria dei giochi (in argomento v. O. Morgestern, *Teoria dei giochi, uno strumento per lo studio di fatti economici e sociali*, trad. it., Milano 1969).
Anche se il nome del dilemma fa riferimento ad un prigioniero si può formulare come un gioco tra due delinquenti. Due prigionieri tenuti in celle distinte, e senza la possibilità di cooperare tra loro, devono scegliere se collaborare o non collaborare con l'Autorità, sapendo che se uno collabora accusando l'altro, chi ha collaborato evita la pena; l'altro viene però condannato a 7 anni di carcere; se entrambi accusano l'altro, vengono entrambi condannati a 6 anni; se nessuno dei due collabora, entrambi vengono condannati a 1 anno. Contrariamente a quanto previsto dagli assiomi di razionalità di Pareto che imporrebbero a ciascun prigioniero di non collaborare, accade, invece, che ognuno dei

minimizzare il rischio di responsabilità penale adottando la *compliance* 231; in teoria, dovrebbe esserci collaborazione tra Stato e imprese, ma ciò non avviene nella pratica a causa della "reciproca diffidenza alla collaborazione". Questo perché l'organizzazione privata è tenuta a investire grandi risorse nella *compliance*, ma ogni beneficio della cooperazione è rimandato all'accertamento giudiziario attraverso il quale si ricostruisce *ex post* la regola di condotta che si sarebbe dovuta adottare; il soggetto collettivo, invece, non fidandosi dell'offerta di benefici da parte dello Stato e temendo imprevedibili conseguenze sanzionatorie, è portato a limitare l'onere della prevenzione e ad adottare metodi di *compliance* formali e di facciata; allo stesso modo, nei casi in cui si verifichi un reato, l'impresa, in assenza di un accordo affidabile e di una sicura "ricompensa" per la collaborazione, non favorisce l'emersione dell'illecito, sperando di neutralizzare il rischio di un aumento della responsabilità[12].
Tanto premesso sul "difficile" rapporto tra la *compliance* 231 e (parte delle) aziende, cercheremo di chiarire nei prossimi paragrafi l'importanza del sistema di *compliance* non solo a livello generale, ma soprattutto come strumento per prevenire ed evitare il rischio di infiltrazioni mafiose.

2. Nell'ambito della *compliance* 231 i modelli organizzativi di gestione (MOG 231, d'ora in poi) individuano i settori di attività in cui possono essere commessi i reati e redigono la relativa mappatura del rischio-reato (i cc.dd. *Control Self Assessment* e *Risk Management*)[13].
La valutazione del rischio (il c.d. *risk assessment*) riveste una notevole importanza ai fini della redazione del MOG 231, anche se la sua portata è potenzialmente "indeterminata", in quanto il legislatore non ha individuato gli elementi caratterizzanti la condotta preventiva dell'ente[14].
A tal proposito, appaiono significative le aggiornate Linee Guida sul Modello 231, emanate da Confindustria[15], che ripercorrono gli approcci ermeneutici sul "perimetro" dello sforzo preventivo dell'impresa in termini di valutazione dei rischi.
Secondo la suddetta associazione di categoria, è necessario definire il concetto di "rischio accettabile", ovvero la soglia entro la quale le azioni dell'ente sono fattibili ed esigibili. Questa

delinquenti segue la strategia di confessare per massimizzare la propria utilità, indipendentemente dalla scelta dell'altro (c.d. equilibrio di Nash). Infatti, la strategia di collaborare esporrebbe ciascun prigioniero al rischio di una pena da 0 a 6 anni, mentre la strategia di non collaborare al un rischio di pena da 1 a 7 anni (in argomento v. AA.VV., *Dilemma del prigioniero e strategie dominanti*, Milano 2011).

[12] F. Centonze, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., 946.

[13] Sulle caratteristiche dei modelli organizzativi di gestione del rischio, si rinvia a O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 96 ss.

[14] V. in argomento, S. Manacorda, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *RTDPE*, 2017, 59 ss.; A. Manna, *Controversie interpretative e prospettive di riforma circa la responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 155 ss.; più di recente sul punto, A. De Lia, *La responsabilità da reato dell'ente*, in A. Manna – A. De Lia (a cura di), *Dieci nodi gordiani di diritto penale dell'economia*, Milano 2021, 21, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici, dove si evidenzia che «il legislatore non ha definito in modo puntuale gli elementi e le caratteristiche che debbono connotare l'azione preventiva dell'ente collettivo, rimettendone la definizione alla prudenza di quest'ultimo, che rappresenta un'obbligazione "di mezzi" (l'adozione della migliore strategia possibile, la c.d. *best practice*) e non "di risultato" (in termini di impedimento dell'illecito); si tratta evidentemente di una sfaccettatura sistematica di estrema criticità, poiché la valutazione della correttezza della condotta tenuta dall'ente – in difetto di parametri certi – finisce col formare oggetto di una valutazione giudiziaria che si rivela giocoforza, dal contenuto fortemente discrezionale, e che determina un alto tasso di imprevedibilità del giudizio».

[15] V. F. Sardella, *Le nuove Linee Guida 231. Principi consolidati e rilevanti novità nell'edizione 2021*, in *www.ilpenalista.it*, 9 settembre 2021.

osservazione deriva dal fatto che «il Decreto 231 impone degli standard normativi che il MOG deve necessariamente rispettare per essere considerato idoneo a prevenire i reati»[16].
Nei reati dolosi, la "soglia di accettabilità" del rischio si basa sul requisito della "elusione fraudolenta" del sistema di prevenzione (*ex* art. 6 del D.Lgs. 231); a tal proposito, le Linee Guida richiamano la giurisprudenza di legittimità che ha chiarito come, ai fini del Decreto 231, il concetto di condotta fraudolenta consista in una elusione delle misure di sicurezza in grado di disattendere l'efficacia preventiva[17].
Per i reati colposi, invece, laddove non vi sia l'intenzione di realizzare l'evento dannoso (come, ad es., i reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro e quelli ambientali), la soglia di accettabilità viene ricondotta al concetto di colpa di organizzazione (*Organisationsverschuld*)[18], ossia il verificarsi di una condotta «in violazione del modello organizzativo e di prevenzione, nonostante la puntuale osservanza degli obblighi di vigilanza previsti dal Decreto 231»[19].
L'intento delle Linee Guida di Confindustria è chiaramente quello di coniugare la finalità di prevenzione del sistema di *compliance* 231 con una precisa analisi di valutazione del rischio, tale da rendere ragionevole l'azione preventiva dell'ente. Allo stesso tempo, si suggerisce alle aziende di basare la valutazione del rischio su di un approccio di *compliance* "integrato" che includa i Sistemi di Gestione qualificati (es. ISO 45001 o ISO 14001), al fine di garantire un flusso costante e coerente di informazioni all'Organismo di Vigilanza (OdV) e di migliorare l'efficienza nella prevenzione dei reati[20].

3. A questo punto, ci si potrebbe chiedere se le aziende prive del sistema di *compliance* 231 siano più esposte al rischio di infiltrazioni criminali.
Come è noto, il "nodo" mafia-impresa è un fattore che influenza l'economia legale in molti modi (es. controllo, condizionamento o infiltrazione delle aziende), ampiamente documentato dalla ricerca sociologica [21].
Il "contagio mafioso" è un fenomeno che colpisce le imprese su tutto il territorio nazionale. La metafora epidemiologica del "contagio" (come quella militare dell'"avanzata") rischia, però, di essere fuorviante. La ricerca sociologica sulle infiltrazioni mafiose al Nord evidenzia l'esistenza di un processo di "ibridazione" tra interessi mafiosi e imprenditoriali (la c.d. area grigia), dove la cultura economica «sembra facilitare il dialogo tra imprenditori e criminalità»[22].
Il rischio di infiltrazione sembra aggravarsi nelle fasi di emergenza dell'economia, come dimostrano i quattro *Report* elaborati dall'Organismo permanente di monitoraggio e analisi sul

[16] F. Sardella, *Le nuove Linee Guida 231*, cit.,
[17] V. in giurisprudenza Cass. 30.01.2014, n.4677, in *Dejure*; in dottrina, v. G. Salcuni, *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in *RTDPE*, 2015, 873 ss.
[18] Sul concetto di *Organisationsverschuld* v. *funditus* K. Tiedemann, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 615 ss.
[19] F. Sardella, *Le nuove Linee Guida 231*, cit.
[20] F. Sardella, *Le nuove Linee Guida 231*, cit.
[21] In argomento v. *funditus* C. Visconti, *Proposte per recidere il nodo mafie imprese*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014. Nella letteratura sociologica, v. *amplius* A. Sciarrone (a cura di), *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, Roma 2011; più di recente, v. A. Sciarrone – L. Storti, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, Bologna 2019.
[22] A. Scaglione, *Circuiti criminali e area grigia. Una ricerca sulla presenza delle mafie nel Nordest*, in *Quaderni di Sociologia*, 79, 2019, 165 ss.

rischio di infiltrazione mafiosa nell'economia segnata dalla pandemia di Covid-19 (la c.d. *Covid economy*) [23].

Il 1° *Report* evidenzia il pericolo che le consorterie criminali approfittino del bisogno di liquidità delle imprese per insinuarsi nella struttura aziendale e portare il denaro necessario o proporre prestiti usurari, fino a configurare uno scenario di *doping* finanziario, articolato su più livelli, dalla concessione di prestiti usurari a piccole imprese operanti in ambito locale alla partecipazione a operazioni di acquisizione di pacchetti azionari di *global player* attivi sui mercati internazionali [24].

Tra i settori imprenditoriali più esposti all'usura mafiosa, nonché al rischio di impossessamento delle attività economiche per il riciclaggio e il rimpatrio dei capitali, vi sono molti settori (quali la filiera agroalimentare, l'edilizia e le costruzioni, la sanità, la ristorazione e i servizi connessi alla persona, la salute, il turismo, l'abbigliamento, il commercio all'ingrosso, la vendita e il noleggio di auto, i servizi funerari e cimiteriali)[25].

Inoltre, nella c.d. *Covid economy*, le associazioni mafiose sembrano impiegare lo strumento delle variazioni societarie per inquinare il tessuto economico produttivo (come il *turnover* delle cariche, il *turnover* delle partecipazioni, il trasferimento delle quote, il trasferimento delle società, quello delle sedi, le variazioni della natura giuridica e/o del capitale sociale)[26].

Il 5° *Report* evidenzia una variazione percentuale del + 7% delle segnalazioni per operazioni sospette nel 2020 rispetto al 2019 e un aumento del + 9,7% del numero di imprese colpite da provvedimenti interdittivi antimafia nel periodo marzo 2020 - febbraio 2021 rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. A tal fine, la Relazione citata individua specifiche fattispecie criminose sintomatiche di condotte che riflettono il pericolo di infiltrazione mafiosa, in quanto reati di maggiore allarme sociale, attorno ai quali gravita con più ampia regolarità statistica il mondo della criminalità organizzata di tipo mafioso, e che costituiscono la base dell'istruttoria per l'emissione di provvedimenti interdittivi da parte del Prefetto[27]: il riferimento è alle estorsioni, al riciclaggio, al trasferimento fraudolento e al possesso ingiustificato di valori, alla turbativa d'asta e così via (i cc.dd. reati spia)[28].

In conclusione, i suddetti dati, registrati durante la c.d. *Covid economy*, sembrano suggerire una risposta affermativa alla domanda iniziale: la mancata adozione del sistema di *compliance* 231 contribuisce ad esporre le imprese, soprattutto quelle più deboli e meno "strutturate", ad un

[23] Ci si riferisce, in particolare ai quattro *Report* del 23 aprile 2020, del 15 giugno 2020, del 15 settembre e di dicembre 2020, reperibili in *www.interno.gov.it*

[24] V. 1° *Report* del 23 aprile 2020, cit.

[25] V. 1° *Report* del 23 aprile 2020, cit.

Una mafia "al passo con in tempi", non meno pericolosa di altre organizzazioni criminali, è la "Società foggiana" capace di infiltrarsi in modo capillare nel tessuto socio-economico (più di recente, v. in argomento A. Laronga, *Quarta mafia. La criminalità organizzata foggiana nel racconto di un magistrato sul fronte*, Roma 2021).

[26] V. 1° *Report* del 23 aprile 2020, cit.

[27] Sui "reati spia" dei provvedimenti interdittivi prefettizi, v., in giurisprudenza, Cons. Stato, 27.11.2018 n. 6707, in *Dejure*.

[28] Il citato 5° *Report* prende, inoltre, in considerazione i reati tributari previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, che comprende diverse fattispecie penali (quali la dichiarazione fraudolenta, dichiarazione infedele, omessa dichiarazione, emissione di fatture per operazioni inesistenti, omesso versamento IVA e omesso versamento di ritenute, distruzione di documenti contabili, indebita compensazione e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte) che, sebbene non tipizzati dal legislatore nelle condotte rientranti nei c.d. "reati spia", rappresentano indicatori altrettanto significativi. Sempre più indagini e dichiarazioni di collaboratori di giustizia hanno, infatti, evidenziato come la criminalità organizzata utilizzi largamente il sistema delle false fatturazioni e delle cosiddette "frodi carosello" per ripulire il denaro ed ottenere vantaggi fiscali.

maggior rischio di infiltrazione mafiosa; esse "in cambio" di contiguità criminali, anche solo occasionali, possono beneficiare di liquidità o, comunque, di una riduzione dei costi aziendali.

4. Nel contesto *post*-pandemico, caratterizzato dall'aumento dei prezzi delle materie prime, dell'energia e dei generi alimentari, è prevedibile il rischio di infiltrazioni criminali nei fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) per l'accesso al *Next Generation EU* (noto anche come *Recovery Fund*)[29].
Il legislatore è intervenuto con il D.L. n. 152/2021 recante disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR[30], che prescrive, in un'ottica di "prevenzione collaborativa", l'obbligo di attuazione del MOG 231 da parte delle imprese che hanno subito tentativi di infiltrazione mafiosa; a tal fine è stata riformulata la procedura per l'applicazione delle interdittive prefettizie contenute nel c.d. codice antimafia (D.lgs. n. 159/2011).
Il nuovo art. 94-*bis* del Codice antimafia consente al Prefetto, che accerti, nell'ambito della prevenzione amministrativa, tentativi di infiltrazione mafiosa riconducibili a situazioni di occasionale agevolazione, di prescrivere all'impresa, l'adozione e l'efficace attuazione del MOG 231, al fine di rimuovere e prevenire le cause di occasionale agevolazione.
A ben considerare, la summenzionata disposizione sembra però travisare il significato del sistema di *compliance* 231 che ha principalmente una funzione preventiva rispetto ai reati (*compliance* preventiva) e una funzione reattiva quando viene commesso uno dei reati-presupposto (*compliance* reattiva)[31].
Un ulteriore possibile "travisamento" delle funzioni della *compliance* 231 sembra rinvenirsi nel controllo giudiziario delle imprese (art. 34-*bis* del cod. antimafia), che assume la "duplice veste" di provvedimento autonomo dall'amministrazione giudiziaria (art. 34 cod. antimafia), o sua naturale prosecuzione quando vengono meno le condizioni che la legittimavano, ma che ancora non consentono di considerare il contesto aziendale completamente libero da infiltrazioni mafiose[32].
Con il provvedimento che dispone il controllo giudiziario, il tribunale può imporre all'impresa l'obbligo di adottare ed effettivamente attuare il MOG 231 (art. 34-*bis*, co. 2, lett. b, e co. 3, lett. d, cod. antimafia); il programma di risanamento aziendale finisce, dunque, per "rimodellare" le funzioni preventive di *compliance* 231 a favore di una "bonifica postuma" (in linea con un certo orientamento della giurisprudenza di merito)[33].

---

[29] V. la Relazione semestrale gennaio – giugno 2021 del Ministro dell'Interno al Parlamento sull'attività svolta e risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia (DIA), in *www.direzione investigativaantimafia.interno.gov*

[30] Il D.L. n. 152/2021 è stato pubblicato in G.U. n. 265/2021 e successivamente convertito in l. 29 dicembre 2021, n. 233.

[31] Sulle funzioni del MOG nel sistema di *compliance* 231, V. Mongillo, *Presente e futuro della compliance penale. Riflessioni a margine di S. Manacorda e F. Centonze (a cura di), Corporate compliance on a Global Scale. Legitimacy and Effectiveness, 2022*, in *www.sistemapenale.it*, 11 gennaio 2022.

[32] V. in argomento L. Del Favero – C. Corsaro, *L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale ai reati comuni. Amministrazione giudiziaria e controllo giudiziario quali occasioni per la predisposizione degli strumenti di organizzazione, gestione e controllo aziendale*, in *GP*, 2021, 1-*bis*.

[33] In questo senso, v. L. Del Favero – C. Corsaro, *L'estensione delle misure di prevenzione patrimoniale*, cit. Per riferimenti alla giurisprudenza di merito prima e dopo l'entrata in vigore del cod. antimafia, v. *funditus* C. Visconti, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012; v. anche ID., *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014; ID., *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla*

In breve: il mancato coordinamento con le misure di prevenzione antimafia sembra aver condotto alla previsione di un "anomalo" sistema di *compliance* 231, nell'ambito di una presunta "prevenzione partecipata" tra Stato ed aziende contro le infiltrazioni mafiose[34].

5. Supponiamo che la *compliance* 231 venga adottato e attuato dall'ente e, tuttavia, il rischio di infiltrazione mafiosa si verifichi. Ci si potrebbe chiedere quale sia l'esito del giudizio di prognosi postuma sull'idoneità *ex ante* del modello di comportamento a prevedere e prevenire il reato del tipo di quello che si è verificato.
È ipotizzabile che l'esito del giudizio sia negativo, a causa di distorsioni cognitive (*biases*), sintomatiche della forte "commistione" tra la sfera emotiva e il ragionamento giudiziario, che portano frequentemente la giurisprudenza «ad elevare l'asticella della pretesa comportamentale ad un livello irrealistico», soprattutto se si considera «la continua espansione dei reati-presupposto a molteplici ambiti della criminalità d'impresa (dalla corruzione ai reati societari, alla frode in commercio, ai *market abuse*, ai reati informatici, ai reati fiscali, ai reati ambientali e alla salute e sicurezza sul lavoro)»[35].
Sono concetti che risalgono alla fine degli anni '70, quando il famoso psicologo Kahneman e il suo collega Tversky iniziarono una lunga collaborazione per studiare la documentazione dei *bias* e le "euristiche" del pensiero intuitivo nelle decisioni razionali. Nel risolvere un problema, la mente tende a seguire strategie cognitive che non corrispondono al ragionamento logico-deduttivo (euristiche), e che sono manifestazioni di *bias* [36].
Gli studi di psicologia del processo penale hanno chiarito la possibile importanza di alcuni *biases* nel processo decisionale dell'organo giudicante, che portano erroneamente a trarre relazioni causali non logicamente corrette (*post hoc propter hoc*), a sovrastimare la probabilità (*insight bias*), o a formulare un giudizio di prevedibilità sotto l'influenza della natura favorevole o infausta dell'evento (*outcome bias*).
Un'ulteriore trappola cognitiva che si verifica frequentemente nel giudizio prognostico è la fallacia della probabilità "*a priori*" (c.d. fallacia dell'accusatore), che sostanzialmente sovrastima la probabilità di accadimento dell'evento che la regola precauzionale *ex ante* avrebbe dovuto neutralizzare [37].
Gli effetti dei *biases* nella valutazione retrospettiva dell'idoneità della *compliance* 231 avrebbero un duplice effetto negativo per le imprese. In primo luogo, il probabile esito negativo del giudizio di prognosi postuma potrebbe indurre le aziende a seguire rigidamente il principio di precauzione nell'attuazione della *compliance*, al punto da esporre teoricamente l'impresa al rischio di paralisi; in secondo luogo, non è da escludere neppure quello di un disincentivo all'attuazione del sistema di *compliance*[38].

prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2016; più in generale, sul tema, v. anche A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa 2019, 83 ss.
[34] In senso contrario si veda L. Del Favero – C. Corsaro, *L'estensione delle misure*, cit.
[35] D. Perrone, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi*, Torino 2021, 62-63.
[36] V. *funditus* D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, trad. it., Milano 2018, spec. 145 ss.
[37] D. Perrone, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi*, 56 ss.
[38] D. Perrone, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi*, cit., 63.

6. La rivoluzione digitale (la c.d. quarta rivoluzione industriale)[39] è destinata a innovare anche il sistema di *compliance* aziendale (come ad es. già avvenuto nel settore finanziario)[40].
Componenti essenziali della *compliance* digitale sono l'intelligenza artificiale (IA) ed il *machine learning* (l'apprendimento automatico).
L'IA è una disciplina recente dell'informatica che cerca di permettere ai *computer* di "fare i tipi di cose che le menti possono fare"[41]; i sistemi di IA elaborano processi computazionali, basati su sequenze di istruzioni algoritmiche di *machine learning* utilizzate, ad esempio, per l'elaborazione di mega-dati (i cc.dd. *Big Data*) da *supercomputer* in grado di eseguire miliardi di calcoli al secondo[42].
Il *machine learning* fa parte, secondo alcuni, dell'informatica e/o della statistica e non dell'IA, ma, secondo altri, non ci sono confini netti in questi campi[43]; qualunque sia la "cornice" degli algoritmi di *machine learning*, non c'è dubbio che essi siano diventati gli "oracoli" dell'era digitale[44].
Le brevi considerazioni di cui sopra permettono di intuire l'importanza che l'IA ed il *machine learning* potrebbero avere, in generale, per l'organizzazione e la gestione dei processi produttivi aziendali (così come per la creazione di nuovi modelli di *business*).

7. L'innovazione digitale, sotto la "spinta" del suddetto PNRR[45], potrebbe essere un'opportunità per le aziende (almeno per quelle medio-grandi) di dotarsi di un sistema di *compliance* in ambito penale (*digital criminal compliance*, d'ora in poi) [46], in grado di potenziare la capacità predittiva della valutazione del rischio-reato rispetto alla *compliance* 231.

---

[39] Su IA e quarta rivoluzione industriale v. più di recente, S. Manzocchi, L. Romano, *Io, robot? L'intelligenza artificiale ai temi della quarta rivoluzione industiale*, in P. Severino (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, Luiss University Press 2022, 13 ss.

[40] V. M.C.M. Mozzarelli, *Digital Compliance: The Case for Algorithmic Transparency*, in S. Manacorda – F. Centonze (a cura di), *Corporate Compliance on a Global Scale*, cit., 259 ss.

[41] V. in argomento *funditus* M. Boden, *L'intelligenza artificiale*, trad. it., Bologna 2019, 7 ss.

[42] M. Boden, *L'intelligenza artificiale*, cit., 47, dove si osserva che «il *machine learning* si basa oggi su complicatissime tecniche matematiche, perché le rappresentazioni della conoscenza utilizzate coinvolgono la teoria della probabilità e la statistica». Sul *machine learning*, v. *amplius* P. Domingos, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, trad. it., Torino 2016; più di recente, v. G. F. Italiano, E. Prati, *Storia, tassonomia e sfide future dell'intelligenza artificiale*, in P. Severino (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, cit., 22 ss.
Sul piano etimologico, la parola algoritmo deriva dal nome di un matematico e sapiente arabo Al-Khwarizmi, vissuto nel IX secolo d.C., il quale contribuì in maniera significativa allo sviluppo della teoria delle equazioni algebriche (così C. Toffalori, *Algoritmi*, Bologna 2015, 18-19).

[43] M. Boden, *L'intelligenza artificiale*, cit., 47 ss., dove si osserva che il *machine learning* ha tre ampie tipologie: l'apprendimento supervisionato, l'apprendimento non supervisionato e l'apprendimento per rinforzo. Nell'apprendimento *supervisionato*, «il programmatore "addestra" il sistema definendo un insieme di risultati attesi per una data gamma di input (chiamati esempi e non-esempi) e fornendo continue valutazioni del raggiungimento o meno dei risultati». Nell'apprendimento *non supervisionato*, «l'utilizzatore non fornisce né risultati attesi né messaggi di errore; l'apprendimento è guidato dal principio secondo cui i tratti che cooccorrono generano aspettative sul fatto che cooccorreranno in futuro». Infine, l'apprendimento *per rinforzo* «è guidato da analoghi della ricompensa e della punizione: messaggi di feedback che dicono al sistema cosa è stato fatto bene e cosa è stato fatto male». Più di recente, v. anche G. F. Italiano, E. Prati, *Storia, tassonomia e sfide future dell'intelligenza artificiale*, in P. Severino (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, cit., 24 ss.

[44] V. *amplius* A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo*, Milano 2019.

[45] Sul punto v. i dati diffusi dall'Osservatorio del Politecnico di Milano, *Innovazione digitale: nel 2022 gli investimenti in ICT cresceranno del 4%*, in *www.osservatori.net*

[46] In argomento v. *funditus* V. Mongillo, *Presente e futuro della compliance penale*, cit.; v. anche P. Severino, *Le implicazioni dell'intelligenza artificiale nel campo del diritto con particolare riferimento al diritto penale*, in P. Severino (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia*, cit., 29 ss.

Nel nuovo settore *legal-tech*, che punta ad integrare le nuove tecnologie nelle attività legali[47], esiste già un *software* in grado di garantire i due indicatori primari dell'adeguatezza della *compliance 231*: la sua idoneità a prevenire la commissione dei reati-presupposto, e la sua effettiva attuazione da parte dell'organizzazione. Questi *software* permettono di monitorare costantemente il sistema di controllo e di attuare le modifiche normative in modo rapido e preciso, verificabile in tempo reale[48].
Se, ad esempio, una modifica normativa introducesse un nuovo reato nel "catalogo 231", il *software* aggiornerebbe il sistema di *compliance* con un ricalcolo automatico del rischio in relazione al nuovo reato, in modo che il *management* possa avere piani di trattamento coerenti con la propria organizzazione e propensione al rischio[49]. Allo stesso modo, in caso di cambiamenti organizzativi o di *governance*, il *software* aggiornerebbe automaticamente ogni sezione di *compliance*, effettuando anche una rivalutazione del rischio del sistema di controllo [50].
Un sistema di *digital criminal compliance* potrebbe avvalersi della potenza computazionale di algoritmi di *machine learning* "addestrati" a riconoscere i possibili scenari critici aziendali derivanti dal rischio di infiltrazione mafiosa. Il *machine learning* sarebbe in grado di estrarre dai *data set* le informazioni (il c.d. *data mining*) necessarie a identificare i *pattern* ricorrenti per riconoscere tali rischi; l'IA potrebbe, quindi, calcolare il rischio di infiltrazione e aggiornare automaticamente il sistema di *compliance* 231.
Ciò richiederebbe una condivisione dei *data set* a favore di tutte le aziende interessate, al fine di creare una visione sistemica della *digital criminal compliance*; è ipotizzabile che una crescita nel tempo porti alla condivisione di grandi volumi di dati, che potrebbero rendere più efficiente la capacità di previsione algoritmica. Quest'ultima ipotesi sembra, al momento, improbabile, visto che, almeno tra le PMI, non più di un terzo esegue analisi predittive, che nella maggior parte dei casi sono molto semplici e i cui risultati sono difficili da integrare nei processi decisionali[51].
Nonostante le difficoltà che si frappongono a un sistema integrato di *digital criminal compliance*, ci sarebbe più di un beneficio: il *machine learning* potrebbe assistere l'impresa nelle operazioni di *due diligence*[52] in occasione di acquisizioni/cessioni societarie o trasferimenti d'azienda; inoltre l'IA sarebbe in grado, in teoria, di "suggerire" all'impresa, nella scelta dei *partners* commerciali, di non considerare quelle aziende che statisticamente presentano indici sintomatici di contiguità mafiosa, se non, appunto, mafiose esse stesse.

8. Il sistema di *digital criminal compliance* presenterebbe anche aspetti critici.
È innanzitutto necessario evidenziare l'opacità del processo decisionale degli algoritmi di *machine learning*, che operano come una "scatola nera" (c.d. *black box*), poiché il processo di calcolo con cui ricevono un *input* per ricavare un *output* non è facilmente interpretabile dall'esterno[53]. Ciò

[47] In generale, sulle implicazioni tecnologiche dell'IA per il diritto, v. *funditus* A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano 2020.
[48] *Compliance 231, il supporto del software nell'adeguamento dei modelli organizzativi*, in *www.digital4.biz*
[49] *Compliance 231*, cit.
[50] *Compliance 231*, cit.
[51] I. Di Deo, *Predictive Analytics: come "prevedere il futuro" grazie ai dati*, in *www.blog.osservatori.net*
[52] Sul concetto anglosassone di *due diligence*, v. *amplius* Spedding, *The Due Diligence Handbook*, CIMA, 2009.
[53] A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo*, cit., 27. Si veda anche D. Spiegelhalter, *L'arte della statistica*, trad. it., Torino 2020, 71 ss. dove, tra le "carenze degli algoritmi", viene evidenzia la mancanza di trasparenza, legata non necessariamente alla loro complessità, in quanto anche semplici algoritmi basati sulla regressione, i cc.dd. algoritmi del rischio di recidiva, come il COMPAS (su cui si veda *infra* nt. 55) «diventano del tutto imperscrutabili se la loro struttura non è pubblica, magari perché coperta dal segreto commerciale».

spiega perché gli algoritmi potrebbero anche apparire "ingiusti", come è stato osservato nel diritto penale[54] con riferimento al noto caso Loomis, trattato dalla giurisprudenza anglosassone[55].
Questo non sarebbe tuttavia un problema insuperabile: secondo il famoso matematico americano Steven Strogatz, «non capiremmo perché l'oracolo ha sempre ragione, ma potremmo verificare i suoi calcoli e le sue predizioni con esperimenti e osservazioni e confermare le sue rivelazioni»[56].
Il problema *black box* sembra inoltre sorgere anche per il cervello umano, seppure in una certa misura[57]. Un esempio di ciò si può rinvenire nella matematica, "padrona" e "serva" delle discipline scientifiche[58], dove i percorsi mentali di ragionamento logico-deduttivo che portano dagli assiomi alla dimostrazione dei teoremi non seguono una logica "lineare". Questi ultimi, infatti, sono solo la "punta dell'*iceberg*", mentre restano invisibili (e incomprensibili) i processi mentali che hanno portato il matematico a modificare o perfezionare le ipotesi iniziali (un analogo processo di ricostruzione razionale "*a posteriori*" del processo decisionale si ritrova, ad es., nelle sentenze). Per citare il filosofo ungherese Michael Polanyi, in un problema c'è sempre una conoscenza "implicita", non trasferibile ad altre persone, perché la conoscenza "tacita" guida il percorso cognitivo di un soggetto dal particolare ad una visione coerente del tutto[59].

---

[54] Più di recente, sia pure con diversità di sfumature, v. M.C.M. Mozzarelli, *Digital Compliance*, cit., 66; O. Di Giovine, *Dilemmi morali e diritto penale*, Bologna 2022, 20. Per una disamina generale del rapporto tra diritto penale ed algoritmi di *IA* si rinvia a C. Burchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *RIDPP*, 2019, 4, 1909 ss.
Nell'ambito dell'Unione Europea, dopo che il 3 dicembre 2018 la Commissione per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (CEPEJ) ha approvato la Carta etica sull'uso dell'IA all'interno dei sistemi giudiziari (cfr. *Intelligenza artificiale nella Giustizia: approvata la Carta etica europea*, in www.altalex.com, 4 dicembre 2018), la Commissione europea ha presentato la sua proposta di regolamento sull'IA (cfr. *Intelligenza artificiale, il nuovo quadro normativo europeo*, in www.altalex.com., 17 agosto 2021); il Parlamento europeo ha successivamente approvato una risoluzione sull'uso dell'IA nel diritto penale, chiedendo trasparenza nelle decisioni algoritmiche, (v. *amplius G.* Barone, *Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del Parlamento europeo. Considerazioni a margine della risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, in *Cass. pen.*, 3, 2022, 1180 ss.).
Per un'analisi comparata sulla regolazione dell'IA in generale, v. *amplius* A. Malaschini, *Regolare l'intelligenza artificiale. Le risposte di Cina, Stati Uniti, Unione europea, Regno Unito, Russia e Italia,* in P. Severino (a cura di), *Politica economia, diritto, tecnologia,* cit., 33 ss.
[55] Il caso *Loomis c. State of Wisconsin*, viene citato come esempio di una possibile discriminazione di genere: in breve i fatti. Nel 2013 Loomis fu arrestato dagli agenti di polizia per resistenza a pubblico ufficiale e ricettazione, dopo essere stato trovato alla guida di un'auto rubata ed impiegata in un precedente conflitto a fuoco nello Stato americano del Wisconsin. Loomis veniva tratto a giudizio e condannato dalla Corte (*Trial Court*) a cinque anni di reclusione e successivi cinque anni di sorveglianza speciale, dopo che il Giudice aveva esaminato anche l'elevato livello di pericolosità sociale nel *risk assessment* di recidiva dell'imputato, così come elaborato dal software COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*). Quest'ultimo è un algoritmo predittivo che, alla luce dei dati inseriti nel sistema (*input*) e di un questionario di numerose domande sottoposte al reo, attribuisce un risultato (*outpout*) in termini di punteggio (*score*) circa il rischio di recidiva del reo. L'algoritmo predittivo di COMPAS opera come una *black box* che, nell'ambito dell'intelligenza artificiale, definisce alcuni sistemi di *machine learning* che da un *input* forniscono un *output*, ma nei quali i calcoli che avvengono durante il processo non sono facilmente interpretabili. (sul caso Loomis v. *amplius* F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *DPU*, 2019, 10, spec. 21 ss.).
[56] S. Strogatz, *One Giant step for a Chess-Playing Machine*, in *The New York Times*, 26 dicembre 2018.
[57] Va sottolineato che non c'è alcuna ragione logica per cui gli algoritmi di IA debbano funzionare come l'intelligenza umana: sebbene si abbia l'impressione che il nostro cervello e quello artificiale attuino, a volte e in qualche misura, principi strutturali simili, in realtà, sono molto diversi sia per il livello dei materiali di cui sono fatti, sia per il modo in cui agiscono i loro processi di trasmissione dei segnali (v. *amplius* I. Stewart, *I dadi giocano a Dio?*, trad. it., Torino 2020, 85 ss.).
[58] In argomento, v. E. Boncinelli, U. Bottazzini, *La serva padrona. Fascino e potere della matematica*, Milano 2000.
[59] M. Polanyi, *La conoscenza inespressa*, Roma 2018.

Ci sarebbe, però, un aspetto critico "collegato" al citato problema *black box*: anche se l'intelligenza algoritmica fosse un giorno in grado di "spiegarsi" da sola, gli esseri umani non riuscirebbero a seguire il suo ragionamento. Esistono già teoremi che sono stati dimostrati dai computer (ad es. il teorema dei quattro colori[60], la congettura di Keplero sul modo più efficiente di posizionare le sfere nello spazio tridimensionale[61]), le cui dimostrazioni, sebbene siano state convalidate, nessuno ha potuto verificare completamente[62]. Recentemente, sembra che tecniche di *machine learning* siano state impiegate per "guidare l'intuizione dei matematici" e "aiutare nella scoperta di teoremi e congetture"[63].
Non resta che immaginare un'IA di "livello umano"[64] che un giorno fornisca dimostrazioni che, come diceva il famoso matematico ungherese Paul Erdos, "provengono dalla Bibbia", cioè che rivelino perché una teoria è corretta, senza costringere «ad accettarla a forza di argomenti brutti e difficili»[65].

9. Sussisterebbero, poi, due ulteriori e distinti problemi.
In primo luogo, gli algoritmi di *machine learning*, come gli umani, non sono immuni da pregiudizi (*biases*), che possono dipendere dal tipo di "addestramento" che hanno ricevuto.
Questo effetto si verificherebbe, ad esempio, nell'ipotesi in cui la *digital criminal compliance* impiegasse algoritmi che non sono stati addestrati dai programmatori con dati di "buona qualità"; ciò potrebbe far sì che gli algoritmi associno ad alcune imprese l'etichetta di "alto rischio" di infiltrazione mafiosa, a causa dell'ubicazione della sede legale in contesti ad alta densità criminale, o semplicemente per la provenienza geografica. Tale *bias* porterebbe erroneamente l'algoritmo a suggerire all'ente di non intraprendere collaborazioni commerciali o di non valutare operazioni societarie con una determinata azienda.

[60] Il teorema dei quattro colori è stato dimostrato nel 1977 da Kenneth Appel e Wolfang Haken con l'aiuto di un computer ed afferma che, sotto precisi vincoli, bastano quattro colori a colorare qualsiasi mappa politica, in modo che due nazioni contigue non abbiano mai lo stesso colore (in argomento, v. P. Manca, *Il giallo del teorema dei quattro colori*, Pisa 2018).
[61] Per spiegare la congettura di Keplero, formulata nel 1611, sul c.d. impacchettamento di sfere nello spazio euclideo tridimensionale, si consideri il problema dei fruttivendoli quando devono impilare delle arance in una cassetta. Ci si chiede quale sia il modo ottimale di disporre le arance (sfere), se posizionarle in strati identici una sull'altra o se distribuirle a strati in modo che ogni sfera si inserisca nel vuoto formato da quattro sfere sottostanti (come fanno i fruttivendoli con le arance). La congettura di Keplero è che il metodo efficiente sia il secondo, ma ci sono voluti più di quattrocento anni per dimostrarlo, quando nel 1998 Thomas Hales l'ha verificata con l'ausilio di algoritmi (per i dettagli tecnici, v. T. Hales et al., *A formal proof of the Kepler conjecture*, in *Forum Math. Pi* (2017), Vol. 5, 1 ss.
[62] S. Strogatz, *Il potere dell'infinito. L'universo raccontato dal calcolo infinitesimale*, trad. it., Torino 2021, 335-336.
[63] In argomento, v. *amplius* S. De Toffoli, *I nodi dell'intelligenza artificiale*, in www.maddmaths.simai.eu, 2 gennaio 2022.
[64] Sullo sviluppo futuristico di un'IA di livello umano, e sulla conseguente creazione di una "superintelligenza" v. N. Bostrom, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, trad. it., Torino, 2018.
Vale la pena sottolineare (cfr. D. Spiegelhalter, *L'arte della statistica*, cit., 71-72) che oggi siamo ben lontani da una IA "di livello umano" (la c.d. IA forte) capace di farsi un'idea dei meccanismi causali sottostanti alle associazioni modellate dagli algoritmi. In altre parole, i modelli algoritmici consentono all'IA di rispondere solo a domande come: "abbiamo osservato X, cosa ci aspettiamo di osservare ora?". Al contrario, l'IA "forte" richiede un modello causale di come funziona realmente il mondo, che consentirebbe di rispondere a domande di livello umano sull'effetto di determinati interventi ("cosa succede se facciamo X?") e a controfattuali ("cosa sarebbe successo se non avessimo fatto X?").
[65] S. Strogatz, *Il potere dell'infinito*, cit., 336.

Inoltre, anche se l'addestramento del *machine learning* fosse condotto con *data set* di qualità, non si potrebbe escludere che la decisione algoritmica appaia "ingiusta", a causa della mancanza di una definizione matematica univoca di equità[66].
Consideriamo, per esempio, un sistema di *machine learning* che preveda per due gruppi di aziende (A e B) il rischio di avere infiltrazioni criminali dopo un certo periodo di tempo. Supponiamo che il *machine learning* abbia una "parità predittiva", cioè che la sua capacità previsionale corrisponda esattamente a quella dei dati statistici dai quali si osserva che il gruppo A possegga un rischio maggiore di infiltrazioni criminali (doppio) rispetto al gruppo B. Anche se il *machine learning* avesse una simile capacità, sussisterebbe il problema dei "falsi positivi", derivanti dal confronto tra quelle aziende che, sebbene etichettate ad "alto rischio" di infiltrazione criminale (perché appartenenti al gruppo A), in concreto non hanno corso rischi simili, e tutte le altre aziende. Sarebbe, quindi, improbabile che il *machine learning* soddisfi l'equità nel tasso di "falsi positivi" ed impossibile che soddisfi una terza forma di equità, l'equità nel tasso di "falsi negativi"[67], cioè il confronto risultante tra le aziende che hanno subito un'infiltrazione criminale, pur essendo etichettate "a basso rischio", e tutte le altre imprese.
In secondo luogo, i sistemi di *machine learning* non sono "bravi" a riconoscere quando sbagliano, come lo sono gli umani. Per esempio, se la *digital criminal compliance* commettesse un errore nel processo decisionale di prevenzione del rischio di infiltrazione mafiosa, non lo ammetterebbe. Ci si potrebbe chiedere come spiegare questo paradosso.
Ad una prima lettura, sembrerebbe che la spiegazione di una simile "trappola" per l'IA presenti qualche vaga somiglianza con l'*overconfidence bias* che è un *bias* egocentrico (smascherabile con la formula di Bayes), che mina il ragionamento umano[68].
A ben guardare, però, la risposta al suddetto paradosso andrebbe ricercata nei limiti fondamentali della matematica dimostrati dal famoso logico-matematico Kurt Gödel con i suoi teoremi degli anni ´30, in particolare il teorema di incompletezza dei sistemi matematici formali[69], e da Alan Turing che lo "tradusse" in termini di macchine, invece che di sistemi formali (con i quali lavorava Gödel), realizzando il progetto del "calcolatore universale" (il moderno *computer*)[70].
Nel già citato teorema di incompletezza del 1931, Gödel dimostrò che in un sistema matematico "usuale", dove c'è la possibilità di usare i numeri naturali (e, quindi, un mondo che oggi definiamo

[66] In argomento, v. A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo*, cit., 44.
[67] A. Vespignani, *L'algoritmo e l'oracolo*, cit., 61.
[68] Sull'*overconfidence bias* v. in letteratura B. Fishhoff, P. Slovic, S. Lichtenstein, *Knowing with certainty: The appropriateness of extreme confidence*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 3(4), 1977, 552-564. In argomento, v. più di recente, con particolare riferimento alla formula di Bayes, M. Menale, *Overconfidence bias, occhio alle proprie convinzioni*, in *www.maddmaths.simai.eu*, 21 aprile 2022.
[69] G. Odifreddi, *Il dio della logica. Vita geniale di Kurt Gödel, matematico della filosofia*, Milano 2018.
[70] A. Turing, *On computable numbers, with an application to the entscheindungsproblem*, in *Proceedings of the London Mathematical Society*, Vol. s2-42, Issue 1, 1937, 230.
Uno dei più suggestivi sviluppi teorici di *computer science* riguarda la possibile esistenza di una branca più generale della fisica che potrebbe portare a progettare una macchina che generalizza il *computer* universale. Questa macchina (concettualizzata per la prima volta, in un ambiente di "automi cellulari", dal famoso matematico ungherese Von Neumann), sarebbe capace di operare come un "costruttore universale", vale a dire in grado di realizzare tutte le trasformazioni consentite dalle leggi della fisica, non solo calcoli, ma anche costruzioni generali, comprese quelle termodinamicamente permesse (ad esempio, il raffreddamento di vari sistemi), quelle biologiche (ad esempio, l'autoriproduzione e le funzioni biologiche correlate), e molto altro. Si potrebbe concepire questa macchina «come una generalizzazione estrema di una stampante 3D: una volta inserito un programma appropriato e fornita sufficiente materia prima di partenza, il costruttore universale costruirebbe, a partire da essi, qualsiasi sistema permesso dalle leggi della fisica» (in argomento, v. *funditus*, C. Marletto, *La scienza dell'impossibile. Alla ricerca delle nuove leggi della fisica*, trad. it., Milano spec. 232, 2022).

"digitale"), ci sono verità indimostrabili che sono relative a un certo sistema; con un continuo processo di "cambio di sistema" è possibile dimostrare verità che prima erano nascoste, fermo restando che ci saranno altre verità indimostrabili, e così via all'infinito[71].
Allo stesso modo, ci sono alcuni problemi computazionali, come Turing dimostrò più tardi, che non possono essere affrontati da algoritmi, a tal punto da mettere in discussione quella che è stata effettivamente chiamata la "dittatura" del calcolo algoritmico[72].
Qualche decennio dopo, il noto matematico americano Steve Smale propose una lista di 18 problemi matematici irrisolti per il XXI secolo, tra i quali l'ultimo problema riguardava i limiti dell'intelligenza sia per gli esseri umani che per le macchine; un simile problema si riferisce al già citato paradosso mostrato da Gödel e Turing, che continua a ispirare importanti ricerche sui limiti "intrinseci" dei sistemi di IA[73].
Tra le ricerche più recenti, è degno di nota un interessante studio sul problema delle reti neurali artificiali del *deep learning* (l'apprendimento profondo, un "segmento" del *machine learning*)[74], che non sono in grado di capire quando stanno commettendo errori (il c.d. problema dell'instabilità dell'IA) [75]. I ricercatori sostengono che, in virtù del paradosso dimostrato da Gödel e Turing, non è possibile trovare una soluzione al problema e che solo in casi specifici gli algoritmi di *machine learning* possono portare a reti neurali stabili e accurate; propongono, inoltre, una teoria classificatoria per descrivere quando le reti neurali possono essere addestrate a fornire un sistema affidabile di IA, in certe specifiche condizioni[76].
Dalle precedenti considerazioni si comprende che solo in particolari condizioni gli algoritmi della *digital criminal compliance* potrebbero essere addestrati ad ammettere gli errori commessi; nella generalità dei casi essi mostrerebbero un "eccesso di sicurezza" nella loro capacità di prevedere il rischio di infiltrazione mafiosa nelle aziende, ma solo in casi particolari "riconoscerebbero" i loro limiti previsionali.

---

[71] G. Odifreddi, *Il dio della logica*, cit.,70.
[72] P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano 2018.
Vi sono classi di problemi per i quali non esistono algoritmi efficienti, il più importante dei quali è il problema del commesso viaggiatore (*Travelling Salesman Problem*, *TSP*) che richiede, dato un insieme di città e distanze note tra ogni coppia di esse, di trovare la distanza minima che un commesso viaggiatore deve percorrere per visitare tutte le città una ed una sola volta e tornare alla città di partenza. Il problema *TSP* può essere associato a un grafo, cioè all'astrazione matematica formata da un insieme di punti (nodi) e un insieme di linee (archi), dove V è l'insieme degli n nodi (o città) e A è l'insieme degli archi (o strade). È stato dimostrato che il *TSP* è un problema NP-difficile (NP-completo per la classe di complessità FP^{NP}), il che significa che non esistono algoritmi efficienti per risolvere il problema *TSP*, poiché la complessità dell'operazione la rende impraticabile per grafi di dimensioni comuni nei problemi reali (v. *funditus* W. J. Cook, *In pursuit of the Traveling Salesman. Mathematics at the Limits of Computation*, Princeton University Press 2012). Più di recente, sulla complessità computazionale, con riferimenti anche alla classe di problemi NP, v. *Computer Scientists Prove That Certain Problems Are Truly Hard*, in *www.quantamagazine.org*, 11 maggio 2022.
[73] Sul punto v. M. Pisani, *Gli errori dell'IA? Li spiegano Turing e Gödel*, in www.maddmaths.simai.eu, 15 aprile 2022.
[74] In argomento, v. M. Boden, *L'intelligenza artificiale*, cit., 79 ss., dove si osserva che le reti neurali artificiali (*ANN*, *Artificial Neural Networks*) sono «composte da molte unità interconnesse, ognuna in grado di computare una e una sola cosa»; esse sono utili per «modellare certi aspetti del cervello, e per il riconoscimento di *pattern* e l'apprendimento»; recentemente queste reti "multistrato" hanno suscitato un certo entusiasmo con l'avvento degli algoritmi di *deep learning*, in cui «il sistema apprende la struttura raggiungendo in profondità un dominio, e non solo pattern superficiali; in altri termini, scopre una rappresentazione della conoscenza a più livelli, anziché a livello unico».
[75] M.J. Colbrook, A. Vegard, A.C. Hansen, *The difficulty of computing stable and accurate neural networks: On the barriers of deep learning and Smale's 18 th problem*, in PNAS, 16 marzo 2022.
[76] M. Pisani, *Gli errori dell'IA? Li spiegano Turing e Gödel*, cit., 52.

La componente umana, quindi, rimane centrale per "sfidare" le previsioni algoritmiche[77].

10. Supponiamo che si verifichi un reato-presupposto che il modello comportamentale di *digital criminal compliance* avesse lo scopo di prevenire. Ci si potrebbe chiedere quale sarebbe l'esito del giudizio prognostico.
Volendo, in conclusione, azzardare una risposta, sussisterebbe però un paradosso: come potrebbe il giudice valutare retrospettivamente eventuali "fallimenti" della regola cautelare algoritmica senza esporsi a potenziali *bias*? Supponiamo che il giudice si avvalga di sistemi artificiali predittivi[78]: anche in tal caso, l'esito della prognosi postuma potrebbe portare ad una decisione non necessariamente esente da errori rispetto a quanto realmente accaduto.
Tale paradosso non sembra, tuttavia, insormontabile se si considera il fatto che il significato di verità processuale non è "assoluto" ma "relativo": se ci fosse una verità (assoluta), il giudice dovrebbe "scoprirla", non "stabilirla" attraverso un verdetto sulla base di prove o testimonianze. In altre parole, il giudice cerca di mettere insieme una "narrazione" che sia coerente con i fatti, ma non c'è modo di provare che questa "narrazione" sia adeguata e corretta, cioè che sia effettivamente quello che è accaduto nella realtà. Questo è un limite analogo ai teoremi di Gödel[79].

[77] Per un approccio critico al processo decisionale algoritmico v. H. Fry, *Hello World. Esseri umani nell'era delle macchine*, trad. it., Milano 2019.
Con particolare riferimento al diritto penale, evidenzia più di recente il rilievo della decisione umana nei processi di creazione ed interazione con i sistemi artificiali, B. Panattoni, *Intelligenza artificiale: le sfide per il diritto penale nel passaggio dall'automazione tecnologica all'autonomia artificiale*, in *Dir. Inf.*, 2021, 2, spec. 366-367.
[78] D. Perrone, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi*, cit., 55.
Sulla giustizia digitale, v. *amplius* A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it., Bologna 2021.
[79] G. Odifreddi, *Il dio della logica. Vita geniale di Kurt Gödel*, cit.

LA MORFOLOGIA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DATORIALE PER L'INFEZIONE DA COVID-19 (*)

di Maria Federica Carriero
Assegnista di ricerca, Università "La Sapienza" di Roma

Il presente scritto analizza la possibilità di muovere un addebito penale colposo nei riguardi del datore di lavoro per i casi di malattia-infortunio da Covid-19. Esso, in particolare, si concentra sul rilievo assunto dai cd. "Protocolli Anti-contagio" adottati a livello nazionale e vaglia la possibilità di contestare rimproveri a titolo oltre che di "colpa specifica" (sulla base delle disposizioni contenute all'interno degli stessi *dicta* protocollari), anche di "colpa generica". Infine, si focalizza sulla difficile prova del nesso di causalità.
This paper analyses the difficulties inherent in disputing a criminal charges against the employer for Covid-19 cases of illness-accident. In particular, it focuses on the importance of the so-called "Anti-contagious Protocols" adopted at national level and examines the possibility of contesting criminal reprimands not only for "specific negligence" (on the basis of the provisions contained in the same protocol *dicta*), but also for "general negligence". Finally, it focuses on the difficult practicability of proving causation.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il ruolo dei c.d. protocolli anti-contagio: un (momentaneo) abbandono del modello di cogestione del(la valutazione) rischio a fronte dell'incertezza scientifica? 3. La colpa datoriale per il contagio da Covid-19. 4. Problemi pratico-operativi: dalle linee guida quale strumento prescelto per fronteggiare la pandemia (...) 5. (segue) ...ad un (in)eliminabile residuo di "colpa generica" (?) 6. Le (insanabili) aporie sul piano dell'accertamento del nesso causale. Cenni.

1. La progressiva diffusione del virus Sars-CoV-2 ha inciso non solo sulla quotidianità dei cittadini di tutto il mondo, ma anche sull'organizzazione dell'impresa e del lavoro[1].
In particolare, è noto che tra le varie disposizioni emergenziali è emersa, all'interno del d.l. 17.3.2020 n. 18 (c.d. decreto "Cura Italia", convertito nella l. 24.4.2020 n. 27), una norma (l'art. 42 co. 2) con cui si sono assimilati, invero a fini meramente assicurativi, i casi accertati di "infezione da coronavirus in occasione di lavoro" ai casi di "infortunio sul lavoro". Tale esplicita omologazione ha scatenato un generale allarmismo nel mondo datoriale che si è tradotto nel timore di una facile equazione tra "malattia da Covid-19 = infortunio sul lavoro = responsabilità penale del datore di lavoro"[2]. Questa avrebbe senz'altro condotto a scenari responsabilizzanti e poco

(*) Il presente scritto si inserisce nell'ambito del progetto di ricerca "*Covid-19, Sicurezza sul lavoro e Responsabilità. Monitoraggio e implementazione di "protocolli integrati anti-contagio" nella provincia di Modena ("Protocovid")*" realizzato presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.
[1] In generale, sul tema della sicurezza sul lavoro v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino 2021; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2020. Con riferimenti alle giurisprudenze più rilevanti in materia v. *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza. (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, a cura di L. Foffani, D. Castronuovo, Bologna 2015.
[2] C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19: un reale. Ridimensionamento della colpa penale?*, in *www.sistemapenale.it* 15.6.2020. Invero, D. Amato, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 5.6.2020, fa notare che «il fatto che un lavoratore si ammali di Covid-19, nello svolgimento delle proprie mansioni professionali,

garantistici, lasciando esigue possibilità di difendersi ai datori di lavoro a livello giudiziario[3]. Il tutto considerando tanto le peculiarità del c.d. "rischio di infezione da Covid-19" (si tratta, infatti, di un rischio "esogeno", di cui sia il datore di lavoro che gli altri garanti della sicurezza avevano – e hanno tutt'ora – conoscenze scientifiche ridotte), quanto le caratteristiche del virus che oltre ad essere "ubiquitario", è anche "silente"[4].
Tali timori non si sono attenuati neppure quando è intervenuta l'Inail con la circolare 20.5.2020, n. 22, specificando che «la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'articolo 1, co. 14 del decreto legge 16.5.2020, n. 33 [...] [sicché] il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'Istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero». Tale circolare serviva, evidentemente, proprio al fine di scongiurare qualsivoglia automatica riconduzione dell'infezione da Covid-19 al concetto di malattia-infortunio penalmente rilevante, tanto sotto il profilo della responsabilità degli enti (d.lgs. 8.6.2001 n. 231), quanto (e soprattutto) sotto quello della responsabilità del datore di lavoro (artt. 452, 589, 590 Cp)[5].
Neppure l'intervento dell'Inail è però, bastato.

può dare luogo a un'incriminazione per omicidio o lesioni (a seconda che la malattia abbia un esito letale o meno), verosimilmente in forma colposa con l'aggravante della violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. L'imputazione di tale evento, tuttavia, non dipende certo dall'art. 42, co. 2 d.l. n. 18/2020, bensì dalle ordinarie regole che disciplinano la materia penale». Si tratta di un'osservazione senz'altro vera; ciò nondimeno, i timori (invero infondati) che si erano sollevati a livello imprenditoriale riguardavano la possibilità di dar luogo, alla luce dell'art. 42 co. 2, ad una presunzione legale secondo cui al verificarsi di una malattia infortunio si sarebbe sempre avuta una responsabilità penale del datore di lavoro.

[3] Un'esperienza molto simile alla nostra si è vissuta in Spagna con l'introduzione dell'art. 5 art. RDL 6/2020 del 10 marzo che dispone «*al objeto de proteger la salud pública, se considerará, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19*». Al netto dell'imprecisione della disposizione (in cui se si parla di virus Covid-19 quando invece, se davvero di virus si voleva parlare, si sarebbe dovuto utilizzare la formula "virus Sars-CoV-2") ciò che a noi interessa sottolineare è il fatto che anche qui si è, nella sostanza, assimilato a fini assicurativi, "*aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19*" al "*accidente de trabajo*" solo in relazione alla "*prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social*". Per una disamina cfr. V. Rodríguez Vázquez, *La protección penal de la vida, salud e integridad física de los trabajadores ante el sars-cov-2 y la pandemia de covid-19*, in *Estudios penales y CriminológiCos* 2021, 415 ss.

[4] O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 27.1.2021, 5; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 387 ss. In generale v. anche D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 10.5.2020, 1 ss. Quanto alla contrapposizione tra principio di "precauzione" e principio di "prevenzione" e ai risvolti sul piano politico e penale dell'incertezza scientifica, v. D. Castronuovo, *Le sfide della politica criminale al cospetto delle generazioni future e del principio di precauzione: il caso ogm,* in *RTrimDPenEc* 2013, 393 ss.; Id., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma 2012, 25.

[5] Sul datore di lavoro, in generale, anche nella prospettiva della responsabilità dell'ente collettivo, V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *www.penalecontemporaneo.it* 26.6.2020; C. C. Corsaro, M. Zambrini, *Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 26.3.2020.

A fronte, pertanto, delle sempre più pressanti richieste provenienti dal mondo imprenditoriale di un'azione chiarificatrice a livello legislativo che fosse in grado di scongiurare i dubbi e le incertezze sul tema della responsabilità penale, si è giunti all'emendamento del d.l. 8.4.2020 n. 23, con conseguente introduzione dell'art. 29-*bis*[6]. Si tratta, invero, di una disposizione (che alcuni hanno definito come "una norma scudo"[7]) che, ha fin da subito, destato l'interesse della dottrina soprattutto nella parte in cui equipara l'adempimento degli obblighi di cui all'art. 2087 Cc all'applicazione, da parte dei datori di lavoro pubblici e privati, delle prescrizioni contenute nei protocolli condivisi.
Le domande che, in particolare, si sono poste sono state le seguenti: che valore assume tale disposizione? Come devono essere intesi i c.d. protocolli anti-contagio? Il datore di lavoro può derogare e/o integrare le disposizioni protocollari anti-contagio o è del tutto vincolato a quanto previsto all'interno di tali testi? È sufficiente l'applicazione di tali protocolli per scongiurare qualsivoglia responsabilità penale del datore di lavoro? O possono comunque residuare dei profili responsabilizzanti di "colpa generica"? E ancora: che valore assumono i protocolli sul piano dell'accertamento della causalità? È sufficiente provare il fatto che il datore di lavoro non ha rispettato le disposizioni anti-contagio per ritenere provato un nesso di causalità tra l'evento (malattia-infortunio) e la condotta del "primo garante" della sicurezza? O serve un *quid pluris* che sia in grado di corroborare, sul piano concreto, l'ipotesi secondo cui la condotta del datore di lavoro sia stata una condizione *sine qua* l'evento non si sarebbe verificato[8]?
Questi sono solo alcuni dei quesiti posti dalla dottrina a cui si cercherà di rispondere nel corso del seguente scritto.

2. Dalla situazione poc'anzi descritta e soprattutto alla luce di quanto previsto nell'ambito dell'art. 29-*bis* si evince come abbiano assunto (e assumono, invero, ancora oggi) un ruolo chiave i c.d. protocolli anti-contagio[9]. Si tratta, in particolare, di prodotti originariamente negoziali che si

[6] Per una ricostruzione più dettagliata dei vari passaggi v. S. Dovere, *Le misure anti-Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in *Labour and Law issues (LLI)* 2020, 1. In generale sull'intervento additivo in esame: V. Mongillo, *op. cit.*, 28 ss.; C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19*, cit.; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *www.sistemapenale.it* 22.6.2020; D. Amato, *op. cit.*, 6.
[7] *Contra*: C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da covid-19*, cit.; O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 385 ss.
[8] In un'ottica più generale, sul tema del rapporto di causalità v. il recente contributo di S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in *www.sistemapenale*.it 20.4.2022, par. 3.
[9] Vanno segnalati il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14.3.2020, poi integrato-rivisto con protocollo del 24.4.2020, nonché il Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Sars-CoV-2/Covid-19 negli ambienti di lavoro del 6.4.2021. Si considerino anche il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nei cantieri del 24.4.2020 e il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica del 20.3.2020. Peraltro, è da ultimo intervenuta Confindustria specificando nel 18.3.2022 quanto segue: «Anche nel nuovo impianto, i Protocolli di sicurezza anti-contagio continuano a costituire il riferimento per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e produttive. Al contempo, non è ancora chiarito in modo inequivoco se la loro applicazione resterà prescritta dalla legge come condizione per lo svolgimento dell'attività di impresa oppure no. In ogni caso, considerato anche che i dati epidemiologici confermano che il rischio da contagio da COVID-19 non è ancora venuto meno (nemmeno per le fasce di popolazione protette dalla vaccinazione), la nostra indicazione è di continuare ad applicare i Protocolli, quali strumenti per assicurare la protezione dell'attività imprenditoriale e dei lavoratori. Ciò anche ai fini dell'art. 29-*bis* del DL n. 23/2020. Come noto, tale norma prevede la presunzione di pieno adempimento degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c. per il datore di lavoro che applica, adotta

propongono il fine di perseguire scopi di tutela dell'interesse pubblico, a cui si è poi attribuita una potestà *lato sensu* normativa.
La scelta di utilizzare strumenti di tal tipo (con conseguente coinvolgimento della comunità scientifica e soprattutto delle parti sociali) risulta, invero, inedita in materia di sicurezza del lavoro a fronte della tradizionale marginalità del ruolo della c.d. "contrattazione collettiva" in questo settore[10]. Tale circostanza testimonia l'acutezza, la drammaticità e l'urgenza della situazione del tutto inedita che l'intero pianeta si è trovato a fronteggiare[11].
Quanto alla natura di tali "protocolli" sono gli stessi a definire, nella premessa, le disposizioni *ivi* contenute come delle «linee guida condivise tra le parti per agevolare le imprese nell'adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio». Si tratta, invero, di una formula piuttosto ambigua che, in un certo qual modo, evoca una sorta di "truffa delle etichette"[12] tradita non solo dalla premessa,

---

e mantiene le prescrizioni contenute nel Protocollo sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, nonché negli altri protocolli adottati a livello nazionale per fronteggiare la pandemia (es. Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri e il Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nel settore del trasporto e della logistica). Considerato che l'operatività dell'art. 29-*bis* non è legata il perdurare dello stato di emergenza, si ritiene che la applicazione dei Protocolli, integrati secondo l'evoluzione delle indicazioni normative e scientifiche, continui a garantire la piena copertura *ex* art. 29-*bis* del DL n. 23/2020. Quindi rimane il protocollo come parametro di adeguamento dell'imprenditore al principio di cui all'art. 2087 c.c., avendo riguardo alle misure più avanzate secondo miglior scienza ed esperienza e secondo il migliore progresso tecnico». Inoltre, il d.l. n. 24 del 2022 ribadisce che il Ministro della Salute può, con propria ordinanza, aggiornare i protocolli. Infine, è opportuno ricordare che il 4 maggio 2022 si è tenuto un nuovo incontro tra i Ministeri competenti (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, il Ministero della Salute, e il Ministero dello Sviluppo Economico) e le Parti Sociali sottoscrittrici del Protocollo nazionale di contrasto al pericolo di contagio da Sars-CoV-2. In tale incontro si è ritenuto di confermare fino al 30 giugno 2022 le misure anticontagio già previste nel "*Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro*" del 6 aprile 2021. Anche il Francia si è fatto ricorso allo strumento del protocollo e nello specifico al *Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19*. Si tratta, in particolare, di un documento elaborato dal Ministero del Lavoro in cui si sono raccolte talune raccomandazioni fornite dall'HSCP (*The National Health and Social Care Professions Office*) per la protezione contro il rischio di contagio da Covid-19; raccomandazioni che devono essere prese in considerazione da parte datore di lavoro nell'ambito dell'attuazione dei principi generali previsti in materia di sicurezza sul lavoro (L. 4121-2 ss. del Codice del Lavoro).

[10] Con termini simili v. P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, in *Sinappsi* 2020, 131-143 il quale fa notare che l'attribuzione di facoltà così rilevanti alle parti sociali rappresenta in qualche modo un inedito in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Ciò, tuttavia, non significa che in ambito lavorativo non vengano adottati o seguiti protocolli o linee guida. Anche in tale settore si fa ricorso a strumenti di tal tipo in quanto si dimostrano capaci di soddisfare l'esigenza di codificare procedure cui i vari attori della sicurezza devono conformarsi. Questo, peraltro, vale non solo rispetto alla disciplina della prevenzione dei rischi-infortuni sul lavoro, ma anche a quella prevenzione di rischi-reato *ex* d.lgs. 231/2001.

[11] D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit. Da ciò sarebbe derivata la necessità di adottare misure chiare e uniformi per tutti gli ambiti e settori; ciò, anche al fine di corresponsabilizzare tutte le rappresentanze economico-professionali. Ancora: P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit., 133.

[12] Si deve, infatti, operare una differenza tra il concetto di "linee guida" e quello di "protocolli", giacché spesso si assiste ad una loro assimilazione, quando invece le prime si distinguono dai secondi, perché più dettagliati e quindi dotati di maggiore intensità precettiva. Sul punto P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, Padova 2003, 179 ss.; L. Ramponi, in D. Castronuovo, L. Ramponi, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina, Le responsabilità in medicina*, Milano 2011, 933 ss., spec. 972 ss. In generale sul tema v. anche D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli 2021, spec. 155 ss. Si consideri, inoltre, che oltre ai vari Protocolli anti-contagio, assumono particolare rilevanza anche le "*Linee guida per la ripresa delle attività economiche e sociali*" formulate dalla Conferenza Stato-Regioni a maggio 2020. Si tratta,

che è già di per sé esplicita, ma anche dal contenuto stesso delle disposizioni che, in effetti, ripropongono la struttura, ma anche la forma delle "linee guida". Tale strumento viene generalmente impiegato in ambienti diversi da quelli tipicamente lavorativi (es. medico-sanitari)[13] e, nondimeno, serve al fine di "indirizzare", e non anche di "obbligare", verso l'adozione di determinati comportamenti (c.d. *soft regulation*)[14]. Non è così, tuttavia, in relazione alle *guidelines* contenute nei protocolli in questione: le misure anti-contagio dovevano, infatti, essere rispettate dalle imprese; pena, altrimenti, «la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza»[15]. Formula questa che pone la necessità di comprendere fino a che punto le disposizioni in questione siano capaci di integrare gli estremi di "regole cautelari" idonee, se violate, a

nella sostanza, di indirizzi operativi utili per favorire l'applicazione delle misure di prevenzione e contenimento nei diversi settori (ristorazione e cerimonie; attività turistiche e ricettive; cinema e spettacoli dal vivo; piscine termali e centri benessere; servizi alla persona; commercio; musei, archivi, biblioteche, luoghi della cultura e mostre; parchi tematici e di divertimento; circoli culturali, centri sociali e ricreativi; convegni e congressi; sale giochi, sale scommesse, sale bingo e casinò; sagre e fiere locali; corsi di formazione; sale da ballo e discoteche).

[13] Il settore medico-sanitario è quello per lo più interessato dall'utilizzo di *best practises*, linee guida, protocolli e raccomandazioni. Si tratta, invero, di un ambito in cui, a differenza da quello tipico lavorativo, si sostengono generalmente imputazioni per "colpa generica" (specie per imperizia). Questo, di fatto, determina l'accostamento del concetto di "imperizia" e a quello di "colpa specifica/professionale", tanto che (riprendendo anche quanto previsto all'interno dell'art. 590 *sexies*) l'imperizia non produce responsabilità a condizione che si rispettino linee-guida e/o (buone) pratiche che risultino adeguate al caso concreto. Nondimeno, anche in questo settore, si assiste ad una sempre più crescente positivizzazione di regole cautelari. Sull'importanza assunta dall'imperizia in relazione alla "colpa professionale", v. O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, in *ED*, II, *Reato Colposo*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 633 ss. Sulla rilevanza delle linee guida e sulla responsabilità medica cfr., tra gli altri, L. Ramponi, *op. cit.*, 933 ss., spec. 972 ss.; A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della* malpractice, Torino 2012, *passim*; M. Caputo, *"Filo d'arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *RIDPP* 2012, 882 ss.; C. Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *CP* 2013, 2999 ss.

[14] Questo di fatto deriva dal modo e dagli scopi che muovono, da un lato, le varie autorità scientifiche a confezionare tali linee guida e, dall'altro, le autorità politiche a recepirle. Sul punto v. M. Caputo, *"Filo d'arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit., secondo cui «[l]a *ratio* cautelare sottesa alle linee guida, ossia la loro vocazione a preservare/migliorare la salute del paziente, non [è] affatto esclusiva, perché coesiste con altre *rationes* di marca organizzativa ed economica, [...] non solo regole cautelari, dunque, ma vettori di programmazioni sanitarie sostenibili e razionali. [...] [l]e linee guida hanno il valore di un'indagine epidemiologica, sottendono generalizzazioni probabilistiche, ma non forniscono ancora la prova che quel malato, steso sul letto di quell'ospedale, affetto da quella patologia, debba forzosamente essere iscritto, in assenza di un'attenta indagine individuale, nel novero dei tanti pazienti senza nome usati come leva della raccomandazione clinica».

[15] Così, l'art. 2 co. 6 del D.p.c.m. del 26.4.2020. Invero, oltre alla chiusura dell'attività, occorre considerare quanto previsto dall'art. 4 co. 1 del D.l. n. 19 del 2020 che dispone che «[s]alvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'articolo 1, comma 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2, comma 1, ovvero dell'articolo 3, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3». Per un'analisi di tale comma v. S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *www.giustiziainsieme.it* 4.5.2020; v. anche R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 107. Cfr. anche: l'art. 1 co. 3 del D.p.c.m. 22.3.2020; art. 1, co. 2, lett. *gg* del D.l. n. 19 del 2020; l'art. 1 co. 14 del d.l. 16.5.2020, n. 33; l'art. 2 co. 6 del D.p.c.m. 26.4.2020; l'art. 1, lett. *ll*, punto c, D.p.c.m. del 17.5.2020; l'art. 1, lett. *ll*, punto c del D.p.c.m. 11.6.2020.

formulare un addebito colposo per "colpa specifica"; ciò, considerando soprattutto la loro struttura elastica, nonché il carattere aperto e dinamico che le contraddistingue[16].
Si tratta, tuttavia, di un problema che affronteremo tra un attimo.
Si ritiene per ora opportuno porre l'accento su un ulteriore punto. Occorre domandarsi quale sia, nel concreto, il rilievo assunto dalla espressione «le linee guida sono utili al fine di agevolare l'adozione da parte delle singole imprese di specifici protocolli anti-contagio»[17]. Più nel dettaglio, ci si chiede fino a che punto si "poteva spingere" l'autonomia dei singoli datori di lavoro nell'ambito dell'implementazione di tali protocolli e, in specie, sotto il profilo della valutazione del c.d. "rischio covid": questi avevano la possibilità di intervenire "integrando" e/o eventualmente "derogando" alle disposizioni concertate a livello centrale in base alle peculiarità dell'attività lavorativa svolta? Oppure, dovevano conformarsi alle direttive ricevute a livello centrale, tutt'al più limitandosi semplicemente ad "adattarle"[18]?
Parte della dottrina, nel tentare di rispondere a tali domande, ha invero notato come l'esperienza pandemica abbia inciso sul piano della tecnica legislativa adottata in materia di sicurezza sul lavoro[19].
È risaputo, in particolare, che soprattutto grazie all'influenza delle fonti sovrannazionali (e, in specie, alla direttiva-quadro 89/391/CEE) si è, in tale settore, assistito ad un progressivo abbandono della logica accentratrice del *command and control* che governava i precedenti testi normativi e, in particolare, il d.P.R. 27.4.1955 n. 547 ("Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro") e il d.P.R. 19.3.1956 n. 303 ("Norme generali per l'igiene del lavoro"). Tale logica si è, infatti, dimostrata essere, con il passare del tempo, poco flessibile e inefficace a fronte delle diverse esigenze di tutela e prevenzione dei rischi che si potevano (e possono) verificare nei vari ambienti lavorativi[20]. Questo ha, di fatto, indirizzato il legislatore di "seconda generazione" verso

[16] A prescindere, infatti, dalla natura *lato sensu* normativa, e quindi dal richiamo e/o dalla copertura operata delle varie fonti (primarie o secondarie che siano), si pone una questione da cui non si può (e potrà) sfuggire: le "linee guida" possono giustificare imputazioni a titolo di "colpa specifica", a condizione però, che non emergano situazioni che siano tali da dover indirizzare il singolo operatore in una direzione diversa da quella espressa all'interno di tali pratiche condivise. In casi del generale riemergerebbe, infatti, la possibilità di contestare una "colpa generica" (a seconda dei casi *sub specie* di "imperizia esecutiva", o anche di "negligenza"). Si tratta comunque di un aspetto che valuteremo a breve.
[17] Una formula simile è utilizzata anche in Francia. Sul sito del Ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion, in relazione al *Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de COVID-19* si è infatti specificato che «*Chaque entreprise applique donc ces recommandations dans le cadre de sonobligation en matière de santé et sécurité. Il appartient à l'employeur par la voie du règlement intérieur ou par note de service portée à la connaissance de tous, de préciser – à la suite de l'analyse des risques effectuée et en privilégiant le dialogue social – les modalités permettant notamment la mise en œuvre de l'ensemble des gestes et mesures barrière identifiées*». [Per maggiori approfondimenti v. *Questions – Réponses Réglementation risques biologiques. Décret n° 2021-951 du 16 juillet 2021 arrêté du 18 décembre 2020*].
[18] Invero, sono gli stessi protocolli a definire non esaustive le disposizioni *ivi* contenute. In questo senso si consideri la seguente formula: «le imprese adottano il presente protocollo di regolamentazione all'interno dei propri luoghi di lavoro, oltre a quanto previsto dal suddetto decreto, applicano le ulteriori misure di precauzione di seguito elencate - da integrare con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali - per tutelare la salute delle persone presenti all'interno dell'azienda e garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro».
[19] D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 389; P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit., 132; V. Mongillo, *op. cit.*, 26.
[20] V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna 2013, 338 ss., 352 ss., 398 ss. Per una disamina generale v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 389 ss.

un sistema di "cogestione" pubblico-privata (della valutazione) del rischio[21]: si è così giunti – dapprima al d.lgs. 19.9.1994 n. 626, e poi – al c.d. Testo unico sulla sicurezza del lavoro (T.U.S.L., d.lgs. 9.4.2008 n. 81) con cui si è approntato un sistema di prevenzione aziendale ispirato alla logica del c.d. *self-regulation*[22].

Il complesso processo di valutazione del rischio realizzato a livello dislocato-aziendale implica, attualmente, l'attribuzione al datore di lavoro (garante per eccellenza della sicurezza) di un potere di auto-normazione e di integrazione delle regole che promanano dalla fonte pubblica. In questa maniera, tale soggetto concorre non solo a delimitare (maggiormente) l'area di quelli che sono i c.d. "rischi consentiti", ma anche a definire un apparato cautelare quanto più possibile vicino ai singoli, che tuteli e rispetti le peculiarità delle attività lavorative svolte[23].

Parte della dottrina ha, però, evidenziato come la situazione sia cambiata in relazione al c.d. rischio di infezione da Covid-19: gli enti centrali, a fronte dell'emergenza pandemica, avrebbero infatti deciso di (ri-)approntare un modello di gestione "pubblicistico" del rischio, con conseguente abbandono di quello di "cogestione" pubblico-privata[24]. Altra dottrina, usando invero toni più cauti, si è espressa nel senso di sostenere che si è adottata una tattica di contrasto alla diffusione

[21] D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 390.

[22] Per una critica a tale metodo v. la fondamentale opera di F. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute nei luoghi di lavoro*, in *RIDPP* 2003, 55 ss. In senso opposto, v. R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza*, cit., 89 s. In generale, sull'auto-normazione v. C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale*, in *DPP* 2015, 261 ss. In relazione al più complesso dibattito tra diritto penale classico e diritto penale moderno v. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 117. In generale, sulla necessità di confrontarsi con la società del rischio v. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma 2000.

[23] In generale, sul concetto di "rischio consentito" e sulla teoria dell'imputazione oggettiva *ex multis* v. M. Donini, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *RIDPP* 1989, parte I e II, 588 e 1114; Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, *passim*; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006; Id., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *ED, Annali* III 2010; A. Pagliaro, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *RIDPP* 1992, 779 ss.; A. R. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano 2004, *sub* Art. 41, 403 ss.

[24] P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit., 132; P. Pascucci, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *www.giustiziacivile.com* 17.5.2020, 4 s. Con toni meno perentori v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 389 ss. che dopo aver sostenuto che «[i]l ritorno ad un modello normativo centralizzato non ha messo tuttavia in discussione la necessità di una strategia partecipata di gestione del rischio. [i]l Protocollo condiviso [...] realizzato tra il Governo e le parti sociali [...] testimonia ancora una volta l'opportunità di gestire l'emergenza pandemica attraverso un confronto tra diversi soggetti protagonisti del mondo produttivo» precisano comunque che «[l]o spazio per ulteriori integrazioni e specificazioni delle misure di contenimento della diffusione del virus riguardanti il singolo luogo di lavoro è molto esiguo. [d]a questo punto di vista il datore di lavoro non è competente "per materia", né dispone di ulteriori informazioni e/o conoscenze che gli conferiscono un potere di impedimento specifico rispetto al rischio Covid-19».

del Covid-19 che contempera *command and control* e *self-regulation*[25] e che, nello specifico, si articola su *tre livelli*, caratterizzati dalla progressiva specificazione delle cautele[26].
Quel che è certo è che l'incertezza scientifica (che ancora oggi governa la materia) non consentiva di attribuire ai (soli) titolari delle imprese la decisione su quelle che erano (e sono) le misure che dovevano (e devono) essere adottate al fine di contenere e contrastare il virus all'interno degli ambienti di lavoro. Il datore di lavoro era, in questo senso, obbligato ad adeguarsi alle indicazioni contenute nell'ambito dei protocolli condivisi, in quanto queste costituivano la trasposizione delle acquisizioni della miglior scienza ed esperienza.
Tale conclusione, seppur vera in via di principio, ci indirizza nel senso di esaminare più da vicino le disposizioni anti-contagio: il fine è evidentemente quello di comprendere fino a che punto il singolo operatore fosse vincolato nel suo operato; e/o se, al contrario, residuavano ancora taluni spazi di manovra che gli consentivano di realizzare in proprio valutazioni sul rischio da contagio da Covid-19. Laddove si avallasse quest'ultima soluzione, la conclusione potrebbe essere quella di non escludere (del tutto) la possibilità di muovere addebiti per "colpa generica". Procediamo, dunque, per gradi.

3. La dottrina è pressoché unanime nell'escludere la possibilità di configurare un addebito doloso in relazione ai casi di potenziale responsabilità da contagio Sars-CoV-2: il cittadino, così come anche il datore di lavoro, non possono, infatti, per definizione rappresentarsi e né tantomeno volere un puntuale e definito scenario lesivo[27]; ciò, soprattutto considerando il carattere ubiquitario di tale virus (che è tale da impedire una tracciabilità dei canali di trasmissione), e soprattutto la

[25] Il modello di gestione compartecipata dei rischi si sarebbe, in questo modo, in parte avvicinato a quello previsto in paesi stranieri di c.d. *collective self regulation*. Si pensi, ad esempio, all'esperienza anglosassone in cui la politica delineata nell'*HSWA* 1974 si realizza, principalmente, attraverso un sistema di delega di funzioni istituzionali a due organismi: la *Health and Safety Commission* (*HSC*) che è costituita da rappresentanti degli imprenditori, dei lavoratori e delle autonomie locali; e la *Health and Safety Executive* (*HSE*), ovverosia un consiglio di esperti nominati dalla Commissione, che elabora piani e proposte ed è responsabile per la realizzazione delle politiche di sicurezza definite dall'HSC. Per una disamina più dettagliata della disciplina e struttura: V. Torre, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale*, cit., 123 ss. L'*HSE* ha, invero, assunto un ruolo chiave durante l'emergenza pandemica. Tra le varie direttive fornite da tale istituto spiccava la necessità di provvedere ad un aggiornamento della valutazione del rischio («*You should start by updating your risk assessment to manage the risk of coronavirus (COVID-19) in your business*»). È chiaro come non si trattasse di un obbligo, dato l'utilizzo del termine "should"; costituiva, tuttavia, una raccomandazione fortemente consigliata. Per una disamina v. *https://www.hse.gov.uk/toolbox/index.htm*. Peraltro, sempre sul tema dell'emergenza pandemica è intervenuto il governo inglese (e, in particolare, il *Department for Business, Energy & Industrial Strategy*) stanziando una *Guidance for people who work in or run offices, factories, plants, warehouses, labs and research facilities and similar indoor environments*. Per un aggiornamento continuo delle misure attualmente adottate v. *www.gov.uk/guidance/working-safely-during-covid-19/offices-factories-and-labs*.
[26] V. Mongillo, *op. cit.*, 26. In particolare l'Autore colloca al primo livello le misure minime di fonte statale; al secondo i protocolli condivisi; e al terzo livello i protocolli aziendali fatti su misura. Si ritiene, invero, di dover avallare detta tesi, giacché seppur vero che l'intervento assunto a livello centrale è stato determinante, è altrettanto necessario che le generali misure anti-contagio vengano comunque calibrate in base al settore di riferimento, nonché alle specifiche esigenze di tutela e prevenzione dei rischi. Ad ogni modo emerge, in maniera inequivoca, la natura c.d. "bi-frontale" dell'obbligo di sicurezza. Sul punto v. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit., 133.
[27] V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio: a che punto siamo?*, in *www.archiviopenale.it* 21.9.2021, 1 ss.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 385.

possibilità di contrarre la malattia in maniera silente (c.d. asintomatici) o, al più, sotto la forma di un semplice raffreddore (c.d. paucisintomatici)[28].
È, tuttavia, ipotizzabile un addebito colposo nelle ipotesi di mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, dei *dicta* contenuti nei *corpora* concertati a livello nazionale[29]. In questo senso, parte della dottrina si è apprestata a precisare che se davvero di addebito colposo si vuole parlare, lo stesso non può che essere formulato sotto la forma della "colpa specifica": deve, al contrario, escludersi la possibilità di muovere un rimprovero per "colpa generica"[30]. Ciò, invero, per due fondamentali ragioni.
In primo luogo, si deve considerare il fatto che tali protocolli hanno, quasi fin da subito, assunto valore *lato sensu* normativo e obbligatorio: l'imprenditore doveva (e deve), dunque, necessariamente conformarsi a quanto previsto all'interno di tali testi. La questione avrebbe avuto, quasi sicuramente, connotati diversi se questi non avessero assunto tale portata; e ciò, tanto perché si sarebbe potuto sostenere l'inefficacia cautelare-preventiva delle misure e/o disposizioni, quanto perché si sarebbe potuto contestare, sul piano formale, l'obbligatorietà dei *dicta* ivi contenuti[31].

[28] In generale, sul difficile accertamento del nesso di causalità e sull'incertezza scientifica che governa la materia v. O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 110 ss.; S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit.; V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *www.archiviopenale.it* 7.8.2020, 1 ss.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 395. Si permetta anche un rinvio a M. F. Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in *www.archiviopenale.it* 20.12.2020, 1 ss.
[29] O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 10, secondo cui l'incertezza scientifica, pur non incidendo sul primo momento dell'accertamento della colpa (che attiene alla violazione della regola cautelare ad opera di un soggetto), può, al contrario, influire sul secondo momento dell'accertamento della colpa che attiene all'efficacia impeditiva della c.d. condotta alternativa lecita. Specifica, altresì, l'Autrice che andrebbe valutata con grandissima prudenza l'opportunità di sollevare rimproveri colposi nei riguardi del datore di lavoro per il mero fatto che sia inadempiente all'obbligo di aggiornare il D.V.R. Sul punto v. anche 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, 503 ss. secondo cui : «[v]edo la responsabilità colposa nei contesti di contagio da Covid-19 costretta tra due fronti: da un lato, il limite intrinseco costituito dai requisiti costitutivi della colpa; dall'altro, il limite normativo estrinseco di ridescrizione del tipo colposo, che, peraltro, come spesso accade nel diritto penale del lavoro, presenta profili di elasticità che rimettono in campo i giudizi valutativi del datore di lavoro con i connessi rischi della fagocitante colpa generica. I limiti della responsabilità colposa saranno, quindi, condizionati dalla lettura più o meno stringente che ne darà l'interprete e dalla capacità di leggere nell'art. 29-*bis* cit. lo strumento per limitare la responsabilità datoriale in presenza di prescrizioni tipizzate nei protocolli, ma elastiche o facoltative». V., inoltre, il recente contributo di P. Veneziani, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *www.sistemapenale* 28.4.2022.
[30] Sul punto v. il monito di F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *www.sistemapenale.it* 26.4.2020. Cfr. anche V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, 6 ss.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 387. *Contra*: O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 12 ss. Ravvisa una fondamentale omogeneità tra colpa specifica e colpa generica G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 313 ss. V. anche M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 70 ss. ritiene che in presenza di incertezza scientifica non possa che esserci "colpa specifica". Per una disamina, più generale: R. Bartoli, *Fonti della colpa*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 518 ss., 542.
[31] D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo, Un catalogo ragionato*, in *DPC riv. trim*. 2016, 236 secondo cui «[l]e inosservanze di regole cautelari contenute in "norme tecniche", buone prassi o linee guida richiamate da fonti cogenti, in presenza del nesso tra la condotta inosservante e l'evento lesivo, ripetono, per lo meno a grandi linee, lo schema della colpa specifica. Per contro, negli altri casi, i problemi legati alla non obbligatorietà di tali protocolli – e magari alla loro fungibilità rispetto a misure diverse e alternative – vanno risolti mediante riconduzione ai criteri di ricostruzione della colpa generica, rispetto alla quale tali fonti tendono ad assumere un ruolo analogo a quello delle regole (tecniche di) perizia». V. anche D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 335 che in relazione alle linee guida parla di parametri di riferimento per l'attività di auto-controllo o modelli generali di auto-

Nondimeno, a fronte di quest'ultima obiezione, si sarebbe comunque potuto ribattere dicendo che l'impiego di "buone prassi", "linee guida" e "norme tecniche" non costituisce una novità del tutto assoluta negli ambienti lavorativi; ciò anche considerando quanto previsto all'interno dell'art. 2 lett. *u, v, z* del d.lgs. 81/2008 in cui si enucleano delle definizioni di questi concetti[32]. Si tratta, invero, di strumenti il cui impiego potrebbe leggersi e giustificarsi avendo riguardo alla tendenza alla formalizzazione e procedimentalizzazione delle regole cautelari; tendenza che, in effetti, regge e governa il binomio del "*risk assessment*" e "*risk management*" e che, non a caso, determina una erosione della "colpa generica" con conseguente dilatazione di quella "specifica"[33].
D'altro canto, si ripropone il ragionevole argomento (già esaminato sul piano della valutazione e gestione del rischio) secondo cui le incertezze cognitive e predittive, nonché le difficoltà, ancora oggi presenti, di fronteggiare non solo la "diffusione", ma anche di fatto il "mutamento" dei coronavirus in altre versioni (potenzialmente più letali e contagiose), rendevano (e rendono) nella sostanza "inesigibile" l'adozione di misure cautelari diverse, ulteriori e sganciate dalle indicazioni preconfezionate dall'autorità pubblica in concerto con la comunità scientifica e le parti sociali[34].
La colpa datoriale dovrebbe, dunque, essere circoscritta ai soli casi di inosservanza delle cautele che erano (e sono) appositamente contenute e codificate all'interno dei summenzionati protocolli. Questo, in effetti, è ciò che deve sostenersi probabilmente anche in virtù del principio della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile" che potrebbe ritenersi nei fatti rispettato con l'adeguamento dei datori di lavoro a tali *dicta*.
Alla luce di tali argomenti – senz'altro corretti in via di principio ma che necessitano, ad avviso di chi scrive, di talune specificazioni – tra gli scopi dell'art. 29-*bis* rientrerebbe anche quello di scongiurare la possibilità di muovere, nei riguardi dei datori di lavoro, ulteriori e indefiniti addebiti "generali colposi" che trovino un addentellato normativo nell'ambito dell'art. 2087 Cc. D'altronde, è noto come quest'ultima disposizione costituisca (insieme anche al concetto stesso di "colpa generica"), uno degli espedienti che più di frequente si usa al fine di ampliare le maglie della responsabilità datoriale colposa. Spesso, infatti, si assiste in giurisprudenza ad accertamenti di responsabilità colpose che pur essendo in apparenza ispirate al principio della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile"[35], sono al contrario influenzate dalla logica sottesa al criterio

regolazione dei privati. V. peraltro P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 182; L. Ramponi, *op. cit.*, 972; P. Piras, A. Carboni, *Colpa medica e attività in équipe*, in Aa. Vv., *Medicina e diritto penale*, a cura di S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani, Pisa 2009, 285 ss.; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino 2004, cit., 506.

[32] D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit.

[33] Sul punto P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 178, 184, 188 in quale se da un lato palesa una sistematica emersione e formalizzazione di regole anche in campo medico-sanitario; dall'altro definisce le linee guida come "un'arma a doppio taglio". In particolare, in relazione alla responsabilità medica, come fatto notare da M. Caputo, voce *Colpa medica*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 161 verificatosi un evento avverso il congedo immotivato dalle linee guida può essere brandito per accusare il sanitario (*inculpatory way*), mentre la stretta osservanza sarà invocata per discolparsi (*exculpatory way*). In quest'ultimo senso v. anche A.R. Di Landro, *op. cit*., 12 ss.

[34] D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 387.

[35] Sulla differenza tra "massima sicurezza tecnologicamente fattibile" *vs.* "massima sicurezza ragionevolmente praticabile" cfr.: V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 59 ss.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 29 ss., 101 ss. Per una critica all'impiego di norme precauzionali scritte, ma connotate da un precetto ad "ampio spettro" e da "cautele generiche" v. *ex multis* C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *RIDPP* 1997, 1491 ss. Sul tema v. anche O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 396 che fa la distinzione tra norme ansiolitiche (dall'incerta attitudine preventiva) e norme a trama aperta (con efficacia preventiva superata).

del "senno di poi"[36]. Nondimeno, altrettanto frequentemente si giunge ad accertare la presenza di comportamenti colposi, malgrado la mancata violazione di specifiche regole cautelari; ciò sul presupposto che rimarrebbero, comunque, dei residui di rimproverabilità per "colpa generica", a prescindere dalla struttura della regola cautelare considerata ("rigida" o "aperta")[37].
Lo sforzo (senz'altro lodevole) profuso dalla dottrina che si esamina incontra, tuttavia, un ostacolo laddove ci si pone al confronto con il dato scritto, per la cui analisi si rinvia al paragrafo che segue.

4. Una trattazione (seppur minima) a parte merita lo strumento prescelto per fronteggiare la pandemia in atto: le linee guida. Tale espressione non deve, in effetti, intimorire: essa potrebbe richiamare alla mente l'idea di avere a che fare con delle mere "raccomandazioni" e/o con "indicazioni di massima" prive di rilevanza e vincolatività tanto sul piano giuridico, quanto su quello pratico. In realtà, non è così; o meglio: non è del tutto così.
Si tratta di un espediente logico-giuridico di cui (come si è già accennato) si fa ampio impiego in ambito medico; e ciò, invero, non stupisce, essendo la medicina "la scienza imperfetta" per definizione. In particolare, scorrendo le varie definizioni fornite dalla dottrina che si è espressa in relazione proprio a tale materia, è agevole rendersi conto che gli studiosi concordino nel definire le linee guida come un percorso diagnostico terapeutico ideale, suggerito sulla base della miglior scienza ed esperienza; questo, tuttavia, non preclude che comunque il singolo operatore possa scegliere di adottare soluzioni e/o percorsi terapeutici diversi, a condizione questi siano calibrati in base alle specifiche esigenze di cura e prevenzione del paziente.
Non è un caso, allora, che tale strumento sia stato scelto per fronteggiare la pandemia. Il buio non solo "ontologico", ma anche e soprattutto "nomologico-cognitivo" circa il nuovo coronavirus, si è evidentemente tradotto nell'impossibilità di confezionare regole "fisse" e "predeterminate", per cui si è preferito, al contrario, fare ricorso a regole "elastiche" capaci di adattarsi ai singoli contesti di riferimento[38].
Nondimeno, è proprio avendo riguardo all'ambito medico-sanitario che si è posta la questione circa la reale natura delle "linee guida" e dei "protocolli": in particolare ci si è chiesto se tali strumenti possano essere annoverati fra le fonti di produzione di regole cautelari suscettibili di

[36] Sulla logica del "senno di poi" che governa la colpa v. *ex multis*: D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 289, 303; C. Piergallini, voce *Colpa (dir. pen.)*, in *ED, Annali* X 2017, 235 ss.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 91, 260. Avendo riguardo anche ai profili della causalità A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte ad esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *LP* 2011, 397 ss., 419.
[37] Per una critica all'utilizzo della "colpa generica" quale "jolly processuale", *ex multis*, v. D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, cit., 330 ss.; Id., *La colpa penale*, cit., 220.
[38] Sulla differenza tra regole cautelari "rigide" ed "elastiche" avendo riguardo alle varie posizioni assunte dalla dottrina v. *ex multis*: R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 531 s. L'Autore invero, in relazione alla definizione di regole cautelari dal contenuto elastico, considera due orientamenti dottrinali: da un lato vi sarebbero coloro che vagliano la descrizione (rigida o elastica) da parte della regola del comportamento dovuto; dall'altro, coloro che invece si concentrano maggiormente sulla tipizzazione della situazione di rischio. Importante anche la distinzione tra regole cautelari "proprie" e "improprie"; sul punto v. P. Veneziani, *Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, *passim*. Invero, sul tema v. S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 5 secondo cui «le misure e gli strumenti preventivi dei contagi, di ordine collettivo e individuale, appartengono al novero delle regole cautelari c.d. improprie: esse, cioè, sono in grado di ridurre significativamente il rischio di contagio, ma non di azzerarlo (con l'eccezione, forse, dei dispositivi speciali in dotazione ai sanitari, come le tute bianche e i caschi, che però evidentemente non fanno parte del corredo di cautele la cui adozione è doverosa per altri soggetti garanti, quali ad esempio i datori di lavoro)».

fondare ipotesi di "colpa specifica"; oppure se queste possano, al massimo, costituire delle mere fonti di cognizione delle *leges artes*[39].
Si tratta, invero, di una scelta che, al netto delle esigenze tassonomico-formali di classificazione, conduce a dei risvolti pratici di non così poca rilevanza. L'assimilazione di tali strumenti ad effettive regole cautelari costituirebbe, anzitutto, un'interessante cartina tornasole della crescente positivizzazione delle regole cautelari cui, da ultimo, si assiste anche in ambito medico-sanitario[40]; tendenza che – seppur vista con favore, in quanto mira a tutelare la certezza del diritto, la determinatezza della fattispecie e a ridurre al minimo il potere discrezionale del giudice – rischia, nella sostanza, di depotenziare la colpa sotto il profilo personale-soggettivo e quindi di ridurla ad una mera inosservanza[41].
Per altri versi, la possibilità di accogliere una colpa specifica livellata su linee guida come fonte di produzione della regola cautelare, potrebbe condurre a realizzare un giudizio meramente formale di difformità del comportamento dalle prescrizioni[42]. Ciò, di fatto, trasformerebbe il delitto colposo in un reato di pericolo astratto-presunto, facendo sbiadire la essenziale dimensione dell'evento, e il correlato «riscontro della realizzazione dei profili di colpa nel risultato lesivo o infausto»[43].

---

[39] Con termini simili L. Ramponi, *op. cit.*, 973.
[40] A.R. Di Landro, *op.cit*., 102 ss., 173 ss., *passim*; M. Caputo, *"Filo d'arianna" o "flauto magico"?*, cit., 14 ss.; Id., *Colpa medica*, cit., *passim*; R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 530. Sulla tendenzialmente scarsa determinatezza della fattispecie colposa quale aporia da accettare poiché sostanzialmente ineliminabile v. D. Castronuovo, *Colpa penale*, cit., 163, 177 s.
[41] M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 124 ss., 130.
[42] Tale colpa, invero, assume connotati misti, tanto che parte della dottrina l'ha definitiva come una "forma ibrida" di colpa (c.d. colpa "protocollare" o "procedurale" a seconda delle ipotesi); così, D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 219; Id., *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo,* cit., 216 ss. In generale, sull'opportunità di nozioni differenziate di colpa, M. Donini, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova 1996, 334-378; Id., *L'elemento soggettivo della colpa.*, cit., 124 ss. Per la prospettazione, *de lege ferenda*, di una colpa esplicitamente "procedurale", si veda M. Donini, *Modelli di illecito penale minore. Contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica,* in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza del prodotto*, a cura di M. Donini, D. Castronuovo, Padova 2007, 299, 301. L'emersione di espressi profili procedurali è immaginata proprio in relazione ad una fattispecie delittuosa di "esposizione a pericolo dei lavoratori": «1. Il datore di lavoro, il suo delegato o gli altri soggetti obbligati che, con dolo o colpa grave, omettendo di adottare le cautele o di osservare le procedure di sicurezza prescritte dalle leggi o regolamenti nazionali o comunitari in materia di prevenzione e tutela contro infortuni sul lavoro o malattie professionali, producono una situazione di pericolo concreto per la vita, l'incolumità o la salute di più lavoratori, distinta dalla mera inosservanza, sono puniti (con pena detentiva o pecuniaria + pena interdittiva)»; con riferimento alla sicurezza alimentare e del prodotto v. *ibidem*, 287, 306.
[43] Così L. Ramponi, *op. cit*., 973. Sul rilievo dell'evento nella struttura del reato colposo v. G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 114; A.R. Di Landro, *op. cit*., 102. Sulla possibilità (rischio?) di assimilare i reati colposi ai reati di pericolo v., anche M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 125 ss., spec. 132; Id., *Prassi e cultura del reato colposo, La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *DPC riv. trim*. 2019, spec. 4 ss. il quale specifica che «[l]a definizione dell'art. 43 c.p., che sembra dimenticarsi del soggettivo quando descrive la c.d. colpa specifica, deve dunque essere integrata in via ermeneutica, non seguita pedissequamente. Si faccia attenzione: se la colpa fosse mera inosservanza sarebbe già colpa quel fatto, sarebbe automaticamente colposa ogni contravvenzione antinfortunistica, e non occorrerebbe accertare altro. Invece, se la colpa è un elemento che rimane soggettivo, la regola cautelare è stata violata colposamente solo a determinate condizioni soggettive ulteriori». Sull'arretramento della soglia di punibilità quale insufficienza sopravvissuta al processo di normativizzazione v. F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 76; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 186. In generale sulla flessibilizzazione delle categorie classiche F. Stella, *Giustizia e Modernità*. *La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003; A. Gargani, *op. cit*., 397 ss.; Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *RIDPP* 2002, 634 ss.

In materia medico-sanitaria, la giurisprudenza è stata per molto tempo unanime nell'escludere che le linee guida possano integrare regole cautelari suscettibili di fondare ipotesi di colpa specifica: da un lato, per la varietà e per il diverso grado di qualificazione (si può, infatti, avere a che fare con linee guida non sufficientemente collaudate, non ampiamente condivise, ispirate ad una logica precauzionale o, ancor peggio, ad una imprenditoriale di spesa[44]); dall'altro, soprattutto per la loro natura di strumenti di indirizzo e orientamento privi della prescrittività propria della regola cautelare, per quanto elastica[45]. Tale orientamento si è protratto fino alle Sezioni Unite Mariotti in cui si è affermato che si tratta di «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene»[46].
Quanto alla dottrina, senza negare che talvolta le linee guida possano essere annoverate tra le fonti di cognizione delle regole cautelari, si è specificato che non sempre è così. A tal fine occorre vagliare la presenza di una serie di presupposti che attengono tanto ad aspetti "genetici" e "strutturali" (per cui occorrerà chiedersi: di che linee guida si tratta? Sono linee guida di livello internazionale o di portata nazionale? Sono state recepite all'interno di atti amministrativi generali quali, ad esempio, i regolamenti? Hanno portata generale o limitata ai singoli unità, ambienti e/o settori? ecc.); quanto alla loro capacità di uniformarsi a quelle che sono le caratteristiche che connotano e contraddistinguono, in generale, le "regole cautelari"[47]. Con tale espressione si fa riferimento a norme a statuto nomologico-esperienziale[48], la cui vigenza ed efficacia dipende dalla generale idoneità delle stesse a prevenire la verificazione di determinati eventi, con conseguente

[44] A.R. Di Landro, *op. cit*., 136, 150 *passim*. Sul tema delle linee guida v. anche: P. Piras, *La colpa medica: non solo linee guida*, in *www.penalecontemporaneo.it* 2011 secondo cui le linee guida «[p]resentano però svantaggi, che inducono perplessità al loro uso quale criterio di ascrizione del fatto colposo. Svantaggi che si riducono fondamentalmente a due: *a)* l'elaborazione delle linee guida tiene talvolta conto anche di esigenze di contenimento di spesa, cioè economiche, che sono estranee alla salute del paziente, che è però il bene penalmente protetto, in riferimento al quale deve avvenire l'individuazione della regola cautelare; *b)* le linee guida possono fungere da scudo di medicina difensiva, nel senso che, cullando l'idea dell'impunità, il medico è indotto ad attenervisi sempre e comunque, anche quando il caso concreto è peculiare e impone un diverso trattamento terapeutico rispetto a quello in esse previsto». P. Piras, A. Carboni, *op. cit*., 290.
[45] Così, Cass. 29.1.2013 n. 16237 (c.d. sentenza Cantore).
[46] Cass. S.U., 21.12.2017 n. 8770. In generale sul tema v. R. Blaiotta, *Niente resurrezioni, per favore. A proposito di s.u. mariotti in tema di responsabilità medica*, in *www.penalecontemporaneo.it* 2018; C. Cupelli, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in www.penalecontemporaneo.it 2018; G. M. Caletti, M. L. Mattheudakis, *La fisionomia dell'art. 590*-sexies *c.p. dopo le Sezioni unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze*, in *www.penalecontemporaneo.it* 2019; A. Massaro, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *www.giurisprudenzapenale.com* 2017, 12.
[47] Sul carattere a "struttura modale" delle regole cautelari v. F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova 1993, 233 ss.; v. anche O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 389 ss. Sulla differenza tra fonti di produzione e l'individuazione del comportamento effettivamente dovuto v. R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 521, 524 ss., 529. Distingue tra *genesi* e *individuazione* delle regole cautelari, anche D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 279 ss., 284 ss. Quanto al rapporto tra regole cautelari e Covid-19 v. O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov*-2, cit., 10.
[48] Le regole cautelari non devono necessariamente avere natura giuridica, in quanto si fondano su un paradigma etiologico e nomologico. Hanno, pertanto, il medesimo statuto delle leggi scientifiche: sono valide in funzione della loro efficacia preventiva e non già in virtù del loro recepimento in una fonte normativa formale. Sul punto, v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 284 ss.

capacità di perimetrare, per il cittadino, l'area e il confine di un "rischio lecito" e "consentito"[49]. È la legittimazione empirica – e quindi il fatto che la prassi o procedura goda, in un determinano momento storico e in uno specifico ambito, di un consenso trasversale e generalizzato – ad attribuire, dunque, alla "direttiva" il connotato di regola cautelare. Ciò a prescindere non solo dalla recezione della stessa in una specifica disposizione dotata di valore giuridico formale (legislativa, regolamentare, provvedimentale); ma anche dal loro potenziale e futura falsificazione a fronte della sopravvenienza di nuove scoperte (sul piano del metodo e/o della efficacia preventiva) scientifiche. La possibilità di una futura obsolescenza tecnico-scientifico della regola è, infatti, messa in conto e potrà eventualmente incidere sul giudizio della colpa in concreto, senza peraltro minare né l'autorità, né tantomeno la validità sul piano formale (anche se non sostanziale di prevenzione) della medesima regola in relazione al suo periodo di vigenza[50].

Ciò posto, per quel che riguarda le "linee guida" e in generale i "protocolli" che stiamo esaminando (c.d. anti-contagio), considerando da un lato il procedimento di accreditamento pubblico cui sono stati sottoposti, testimoniato anche dalla loro menzione all'interno dei vari D.l. e D.p.c.m. summenzionati[51]; e dall'altro che tali regole, nella sostanza, costituiscono la trasposizione della migliore scienza ed esperienza, avendo riguardo al momento storico (passato e attuale), si può ragionevolmente sostenere che si tratti di regole di condotta a contenuto cautelare che, pur essendo elastiche, sono certamente doverose per il datore di lavoro[52].

Ad una valutazione di ordine generale potrebbe, in effetti, sembrare che definire le linee guida come delle (potenziali) regole cautelari significhi porre al riparo il datore di lavoro da ulteriori

---

[49] Sul punto, v. M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, cit., 635 ss., spec. 643 ss. in cui sostiene che «è importante costruire «spazi di libertà» per il cittadino, finché questi rimane dentro al rischio consentito, e preoccuparsi di spiegargli *ex ante* che è libero e non deve vivere nella paura».

[50] D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 279 ss., 284 ss. In particolare l'Autore distingue tra il "dovere" (di diligenza) e la "diligenza" (quale contenuto del dovere) specificando che solo per l'edificazione del primo valgono in maniera stringente i principi costituzionali in materia penale, e tra questi quello di tipicità e quello di legalità in tutte le sue articolazioni. Sul tema v. anche F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 197, 219 ss.; M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 222, 228, *passim* in cui sostiene che le regole cautelari sono mere concretizzazioni tecniche di un precetto già significativo. Sulla estraneità delle regole cautelari rispetto al principio di legalità cfr. L. Cornacchia, *op. cit.*, 501 ss. Sul punto, si pone poi la questione sulla differenza che intercorre tra *ratio* della incriminazione o della aggravante e *ratio* delle cautele: se la prima dovesse recepire tutte le *rationes* delle cautele, allora sarebbero queste ultime a stabilire il confine della stessa incriminazione. In realtà, possono coesistere una *ratio* più circoscritta della incriminazione e finalità preventive più ampie delle singole cautele. Si consideri ad esempio il diverso impiego dell'art. 437 (che riguarda i sinistri e disastri interni); e rispetto all'art. 434 (che riguarda i disastri esterni). Si tratta di fattispecie che, pur presentando *ratio* incriminatrici e spettro applicativo diversi, possono invero condividere le medesime tutele (per es. anti tumori o patologie da amianto o da polveri). Ciò peraltro non conduce ad una loro assimilazione, né ad una definizione delle prime (*ratio* delle incriminazioni) alla luce delle seconde (*ratio* delle cautele), pena altrimenti anche una violazione della riserva di legge. Sul tema v. M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, cit., *passim*., spec. 150 ss.; Id., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 139; e ancora F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 233, 386; L. Cornacchia, *op. cit.*, 506. Sui profili intertemporali v. ancora M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 133. Sull'ipotesi dell'obsolescenza della regola cautelare specifica in settori caratterizzati da continue e nuove scoperte scientifiche v. O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 397.

[51] Questo, in effetti, basterebbe per assicurare «una certificazione pubblica di congruità» dei protocolli (espressione ripresa da O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, cit., 654). Certificazione che sarebbe, peraltro, corroborata dal richiamo operato all'interno dell'art. 29-*bis*.

[52] Il riferimento a linee guida e protocolli potrebbe, *de iure condito*, trovare un appiglio codicistico nell'art. 43 Cp e in particolare nella nozione di discipline (in cui si fanno rientrare quelle emanate tanto dalle autorità pubbliche, quanto dalle autorità private) la cui inosservanza è espressamente prevista quale elemento normativo della colpa. Così: A.R. Di Landro, *op. cit.*, 25; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 182; P. Piras, *Rischio suicidario del paziente e rischio penale dello psichiatra*, cit.; L. Ramponi, *op. cit.*, 972.

contestazioni *sub specie* di "colpa generica". Ma è davvero così? In realtà, ad avviso di chi scrive, no. Spieghiamo subito il motivo.

Una volta definita quella che deve essere, in generale, la genesi nonché la struttura delle "linee guida" e dei "protocolli" affinché questi possano propriamente definirsi come regole cautelari, può affrontarsi la questione circa il loro operare nell'ambito del concreto giudizio di colpa.

Le strade praticabili sono due: si potrebbe tener conto delle peculiarità che hanno magari condotto il singolo operatore a prediligere una strada diversa da quella consigliata, sì da orientare l'interprete nel senso di realizzare un adeguato giudizio di concretizzazione della colpa che consideri il piano della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, senza peraltro tralasciare quello soggettivistico dell'esigibilità (c.d. colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post*)[53]. Oppure, si potrebbe realizzare un mero giudizio di conformità del comportamento tenuto rispetto a quello previsto dai protocolli che si limiti a sindacare la colpa su un piano meramente oggettivo-normativizzato. Delle due l'una.

La giurisprudenza che si occupa della questione in materia medico-sanitaria è, invero, piuttosto attenta a conciliare questi due aspetti della colpa (colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post*)[54]. In particolare, si ritiene che il rispetto dei protocolli e/o linee guida costituisca una cautela minima esigibile da modulare in base alle peculiarità del caso concreto[55]. Rimane, dunque, ferma la pretesa che il medico intervenga con modalità cautelari ulteriori e/o diverse, allorquando vi siano particolari condizioni che lo richiedano. Sicché, se da un lato la violazione di tali regole potrebbe, di fatto, non condurre a configurare rimproveri colposi, in quanto le esigenze del caso concreto richiedevano di discostarsi dalle stesse o anche perché comunque tali regole non avrebbero avuto efficacia salvifico-preventiva; per converso, è possibile che malgrado l'osservanza dei *dicta* preventivo-cautelari, il soggetto risponda comunque dell'evento, in quanto non ha considerato talune caratteristiche che gli avrebbero richiesto di discostarsi e/o adeguare le direttive contenute nei protocolli e/o linee guida[56]. Ed è proprio in quest'ultimo tipo ipotesi che potrebbero residuare

---

[53] Sul fatto proprio della colpa tra punto di vista *ex ante* ed *ex post* v. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 5 ss.; Id., *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 130. In particolare l'Autore distingue tra un profilo di responsabilità per fatto proprio (che guarda ancora il fatto illecito, e la competenza di un soggetto rispetto a determinati rischi) e un profilo di responsabilità per fatto proprio colpevole (che riguarda l'esigibilità personale dell'osservanza contestata da parte del soggetto competente). Sulla necessità di riformulare un giudizio di prevedibilità ed evitabilità in concreto anche laddove vi siano regole cautelari (specie se queste siano elastiche) v. O. Di Giovine, *Il Contributo della vittima*, cit., 397; A.R. Di Landro, *op.cit*., 126. Quanto proprio al procedimento da seguire ai fini del giudizio concreto sulla colpa in relazione a regole cautelari "elastiche" v. D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 220 ss.

[54] La giurisprudenza si è, invero, dimostrata sempre attenta al giudizio di "concretizzazione della colpa". Sul punto, v. Cass. 24.2.2000 n. 6511; Cass. 5.6.2009 n. 38154; Cass. civ. 30.11.2018 n. 30998; Cass. 29.4.2021 n. 18347. Piuttosto scarse sono, invece, le decisioni impegnate ad analizzare questioni attinenti alla c.d. misura soggettiva della colpa. Tutt'al più, sul versante soggettivo, si affrontano questioni relative all'identificazione del momento del giudizio di prevedibilità; quasi mai si valuta invece il piano soggettivo dell'esigibilità. In quest'ultimo senso: v. Cass. 9.10.2014 n. 47289; Cass. 17.11.2011 n. 1442; Cass. 29.9.1997 n. 1693.

[55] Il medico ha il dovere-potere di discostarsi dalle linee guida in virtù del c.d. *standard of care*. Sul punto v. M. Caputo, *"Filo d'arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit., 15. V. anche R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 521. Sul possibile concorso cumulativo tra regole cautelari, v. A. Vallini, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell'art. 590 sexies*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 7.12.2017.

[56] Si tratta comunque di situazioni che devono rimanere distinte. Un conto è, infatti, se la direttiva contenuta nella linea guida e/o nei protocolli si dimostri essere inefficace rispetto al caso concreto; per cui, anche se rispettata, non avrebbe comunque scongiurato l'evento infausto. In ipotesi di tal tipo ciò che verrà a mancare non sarà tanto la struttura e/o natura di regola cautelare o la colpa come inosservanza soggettivamente esigibile, «quanto piuttosto il nesso di evitabilità e di rischio tra regola cautelare pur sempre vigente *ex ante* e il risultato concreto». Diverso è, invece, il caso in cui il discostamento o l'adeguamento della linea guida e/o protocollo appariva essere soggettivamente esigibile e nondimeno non realizzato dall'agente concreto che si è al contrario limitato a seguire pedissequamente i *dicta*

dei margini di colpa (professionale) non "specifica", bensì "generica"[57] (*sub specie* di "imperizia esecutiva")[58].
Nella medesima direzione la dottrina che si è occupata del tema ha precisato che essendo le linee guida rivolte alla migliore cura del "paziente" (e non, invero, della "malattia") la loro natura non è tale da «esaurirle in uno specifico riferimento a contenuti regolativi, ma aspira a esercitare una funzione [...] valoriale»[59]. In effetti, proprio il fatto che la medicina costituisca una scienza "idiografica"[60] fa sì che le *guidelines* non possano, per definizione, limitarsi ad indicare l'osservanza della regola cautelare: queste servono più correttamente ai fini della «riconducibilità dell'attività [...] in una sfera di rischio consentito. Sfera che a quel punto legittim[a] un diverso bilanciamento tra rischio e responsabilità [...] da condurre su un piano ben distinto e successivo, dunque, rispetto a quello del [mero] rispetto delle linee guida»[61].
Ad una valutazione di ordine generale, ci pare che tale approccio sia condivisibile per una serie di motivi. In primo luogo perché rispetta e rispecchia la natura "elastica" e "dinamica" delle (potenziali) regole cautelari che stiamo esaminando, per cui si parla di disposizioni che richiedono di essere adattate alle circostanze del caso concreto. In secondo luogo perchè l'operatore si trova spesso di fronte regole protocollari e/o linee guida che impongono prassi e/o procedure concertate in un'ottica non solo prevenzionistica, ma anche precauzionale e addirittura economico di impresa[62]. In terzo luogo perché, se si ragionasse diversamente si favorirebbe la c.d. medicina difensiva con l'effetto di deresponsabilizzare i vari operatori: questi sarebbero, infatti, indotti a seguire passivamente e acriticamente gli *standard* suggeriti dalle linee guida; ciò evidentemente per porsi al riparo da eventuali controversie giudiziarie. *Last but not least*, l'aspetto più rilevante:

protocollari. In ipotesi di tal tipo ciò che veramente manca è «la colpa come inosservanza soggettivamente esigibile e obiettivamente dovuta partendo dalle conoscenze disponibili *ex ante*». Sul punto v. M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 111. D'altro canto, R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 524 specifica che la situazione di rischio muti costantemente e a tale mutamento deve corrispondere il costante adeguamento del comportamento dovuto, con la conseguenza che si pone per qualsiasi regola la necessità fisiologica di essere adattata.

[57] In dottrina si parla a tal proposito di "residuo di colpa" in relazione ad una colpa generica che permane nonostante che il soggetto abbia rispettato le regole cautelari (per lo più elastiche) poste dalla fonte scritta. Sui profili della ammissibilità v. R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 543 ss.; D. Castronuovo, voce *Colpa Penale*, cit., *passim*, spec. 220. Per una critica all'impiego sul ruolo ancillare della colpa generica come *"culpa generalis"* v. D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 229.

[58] La "imperizia" verrebbe, nella sostanza, a coincidere con la "colpa professionale": la necessità (*recte*: possibilità) di discostarsi dalle direttive previste nei vari protocolli e/o linee guida deriva, infatti, dal *background* tecnico-professionale di cui l'operatore dispone in virtù della professione svolta. Per una ricostruzione sul concetto di imperizia v. O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, cit., 646 ss., secondo cui si tratterebbe di «un concetto composito e sfuggente che presuppone la combinazione tra "saper fare" e "sapere come fare", competenze teoriche e competenze pratiche, *technical skills* e non *technical skills* [...]». Quanto alla giurisprudenza, fondamentale è la Cass. 11.2.2020 n. 15258 secondo cui «[i]n tema di differenziazione dei profili di colpa generica, la perizia costituisce un connotato tipico di attività che richiedono competenze tecnico-scientifiche o che presentano un grado di complessità più elevato della norma per le particolari situazioni di contesto, fermo restando che, in ogni caso, il giudice deve esplicitare l'origine dell'errore determinante la colpa e che la persistenza di uno stato di dubbio implica l'applicazione del canone del *favor rei*.». Tale pronuncia sembra, in effetti, avallare la tesi dottrinale secondo cui l'imperizia costituirebbe, in materia medica, sinonimo di colpa professionale (salvo prova contraria). Sui rapporti tra colpa generica e colpa specifica in materia di responsabilità medica da ultimo D. Micheletti, *op. cit*., 158.

[59] M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 162.

[60] A.R. Di Landro, *op. cit*., 140

[61] G. Forti, Sensemaking *e responsabilità penale nelle professioni sanitarie*, in Liber Amicorum *Adelmo Manna*, a cura di V. Plantamura e G. Salcuni, Pisa 2020, 327 ss., 340 (testo citato da M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 162).

[62] Sul punto D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 236 ss.

si tratta di un approccio che risponde all'esigenza di "concretizzazione della colpa" avendo riguardo al piano della prevedibilità ed evitabilità, senza peraltro tralasciare quello dell'esigibilità. Ciò posto, tentiamo di comprendere le ricadute pratiche della conclusione cui siamo giunti in relazione alle linee guida che stiamo esaminando.

5. Alla luce di quanto esposto nel paragrafo che precede si comprende che il rischio che riemerga una "colpa generica" permane[63]. Il germe di tale colpa si annida principalmente nella struttura "aperta" ed "elastica" delle disposizioni anti-contagio[64].
Si tratta, tuttavia, di un dato che, in realtà, non stupisce più di tanto. Costituisce, d'altronde, un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza[65], e condiviso anche in parte dalla dottrina[66] quello secondo cui le modalità di accertamento della colpa in relazione alla violazione di regole sì positivizzate, ma dal contenuto elastico e dinamico, si avvicinino molto a quelle della "colpa generica"[67].

---

[63] Così anche C. Cupelli, *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *ED*, II, *Il reato colposo*, cit., 352 il quale, in questo senso, evidenzia come comunque rimanga una quota di "colpa generica" legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni e alla necessità di adeguarle al caso concreto per il tramite di una adeguata manutenzione degli strumenti, di una corretta attuazione dei protocolli estesa anche alla vigilanza del rispetto da parte dei lavoratori delle cautele adottate e di una verifica della loro idoneità allo scopo. Si tratta, tuttavia, di un'eventualità messa in conto e che, in realtà, non sorprende più di tanto, se si considera peraltro che la maggior parte delle regole contenute nel T.U.S.L., per rendersi davvero effettive, necessitano di essere concretizzate e adattate al contesto aziendale di riferimento. Così V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, cit., 9; v. anche S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, cit.

[64] Le formule imperative sono, infatti, utilizzate in relazione solo a talune misure tra le quali spicca senz'altro la necessità di sanificare gli ambienti e a quella di assicurare il distanziamento sociale. Per il resto prolifera l'impiego di espressioni piuttosto vaghe e indefinite quali, ad esempio, "il personale potrà", "va ridotto, per quanto possibile", ecc. Sul punto v. V. Mongillo, *op. cit.*, 25 ss. Invero una disposizione che non viene spesso valutata che, probabilmente necessiterebbe di un adeguato approfondimento, soprattutto in relazione ad un eventuale obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi, è quella che concerne la costituzione in azienda di un "comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS". Sulla struttura delle disposizioni contenute all'interno di tali protocolli v. S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *www.giustiziainsieme.it* 4.5.2020 il quale specifica «esse svolgono in primo luogo una funzione di descrizione di un ambito 'sensibile', meritevole di essere governato [...]; in secondo luogo hanno una funzione di supporto, offrendo indicazioni operative ritenute pertinenti ed utili al governo del rischio, e tuttavia lasciando ampi spazi alla discrezionalità dei datori di lavoro in merito alle modalità della sua attuazione [...]; infine, alcune di esse presentano la struttura tipica del comando [...]». La struttura di tali disposizioni conduce parte della dottrina ad assumere toni maggiormente disillusi in relazione alla valenza di tali linee guida (così, O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit.).

[65] *Ex multis* v. Cass. 6.9.2021 n. 32899.

[66] Sul punto, *ex multis*: M. Gallo, voce *Colpa penale*, in *ED*, VII, 1960, 624, 642 ss.; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 236 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 389, 397 s.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 315; A.R. Di Landro, *op. cit.*, 128.

[67] Con parole simili D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 219-220 cui si rinvia per maggiori approfondimenti circa anche l'impiego e il frequente utilizzo di clausole "generali" ed "elastiche". Continua, peraltro, l'Autore specificando che ciò avviene specialmente in taluni settori (tra cui spicca senz'altro anche quello lavorativo, oltre che a quello stradale), in cui sempre più spesso si contesta una (pretesa e/o presunta) "colpa specifica" in riferimento alla trasgressione di regole che, seppur scritte, presentano uno spettro preventivo talmente largo e indefinito da richiedere una necessaria integrazione da parte delle comuni regole di diligenza, prudenza o imperizia. Tali regole, poi, nonostante siano diverse da quelle fondate sulla trasgressione di cautele rigide, ne condividerebbero nondimeno l'effetto aggravatore sul piano del trattamento sanzionatorio. Rispetto al caso che stiamo vagliando, la possibilità di contestare l'aggravante deriva, tuttavia, a prescindere dall'art. 29-*bis*, in cui si stabilisce una *liaison* tra l'art. 2087 Cc e il rispetto stesso dei protocolli anti-contagio. In questo senso, v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 388.

Sicché, nonostante sia vero che l'incertezza scientifica impedisca di formulare addebiti colposi in relazione a soggetti che hanno rispettato le disposizioni cautelari contenute nei protocolli, è altrettanto vero che la medesima incertezza non potrà giustificare comportamenti "negligenti" e/o soprattutto "imperiti" quanto al piano di attuazione e controllo delle misure. Per andare esente da responsabilità il datore di lavoro non può, dunque, limitarsi a recepire, in maniera meramente formalistica, i protocolli: egli deve, al contrario, approntare, in un'ottica personalistica (d'impresa), misure adeguate di prevenzione e controllo del rischio di contagio che tengano conto dello specifico ambiente lavorativo, del numero di dipendenti, dell'attività lavorativa espletata, ecc.[68].

Nondimeno, si ritiene opportuno palesare un dato. Il fatto che le linee guida possano costituire delle misure cautelari a carattere aperto e *in progress*[69], se da un lato, mina il principio di tassatività e determinatezza[70] lasciando di fatto all'interprete il compito di riempire di contenuto il "dovere di diligenza"[71]; dall'altro conduce alla necessità, per quest'ultimo, di ricalibrare il giudizio sulla colpa (in un'ottica oggettiva e soggettiva) in base alle circostanze del caso concreto. Passaggio quest'ultimo che, probabilmente, il giudice potrebbe ritenere di non dover compiere se si trovasse di fronte a regole cautelari dal contenuto "rigido"[72].

In ciò potrebbe, in effetti, cogliersi una sorta di pseudo-garantismo delle regole cautelari a contenuto "elastico". A fronte, infatti, di accertamenti che sono sempre più attenti a verificare la dimensione normativa della colpa (per cui si accerta la mera conformità delle condotte alle regole cautelari)[73], tali regole se da un lato conducono alla necessità di realizzare un giudizio che, nel concreto, accerti (e di fatto recuperi) la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento; dall'altro,

---

[68] Si consideri, ad esempio, la disposizione che prevede l'obbligo di utilizzare i guanti: questa doveva (e deve) essere evidentemente calibrata in base alle specifiche peculiarità ed esigenze lavorative per evitare rischi di *cross contamination*. Non si ritiene di dover, peraltro, escludere la possibilità di avere a che fare con comportamenti che, oltre che imperiti, siano anche negligenti considerando la necessità di intervenire assicurando non solo un'efficace attuazione delle misure, ma anche un loro adeguato mantenimento. Così: C. Cupelli, *Covid-19 e responsabilità colposa*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 388; V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, cit., 9.

[69] A. Gargani, *op. cit.*, cit., 422.

[70] Come fatto notare da D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 318 un guadagno di determinatezza è conseguibile solo laddove la norma positivizzata fornisca una regola modale di comportamento preventivo, ossia un modello di condotta diligente fondato su uno *standard* cautelare tendenzialmente "rigido" ed "esaustivo". V. anche F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 233 ss.

[71] F. Giunta, *Illecito e colpevolezza*, cit., 169; D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., *passim*; Cornacchia, *op. cit.*, 506.

[72] Ritengono imprescindibile la verifica della prevedibilità e dell'evitabilità anche nella colpa specifica: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 235; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 178; N. Mazzacuva, *Il disvalore nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983, 283. In un'ottica diversa, v. C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, cit., *passim*; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 387. Più in generale, sul giudizio di "concretizzazione della colpa": M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 8; D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., *passim*; Cornacchia, *op. cit.*, 509; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 314 ss. il quale, dopo aver detto che l'osservanza della regola scritta non sarà mai, di per sé, sufficiente a escludere la sussistenza della colpa, specifica che occorre considerare le circostanze del caso concreto; ciò in relazione sia alle norme "rigide", ma soprattutto avendo riguardo a quelle "elastiche". Sul punto v. anche G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 237-251.

[73] Avallano l'idea secondo cui l'inosservanza di regole preventivo-cautelari costituisca l'"essenza" del reato colposo *ex multis*: M. Gallo, *op. cit.*, 624, spec. 636 ss.; G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 166 ss., 193 ss. Per avere conferme prasseologiche sulle dominanti tendenze oggettivizzanti v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 568 ss. e le citazioni giurisprudenziali *ivi* riportate.

potrebbero in effetti dimostrarsi maggiormente idonee a soddisfare l'esigenza di realizzare un accertamento sull'esigibilità in un'ottica situazionale[74].
L'idea di contrastare l'incertezza tramite un rigido e capillare armamentario cautelare costituisce una costante del "diritto penale moderno" che non sempre riesce, tuttavia, a rispettare la natura di Giano bifronte (del giudizio di accertamento) della colpa. Ciò, soprattutto se si considera che nella maggior parte delle ipotesi si è in presenza di regole che, malgrado siano ispirate all'*homo eiusdem professionis et condicionis*[75], sono nella sostanza poco soggettivizzabili. Sicché, spesso (anche se non sempre)[76] è l'esigibilità (che è stata correttamente definita come la "Cenerentola del diritto penale"[77]) a (poter) far pendere l'ago della bilancia nell'ambito del giudizio in concreto sulla colpa. Esigibilità che, come fatto notare da miglior dottrina, dovrà essere valutata in termini, se non soggettivi e/o personali, quantomeno, appunto, "situazionali"[78].
Tali conclusioni trovano un riscontro se poste al confronto con le linee guida che stiamo esaminando.
In relazione ai potenziali futuri giudizi colposi (per "colpa specifica") risulterà, invero, piuttosto difficile realizzare accertamenti che tengano sul piano positivo dell'evitabilità del danno, e quindi sull'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita: l'incertezza scientifica sulle modalità di trasmissione del virus renderà, infatti, complicato (anche se non, in effetti, del tutto impossibile)[79]

---

[74] M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 130 ss.; Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 116 ss., 451 ss.; Id., *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., *passim*; D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 339 ss. (parte III).

[75] Sulla distinzione tra il concetto di "agente modello" e quello di *homo eiusdem professionis et condicionis* v. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 7 ss. secondo cui solo quest'ultimo è *ab origine* adeguato a pretese soggettivizzabili e differenziabili per categorie di soggetti. Si deve, peraltro, chiarire che lo *standard* oggettivo concernente la riconoscibilità, prevedibilità ed evitabilità dell'evento (che sono alla base del meccanismo genetico delle regole cautelari) subisce una prima soggettivizzazione già a livello di fatto tipico in quanto questi aspetti sono parametrati sul c.d. *homo eiusdem professionis et condicionis*. In questo modo, la misura c.d. oggettiva della colpa va apprezzata come misura oggettiva-soggettiva. Così, D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 221 ss.; anche M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 137 ss.

[76] Un ruolo chiave giocano anche la prevedibilità e soprattutto (per quanto a noi interessa) l'evitabilità con cui si vaglia la tenuta della regola sul piano della condotta alternativa lecita. A.R. Di Landro, *op. cit.*, 106, 167 il quale specifica che le linee guida sono costruite in funzione di un effetto tipicamente clinico o terapeutico e non già in funzione dell'evitabilità dell'evento morte o lesioni. Sicché, per evitare di cadere nel *versari*, queste devono essere "ristrutturate" in senso preventivo.

[77] O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 9.

[78] M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 145. Sul punto v. anche A.R. Di Landro, *op. cit.*, spec. cap. II, IV; in particolare l'autore evidenzia a p. 127 l'incapacità delle regole cautelari di esaurire la qualificazione dei casi concreti per l'enorme ricchezza e varietà di situazioni che la realtà presenta (cita in questa maniera G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 250). D'altro canto, O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 8 quanto proprio all'esigibilità realizza una distinzione tra un "prima" (convenzionalmente riferibile al periodo che intercorreva tra l'inizio dell'emergenza e l'inizio dell'estate 2020) e un "dopo".

[79] Invero, come si vedrà meglio nel prosieguo dell'indagine, le difficoltà maggiori si riscontrano sotto il profilo causale laddove si venga ad avere a che fare con condotte omissive in relazione alla quali si rende necessario verificare l'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita con un livello di certezza, quanto meno ad avviso di parte della dottrina, superiore rispetto a quello che si ha rispetto ad un accertamento colposo. Sul tema dello standard probatorio in relazione alle condotte omissive, nel panorama dottrinale, si sono prospettate diverse tesi. Secondo un primo orientamento (sostenuto da F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2001, cit., 374, spec. 387; con note leggermente diverse v. Id., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano 2000, 377 ss., spec. 388) è necessario verificare se la condotta alternativa lecita avrebbe impedito la verificazione dell'evento in misura prossima alla certezza. Secondo, invece, G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'"imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 3 ss., cit., 20 ss. sarebbe sufficiente dimostrare che il comportamento rispettoso della regola cautelare avrebbe

comprendere e stabilire cosa sarebbe successo laddove si fossero tenute le condotte prescritte dai vari protocolli[80].
Per altri versi, il rischio che riemerga un addebito per "colpa generica" potrebbe, invece, essere contrastato avendo riguardo al piano (oltre che della prevedibilità in concreto anche a quello) dell'esigibilità. Invero, le disposizioni che si esaminano sono oltre che "elastiche", anche "generali" e "astratte"[81]; sicché, nonostante siano poco differenziate rispetto alle diverse figure di agenti modello, sono al contempo perfettamente in grado di plasmarsi, consentendo un'elastica "individualizzazione", già a livello oggettivo, dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Già questa opera di specificazione consentirà, in effetti, di realizzare una prima selezione delle potenziali condotte esigibili; per cui occorrerà considerare non solo le peculiari esigenze di tutela e protezione dei singoli-dipendenti, ma anche le specifiche caratteristiche individuali dei vari datori di lavoro (e quindi, il tipo di attività svolta, i diversi livelli professionali, di conoscenza, abilità, ecc.).
Nondimeno, affinché tale opera di discernimento possa definirsi completa, si renderà necessario considerare il contesto e/o la situazione (di emergenza) in cui i medesimi operatori si sono trovati ad operare; ciò, evidentemente, proprio al fine di comprendere se fossero esigibili (in un'ottica appunto situazionale) condotte alternative rispetto a quelle realizzate[82]. E invero, è proprio avendo riguardo a quest'ultimo piano che si ritiene di dover ribadire l'esclusione della possibilità di richiedere all'imprenditore di realizzare qualsivoglia valutazione e/o sforzo ontologico-creativo riguardo ad ulteriori potenziali misure anti-contagio[83]. Una richiesta di tal tipo si arresta, infatti, in virtù tanto dell'eccezionalità della situazione di emergenza pandemica, quanto dell'incertezza scientifica, nonché dell'inesperienza tecnico-professionale ("assoluta" in relazione alla fase-uno e

diminuito il rischio di verificazione dell'evento. Infine, ad avviso di M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione dell'evento «per l'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., 41 ss. la diversità della struttura tra condotte commissive e omissive dovrebbe riflettersi sul piano dell'evitabilità dell'evento; ciò condurrebbe ad un criterio differenziato di accertamento. Per maggiori approfondimenti sul dibattito, avendo anche riguardo allo specifico tema della sicurezza sul lavoro, v. D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in *Sicurezza sul lavoro*, cit., 305 ss.; nonché S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 5.

[80] O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 9.

[81] Quantomeno quelle contenute all'interno dei protocolli generali anti-contagio; un discorso a parte potrebbero meritare quelle più specifiche che si sono pure enunciate all'interno della nota 12.

[82] Riemerge, in questo senso, la necessità di un arricchimento soggettivo del giudizio di colpa. D'altronde, la violazione delle cautele altro non rappresenta se non un «indizio della colpa soggettiva, o meglio: della colpa come elemento soggettivo [...] culturalmente, concettualmente, operativamente bisogna [dunque] essere aperti e non chiusi al secondo possibile momento di valutazione di una diversa esigibilità soggettiva e personale» Così: M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 5, 11. V. anche Id., *Teoria del reato*, cit., spec. 348 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 197, spec. 203.

[83] Qui si interpone, peraltro, il discorso riguardante lo *standard* di perizia esigibile. Sul tema si scontrano invero due tesi: da un lato, si potrebbe ritenere che tale standard debba essere parametrato alle conoscenze diffuse della cerchia di professionisti (c.d. orientamento "socio-esperienziale" che, di fatto incarna, quanto al diritto penale del lavoro, il principio della "massima sicurezza ragionevolmente praticabile"); dall'altro, che il professionista debba guardare alle conoscenze più evolute nel suo settore (c.d. orientamento "normativo-deontico" che, al contrario, incarna il principio della "massima sicurezza tecnologicamente fattibile"). La prima tesi (ormai recessiva) è, nello specifico, avallata da F. Giunta, *Illecito e colpevolezza*, cit., 245; quanto alla seconda v. G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *RIDPP* 2005, 29 ss., 40, 47, 49. Per una ricostruzione del dibattito v. ancora O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, cit., 648-649. V. anche D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 291 ss., 296; R. Bartoli, *Fonti della colpa*, cit., 535; D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 222.

"relativa" rispetto alla fase-due) dei vari datori di lavoro[84]. Tutti questi aspetti dovranno, dunque, essere valutati e considerati dall'interprete, se non sul piano della prevedibilità ed evitabilità in concreto, quantomeno appunto su quello soggettivo dell'esigibilità. Il rischio, altrimenti, è quello di far riemergere, sotto mentite vesti, accertamenti guidati dal "senno di poi", o ispirati ad una logica "precauzionale"[85] o di "prevenzione generale"[86].
Attenzione, però. Tale discorso non conduce a concepire l'art. 29-*bis* come una sorta di "norma-scudo": se da un lato, infatti, si può ragionevolmente escludere che il datore di lavoro debba adottare misure diverse da quelle previste nei protocolli, al contempo, non si dubita che lo stesso sia, comunque, chiamato ad "calibrare" tali misure ai singoli contesti lavorativi[87].

---

[84] L'osservanza di regole precauzionali e l'aggiornamento tecnologico riguardano, infatti, anche la colpa come elemento soggettivo in funzione della colpevolezza non esaurendosi nell'elemento oggettivo del fatto. Così M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 135, 148 in cui specifica che la c.d. "misura soggettiva della colpa" è la vera misura della colpa *homo eiusdem professionis et condicionis*: una colpa esclusivamente oggettiva del tutto unitaria sarebbe infatti espressione di un livello di rischio o antigiuridicità, ma non colpa come componente di un livello umanistico.

[85] Si riconsideri, infatti, come il buio cognitivo (che ha caratterizzato soprattutto la prima fase della pandemia) apra le porte al concetto di precauzione. Sul tema v. D. Castronuovo, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica*, cit.

[86] M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 3.

[87] Tale opera di adattamento potrà, poi, eventualmente tradursi in una revisione (totale o parziale) dell'assetto organizzativo interno-aziendale, ed eventualmente, laddove ciò si renda necessario, anche ad un aggiornamento del D.V.R. (documento di valutazione dei rischi) e/o del D.U.V.R.I. (Documento Unico di Valutazione dei Rischi Interferenti). Invero, la possibilità/dovere di aggiornare la valutazione dei rischi non è oggetto di visione unanime in dottrina e giurisprudenza (non solo italiana). Per una ricostruzione del dibattito v. S. Dovere, *Covid -19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *www.giustiziainsieme.it* 22.4.2020. Sul tema: R. Guariniello, *La sicurezza del lavoro al tempo del coronavirus*, Milano 2020, 5 ss.; V. Mongillo, *op. cit*., 28 ss.; O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov*-2, cit., 11 ss. avallano la tesi cui dovrebbe esserci un aggiornamento. In giurisprudenza v. Trib. Matera, Sez. lav., 14.9.2020, n. 1107. Quanto alla tesi contraria v. P. Pascucci, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *www.giustiziacivile.com* 17.5.2020; P. Pascucci, A. Delogu, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, cit.; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 392. Argomenti simili a quelli sostenuti dalla dottrina italiana per giustificare il dovere di aggiornamento sono quelli portati dalla dottrina spagnola in relazione alla possibilità di far rientrare il rischio di contagio da Covid-19 tra i rischi che devono essere valutati nel piano della prevenzione. In particolare si considera quanto previsto nell'ambito della Ley 31/1995 del 8 novembre sulla prevenzione dei rischi lavorativi (LPRL) in cui all'art. 4 dopo aver definito il rischio lavorativo come «*la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo*» si specifica che si devono considerare «*daños derivados del trabajo las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo*». Sicchè dalla formula "*con motivo u ocasión del trabajo*" si desume la possibilità di ricomprendere anche il rischio di contagio da Covid-19. Si considera poi, il RD 664/1997, del 12 maggio, che riguarda la protezione dei lavoratori contro i rischi connessi all'esposizione ad agenti biologici e anche, in questo caso, si sostiene che tra i vari agenti che devono essere considerati rientra anche la famiglia del *coronaviridae* (allegato 2 del RD 664/1997). Si considera, altresì, il "*Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*", pubblicato per la prima volta dal Ministero della Salute il 28 febbraio 2020 e che ha poi, nel corso del tempo, subito diverse modifiche e/o integrazioni. All'interno di tale documento si stabilisce che «*corresponde a las empresas evaluar el riesgo de exposición en que se pueden encontrar las personas trabajadoras en cada una de las tareas diferenciadas que realizan y seguir las recomendaciones que sobre el particular emita el servicio de prevención, siguiendo las pautas y recomendaciones formuladas por las autoridades sanitarias*». Si adduce, poi, quanto previsto nella "*Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus*" pubblicata dal Ministero del lavoro e dell'economia in cui si stabilisce che «*las empresas deberán adoptar aquellas medidas preventivas de carácter colectivo o individual que sean indicadas, en su caso, por el servicio de prevención de acuerdo con la evaluación de riesgos, esto es, en función del tipo de actividad, distribución y características concretas de la actividad que la empresa realice*». Peraltro, nella medesima Guida si ritiene che il rischio di contagio da Sars-CoV-2 possa essere rilevante rispetto all'applicazione dell'art. 21 LPRL. Per una disamina più approfondita v. V. Rodríguez Vázquez, *op. cit*., 433 ss. In generale sulla sicurezza sul

Nessuna "norma-scudo", quindi. Ma, probabilmente, uno strumento di tal tipo neppure servirebbe, se si considerano le (insanabili) aporie sul piano di un eventuale accertamento del nesso di causalità.

6. Sul difficile (se non quasi impossibile) accertamento del nesso di causalità ci siamo, invero, soffermati già in altre sedi, avendo però riguardo al delitto di epidemia. È utile a questo punto fare un breve bilancio, avendo riguardo ai reati contro l'incolumità individuale.
Si è visto come lo strumento delle linee guida (/protocolli) si sia dimostrato essere particolarmente utile e confacente a fronte delle esigenze di tutela e protezione che si sono manifestate in virtù della pandemia. Il buio cognitivo e predittivo circa i canali di trasmissione del virus preclude, infatti, la possibilità di formulare regole cautelari rigide e predeterminate che siano capaci di esonerare l'interprete dal dover, poi, intervenire nel concreto accertando la prevedibilità, nonché l'evitabilità dell'evento, oltre che la concreta esigibilità di un comportamento alternativo rispetto a quello tenuto.
Tale buio produce evidentemente delle conseguenze anche (ma forse, soprattutto) sul piano dell'accertamento del nesso di causalità; regno in cui, per eccellenza, governano le leggi scientifiche di cui il giudice dovrebbe essere mero "consumatore" e non anche "produttore"[88].
Invero, è proprio avendo riguardo al tema dell'incertezza scientifica, che si ritiene opportuno evidenziare un dato: l'impossibilità di trovare una condizione conforme a leggi (o a massime di esperienza) che sia in grado di spiegare l'evento di contagio escludendo decorsi causali alternativi preclude, già *ex ante*, qualsivoglia discorso sul (possibile) accertamento del nesso di causalità, quantomeno nel diritto penale[89].
Ci si potrebbe, in effetti, fermare qui; ma cerchiamo di chiarire meglio ciò che si intende dire.
I dati di cui attualmente si dispone ci derivano principalmente da studi epidemiologici (s)volti al fine di sviluppare sistemi di prevenzione e controllo del virus avendo riguardo alla salute pubblica[90]. Si tratta, in particolare, di indagini che se, da un lato, ci assicurano oggi la possibilità

lavoro in Spagna v. J. l. González Cussac, *La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell'ordinamento penale spagnolo*, in *Crim.* 2014, 307 ss.; O. Morales, *Questioni fondamentali riguardo al trattamento degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo*, in *Ibidem*, 365 ss.; C. Vidales Rodríguez, *I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola*, in *Ibidem*, 401 ss. Quanto alla normativa francese, si deve considerare che il codice del lavoro francese (*code du travail*) prevede che il datore di lavoro debba prendere le misure necessarie «*pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et morale des travailleurs*» (articolo L. 4121-1). Avendo riguardo, più specificamente, alle misure da adottare per evitare la contaminazione da Covid-19, occorre considerare l'articolo R. 4422-1 del Codice del lavoro secondo cui «*l'employeur prend des mesures de prévention visant à supprimer ou à réduire au minimum les risques résultant de l'exposition aux agents biologiques, conformément aux principes de prévention énoncés à l'article L. 4121-2*». Per maggiori approfondimenti sulla responsabilità del datore di lavoro v. https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/responsabilite-de-l-employeur-droit-de-retrait.

[88] Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, cit., 153.

[89] Sul tema dell'impiego delle leggi scientifiche nel processo penale in Italia v. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit.; Id., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit.

[90] Sull'impiego dell'epidemiologia nell'ambito del diritto penale si vedano i fondamentali lavori di: L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano 2007; Id., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. cont*. 2014, 346 ss.; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche ed imputazione causale - Nuovi scenari del diritto penale della modernità*, Roma 2015; Id., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018. In particolare, quest'ultimo si è recentemente espresso nel seguente modo: «non paiono esservi particolari **ostacoli di ordine testuale**, nella lettera

di circolare (e di vivere) liberamente, non sono al contrario certamente capaci di fondare un addebito penale: ciò, sia per il modo in cui sono realizzate[91] (seguendo in un'ottica non certamente causale, ma appunto di prevenzione, studio e analisi della patologia nella popolazione); sia perchè non sono capaci di rispondere ad alcune domande *sine qua* sarebbe impensabile formulare qualsivoglia tipo addebito (a prescindere da chi sia il soggetto passivo, se una "classe di soggetti indeterminata" o un "singolo soggetto individuale").
La situazione, probabilmente, non muterebbe neppure nel caso in cui si pensi di approntare uno studio epidemiologico "su misura": si tratterebbe, infatti, di studi con oggetto popolazioni (coorti) con un numero di soggetti (ovviamente, a seconda dei casi, più o meno) ridotto e per le quali non si potrebbe escludere, con ragionevole certezza, la presenza di "fattori di confondimento" capaci di falsare i dati di cui si dispone[92].

degli artt. 589 e 590 Cp, per ritenere che, una volta raggiunta la certezza in ordine al numero di eventi lesivi in eccesso, questi possano essere ricondotti ai corrispondenti reati contro la persona, vuoi attraverso lo schema concettuale dell'accertamento alternativo della vittima, vuoi comunque ragionando in termini di vittime non identificate»; così: S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 7.

[91] Sul punto si permetta un rinvio a M. F. Carriero, *Lo statuto scientifico delle leggi di copertura. Un catalogo di criteri tra causalità ed epidemiologia*, in *RIDPP* 2017, 1087 ss. Si consideri, inoltre, che proprio sull'impiego dell'epidemiologia e della statistica in ambito giuridico, sia attualmente in atto un dibattito tanto a livello giuridico, quanto sul piano epistemologico, in America. Tale dibattito riguarda, invero, più correttamente l'impiego della c.d. SS (*statistical significance testing*) e in particolare del suo strumento più celebre, il P *value* di Fisher. Sul punto v. le interessanti sentenze di: *Matrixx v. Siracusano* del 2011 e *Brnovich v. Dnc* 2021.

[92] Sul tema, v. O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *www.sistemapenale.it* 22.6.2020, par. 3, in cui afferma che «[s]ospetto che non funzionerebbe neppure il modello Masera-Zirulia, che propone una valorizzazione delle indagini epidemiologiche [...] [l]'infezione sul lavoro di cui si discuta in sede penale dovrebbe infatti avere caratteristiche quantitative, in termini di estensione, tali da rendere significativa la coorte oggetto di studio. Inoltre, occorrendo confrontare tali dati con quelli epidemiologici "di controllo", un altro ostacolo potrebbe essere rappresentato dalla parzialità di questi ultimi (legata al fatto che, soprattutto nelle prime fasi, i "tamponi" sono stati eseguiti in modo non sistematico, esclusivamente su soggetti sintomatici ecc.). Soltanto nelle poche ipotesi in cui sarà possibile ravvisare con certezza il nesso causale, avrà quindi ragione di porsi il problema della colpa.» [grassetti aggiunti]. Si rinvia, inoltre, a G. Battarino, A. Natale, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *www.questionegiustizia.it* 17.7.2020, spec. par. 3.1, laddove si afferma che: «[s]i pone infatti il problema di come strutturare l'indagine epidemiologica – valorizzare il tasso dei contagi o quello di mortalità? Confrontare il tasso di mortalità riscontrato nella condizione epidemica con quello degli anni precedenti? Quante annualità è necessario considerare per limitare i fattori di confondimento? Quali campioni di popolazione valorizzare nell'indagine (regionali, provinciali, comunali)? Ma anche: per valutare la sussistenza del reato in situazioni più circoscritte (come, ad esempio, una Rsa) occorrerà considerare la popolazione dei soggetti dimoranti nella struttura e porla a raffronto con la popolazione generale della zona? E la popolazione dimorante in altre Rsa?». *Contra*: S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., 17 secondo cui «[l]a diffusa ritrosia ad accettare (e talvolta anche solo a prendere seriamente in considerazione) questa impostazione, sembra piuttosto discendere dalla mancata distinzione tra due ipotesi: quella in cui si utilizzi uno studio epidemiologico, effettuato su una qualunque popolazione nel mondo e in qualunque momento storico, come base di una legge scientifica di copertura; e quella in cui si abbia a disposizione uno studio epidemiologico effettuato *ad hoc*, ossia sulla specifica popolazione nel cui contesto si ipotizza siano stati commessi uno o più reati contro la persona. In quest'ultimo caso, come già osservato, lo studio epidemiologico mette a disposizione del giudice due diversi dati: il rischio relativo, ossia l'aumento del rischio di ammalarsi; e il numero attribuibile, ossia l'eccedenza numerica di casi registrati rispetto a quanto, a parità di condizioni, è accaduto nel resto della popolazione. Se poi lo stesso studio è anche in grado di affermare che, in presenza di misure preventive, questa eccedenza si sarebbe ridotta, ecco allora che non si vedono particolari ostacoli ad affermare che la condotta doverosa omessa avrebbe evitato, oltre ogni ragionevole dubbio, un certo numero di eventi lesivi, non identificabili ma certamente quantificabili. Resta ovviamente il problema dei risarcimenti, che non potrebbero essere assegnati in assenza di identificazione delle vittime, ma questo è un tema che, di per sé, resta estraneo alla responsabilità penale in senso stretto». Sul tema v. inoltre: G. M. Marzano, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*,

Volendo entrare più nel dettaglio, la scienza attualmente ci dice che: il Covid-19 è di malattia mono-fattoriale provocata da una causa unica (Sars-CoV-2); generalmente il virus viene trasmesso attraverso (macro-)goccioline di diametro superiore a 5-10 μm, (c.d. goccioline respiratorie o *dropless*), ma può anche accadere che venga trasmesso con goccioline più piccole (c.d. nuclei di goccioline o *aerosol*)[93]; seppur si siano fatti dei passi avanti, ancora non vi sono certezze circa le tempistiche di resistenza del virus sulle varie superfici ospitanti[94]; a determinate pre-condizioni (che invero riguardano lo stato pregresso di salute dei soggetti recettori)[95] tale malattia può provocare delle lesioni gravi o gravissime e addirittura la morte; i sintomi più comuni sono febbre, tosse secca e stanchezza, ma ve ne sono anche altri come congestione nasale, mal di testa, congiuntivite, mal di gola, perdita di gusto, eruzioni cutanee, ecc.; non esiste ancora una terapia curativa, sicché l'unico strumento di cui si dispone è il vaccino[96].
Tutto qui, la scienza non è in grado di dirci "altro"! E però, in relazione ad un evento che presuppone, di fatto, un accertamento medico-scientifico sul piano dell'incidenza causale di un (mero) contatto su un evento (di morte e/o lesioni), "altro" non potrà neppure evidentemente dire né un potenziale perito, né tantomeno il giudice.
Qualsivoglia discorso tanto sul piano del "metodo" di accertamento del nesso causale (es. procedimento di eliminazione mentale, necessità di individuare una condizione *sine qua* l'evento *hic et nunc* non si sarebbe verificato, ecc.), quanto su quello dei "principi" (regola dell'oltre il ragionevole dubbio) cade, pertanto, di fronte a questa incolmabile incertezza sul piano scientifico. Perfino il *garantismo* della *condicio sine qua non* (volendo riprendere il titolo di una autorevole dottrina[97]) si arresta di fronte al buio scientifico-epistemologico: nessuna causa è necessaria e

in *Cass pen.* 2020, 3115; e ancora M. F. Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, cit., 22.

[93] Sul punto v. https://covidreference.com/transmission_it.

[94] Sul tema è interessante lo studio di N. v. Doremalen, J. O. Lloyd-Smith, V. J. Munster, *Aerosol and surface stability of HCoV-19 (SARS-CoV-2) compared to SARS-CoV-1*, in *N Engl J Med* 382, 16.4.2020, 1 ss. In cui si pongono al confronto il Sars-CoV-1 e il Sars-CoV-2 secondo cui «*SARS-CoV-2 was more stable on plastic and stainless steel than on copper and cardboard, and viable virus was detected up to 72 hours after application to these surfaces although the virus titer was greatly reduced* [...]. *The stability kinetics of SARS-CoV-1 were similar* [...]. *On copper, no viable SARS-CoV-2 was measured after 4 hours and no viable SARS-CoV-1 was measured after 8 hours. On cardboard, no viable SARS-CoV-2 was measured after 24 hours and no viable SARS-CoV-1 was measured after 8 hours.* [...] *The longest viability of both viruses was on stainless steel and plastic; the estimated median half-life of SARS-CoV-2 was approximately 5.6 hours on stainless steel and 6.8 hours on plastic* [...] *We found that the stability of SARS-CoV-2 was similar to that of SARS-CoV-1 under the experimental circumstances tested. This indicates that differences in the epidemiologic characteristics of these viruses probably arise from other factors, including high viral loads in the upper respiratory tract and the potential for persons infected with SARS-CoV-2 to shed and aztransmit the virus while asymptomatic*».

[95] R. Gandhi, J. Lynch, C. Del Rio, *Mild or Moderate Covid-19*, in *N Engl J Med* 383, 29.10.2020, 2 ss. secondo cui «*Risk factors for complications of Covid-19 include older age, cardiovascular disease, chronic lung disease, diabetes, and obesity. It is unclear whether other conditions (e.g., uncontrolled human immunodeficiency virus infection or use of immunosuppressive medications) confer an increased risk of complications, but because these conditions may be associated with worse outcomes after infection with other respiratory pathogens, close monitoring of patients with Covid-19 who have these conditions is warranted*.».

[96] R. Gandhi, J. Lynch, C. Del Rio, *Mild or Moderate Covid-19*, cit. In generale sul tema v. anche V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale*, cit., 2-3. V. inoltre A. Oliva, V. L. Pascali, S. Grassi, M. Marazza, G. Vetrugno, G. Ponzanelli, G. Scambia, R. Cauda, R. D. A. Bellantone, M. Caputo, *La pandemia di covid-19: un limite o una frontiera per la legge 24/2017?*, cit., par. 3.

[97] M. Donini, *Il garantismo della* c.s.q.n. *e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *RIDPP* 2011, 494 ss.

nessuna causa è sufficiente, semplicemente perché non si conosce, già *ex ante*, quale sia lo spettro di condizioni da tenere presente in un potenziale accertamento del nesso.
Proviamo a proseguire oltre tentando di confutare quanto sostenuto, avendo riguardo al piano ontologico.
Come si è già affermato, l'incertezza scientifica si riverbera soprattutto sul piano dell'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita e, quindi, sulla effettiva tenuta delle regole (cautelari) che sono state formulate nel periodo emergenziale. In effetti, soprattutto laddove si abbia a che fare con delle condotte omissive, si renderà pur sempre necessario verificare cosa sarebbe successo se si fosse tenuta la condotta doverosa. Non si può, infatti, prescindere dall'accertamento relativo al "cosa sarebbe successo" se si fossero adottati tutti gli accorgimenti richiesti per prevenire la diffusione del virus: il dipendente Tizio avrebbe contratto ugualmente la malattia, oppure no[98]?
Nondimeno, i problemi permangono anche in relazione alle condotte attive. Si ipotizzi, ad esempio, che si sia in presenza di un *cluster* epidemico per cui un numero X di dipendenti si presume si sia ammalato durante l'attività lavorativa. In ipotesi del genere come si fa a sostenere che il dipendente Tizio si sia ammalato "in occasione o a causa" dell'attività lavorativa se non si esclude, oltre ogni ragionevole dubbio, che lo stesso non ha contratto la malattia in altri modi e/o sedi?
In questo senso, si considerino, a titolo meramente semplificativo, le seguenti occasioni di (inconsapevole) contagio, che dovranno però essere ragionevolmente escluse da parte di una pubblica accusa ai fini della prova del nesso di causalità: il soggetto che è entrato in contatto con soggetti che si trovano in "fase di incubazione" e, nondimeno, sono contagiosi; il soggetto che è entrato in contatto con il falso negativo al tampone per imperizia del farmacista; il soggetto che è entrato in contatto il falso negativo al tampone molecolare per imperizia del medico; il soggetto che è entrato in contatto con il guarito ma con rischio di recidiva; il soggetto che è entrato in contatto l'asintomatico con alta carica virale; il soggetto che ha toccato una superficie "infetta"; ecc.[99]. Se si prescindesse dal richiamo di tali dati, l'effetto sarebbe quello di "pescare" da una sorta

[98] Si tratta, in effetti, di questioni che trovano uno specifico riscontro nella realtà. Si consideri, in questo senso, quanto sostenuto da Cass. 24.5.2021 n. 20416 in cui si è ritenuto che la motivazione addotta da parte del Tribunale (secondo cui, «in assenza di qualsivoglia accertamento circa l'eventuale connessione tra l'omissione contestata al ricorrente e la seguente diffusione del virus non sia possibile ravvisare la sussistenza del nesso di causalità tra detta omissione e la diffusione del virus all'interno della casa di riposo [...] [n]on è da escludere, infatti, che qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico, *ex* d.lgs. n. 81 del 2008, art. 27, la propagazione del virus sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi [...] [q]uanto accertato, dunque, non è sufficiente a far ritenere, in termini di qualificata probabilità richiesta in questa sede, la ricorrenza del *fumus* della fattispecie di epidemia colposa») fosse «non incongrua e non illogica, di per sé non sindacabile in sede di legittimità». Si tratta, invero, di un caso in cui era stato contestato il reato di epidemia, in relazione al quale, ad avviso di S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., par. 6.2.2. «la censura formulata dal riesame e avallata dalla Cassazione attiene, più che alla prova della causalità omissiva in senso stretto, ad un accertamento preliminare alla sua verifica, ossia la precisa individuazione delle misure preventive omesse e, di riflesso, la descrizione della condotta alternativa lecita (sulla base della quale, poi, si sarebbe dovuto impostare il controfattuale omissivo vero e proprio, consistente nella sua aggiunta mentale al decorso causale inteso in senso naturalistico). La pronuncia, in conclusione, non pare poter essere valorizzata come esempio delle specifiche difficoltà che circondano l'accertamento della causalità omissiva in termini di efficacia impeditiva della condotta diligente, proprio perché riguarda un caso nel quale, a monte, detta condotta non era stata correttamente ritagliata dall'accusa». Sul tema, in generale, v. anche D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 394.
[99] Il soggetto con una carica virale alta non corrisponde necessariamente un soggetto con una maggiore pericolosità della malattia: «[i] super-diffusori, infatti, sono i ragazzi o le persone che hanno alta carica virale, ma sono asintomatici». Sul punto, v. l'intervista a Paolo Bonanni (epidemiologo e professore ordinario di Igiene all'Università

di *black box* la spiegazione più plausibile avendo riguardo ai molteplici e potenziali decorsi capaci di spiegare l'evento lesivo, con la conseguenza di avere una tacita adesione ad una *default option* di stampo precauzionale, per cui in caso di incertezza scientifica circa l'incidenza causale di una condotta su un evento, la stessa (condotta) si presumerà sempre essere (etiologicamente) rilevante.
Tali insufficienze si assommano, poi, a delle altre che riguardano, più correttamente, l'accertamento della catena di trasmissione del virus. Al di là della difficoltà di escludere decorsi causali alternativi, occorre infatti considerare l'impossibilità di stabilire, con ragionevole certezza, i tempi e i modi di contrazione della malattia. Il fatto che il virus possa, infatti, passare da un soggetto ad un altro in maniera silente, fa sì ciascun lavoratore possa, in via di principio, essere contemporaneamente "untore" e "recettore"; e quindi non solo una "con-causa", bensì anche "post-causa" della malattia. Il rischio è, dunque, quello di avere una sorta di "retrodatazione" dell'evento-malattia a momenti che potenzialmente nulla o poco hanno a che fare con la reale contrazione della patologia.
Caso probabilmente diverso – come fatto notare da parte della dottrina – potrebbe essere quello in cui i soggetti risiedano e/o lavorino stabilmente all'interno di un unico luogo senza avere rapporto con persone estranee; il che potrebbe verificarsi in alcune strutture chiuse quali, ad esempio, RSA e istituti penitenziari[100]. In siffatte ipotesi si potrebbe forse individuare, sulla base dell'utilizzo combinato della "scienza" (e, in specie, di studi epidemiologici "su misura", per i quali sia possibile escludere la presenza di eventuali fattori di confondimento) con la "prova per esclusione", una condizione in grado di spiegare l'evento malattia-infortunio con ragionevole certezza[101].
Se escludiamo, però, tali ipotesi e soprattutto alla luce delle considerazioni poc'anzi esposte si può sostenere che il Covid-19 pur costituendo una malattia mono-fattoriale quanto all'agente patogeno, non lo è rispetto ai canali di trasmissione[102]. Questi ultimi possono, in effetti, condurre ad una "*web of causation*"[103] in relazione alla quale sarebbe, di fatto, altamente difficile (se non, nei fatti, addirittura impossibile) discernere la "causa penalmente rilevante" da quella, invece, "ininfluente" sul decorso.
Al netto, dunque, delle questioni su richiamate in relazione all'accertamento della colpa, le principali (e probabilmente insuperabili) aporie permangono sul piano dell'accertamento del nesso di causalità. Aporie che precluderebbero, già a priori, di formulare qualsivoglia tipo di addebito penale.

---

di Firenze) disponibile al presente sito: https://www.corriere.it/salute/malattie_infettive/20_ottobre_23/coronavirus-carica-virale-alta-numero- rivela-quanto-si-contagiosi-70704082-0407-11eb-84c6-5a6c097a97a1.shtml.

[100] Sul tema v. D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *La gestione del rischio Covid-19*, cit., 399-401; V. Valentini, *Organizzazione del lavoro e responsabilità punitivo-penali da contagio*, cit., 18; O. Di Giovine, *Ancora sull'infezione da sars-cov-2*, cit., 5; P. Veneziani, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, cit., spec. n. 14; S. Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, cit., 6. Più in generale v. anche: R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus*, in *SP* 7/2020, 85 ss.; Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario: riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *SP* 5/2020, 5 ss.

[101] La prova per esclusione viene, in questo modo, usata secondo una duplice prospettiva: *ex ante* in quanto si tratta di escludere fattori di confondimento dell'ambito della "costruzione" degli studi epidemiologici; ed *ex post* poiché serve, sul piano dell'evento *hic et nunc*, ad escludere la rilevanza, sul piano concreto, di decorsi causali alternativi.

[102] M. F. Carriero, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, cit., 22.

[103] P. Vineis, *Modelli di rischio*, Torino 1990. Nella letteratura penalistica *ex multis*: cfr. O. Di Giovine, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, cit., 634 ss., spec. 661 ss.; Id., *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. med. leg.* 2016, 31 ss.

PRESENTE E FUTURO DEL DIRITTO PUNITIVO PANDEMICO. SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DAL D.L. 24.3.2022 N. 24

di Carlo Ruga Riva
Ordinario di Diritto penale, Università di Milano Bicocca

La disciplina dettata da d.l. 24.3.2022 n. 24 punta a gestire la pandemia al di fuori dello stato di emergenza, introducendo regole che dovrebbero orientare i cittadini a convivere con il virus SARS-CoV-2 nella fase di "accompagnamento" al regime ordinario. Sul piano punitivo il legislatore ripropone lo schema collaudato imperniato sulla sanzione amministrativa (pecuniaria e interdittiva), relegando la sanzione penale ad un'unica ipotesi (l'inosservanza dell'obbligo di quarantena). L'Autore trae spunto dalla normativa in commento per interrogarsi, dal punto di vista politico-criminale, sul rapporto tra illecito amministrativo e illecito penale. Ad un primo bilancio provvisorio parrebbe che le molte regole cautelari dettate dal legislatore siano state interiorizzate dalla gran parte dei destinatari, a prescindere dalla natura delle relative sanzioni.
Law decree 24.3.2022 n. 24 aims to manage the pandemic outside the state of emergency, introducing rules that should guide citizens to live with the SARS-CoV-2 virus in the "accompanying" phase of the ordinary regime. On the punitive level, the legislator re-proposes the tried and tested scheme based on the administrative sanction (monetary and disqualification), relegating the criminal sanction to a single hypothesis (non-compliance with the quarantine obligation). The Author draws inspiration from the last legislation and reflects, from a political-criminal point of view, on the relationship between administrative offense and criminal offense. At a first provisional balance it would seem that the many precautionary rules dictated by the legislator have been internalized by most of the citi, regardless of the nature of the related sanctions.

SOMMARIO: 1. Uno sguarda d'insieme. - 2. Gli illeciti amministrativi. - 3. L'unica fattispecie penale. - 4. Riflessioni provvisorie.

1.Il recente d.l. n.24/2022[1] ha per la prima volta disciplinato la gestione della pandemia al di fuori dello stato di emergenza, cessato il 31 marzo[2], dettando regole e obblighi validi dal 1° aprile 2022. Il d.l. rimodula l'apparato sanzionatorio, quasi esclusivamente amministrativo, adeguandolo all'allentamento dei divieti e delle cazensutele.
Lo schema è quello ormai tipico della più recente stagione legislativa anti-pandemia[3]: per le violazioni delle regole e dei divieti variamente precauzionali si minacciano sanzioni

[1] Pubblicato sulla G.U. Serie Generale, 24 marzo 2022, ed entrato in vigore il 25 marzo 2022; le disposizioni contenute nel d.l. sono destinate a valere dal 1° aprile 2022 fino a date variabili a seconda dei precetti.
[2] Il dl. 24 dicembre 2021 n. 22 aveva disposto la proroga dello stato di emergenza al 31 marzo; il d.l. n. 24/2022 non ha disposto ulteriori proroghe.
[3] La letteratura in tema è ormai sterminata: limitandoci qui ai lavori di più ampio respiro, non circoscritti a singoli profili di disciplina o a singole normative, si vedano tra i molti A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova della Covid-19*, in *Dir. proc. pen.* 2020, 443 ss.; M. Pelissero, *COVID-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, *Riv. it. proc. pen*. 2020; R. Bartoli, *Il diritto penale al tempo del coronavirus: problematiche e prospettive*, *Sist. pen*. 24.4.2020; G. Battarino – A. Natale, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *Questione Giustizia* online, 17.7.2020.

amministrative pecuniarie, o interdittive in caso di recidiva; l'arma del diritto penale viene brandita per un'unica violazione, ovvero per la trasgressione alla misura dell'isolamento disposta dall'autorità sanitaria nei confronti delle persone positive al SARS-CoV-2, fino all'accertamento della guarigione.
La tecnica normativa impiegata dal legislatore appare in ulteriore (e dire che non era facile…) involuzione: il decreto in commento interviene a modificare altri decreti modificati da altre leggi, in un rimando di echi che, alla fine, non restituisce chiaramente la voce del legislatore, se non al prezzo di tortuose e defatiganti ricerche.

2.L'art. 11 del d.l. in commento modifica l'art. 13, co. 1 del d.l. 22.4.2021 n. 52, conv. in l. 17.6.2021 n. 87, con vigenza a decorrere dall'1.4.2022, elencando le disposizioni la cui violazione è sanzionata ai sensi dell'art. 4 del d.l. 25.3.2020 n.19, conv. con modif. nella l. n. 22.5.2020 n. 35[4].
Si tratta, in sintesi, delle disposizioni che, per il periodo dall'1 al 30 aprile (si tratta dunque di legge temporanea):
- impongono l'obbligo di tampone antigenico o molecolare a chi provenga dall'estero e, non avendo una valida vaccinazione, voglia accedere a determinate attività per le quali è richiesto in Italia il cd. *green pass* rafforzato art. 9 co. 9-bis d.l. n. 52/2021, conv. in l. n. 87/2021);
- impongono l'obbligo in capo a titolari o gestori di determinati servizi per i quali è richiesto il c.d. *super green pass* di verificare che le persone provenienti dall'estero che vogliano usufruirne abbiano i titoli pertinenti (art. 9 co. 9-*ter)*. Sulle modalità di controllo delle certificazioni verdi la disposizione rinvia ("anche") ad un decreto della Presidenza del Consiglio che dovrebbe specificarne l'operatività[5]; rinvio curioso, visto che le future modalità non saranno in ogni caso le uniche possibili, e che comunque nelle more sono ammessi tutti gli adeguamenti necessari;
- impongono, ai soggetti che vogliano fruire di determinati servizi o svolgere determinate attività di avere il c.d. *green pass* base (art. 9-*bis*)[6], nonché a titolari o gestori di detti servizi o attività di verificare le relative certificazioni verdi; analoghe disposizioni valgono, per clienti e gestori, in relazione a servizi o attività per i quali è richiesto il c.d. *green pass* rafforzato (art. 9-*bis*.1);
- impongono obblighi di indossare la mascherina, variamente modulati a seconda dei luoghi, e correlati obblighi di controllo in capo a vari soggetti (art. 10-*quater*);
- impongono, attraverso ordinanza del Ministro della Salute, restrizioni agli spostamenti da e per l'estero, e connesse misure sanitarie (art. 10-*bis* co. 1 lett. b, disposizione in vigore dall'1 aprile al 31 dicembre).
Seguono poi cautele in vigore (nuovamente) dal 1° aprile, ma in questo caso senza limiti espressi di tempo, contenute nella disposizione che impone il regime di autosorveglianza a chi abbia avuto contatti stretti con soggetti risultati positivi al SARS-Cov-2 (art. 10-ter, co. 2);
Per tutte le predette violazioni si applica la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento della somma da 400 a 1.000 Euro, attraverso il rinvio all'art. 4 del d.l. n. 19/2020[7].

[4] La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 9, commi 9-bis e 9-ter, 9-bis, 9-bis.1, 10-ter comma 10-quater, nonché delle ordinanze di cui all'articolo 10-bis, comma 1, lettera b), è sanzionata ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 25.3.2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22.5.2020, n. 35.
[5] "Le verifiche delle certificazioni COVID-19 sono effettuate anche con le modalità indicate dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato ai sensi del comma 10. Nelle more della modifica del menzionato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sono autorizzati gli interventi di adeguamento necessari a consentire le verifiche".
[6] "Certificazioni verdi COVID-19 da vaccinazione, guarigione o test, cosiddetto green pass base".
[7] La violazione delle disposizioni di cui agli articoli 9, commi 9-bis e 9-ter, 9-bis, 9-bis.1, 10-ter comma 2, 10-quater, nonché delle ordinanze di cui all'articolo 10-bis, comma 1, lettera b), è sanzionata ai sensi dell'articolo 4 del decreto-

Tale sanzione, unica per tipologie di trasgressioni eterogenee, rimane discutibile al metro del principio di uguaglianza; va valutato se l'ampiezza della cornice edittale consente opportune differenziazioni, ad es. tra chi avendo avuto contatti stretti con positivi viola l'obbligo di autosorveglianza e chi si limita a non indossare la mascherina in luoghi ove è richiesta ma in assenza, ad es., di persone nelle vicinanze.
A carico dei gestori è prevista, nel caso di recidiva ad alcuni degli obblighi su di loro incombenti, e più precisamente dalla seconda o in altri casi dalla terza violazione, la sanzione interdittiva della chiusura dell'esercizio o attività da uno a dieci giorni[8].
La rimodulazione degli illeciti (almeno formalmente) amministrativi[9] è destinata a incidere sulle fattispecie penali che li presuppongono o che a vario titolo poggiano sulle violazione dei relativi obblighi e delle relative cautele: si pensi ai delitti di falso, all'epidemia colposa, ai delitti contro la persona[10] ; è verosimile ipotizzare che la riduzione delle cautele e degli obblighi seguiti alla cessazione dello stato di emergenza renderà simmetricamente ancor più ardua l'applicazione delle richiamate fattispecie di diritto penale "classico", fin qui largamente ritenute difficilmente applicabili dalla dottrina[11] e perfino dalla giurisprudenza.

3. Il legislatore, ribadendo l'orientamento inaugurato con il d.l. n. 19/2020[12], ha circoscritto l'impiego della sanzione penale ad un una unica condotta: la trasgressione agli obblighi di permanenza nel proprio domicilio (o dimora) da parte di chi sia risultato positivo al SARS-Cov-2, fino alla guarigione (art. 10-*ter*, co.1).
La fattispecie penale in commento presenta elementi di continuità e taluni profili di discontinuità con le previgenti analoghe figure di reato.
Rimangono confermati la clausola di riserva a favore del delitto di epidemia colposa e di altri eventuali reati puniti più severamente, così come il rinvio *quoad poenam* all'art. 260 del R.D. 27.7.1934 N. 1265.

---

legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n.35. Dopo due violazioni delle disposizioni di cui al comma 9-terdell'articolo 9, al comma 4 dell'articolo 9-bis, al comma 3 dell'articolo 9-bis.1 e al comma 7, dell'articolo 10-quater, commesse in giornate diverse, si applica, a partire dalla terza violazione, la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da uno a dieci giorni. Dopo una violazione delle disposizioni di cui all'articolo 9-bis.1, comma 1, lettere f) e g, in relazione al possesso di una delle certificazioni verdi COVID-19 da vaccinazione o guarigione, cosiddetto green pass rafforzato, si applica, a partire dalla seconda violazione, commessa in giornata diversa, la sanzione amministrativa accessoria della chiusura da uno a dieci giorni».

[8] Art. 13 d.l. n. 52/2021, così come modificato dal d.l. in commento.

[9] Sostengono la tesi della natura sostanzialmente penale di tali illeciti M. Pelissero, *COVID-19 e diritto penale pandemico. cit.*, 509; D. Piva, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco sul carcere*, in *Arch. Pen*. 2020, n. 1, 10.

[10] V. tra i molti Pelissero, *COVID-19 e diritto penale pandemico*, cit.

11 Anche qui la letteratura è amplissima: si vedano tra i molti V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura, in Arch pen*. 2020, n. 1; L. Agostini, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. pen*. 2020, n. 4, 229 ss. V. Mongillo, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia*, in *Sist. pen*. 26 giugno 2020. Per una diversa posizione v. P. Piras, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in *Sist. pen*., 8 luglio 2020; Zirulia, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, *Sist. pen.* 20.4.2022. Sui deitti di falso v. 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*, in *Sist. pen*., 6 aprile 2021.ra

[12] Sul quale v. in *questa Rivista*, 6.4.2020, 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*; vedi anche F. Filice-C. Valori, *Il punto sui reati dell'emergenza Covid*, consultato al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-punto-sui-reati-dell-emergenza-covid.

La disposizione amministrativa presupposto di quella penale è in vigore dall'1 aprile 2022, e non è indicata (diversamente che per gli illeciti amministrativi sopra menzionati) una data prefissata di cessazione della sua vigenza: non si tratta di legge penale temporanea; tra l'altro, essendo venuto meno lo stato di emergenza a far data dall'1.4.2022, la disposizione non può nemmeno ritenersi ancorata al periodo emergenziale in senso tecnico-giuridico.
Mutano taluni presupposti amministrativi: occorre che l'isolamento sia oggetto di una misura amministrativa disposta dall'autorità sanitaria – requisito non specificato nella primigenia versione del d.l. n. 19/2020, al quale sono poi seguite varie versioni con indicazione di soggetti diversi quali ad es., a partire dalla conversione in l. n. 35/2020, il Sindaco quale Autorità sanitaria locale - e scompare il riferimento al ricovero in struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata in alternativa alla guarigione, come prevedeva l'art 2, co. 3 del d.l. n. 33/2020, conv. in l. n. 74/2020.
L'eliminazione di questa ultima formula non sembra peraltro decisiva, nel senso che anche oggi chi, contagiato, venga ricoverato in strutture sanitarie, vi dimora legittimamente, e dunque non viola alcuna regola cautelare.
La guarigione va provata attraverso le modalità specificate nel co. 3 dell'art. 10-*quater*, ovvero consegue «all'esito negativo di un test antigenico rapido o molecolare per la rilevazione di SARS-CoV-2, effettuato anche presso centri privati a ciò abilitati. In quest'ultimo caso, la trasmissione, con modalità anche elettroniche, al dipartimento di prevenzione territorialmente competente del referto, con esito negativo, determina la cessazione del regime dell'isolamento».
L'art 10-q*uater* co. 3 prevede altresì che le modalità attuative dei commi 1 e 2 siano definite con Circolare del Ministero della Salute**;** il rinvio non sembra riferibile alle modalità di accertamento della guarigione, che il medesimo co. 3, come, visto disciplina direttamente; piuttosto, parrebbe, la Circolare dovrebbe meglio specificare le procedure di adozione della misura sanitaria dell'isolamento.
L'integrazione ad opera di una fonte sublegislativa di un elemento normativo di fattispecie penale non sembra vulnerare il principio di legalità, nel senso che i presupposti amministrativi del precetto penale sono sufficientemente delineati; ciò che è demandata alla fonte sub-legislativa è una mera specificazione tecnico-burocratica.
Il reato è configurato come contravvenzione di pericolo astratto; il legislatore presume, non a torto, che il soggetto positivo al virus possa, se viola gli obblighi di isolamento, veicolarlo all'esterno ad un numero indeterminato di persone (o a una o più persone che a loro volta potranno contagiarne altre).
È pertanto irrilevante che il trasgressore l'obbligo di isolamento esca con mascherine FPP2, stia lontano da altre persone o viceversa frequenti senza alcuna precauzione luoghi affollati.
Eventuali pericoli concreti di contagio o effettive trasmissioni, se mai provate, rileveranno ad integrare altre fattispecie (epidemia colposa, espressamente fatta salva dalla clausola di riserva iniziale, o, almeno in teoria, epidemia dolosa od omicidi o lesioni).
Il rinvio è *quoad poenam* alla veneranda fattispecie contenuta nell'art. 260 del R.D. n. 1265/1934.
Le forze dell'ordine hanno denunciato migliaia di persone per il reato di violazione della quarantena: 1177 persone nel solo periodo 1° marzo-31 luglio 2020[13]; gli ultimi dati aggregati

[13] Secondo quanto riferisce S. Fiore, *«Va', va' povero untorello, non sarai tu quello che spianti Milano». La rilevanza penale della violazione della quarantena obbligatoria,* in *Sist. pen.*, n. 11/2020, 7, nota 2, risulta, in base a dati del Ministero dell'Interno, che dall'1marzo al 31 luglio 2020 le persone denunciate per violazione della quarantena sono state 1177.

disponibili sul sito del Ministero dell'Interno, riferiti al periodo gennaio 2021-0ttobre 2021, danno conto di 3.127 denunciati[14].
Ad oggi, nelle banche dati giuridiche, non risultano applicazioni della fattispecie penale in commento, introdotta con d.l. n. 19/2020, e anche i siti specializzati hanno dato conto di pochissime pronunce[15].
Visti i corposi dati delle denunce è verosimile che i relativi procedimenti non siano stati ancora conclusi e registrati nelle banche dati, magari anche in considerazione di rapide definizioni con decreti penali di condanna non opposti o per pronunce non impugnate.

4. La fine dello stato di emergenza non ha fatto venire meno il diritto punitivo della pandemia, che nelle sue linee essenziali è rimasto lo stesso – con poche varianti – a partire dal d.l. n. 19/2020 fino all'attuale assetto normativo.
Non vi è qui spazio per affrontare i molti temi chiamati in causa dalla legislazione punitiva pandemica: basti pensare alla traduzione penalistica delle categorie dell'emergenza, del pericolo, del rischio e della colpevolezza, così come ai delicati profili della causalità: temi di amplissima portata che trascendono lo scopo di questo scritto, che più modestamente vuole prendere spunto dall'ultima disciplina emergenziale per interrogarsi sul tema del rapporto, dal punto di vista politico criminale, tra illecito penale e illecito amministrativo[16].
Ora, come noto, nell'universo del diritto punitivo il diritto penale è partner tradizionalmente più forte e presente del diritto amministrativo.
Nel microcosmo del diritto pandemico le cose vanno diversamente: di fronte al pericolo più grave (la morte per contagio di migliaia di persone), il legislatore ha puntato quasi tutte le sue *fiches* sulla sanzione amministrativa.
Come visto, buona parte delle regole di condotta a contenuto precauzionale, la cui violazione è sanzionata in via amministrativa, restano in vigore dall'1 al 30 aprile 2022: una sorta di periodo ponte tra la fine della cessazione dello stato di emergenza (31 marzo) e il pieno ritorno alla "normalità" (dal 1 maggio 2022).
Si tratta sotto questo aspetto di una normativa temporanea "di accompagnamento".
È meritevole di attenzione il fatto che l'unica fattispecie penale a tutt'oggi specificatamente applicabile (la violazione dell'obbligo di quarantena) sia viceversa rimasta stabilmente nell'ordinamento e sia stata svincolata dallo stato di emergenza epidemica.
Ciò verosimilmente sconta un certo pessimismo (o realismo) del legislatore circa future possibili nuove ondate epidemiche, e del resto appare in linea con la sopravvivenza nel codice del reato di

[14] Tale dato costituisce la somma dei dati contenuti nei reports mensili, consultati il 3 maggio 2022 sul sito del Ministero dell'Interno, al link https://www.interno.gov.it/it/coronavirus-i-dati-dei-servizi-controllo.
15 A. Della Bella*, L'allontanamento dal domicilio del soggetto positivo al covid tra problemi di diritto transitorio e inesistenza dei provvedimenti di quarantena*, in *Sist. pen*.,16 marzo 2021, la quale commenta un decreto di archiviazione del GIP Milano, del–1 marzo 2021, riferito al caso di una signora senza fissa dimora allontanatasi dall'ospedale dove era ricoverata in quanto positiva al virus; nel caso di specie non era stato adottato formale provvedimento di quarantena da parte del Sindaco in qualità di Autorità sanitaria, all'epoca elemento presupposto di fattispecie.
[16] La bibliografia è amplissima: senza alcuna pretesa di esaustività, sulla natura della sanzione amministrativa e di quella penale e sui relativi rapporti si segnalano i lavori di C.E. Paliero-A. Travi, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano 1988*;* E. Dolcini - A. Giarda - F. Mucciarelli - C. E. Paliero - E. Riva Crugnola, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale*", Milano 1982; M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996. Da ultimo, seppure dall'angolo visuale non coincidente della nozione di materia penale, vedi la ricostruzione di L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 145 ss. e di F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017.

epidemia e con il rinvio al venerando e in qualche misura resuscitato art. 260 del R.D. n. 1265/1934.
In attesa di verificare quale sarà il destino processuale delle migliaia di denunce trasmesse dalle forze di polizia alle Procure per il reato di violazione dell'obbligo di quarantena[17], può solo ipotizzarsi che la natura di contravvenzione di mera condotta e di pericolo astratto dovrebbe consentire all'accusa *chances* di successo ben superiori rispetto alla prova dei delitti di epidemia e *a fortiori* a quelli di danno e di evento (come l'omicidio o le lesioni), che per prevalente opinione dottrinale – e, ad oggi, per le prime pronunce giurisprudenziali – appaiono di assai ardua applicazione.
La legislazione "pandemica" lascia dunque nell'ordinamento uno strumento pronto all'uso, laddove la situazione sanitaria dovesse ritornare grave.
Volendo tracciare un primo bilancio della stagione legislativa che il decreto legge in commento mira a chiudere, può rilevarsi che la grande maggioranza dei destinatari ha sostanzialmente osservato le varie regole di condotta succedutesi negli anni, verosimilmente più per spontanea adesione che per timore di sanzioni punitive[18].
Le migliaia di sanzioni amministrative contestate ai trasgressori dei vari obblighi rappresentano tutto sommato numeri esigui rispetto alle decine di milioni di destinatari di obblighi di condotta anche invasivi di varie libertà, che in grande maggioranza hanno rispettato le disposizioni di legge via via vigenti.
Del resto molte persone continuano ad indossare la mascherina in taluni luoghi chiusi e financo all'aperto pur dopo la cessazione di tale obbligo, a dimostrazione che la cautela è stata interiorizzata per convinzione o timore di contagio, e non per paura di sanzioni.
In questo quadro gli illeciti amministrativi hanno giocato un ruolo assai più centrale dell'unica fattispecie penale; d'altro canto i reati contenuti nel codice penale talvolta evocati nelle denunce (epidemia, delitti di falso ecc.) ad oggi non hanno avuto fortuna applicativa.
L'impressione – che andrà verificata con dati statistici più maturi e con indagini a più ampio spettro – è che il diritto punitivo e quello strettamente penale non abbiano giocato un ruolo rilevante nella tenuta del sistema normativo pandemico; non certamente, come visto, sul piano repressivo (ad oggi non risultano sentenze di condanna per violazione degli obblighi di quarantena, e la gran parte delle indagini per epidemia risultano archiviate o non ancora approdate a sentenza; gli autori di illeciti amministrativi sono stati migliaia a fronte di milioni di potenziali trasgressori). Rimane ovviamente più difficile valutare il ruolo del diritto punitivo quale strumento di prevenzione generale (vuoi negativa, vuoi positiva).
È verosimile – verrebbe da pensare –, che milioni di persone hanno seguito le regole di condotta disegnate dalle normative anti-Covid mossi dalla paura di ammalarsi gravemente/di morire/di contagiare più che per timore di modeste sanzioni amministrative pecuniarie o di improbabili e lontane sanzioni penali.

[17] Non può escludersi che i noti problemi di scarsa efficacia del tracciamento dei contagi e di "rimpallo" di competenze tra Sindaci e Asl depotenzino la fattispecie penale preposta a sanzionare le violazioni all'obbligo di quarantena, laddove appunto manchi un formale provvedimento di quarantena o sia variamente viziato.
[18] In questo senso D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia* penale, in *Sist. pen.* 28 aprile 2020, 4, il quale cita anche in nota 16 dati sui numeri relativamente esigui delle trasgressioni alle disposizioni sul Covid.

OPPORTUNITA' DI EMERSIONE DEL SOMMERSO IN MATERIA DI REATI CONTRO IL PATRIMONIO CULTURARE: UNA PROPOSTA DI MISURA PREMIALE

di Eliana Romanelli

Dottoranda in Impresa, Lavoro, Istituzioni e Giustizia Penale, Università Cattolica del Sacro Cuore, Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia Penale

Il commercio di beni culturali e di antiquariato aventi illecita provenienza rappresenta un fenomeno criminale internazionale e include diverse condotte illecite, tra cui il saccheggio e l'impossessamento di reperti archeologici. Ponendo lo sguardo al contesto nazionale, tali fenomeni rappresentano alcune tra le più comuni forme di aggressione al patrimonio culturale italiano. Il contributo analizza la recente riforma della disciplina sanzionatoria in materia di reati contro il patrimonio culturale introdotta dalla Legge n. 22/2022, ponendo particolare attenzione al nuovo reato di furto di beni culturali e sottolineando la necessità di introdurre un provvedimento di 'sanatoria', che miri a incoraggiare una maggiore trasparenza nel mercato e incentivare una '*voluntary disclosure*' circa il possesso dei beni archeologici mobili di provenienza illecita da parte di soggetti privati.

The trade in artworks and antiquities with illicit provenance is an international criminal phenomenon which includes several illegal conducts, such as looting and illicit appropriation of archaeological finds. Considering the Italian scenario, these crimes represent the most common aggression against the domestic cultural heritage. The paper addresses the recent legislative reform introduced by law no. 22/2022 on crimes against cultural heritage, with a specific focus on the offence of cultural property theft, underlying the need to introduce a 'reward' provision in order to encourage a greater transparency in the art market and a 'voluntary disclosure' of assets with illicit provenance in private hands.

SOMMARIO: 1. Analisi fenomenologica dei reati di dispersione dei beni culturali mobili. 2. Il problema degli scavi archeologici clandestini nel contesto nazionale. 3. La riforma in materia di reati contro il patrimonio culturale. 4. Proposta di 'sanatoria' in materia di reperti archeologici. 5. Proposta di integrazione dell'articolato della legge 9 marzo 2022 n. 22 «Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale».

1. I reati di dispersione dei beni culturali mobili rappresentano una problematica tutt'altro che nuova, che affonda le sue radici nella storia dei primi eventi bellici e dei relativi saccheggi, i quali hanno avuto disastrosi effetti sul patrimonio culturale dell'umanità. Oggi l'attenzione della comunità internazionale si concentra soprattutto sulle condotte di traffico illecito di beni culturali mobili e mobilizzati, fenomeno criminoso a sua volta spesso collegato a situazioni di conflitto o instabilità politica e che, tuttavia, solo recentemente è emerso «come un elemento di relativa novità e di specifica pregnanza politico-criminale»[1].

[1] In tal senso S. Manacorda, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, in AA. VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, Milano 2015, 4-5. Sul punto si rimanda altresì a A. Visconti, *The Illicit Trade in Cultural Objects. From Marginalization to the Current Surge in Attention by Transnational Criminal Policymakers*, in

Negli ultimi anni si è assistito ad una profonda diversificazione della fenomenologia dei reati contro il patrimonio culturale: si pensi all'interesse di squadre di 'tombaroli' per i beni presenti in siti archeologici noti o non ancora registrati, i quali, grazie al sostegno di intermediari e ricettatori, attuano reiterate condotte di spoliazione del patrimonio culturale e di immissione delle opere trafugate sul mercato clandestino nazionale ed internazionale. Si pensi altresì al coinvolgimento, nel traffico illecito di beni culturali mobili, di forme di criminalità organizzata transnazionale caratterizzate da un ben strutturato *network* criminale (la cosiddetta 'cordata')[2] o, ancora, al temuto coinvolgimento di organizzazioni terroristiche impegnate nella distruzione deliberata del patrimonio culturale, al fine di finanziare le loro attività criminali mediante il traffico illecito dei beni stessi[3].

Da un punto di vista criminologico, il commercio, lecito e illecito, di beni culturali ha da tempo dimensioni internazionali[4]: la maggior parte dei traffici prevede flussi di beni dai Paesi di origine, i cosiddetti '*source countries*', ricchi di antichità e di opere d'arte (si tratta spesso di paesi meno sviluppati e, dunque, più svantaggiati sul piano economico e sociale e, al tempo stesso, generalmente caratterizzati da normative fortemente restrittive della circolazione dei beni culturali), ai mercati dei paesi di destinazione, i cosiddetti '*market countries*', potenti attrattori di questi beni, con un'economia ricca ed un'organizzazione politica stabile[5], passando dai cosiddetti '*transit countries*', paesi caratterizzati da una politica di mercato aperta per quanto concerne l'ingresso e l'uscita di oggetti d'arte e beni archeologici, dove risulta più agevole occultare la provenienza illecita dei beni attraverso la creazione di validi titoli di possesso[6]. Tali luoghi

---

Histories of Transnational Criminal Law, a cura di N. Boister, S. Gless, F. Jessberger, New York-Oxford 2021, 220-235.

[2] Cfr. sul punto D. Chappel, K. Polk, *Unraveling the 'Cordata': Just How Organized Is the International Traffic in Cultural Objects?*, in *Crime in the Art and Antiquities World, Illegal Activities in Cultural Property and Criminal Policy Responses*, a cura di S. Manacorda e D. Chappel, New York 2011, 99-113.

[3] È quanto sta accadendo in Siria ed Iraq, dove, secondo l'FBI, il traffico illecito di antichità da parte Stato Islamico e delle organizzazioni terroristiche di stampo jihadista è uno dei principali canali di finanziamento delle loro attività terroristiche. Si rimanda sul punto all'articolo di A. Pauwels, *ISIS and illicit trafficking in cultural property: Funding terrorism through art*, in *Freedom From Fear Magazine (F3)*, Issue 11, UNICRI (http://f3magazine.unicri.it/?p=1098, ultimo accesso 8.05.2022). Si vedano sul tema anche M. Sargent, J. V. Marrone, A. Evans, B. Lilly, E. Nemeth e S. Dalzell, *Tracking and Disrupting the Illicit Antiquities Trade with Open Source Data*, Santa Monica 2020, 5-22 (https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR2706.html, ultimo accesso 8.05.2022); UNESCO, *Fighting the illicit Trafficking of Cultural Property. A toolkit for European judiciary and law enforcement*, Parigi, 2018 (https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000266098?posInSet=1&queryId=69eeca8c-383e-4b4f-b795-0e3dad58dab5, ultimo accesso 8.05.2022); INTERPOL, *Assessing crimes against cultural property 2020. Survey of Interpol Member Countries*, settembre 2021 (https://www.interpol.int/en/News-and-Events/News/2021/Cultural-property-crime-thrives-throughout-pandemic-says-new-INTERPOL-survey, ultimo accesso 8.05.2022).

[4] Per una chiara e recente analisi delle rotte dei traffici di opere d'arte si rimanda a N. Brodie, O. Batura, G. op't Hoog, B. Slot, N. van Wanrooij e D. Yates, *Illicit Trade in Cultural Goods in Europe*, Brussels 2019, 97-105 (https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d79a105a-a6aa-11e9-9d01-01aa75ed71a1, ultimo accesso 8.05.2022).

[5] Sulla distinzione in esame proposta dal giurista J. H. Merryman tra Stati fonte e Stati mercato si rimanda a J.H. Merryman, *Two Ways of Thinking About Cultural Property*, in *AJIL* 1986, Vol. 80, No. 4, 831-853.

[6] Cfr. S. Mackenzie, N. Brodie, D. Yates e C. Tsirogiannis, *Trafficking Culture: New Directions in Researching the Global Market in Illicit Antiquities*, London 2019; V. Manes, *La circolazione illecita dei beni artistici e archeologici. Risposte penali ed extrapenali a confronto*, in *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 85; K. Polk, *"Fermate questo terribile saccheggio". Il traffico illecito di oggetti antichi analizzato come un mercato criminale*, 7° Convegno internazionale sul "*Traffico illecito del patrimonio archeologico. Internazionalizzazione del fenomeno e problematiche di contrasto*", Roma 2001, 100-101 (http://www.numismaticadellostato.it/pns-pdf/BDN/pdf/SUPPL-38.pdf, ultimo accesso 8.05.2022); D. Vozza, *La prevenzione e il contrasto al traffico illecito di beni culturali mobili tra spunti comparati e prospettive di riforma*, in

svolgono un ruolo chiave nelle operazioni di 'purificazione' delle origini illecite dei beni culturali, consentendo l'ingresso di questi ultimi nel mercato lecito e creando, dunque, una forte osmosi tra la dimensione lecita ed illecita del mercato dell'arte[7].

In detto contesto, la rarità (assoluta o relativa) di opere d'arte e beni antiquariali, unitamente alla forte domanda di tali beni sul mercato, finisce per incrementare il procacciamento illecito attraverso illegittime appropriazioni (principalmente mediante la commissione di furti ai danni di musei, luoghi di cultura e collezioni private o attraverso saccheggi di siti archeologici, oltre che mediante la violazione delle regole sull'esportazione e sull'acquisizione).

Il mercato d'arte, in sé pienamente lecito, presenta, dunque, una forte componente illegale ed è per questo definito un mercato grigio[8]. È particolarmente nota la clandestinità del mercato di beni archeologici e di antiquariato, agevolata dalla cosiddetta '*no questions policy*', ovvero dalla politica dei *dealers* internazionali che risponde alle note formule '*don't know, don't ask*' o '*don't ask, don't tell*'. Nello svolgimento delle transazioni, tali soggetti, in genere, mostrano disinteresse o riluttanza a sincerarsi, mediante appositi controlli, dell'origine lecita dei beni che acquistano e che poi immettono nel mercato, nel caso in cui non abbiano una conoscenza preventiva e chiara della provenienza dei beni stessi[9].

Nel circuito della criminalità dei beni culturali, inoltre, «la disponibilità sul mercato clandestino di beni culturali illecitamente sottratti produce l'interessamento di compagini criminali dedite al

---

Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale, cit., 188-189; L. Natali, *Patrimonio culturale e immaginazione criminologica. Panorami teorici e metodologici*, in *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 53, nota 78; P. Bator, *An Essay on the International Trade*, in *SLR* 1982, No. 34, 343; M. M. Kersel, *From the Ground to the Buyer: a Market Analysis of the Trade in Illegal Antiquities*, in *Archaeology, cultural heritage, and the antiquities trade*, a cura di N. Brodie, M. M. Kersel, C. Luke e K.W. Tubb, Gainesville 2006, 188-194.

[7] Cfr. L. Natali, *Patrimonio culturale e immaginazione criminologica. Panorami teorici e metodologici*, cit., 53; D. Vozza, *La prevenzione e il contrasto al traffico illecito di beni culturali mobili tra spunti comparati e prospettive di riforma*, cit., p. 189; S. Manacorda, *Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective*, in *Crime in the Art and Antiquities World*, *Illegal Activities in Cultural Property and Criminal Policy Responses*, cit., 21. Si veda anche la ricerca condotta da T. Davis, *From Illicit to Licit: The Laundering of Looted Antiquities into Legitimate Artworks*, in *Trafficking Culture* (http://traffickingculture.org/projects/from-illicit-to-licit-the-laundering-of-looted-antiquities-into-legitimate-artworks/, ultimo accesso 8.05.2022). Inoltre, J. Ulph, *The Impact of the Criminal Law and Money Laundering Measure Upon the Illicit Trade in Art and Antiquities*, in *AAL* 2011, Vol. XVI, 47, ricorda come le fasi ('*placement, layering, integration*') che scandiscono il processo di riciclaggio di denaro di provenienza illecita ('*money laundering*') si riscontrano anche nel traffico illecito di beni culturali, soprattutto quando si tratta di beni rubati. Per una posizione critica in merito alla sussistenza di evidenze empiriche che consentano di affermare le relazioni tra traffico illecito di beni culturali e operazioni di riciclaggio di denaro sporco si rimanda a P. C. Van Duyne, citato da S. Manacorda, *Introduction. Criminology in Art Crime: some Lessons for the Legislators*, in *Cultural property crime: an overview and analysis on contemporary perspectives and trends*, a cura di J. D. Kila e M. Balcells, Leiden-Boston 2015, XI.

[8] Cfr. A. Visconti, *Cultural Property Trafficking*, in *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, a cura di N. Boister e R. J. Currie, New York-Abingdon 2014, 264-279; B. A. Bowman, *Transnational Crimes Against Culture. Looting at Archaeological Sites and the "Grey" Market in Antiquities*, in *J. Contemp. Crim. Justice* 2008, Vol. 24, No. 3, 225-242; B. A. Bowman, *The Antiquities Licit-Illicit Interface*, in *The Palgrave Handbook on Art Crime*, a cura di S. Hufnagel e D. Chappell, London 2019, 79-87; S. Mackenzie e D. Yates, *What Is Grey about the "Grey Market" in Antiquities?*, in *The Architecture of Illegal Markets: Towards an Economic Sociology of Illegality in the Economy*, a cura di J. Beckert e M. Dewey, Oxford 2017, 70-86.

[9] Cfr. A. Di Nicola e E. U. Savona, *Tendenze internazionali del traffico in opera d'arte e politiche di contrasto*, in *Dall'incuria all'illegalità. I beni culturali alla prova della coscienza collettiva*, a cura di M. A. Toscano, Milano 1999, 6; D. Vozza, *op. cit.*, 218; S. Mackenzie, *The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organized Crime in the International Antiquities market*, in *Crime in the Art and Antiquities World: Illegal Trafficking in Cultural Property*, a cura di S. Manacorda e D. Chappell, New York 2014, 69-85.

traffico internazionale di opere d'arte. In questi casi, l'innesco della spirale tra offerta e domanda, unitamente alla strutturazione dei ruoli per l'esecuzione delle diverse azioni illecite, possono integrare forme di criminalità organizzata transnazionale»[10]. Assoluto rilievo assume, dunque, anche la dimensione 'organizzativa' del traffico illecito di beni culturali, la cui rete criminale internazionale vede la partecipazione non solo di soggetti privati – 'tombaroli', ladri, contrabbandieri, facilitatori, ricettatori, mercanti d'arte e di antichità e collezionisti – ma anche di enti strutturalmente organizzati – esercizi antiquariali, case d'asta, gallerie, fiere internazionali, società di intermediazione, porti franchi e società di trasporto e di *import/export* – coinvolti soprattutto nelle operazioni dirette a facilitare l'immissione dei beni di provenienza illecita nel mercato lecito[11].

La segreta e complessa natura del fenomeno del traffico illecito di beni culturali e la richiamata natura intrinsecamente 'grigia' del mercato dell'arte rendono difficoltoso ottenere dati empirici precisi, che diano un quadro chiaro della dimensione effettiva del commercio illegale di beni culturali (sia in termini di volume di beni coinvolti, che di valore monetario) e dei danni procurati al patrimonio culturale. Questo incide in modo negativo anche sull'indagine e repressione dei reati di spoglio e dispersione del patrimonio culturale, la maggior parte dei quali non vengono a conoscenza delle autorità competenti, svolgendosi al di fuori degli schermi radar delle forze dell'ordine e andando, perciò, ad accrescere la cosiddetta 'cifra oscura'[12].

Per quanto sia difficile avere un quadro delle reali dimensioni, in termini di numero e di valore economico, di tali reati – in considerazione della natura intrinsecamente 'grigia' del mercato dell'arte e dell'elevatissima cifra oscura che li caratterizza[13] – si può osservare come, secondo uno

---

[10] Così M. Mossa, *Saluto introduttivo*, in *Beni culturali e sistema penale. Prevenzione e contrasto dei reati contro il patrimonio culturale. La dimensione nazionale ed internazionale*, a cura di S. Manacorda e A. Visconti, Milano 2013, XVII.

[11] Per un'analisi sul coinvolgimento delle organizzazioni criminali in tale settore si vedano, *ex plurimis*, J. Dietzler, *On "Organized Crime" in the illicit antiquities trade: moving beyond the definitional debate*, in *Trends Organ. Crime* 2013, 7 ss.; E. A. J. G. Tijhuis, *Transnational crime and the interface between legal and illegal factors: The case of the illicit art and antiquities trade*, Nijmegen 2006; L. L. Bernick, *Art and Antiquities Theft*, in *TOC* 1998, Vol. 4, Issue 2, 91 ss.; B. B. Proulx., *Organized Criminal Involvement in the Illicit Antiquities Trade*, in *Trends Organ. Crime* 2011, Vol. 14, Issue 1, 1-94; A. Mccalister, *Organized Crime and the Theft of Iraqi Antiquities*, in *Trends Organ. Crime* 2005, Vol. 9, Issue 1, 24 ss.; R. T. Naylor, *The Underworld of Art*, in *Crime Law Soc Change* 2008, Vol. 50, Issue 4, 290-291; P. B. Campbell, *The Illicit Antiquities Trade as a Transnational Criminal Network: Characterizing and Anticipating Trafficking of Cultural Heritage*, in *Int. J. Cult. Prop.* 2013, Vol. 20, 119 e 126; S. Mackenzie, *The Market as Criminal and Criminals in the Market: Reducing Opportunities for Organized Crime in the International Antiquities market*, cit., 69-85; S. Mackenzie, *Identifying and preventing opportunities for organized crime in the international antiquities market*, in *Organised Crime in Art and Antiquities*, a cura di S. Manacorda, Milano 2009, 41-62; S. Mackenzie, *Organised Crime and Common Transit Networks*, in AIC 2002, n. 233; A. Di Nicola e E. U. Savona, *op. cit.*, 59-77.

[12] Cfr. S. Mackenzie, *Going. Going. Gone. Regulating the Market in Illicit Antiquities*, Leicester 2005; C. Alder e K. Polk, *Crime in the World of Art*, in *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, a cura di H.N. Pontell e G. Geis, New York 2007; B.A. Bowman, *Transnational Crimes Against Culture. Looting at Archaeological Sites and the "Grey" Market in Antiquities*, cit., 225-242; N. Brodie, M. M. Kersel, S. Mackenzie, I. Sabrine, E. Smith e D. Yates, *Why There is Still an Illicit Trade in Cultural Objects and What We Can Do About It*, in *J. Field Archaeol.* 2021, 3-5.

[13] Cfr. N. Brodie, O. Batura, G. op't Hoog, B. Slot, N. van Wanrooij e D. Yates, *op. cit.*, 78-96; M. Sargent, J. V. Marrone, A. Evans, B. Lilly, E. Nemeth e S. Dalzell, *op. cit.*, 69-86; M. Balcells, *One Looter, Two Looters, Three Looters … The Discipline of Cultural Heritage Crime Within Criminology and Its Inherent Measurement Problems*, in *The Palgrave Handbook on Art Crime*, cit., 33-53; M. A. Renold, *The legal and illegal trade in cultural property to and throughout Europe: Facts, findings and legal analysis*, Geneva 2018; B. A. Bowman, *Transnational Crimes Against Culture. Looting at Archaeological Sites and the "Grey" Market in Antiquities*, 225-242.

studio condotto dall'associazione *Saving Antiquities For Everybody*[14], la maggior parte dei beni in questione recentemente emersi sul mercato (tra l'80 e il 90%) non abbia alcuna documentazione che li accompagni o che certifichi la storia della loro provenienza. Talvolta essi sono accompagnati da documenti falsi, che dichiarano un titolo di proprietà vago o non verificabile, mascherando così la loro provenienza illecita sotto un manto di apparente liceità, permettendone l'ingresso nel mercato legale. Il *Transnational Crime and the Developing World Report 2017*[15] del *Global Financing Integrity* ha sostenuto che il traffico illecito nel mondo dell'arte abbia un valore annuo tra 6 e 8 miliardi di dollari, con ricavi annui pari a 1.2/1.6 miliardi di dollari, e rappresenti il 20% del complesso dei crimini contro il patrimonio culturale.
Con particolare riferimento alle condotte di illecito impossessamento di beni archeologici, dall'indagine condotta dall'INTERPOL sui crimini commessi contro il patrimonio culturale nel corso del 2020[16] emerge che i reperti archeologici trafugati rappresenterebbero il 14% del valore complessivo dei beni culturali rubati in Europa.
Valori molto più elevati si sono registrati in Asia, America e Africa, dove la percentuale dei reperti archeologici trafugati risulterebbe essere, rispettivamente, pari al 31%, 27% e 19% del totale dei beni culturali rubati.
Dallo studio dell'INTERPOL emerge, dunque, che nel corso del 2020 i reperti archeologici rappresentano i beni maggiormente interessati da fenomeni di appropriazione illecita, in ragione, principalmente, della loro maggiore esposizione a condotte di scavi clandestini.

[14] Si rinvia al sito dell'associazione (http://savingantiquities.org/).
[15] Cfr. il report di Global Financing Integrity, *Transnational Crime and the Developing World*, marzo 2017, pp. xi-xii, 35-41, 99 (https://secureservercdn.net/50.62.198.97/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf?time=1639226029, ultimo accesso 8.05.2022).
[16] Cfr. l'indagine condotta dall'INTERPOL, *Assessing crimes against cultural property 2020. Survey of Interpol Member Countries*, cit., 12-13.

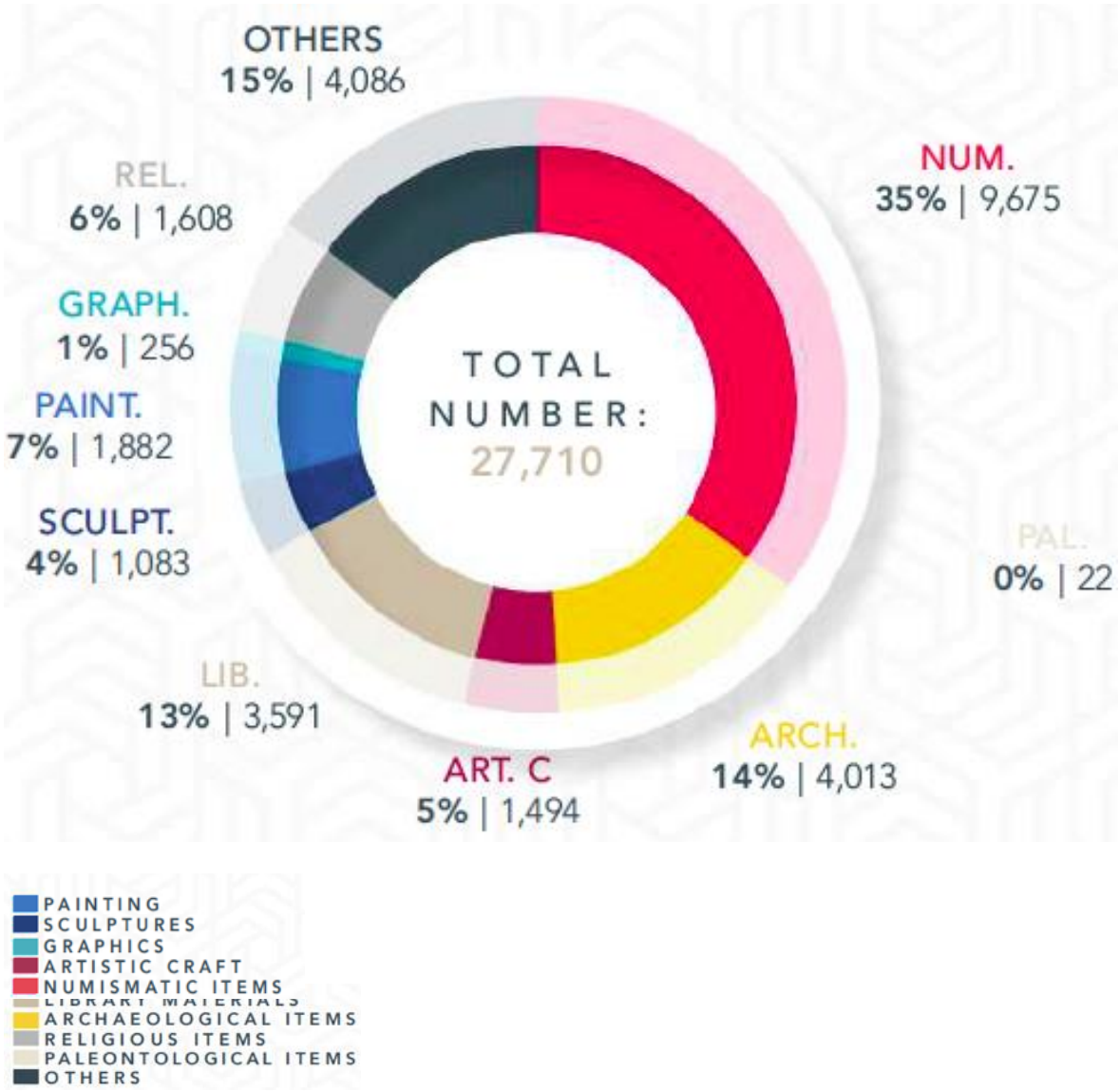


Figura n. 1 – Stolen objects. Fonte Assessing crimes against cultural property 2020, Interpol

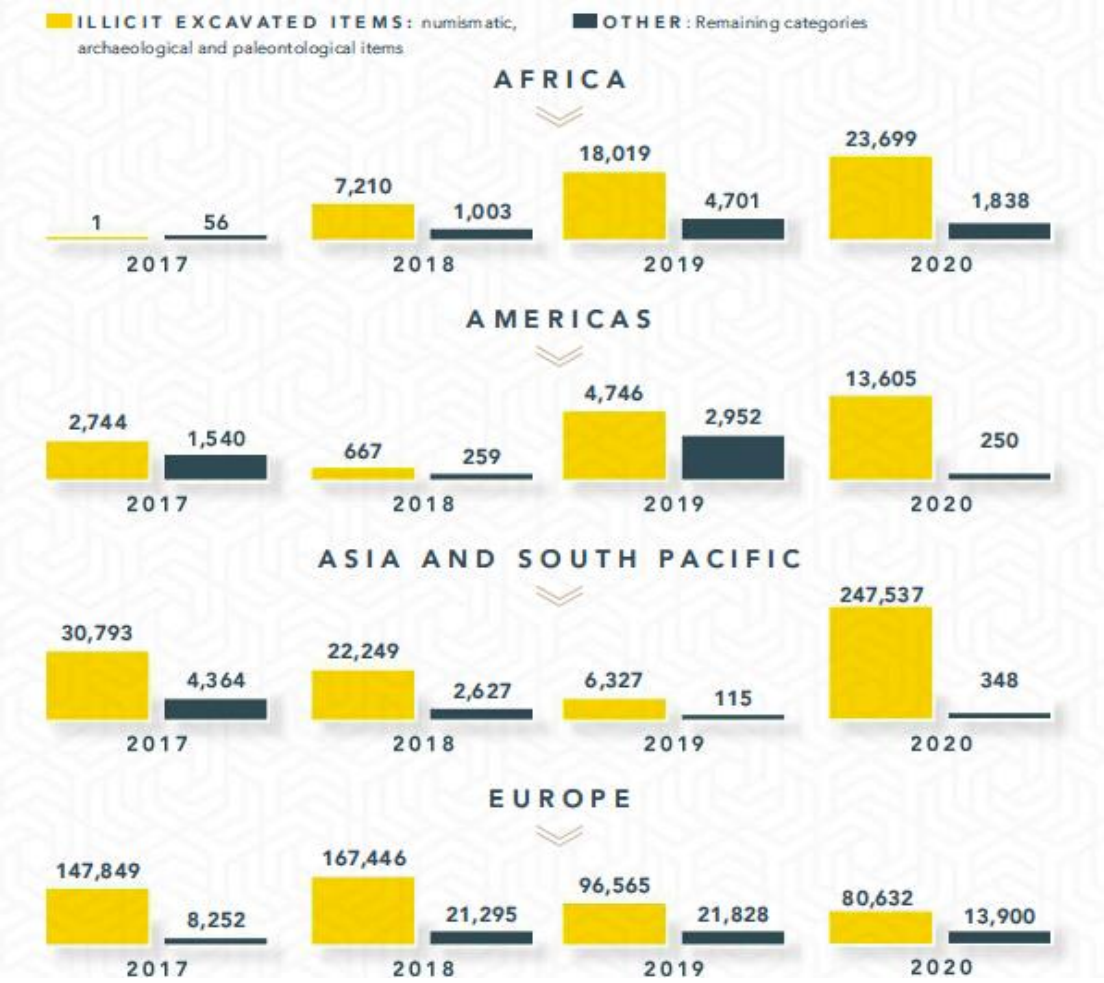


Figura n. 2 – Illicit excavated items. Fonte Assessing crimes against cultural property 2020, Interpol

Nonostante la rilevanza, sul piano della misurazione quantitativa dei fenomeni illeciti contro il patrimonio culturale, dei dati sopra riportati, sia l'INTERPOL[17] sia l'Organizzazione Mondiale delle Dogane[18] hanno preso le distanze dalle diverse valutazioni, elaborate nel tempo, del valore del mercato illecito di beni culturali, ritenendo le stime della dimensione e della redditività del mercato di opere d'arte saccheggiate, rubate e contrabbandate notoriamente inaffidabili.
Su un dato tutti gli esperti del settore sembrano però concordare: il mercato delle opere d'arte di illecita provenienza rappresenta una tra le più grandi imprese illegali del mondo, del valore di miliardi di dollari[19].

2. Ponendo lo sguardo al contesto nazionale, i fenomeni criminali di saccheggio dei siti archeologici e di impossessamento dei beni archeologici rinvenuti fortuitamente continuano a rappresentare alcune tra le più comuni forme di aggressione al patrimonio culturale e ad essere oggetto di numerosissime attività investigative avviate, in modo particolare, nelle Regioni del Centro e Sud Italia[20]. Si stima, infatti, che «nell'arco di meno di mezzo secolo siano stati sottratti illegalmente circa un milione e mezzo di beni archeologici. Il valore economico complessivo dei beni culturali sottratti all'Italia è stimato intorno ai 150 milioni di euro all'anno»[21].
Dall'attività operativa del Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale svolta nel corso del 2020 emerge il recupero di 17.596 reperti, di cui 93 paleontologici, 5310 archeologici integri e 4.532 frammenti provenienti da scavi clandestini[22].

[17] Sul punto si rimanda a M. Weller, *Rethinking EU Cultural Property Law: Towards private Enforcement*, Baden 2018, 29 e all'articolo di IADAA, *Interpol Removes Misleading Information on Illicit Trade in Cultural Property*, 25 aprile 2019 (https://coinsweekly.com/interpol-removes-misleading-information-on-illicit-trade-in-cultural-property/, ultimo accesso 8.05.2022).
[18] Si rimanda al sito dell'Organizzazione Mondiale delle Dogane (http://www.wcoomd.org/en/topics/enforcement-and-compliance/activities-and-programmes/cultural-heritage-programme.aspx, ultimo accesso 8.05.2022). Si veda altresì il policy paper della Regione Lombardia, *Il traffico illecito di opere d'arte in connessione con gli investimenti economici delle criminalità organizzate*, ottobre 2020, in particolare, 19 ss. (https://www.consiglio.regione.lombardia.it/wps/wcm/connect/606d90eb-ba77-424f-8603-fbfd8b0c0fd5/PP_TrafficoOpereArte_2020_x_web.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-606d90eb-ba77-424f-8603-fbfd8b0c0fd5-nubuS-L , ultimo accesso 8.05.2022).
[19] In tal senso M. Sargent, J. V. Marrone, A. Evans, B. Lilly, E. Nemeth e S. Dalzell, *op. cit.*, 85 (in particolare, Cap. 5. *Measuring the International Trade in Antiquities*).
[20] Si rimanda a M. Balcells, *One Looter, Two Looters, Three Looters … The Discipline of Cultural Heritage Crime Within Criminology and Its Inherent Measurement Problems*, cit., 36-38 e 45-46.
[21] Così T. Cevoli, *Traffici di antichità e crimine organizzato in Sicilia*, in *Ladri di antichità. Il mercato clandestino di reperti archeologici e di opere d'arte in Sicilia: traffici illeciti e leciti recuperi*, a cura di S. Modeo e S. Raffiotta, Caltanissetta 2020, 70. Cfr. altresì T. Cevoli, *Il traffico illecito di reperti archeologici ed opere d'arte come fenomeno criminale*, in P*ossessione. Trafugamenti e falsi di antichità a Paestum. Catalogo della mostra (Capaccio, 2 luglio-31 dicembre 2016)*, a cura di G. Zuchtriegel, Napoli 2016, 54-64.
[22] Cfr. Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale, *Attività Operativa 2020*, Roma 2020, 6-8, 15-17 e 27-28 (http://tpcweb.carabinieri.it/SitoPubblico/pubblicazioni, ultimo accesso 8.05.2022). Nel corso del 2021, invece, sono stati recuperati 23.363 beni archeologici e paleontologici e sono stati effettuati 1700 controlli presso le aree archeologiche terrestri e marine, a seguito dei quali sono state denunciate 57 persone per scavo clandestino (cfr. l'articolo *Carabinieri: i detective dell'arte del TPC recuperano nel 2021 23.363 beni archeologici e paleontologici. Cinquantasette le denunce per scavi clandestini*, in *Report Difesa*, 30.12.2021, https://www.reportdifesa.it/carabinieri-i-detective-dellarte-del-tpc-recuperano-nel-2021-23-363-beni-archeologici-e-paleontologici-cinquantasette-le-denunce-per-scavi-clandestini/, ultimo accesso 8.05.2022).

ATTIVITA' DI RECUPERO		
REPERTI ARCHEOLOGICI		17.503
di cui interi		5.310
di cui frammenti		4.532
di cui numismatica archeologica		7.661

Figura n. 3 – Attività di recupero. Fonte Sistema Informativo Tutela Patrimonio Culturale, Carabinieri Nucleo TPC, 2020

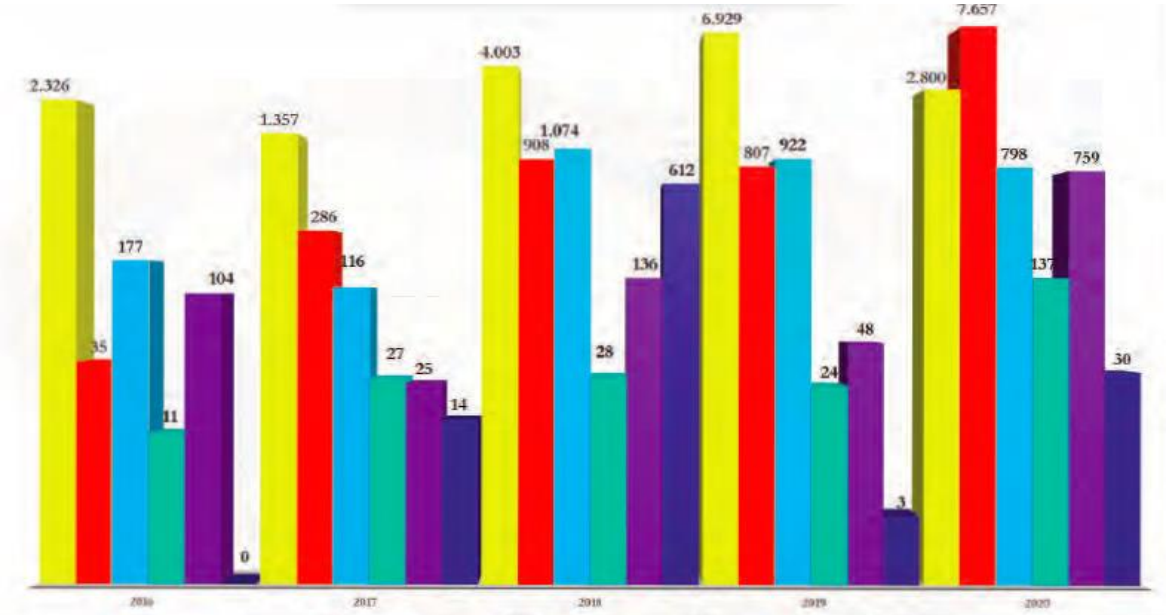
L'attività repressiva dei Carabinieri ha portato alla denuncia di 68 persone per condotte legate agli scavi clandestini nel corso del 2020.

ATTIVITA' REPRESSIVA		
DENUNCIATI PER TIPOLOGIA DI REATO	FURTO	17
	RICETTAZIONE	447
	SCAVO CLANDESTINO	68
	CONTRAFFAZIONE OPERA D'ARTE	181
	ILLECITA ESPORTAZIONE	23
	DANNEGGIAMENTO	28
	REATI IN DANNO DEL PAESAGGIO	287
	ASSOCIAZIONI PER DELINQUERE	11
	ALTRI REATI	754

Figura n. 4 – Attività repressiva. Fonte Sistema Informativo Tutela Patrimonio Culturale, Carabinieri Nucleo TPC, 2020

Il fenomeno degli scavi clandestini risulta essere sostanzialmente stabile in termini quantitativi sul territorio nazionale, con un incremento del 20%, rispetto al 2019, degli eventi rilevati (24 in totale nel 2020)[23].

[23] Cfr. Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale, *Attività Operativa 2020*, 27.



	2016	2017	2018	2019	2020
Numismatica Archeologica	2.326	1.357	4.003	6.929	2.800
Libri e documenti archivi	35	286	908	807	7.657
Reperti archeologici	177	116	1.074	922	798
Dipinti e sculture	11	27	28	24	137
Opere false	104	25	136	48	759
Varie	0	14	612	3	30

Figura n. 5 - Tipologia beni sequestrati. Fonte Sistema Informativo Tutela Patrimonio Culturale, Carabinieri Nucleo TPC, 2020

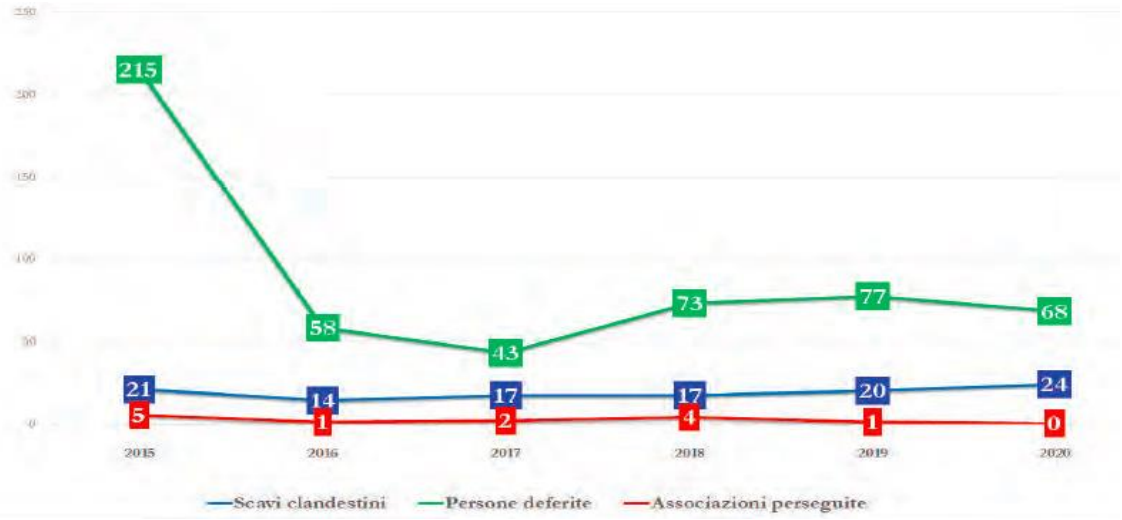


Figura n. 6 – Archeologia. Fonte Sistema Informativo Tutela Patrimonio Culturale, Carabinieri Nucleo TPC, 2020

Dall'analisi dei dati inerenti ai reperti archeologici non emerge, pertanto, un significativo mutamento nel fenomeno degli scavi clandestini legato alla pandemia da Coronavirus, per quanto, sotto altri profili, l'anno 2020 sia stato considerato un «anno atipico, difficile da confrontare ai precedenti»[24], tanto che si è ritenuto che «la comparazione di quanto rilevato nel 2020 rispetto agli anni precedenti non restituisc[a] elementi significativi per la definizione dei *trends* criminali […]»[25].
I reperti archeologici rimangono, dunque, un «importante ambito di investimento di capitali illeciti, per la caratteristica delle opere di mantenere inalterato il proprio valore e per la facilità di sottrazione e occultamento […]. Gli scavi clandestini rappresentano un fenomeno sostanzialmente stabile su numeri che possono ritenersi al minimo fisiologico […]»[26] e ciò è dimostrato dalle diverse operazioni compiute dal Nucleo TPC dei Carabinieri nel corso degli ultimi due anni.
Risale a maggio 2021 la notizia della denuncia all'Autorità Giudiziaria di 90 persone per i reati di ricettazione, violazioni in materia di ricerche archeologiche e detenzione di materiale archeologico. A seguito di 28 perquisizioni domiciliari e locali sono stati complessivamente sequestrati, da parte dei Carabinieri Nucleo TPC di Bari, 1.329 beni, per un valore economico stimato in € 1.530.000[27]. È, invece, del novembre 2021 la notizia della restituzione allo Stato di oltre 11 mila reperti archeologici provento di scavi clandestini avvenuti all'interno di un'area archeologica in Sicilia[28]. Una delle più importanti operazioni di recupero di beni (denominata '*Tars*' ed avviata nel 2019) si è conclusa nel dicembre 2021 con l'individuazione di più di 2.000

[24] *Ivi*, 4. Il mutamento più rilevante nell'operatività delle compagini criminali si è registrato nel trasferimento online dei traffici e nell'utilizzo sempre più consistente di piattaforme virtuali per la vendita di beni di provenienza illecita. Come riportato nel rapporto del Carabinieri, «Chi vede i beni artistici come una fonte di illecito profitto non si è arreso all'emergenza. Non lo hanno fatto le filiere degli scavi clandestini […]».
[25] *Ivi*, 8.
[26] *Ivi*, 27.
[27] Sulla notizia si rimanda al comunicato stampa del Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale, *Il TPC di Bari presenta i risultati dell'attività operativa dell'anno 2020*, Roma, 12.05.2021 (http://www.carabinieri.it/in-vostro-aiuto/informazioni/comunicati-stampa/il-tpc-di-bari-presenta-i-risultati-dell-attivita-operativa-dell-anno-2020, ultimo accesso 8.05.2022).
[28] Sulla notizia si rimanda all'articolo *I Carabinieri TPC restituiscono allo Stato oltre 11 mila reperti archeologici provento di scavi clandestini*, in *The Journal of Cultural Heritage Crime*, 27.11.2021 (https://www.journalchc.com/2021/11/27/i-carabinieri-tpc-restituiscono-allo-stato-oltre-11-mila-reperti-archeologici-provento-di-scavi-clandestini/, ultimo accesso al 8.05.2022). Si rimanda altresì all'articolo *1000 reperti archeologici sequestrati a tombaroli seriali in Sardegna*, in *The Journal of Cultural Heritage Crime*, 7.07.2021 (https://www.journalchc.com/2021/07/07/1000-reperti-archeologici-sequestrati-a-tombaroli-seriali-in-sardegna/, ultimo accesso al 8.05.2022). Per altre più recenti notizie si rimanda al sito del *The Journal of Cultural Heritage Crime* (https://www.journalchc.com).

reperti archeologici della Magna Grecia, trafugati dagli scavi dell'area di Taranto e portati all'estero per essere venduti. Le 13 persone coinvolte sono state indagate per le ipotesi di reato di associazione per delinquere, ricettazione, scavi clandestini e illecito impossessamento di reperti archeologici.

Per fronteggiare le quotidiane attività di trafugamento ed impossessamento di reperti archeologici poste in essere su tutto il territorio nazionale, che proseguono anno dopo anno, sono state adottate diverse misure tese alla prevenzione ed al contrasto di tali fenomeni.

È, ad esempio, degna di menzione la collaborazione tra la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torre Annunziata e il Parco archeologico di Pompei, che, in data 1° agosto 2019, hanno siglato un protocollo, al fine di contrastare il saccheggio ed il traffico di reperti archeologici che da tempo ormai immemorabile devastano l'area archeologica di Pompei, delle antiche città di Stabia e Oplontis, dell'odierna Boscoreale e del parco di Longola[29].

L'avvio di forme integrate di collaborazione tra diverse istituzioni sul piano informativo, operativo e di tutela, nonché di sempre più incisive campagne divulgative e/o di sensibilizzazione delle comunità locali, svolte soprattutto dal Comando Carabinieri TPC, hanno, di fatto, condotto a risultati di assoluto rilievo sul piano della prevenzione e del tempestivo contrasto del fenomeno criminale del saccheggio di siti archeologici, nonché delle restituzioni, anche spontanee, di beni depredati.

Sotto quest'ultimo profilo, negli ultimi anni si è registrato un interesse crescente, da parte di detentori di beni archeologici di illecita, o comunque sospetta, provenienza, alle restituzioni di tali beni ovvero alla denuncia della detenzione degli stessi alle competenti autorità[30]. Con riferimento alle storie delle restituzioni compiute sino ad oggi, nella maggior parte dei casi si è trattato di restituzioni spontanee, a distanza anche di moltissimi anni, effettuate da parte di turisti che avevano portato con sé piccoli reperti trafugati nel corso di visite a siti archeologici italiani[31].

---

[29] Il protocollo di intesa è consultabile sul sito della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torre Annunziata (https://www.procuratorreannunziata.it/allegatinews/A_25201.pdf, ultimo accesso 8.05.2022). Si rimanda all'articolo *Si rinnova il protocollo di intesa per il contrasto al saccheggio e al traffico di reperti archeologici tra il Parco Archeologico di Pompei e la Procura della Repubblica di Torre Annunziata*, pubblicato sul sito istituzionale del Parco archeologico di Pompei, 28.07.2021 (http://pompeiisites.org/comunicati/si-rinnova-il-protocollo-di-intesa-per-il-contrasto-al-saccheggio-e-al-traffico-di-reperti-archeologici/, ultimo accesso 8.05.2022).

[30] Si rimanda alle notizie di cronaca riportate su diversi siti web di periodici locali, in particolare, all'articolo *Pompei, restituisce reperto trafugato 50 anni fa dagli Scavi: "Mi vergogno di quello che ho fatto"*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 3.01.2021 (https://corrieredelmezzogiorno.corriere.it/napoli/cronaca/21_febbraio_03/pompei-restituisce-reperto-trafugato-50-anni-fa-scavi-c3c4d01e-661c-11eb-bf9b-8625626c101a.shtml, ultimo accesso 8.05.2022); all'articolo di A. Sarno, *Pompei, anonimo restituisce al Comune una pietra sottratta agli Scavi*, in *La Repubblica*, 22.01.2021 (https://napoli.repubblica.it/cronaca/2021/01/22/news/pompei_anonimo_restituisce_al_comune_una_pietra_sottratta_agli_scavi-283764945/, ultimo accesso 8.05.2022); all'articolo *Tornano a Paestum 208 reperti portati via dagli scavi archeologici*, in *Lira TV*, 21.01.2021 (https://www.liratv.it/it/cronaca-2/tornano-a-paestum-208-reperti-portati-via-dagli-sc-48530/article?utm_campaign=shareaholic&utm_medium=facebook&utm_source=socialnetwork, ultimo accesso 8.05.2022); all'articolo *Restituzioni. A Paestum un pentito tira l'altro*, in *Archeologia Viva*, 28.10.2020 (https://www.archeologiaviva.it/15682/restituzioni-a-paestum/; ultimo accesso 8.05.2022); all'articolo *Pompei, restituiti reperti rubati nel 2005: "Ci hanno portato sfortuna"*, in *Adnkronos*, 10.10.2020 (https://www.adnkronos.com/pompei-restituiti-reperti-rubati-nel-2005-ci-hanno-portato-sfortuna_436KhrdmzhETvZy7nUHk9I, ultimo accesso 8.05.2022).

[31] Si rimanda a A. Cangiano, *La maledizione di Pompei. Scaramanzia & archeologia. Storie di piccoli furti e pentimenti dal mondo*, Milano 2016.

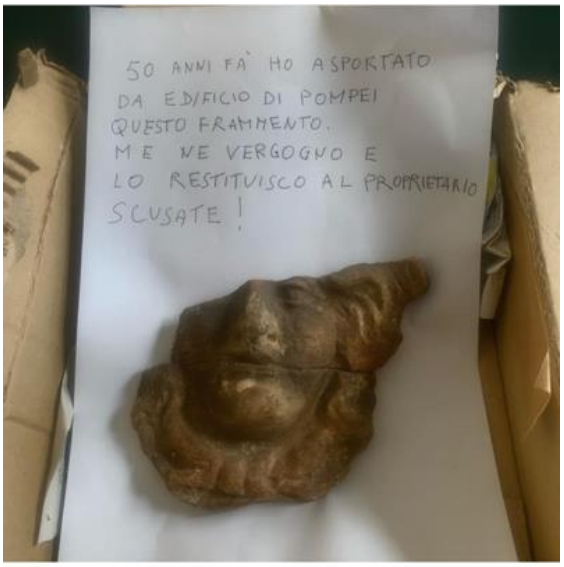


Figura n. 7 – «A volte ritornano. Per posta, quasi settimanalmente». Testimonianza di restituzioni spontanee in favore del Parco Archeologico di Pompei (Prof. Massimo Osanna, febbraio 2021, social network Instagram)

Anche sotto la spinta incalzante dei più rilevanti e recenti fatti di cronaca ed in considerazione dei noti limiti dell'impianto sanzionatorio in materia (tra cui, in particolare, si ricorda la scarsa efficacia deterrente delle pene comminate)[32], è emersa l'opportunità di intervenire, in chiave di riforma[33], sull'articolato in materia di illecita detenzione di reperti archeologici.

[32] Per alcune recenti riflessioni sul punto si rinvia, *ex plurimis*, a A. Visconti, *Le prospettive internazionali di tutela penale: strategie sanzionatorie e politico-criminali*, in *Beni culturali e sistema penale. Prevenzione e contrasto dei reati contro il patrimonio culturale. La dimensione nazionale ed internazionale*, cit., 139-160; S. Manacorda, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit., 3-30; V. Manes, *op. cit.*, 83-110; A. Visconti, *La tutela penale del patrimonio culturale mobile: esigenze di riforma alla luce degli impulsi internazionali*, in *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, cit., 137-184; G.P. Demuro, *Verso la riforma dei reati contro i beni culturali: approvato dal Consiglio dei Ministri un disegno di legge delega per l'introduzione nel codice penale delle più gravi forme di aggressione al patrimonio culturale*, in *DPenCont* 2017, fasc. 1 (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_1_2017.pdf#page=193, ultimo accesso 8.05.2022); A. Massaro, *Diritto penale e beni culturali: aporie e prospettive*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma e A. Massaro, Roma 2017, 179-192; M. Trapani, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, cit., 243-257; L. D'Agostino, *Dalla "vittoria di Nicosia" alla "navetta" legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti*, in *DPenCont* 2018, fasc. 1, 78 ss. (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3447-dagostino.pdf , ultimo accesso 8.05.2022); C. Perini, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in www.lalegislazionepenale.eu (19.02.2018); A. Caputo, *La tutela penale dei beni culturali dal traffico illecito, dal danneggiamento e da altre forme di aggressione alla luce del disegno di legge italiano AC- 4220*, in *Revista da Faculdade de Direito* 2020, n. 76, 71-85; A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma,* in www.lalegislazionepenale.eu (19.12.2021).

[33] Spinte riformatrici provengono altresì dal **rinnovato interesse a livello sovranazionale per le delicate tematiche collegate alla tutela del patrimonio culturale e dalla crescente consapevolezza della comunità internazionale circa l'importanza dell'adozione di specifici strumenti penali, adeguati alla reale portata delle molteplici forme di aggressione ai beni culturali mobili. Sul punto si rimanda, in particolare, a** S. Manacorda, *Criminal Law Protection of Cultural Heritage: An International Perspective*, cit., 17-48; A. Visconti, *The Illicit Trade in Cultural Objects. From Marginalization to the Current Surge in Attention by Transnational Criminal Policymakers*, cit., 220-235.

La disciplina di cui al Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22.01.2002, n. 42, per brevità "*Codice dei Beni Culturali*" o "*Cbc*") riserva al Ministero della Cultura e alle Soprintendenze la conduzione di ricerche archeologiche sul campo e, in genere, delle opere per il ritrovamento «cosciente e intelligente»[34] delle cose indicate all'art. 10 in qualunque parte del territorio nazionale (art. 88 Cbc). Il Ministero può dare in concessione l'esecuzione delle ricerche archeologiche a soggetti pubblici o privati, i quali sono tenuti ad osservare tutte le prescrizioni eventualmente imposte nell'atto di concessione impartite dal Ministero (art. 89 Cbc).
Per il caso di scoperte fortuite (ovvero caratterizzate dalla non intenzionalità del ritrovamento e non collegate teleologicamente ad attività programmate di ricerca) è, invece, previsto un obbligo di denuncia, entro 24 ore, dei beni mobili scoperti fortuitamente (art. 90 Cbc) – in ragione dell'appartenenza pubblica, *ipso iure*, delle «cose indicate nell'articolo 10, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini» (art. 91 Cbc)[35] – e di conservazione temporanea, con possibilità di ottenere il rilascio di parte delle cose ritrovate a titolo di premio, in luogo della corresponsione in denaro dello stesso, ovvero un credito di imposta di pari ammontare (art. 92 Cbc).
Nel quadro sanzionatorio vigente, le condotte di (a) conduzione di ricerche archeologiche senza concessione ovvero senza l'osservanza delle prescrizioni impartite dalla Pubblica Amministrazione (note come 'ricerche abusive', in quanto poste in essere in contrasto con le prescrizioni del Codice dei Beni Culturali o dell'amministrazione pubblica) e (b) di mancata denuncia, nel termine prescritto, dei ritrovamenti fortuiti o di mancata custodia e conservazione temporanee dei beni archeologici, sono punite, quali contravvenzioni, ai sensi dell'art. 175 Cbc, con l'arresto fino ad un anno e l'ammenda da euro 310 a 3.099 euro, indipendentemente dall'eventuale danno arrecato al bene[36].
La condotta di cui alla lettera (a) si realizza a prescindere dal rinvenimento dei beni e va letta in combinato disposto con gli artt. 88 e 89 Cbc: tale lettura conferma il principio della riserva allo Stato dell'esercizio delle attività di ricerca archeologica. La fattispecie in esame tutela l'interesse statale alla conduzione delle ricerche archeologiche secondo i dettami delle pubbliche amministrazioni competenti e nel rispetto delle cautele da queste prescritte, al fine di evitare danni irreparabili alle zone oggetto di ricerche archeologiche e agli elementi di contesto indispensabili all'acquisizione di conoscenze scientifiche. Il reato fornisce una tutela anticipata al patrimonio storico e archeologico ed è, infatti, configurato quale reato di pericolo presunto e di mera condotta[37].

---

[34] In tal senso, S. Alagna, *Ritrovamento e scoperta di beni aventi valore culturale*, in *Contr. Impr.* 1986, 434.
[35] Il riferimento ai ritrovamenti archeologici subacquei di cui all'art. 91 Cbc è ai beni rinvenuti nei fondali marini o giacenti nel fondo di fiumi, laghi, torrenti o lagune. In relazione ai beni rinvenuti nei fondali marini al di là del limite del mare territoriale si rinvia, invece, all'art. 94 Cbc, il quale richiama le regole relative agli interventi sul patrimonio culturale subacqueo di cui alla Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo, adottata a Parigi il 2 novembre 2001 e ratificata dalla l. 23.10.2009, n. 157. In materia si rimanda, *inter alia*, a A. Frigerio, *L'entrata in vigore in Italia della Convenzione UNESCO 2001 sulla protezione del patrimonio cultural subacqueo*, in *Aedon* 2010, n. 2 (http://www.aedon.mulino.it/archivio/2010/2/frigerio.htm, ultimo accesso 8.05.2022); A. Lucarelli, *Art. 94*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. A. Sandulli, Milano 2019, 901-905.
[36] Al medesimo trattamento sanzionatorio sono assoggettate le fattispecie contravvenzionali di cui all'art. 10 l. 157/2009, di ratifica della Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo del 2001. In particolare, si tratta di condotte di mancata denuncia del ritrovamento di oggetti ascrivibili al patrimonio culturale subacqueo o di interventi sugli stessi.
[37] Cfr. G. Mari, *Art. 175*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 1500; F. E. Salamone, *Argomenti di diritto penale dei beni culturali*, Torino 2017, 77; L. Grossi, *Le Archeomafie: le possibili intersezioni fra la criminalità organizzata e l'organizzazione del crimine*, in *Il traffico illecito di beni culturali*, a cura di A. Massaro, Roma,

La condotta di cui alla lettera (b) può essere integrata da due diverse violazioni dell'art. 90 Cbc: (i) violazione dell'obbligo di denuncia dei ritrovamenti fortuiti entro 24 ore e (ii) violazione dell'obbligo di conservazione temporanea. Tale fattispecie è strutturata quale reato di pericolo presunto – posto a tutela dell'integrità del patrimonio culturale –omissivo e a carattere permanente[38]. Anche in questo caso si persegue una anticipazione della tutela penale diretta a contrastare il pericolo di illecito impossessamento, nonché conseguente occultamento, detenzione e dispersione di reperti archeologici appartenenti allo Stato[39], «prima della materiale apprensione da parte dell'avente diritto, ancora ignaro del rinvenimento […] da parte di terzi»[40].
Sul piano strutturale, l'obbligo di denuncia e di conservazione temporanea – che presidiano il diritto dello Stato all'acquisizione dei beni rinvenuti fortuitamente – gravano sia sullo scopritore fortuito sia su colui che, ove non coincidente col primo, si trovi a detenere la cosa fortuitamente scoperta e conservarla a titolo provvisorio[41].
Sul piano dell'elemento soggettivo, le condotte di cui alla lettera (b) possono essere integrate anche dalla colpa, essendo sufficiente che il soggetto agente «sia in grado di avvertire che la cosa scoperta

dicembre 2021, 75-78 (https://caterinachinnici.it/wp-content/uploads/2021/12/1_ricerca_UE_beni_culturali.pdf, ultimo accesso 8.05.2022).

[38] Cfr. G. Mari, *Art. 175*, cit., 1501-1502.

[39] Cfr. S. Benini, *Il reato di omessa denuncia nel caso di scoperta fortuita di cose archeologiche*, in *FI* 1993, II, 632; G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, Milano 2002, 121 e 137; P. Carpentieri, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in *Beni culturali e sistema penale. Prevenzione e contrasto dei reati contro il patrimonio culturale. La dimensione nazionale ed internazionale*, cit., 32; V. Manes, *op. cit.*, 98; S. Manacorda, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit., 8.

[40] In tal senso F. E. Salamone, *op. cit.*, 79. Cfr. altresì Cass. 17.10.1986, in *RP* 1987, 971 ss.

[41] Secondo risalente giurisprudenza tali obblighi non sussisterebbero in capo al soggetto che possiede i predetti beni, pur a loro tempo scoperti fortuitamente, per averli acquisiti di generazione in generazione, essendo richiesto un collegamento eziologico tra detenzione e scoperta. Cfr. in tal senso Cass. sez. III, 27.06.1972; Cass. sez. III, 20.01.1976. Per una diversa lettura in dottrina si rimanda a G. P. Ferri, *Uscita o esportazione illecite*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, a cura di A. Manna, Milano 2005, 212-217 e 225-234, ove l'Autore ritiene che il reato in parola possa essere commesso anche successivamente alla scoperta fortuita dei beni archeologici, come nel caso di detenzione degli stessi da parte di soggetti ai quali è stata trasferita la proprietà anche molti anni dopo la loro scoperta. Secondo l'Autore «è evidente […] che il detentore di bene culturale intanto avrà chiarito ed assolto ai suoi obblighi, in quanto abbia doverosamente accertato che il bene medesimo, ricevuto dal suo dante causa, non è clandestino, proprio perché già denunciato alla Soprintendenza o alle altre Autorità deputate a ricevere l'informazione *de qua*. Si esporrebbe, altrimenti, al pericolo […] che lo stesso oggetto provenga da scavo clandestino; e verserà in colpa proprio di fronte a siffatta evenienza (non avendo, per altri versi, titolo per detenere e/o conservare per sé)». Secondo tale interpretazione, dunque, anche «l'erede non è giustificato nella sua condotta se ha omesso di accertare che il suo dante causa abbia a suo tempo effettuato la denuncia di che trattasi (presupposto dell'obbligo di temporanea conservazione). Inoltre, tutti gli obblighi in questione risultano essere imposti nei confronti di ogni detentore, fin quando continua a sussistere il suo rapporto con il bene culturale». In dottrina si veda altresì G. Mari, *Art. 175*, cit., 1502, dove l'Autrice, diversamente, sottolinea come – a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 29.10.1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali) – sia stato ristretto l'ambito soggettivo del reato in esame. Da ciò deriverebbe che il detentore di cose scoperte fortuitamente abbia solo l'obbligo di conservazione e di custodia, mentre l'obbligo di denuncia incomba unicamente sullo scopritore fortuito. La prima delle due condotte di cui alla fattispecie contravvenzionale della lettera (b) dell'art. 175 Cbc si configurerebbe, pertanto, quale reato omissivo proprio connesso alla posizione di garanzia sussistente in capo al soggetto scopritore. La posizione di garanzia a salvaguardia dell'obbligo di custodia e conservazione temporanea – la cui violazione integra la seconda condotta della fattispecie contravvenzionale di cui alla lettera (b) dell'art. 175 Cbc – sussisterebbe, invece, in capo ad ogni detentore di beni rinvenuti fortuitamente. Tale ultima posizione di garanzia può essere trasferita dall'originario scopritore (in quanto anche tenuto agli obblighi di custodia e conservazione fino al momento di detenzione dei beni) ad altro soggetto che assuma la disponibilità, sia giuridica che materiale, dei beni. Sul punto si rimanda anche G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 143-144.

può avere un obiettivo interesse, indipendentemente dal pregio più o meno rilevante della stessa e dall'accertamento che sarà successivamente effettuato dalla competente autorità amministrativa»[42].

Il reato di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato – ovvero dei beni culturali indicati all'art. 10 «che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico» – noto anche come 'furto archeologico', era, invece, punito – fino alla riforma attuata con la l. 9.03.2022, n. 22 (su cui si tornerà più approfonditamente nel paragrafo successivo) – all'art. 176 Cbc, con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 31 a 516,50 euro.

Il bene giuridico tutelato dalla fattispecie in considerazione è la proprietà statale degli oggetti rinvenuti nel sottosuolo o nei fondali marini, essendo «tutelato direttamente l'interesse all'appartenenza pubblica (e dunque alla destinazione al pubblico) del patrimonio storico, artistico e archeologico»[43].

Ai fini della configurabilità del reato in esame, presupposto della condotta di cui al comma 1 dell'art. 176 Cbc risultava essere l'avvenuto rinvenimento dei beni appartenenti allo Stato, in quanto scoperti nel sottosuolo o sui fondali marini (secondo la previsione degli artt. 10 e 91 Cbc) e, pertanto, come tali, facenti parte del demanio o del patrimonio indisponibile (ai sensi degli artt. 822 e 826 Cc). Era, inoltre, prevista una aggravante nel caso di commissione della già menzionata condotta da parte di chi abbia ottenuto la concessione di ricerca ai sensi dell'art. 89 Cbc.

Secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina maggioritaria, che si sono espresse con riguardo all'art. 176 Cbc, non è necessario che i beni in considerazione siano stati qualificati come 'culturali' da un formale provvedimento amministrativo, essendo sufficiente che gli stessi abbiano un interesse culturale oggettivo desumibile «dalle caratteristiche della *res* non solo per il valore comunicativo spirituale, ma anche per requisiti attinenti alla tipologia, alla localizzazione, alla rarità e ad altri analoghi criteri»[44]. Ai fini della rilevanza penale del fatto, in relazione all'oggetto

---

[42] Così G. Mari, *Art. 175*, cit., 1501.

[43] In tal senso G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 122.

[44] Così Cass. 6.11.2001, n. 42291, in *CP* 2002, 3857. La Corte di Cassazione ha più volte affermato, con orientamento ormai consolidato, il principio secondo il quale un bene deve qualificarsi come culturale ove si tratti di cose ritrovate nel sottosuolo o sui fondi marini, essendo beni qualificabili come appartenenti allo Stato indipendentemente dalla dichiarazione di cui all'art. 13 Cbc. Da ultimo si rimanda a Cass. 2.09.2020, n. 24988, in *CP* 2021 3, 1046, ove la Suprema Corte ha sostenuto che **«**Il reato di impossessamento illecito di beni culturali di cui all'art. 176 del D.Lgs. n. 42 del 2004 non richiede, quando si tratti di beni appartenenti allo Stato, l'accertamento del cosiddetto interesse culturale, né che i medesimi presentino un particolare pregio o siano qualificati come culturali da un provvedimento amministrativo, essendo sufficiente che la "culturalità" sia desumibile da caratteristiche oggettive del bene. Del resto, "le cose indicate nell'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre settanta anni, se mobili…sono sottoposte alle disposizioni della presente Parte fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2" (art. 12, comma 1, d.lgs. 42 del 2004, come modificato dall'art. 1, comma 175, lett. c, l. 4 agosto 2017, n. 124, che ha elevato il termine in precedenza fissato in cinquanta anni), vale a dire la verifica della sussistenza di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico**».** Nel medesimo senso anche la Cass. 21.06.2017, n. 47825, in *AmbienteDiritto*, dove la Suprema Corte ha sostenuto che «**Risulta […] chiaramente, dallo stesso art. 10 cit., che un qualificato interesse archeologico, culturale, storico è richiesto soltanto per i beni appartenenti a privati (tanto che il comma 3 di detta norma prevede la necessità di un formale provvedimento che riconosca l'interesse culturale secondo l'iter di cui all'art. 13), ma non, appunto, per quelli appartenenti allo Stato».** In dottrina si rimanda, *ex plurimis*, a P. Cipolla, *La ricettazione dei beni culturali*, in *GM* 2007, 2231, ove si legge che **«**una interpretazione letterale, peraltro pienamente conforme al principio generalissimo della separazione tra potere giudiziario e autorità amministrativa, induce a leggere l'art. 176 in stretta correlazione con gli art. 10 (dove si indicano i carattere generali dei beni culturali) e 91 (dove si ribadisce l'appartenenza allo Stato dei reperti rinvenuti nel sottosuolo o sui fondali marini), senza che in nulla rilevi la disciplina di accertamento – ai fini amministrativi – dei beni culturali**»**. In tal senso in dottrina anche P. G. Ferri, *op. cit.*, 243, per il quale non è necessario che il bene abbia un particolare e ulteriore valore culturale rispetto a quello

materiale, si è, pertanto, ritenuto che il giudice penale possa accertare autonomamente l'interesse culturale del bene[45] e che, derivando «il requisito della culturalità della *res* […] – elemento normativo della fattispecie – […] direttamente dalla legge in considerazione delle caratteristiche intrinseche […] l'apprensione dal sottosuolo o dai fondali marini di un oggetto di antichità munito delle caratteristiche previste dalla legge integra di per sé reato, presentando valore dichiarativo, e non costitutivo, l'eventuale atto amministrativo che ne attesti la sussistenza»[46]. La conseguenza è che l'impossessamento di cose antiche, in assenza del carattere culturale della *res*, integrerebbe il reato di furto comune *ex* art. 624 Cp o l'illecito civile di appropriazione indebita di tesoro (come definito dall'art. 932 Cc)[47].

Sotto altro profilo, la giurisprudenza prevalente, con riferimento al reato in considerazione, ha ritenuto – riprendendo un risalente orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, proseguito sotto la vigenza del d.lgs. 29.10.1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali) e, successivamente, con l'adozione del Codice dei Beni Culturali – che il possesso di beni culturali sia un possesso presuntivamente illecito, in quanto i beni che vengono trovati nel territorio dello Stato italiano appartengono ad esso a titolo originario, purché si tratti di beni trovati dopo il 1909, anno in cui è entrata in vigore la l. 20.06.1909, n. 364, che per la prima volta ha previsto l'appartenenza pubblica delle cose di interesse archeologico (art. 15 co. 3)[48].

Sin dall'entrata in vigore della l. 364/1909, infatti, i beni culturali scoperti nel territorio italiano appartengono allo Stato, entrando a far parte del patrimonio indisponibile dello stesso dal momento della loro scoperta. Da tale incontrovertibile dato è disceso il passaggio interpretativo secondo il quale il possesso privato di beni archeologici sia da considerare, in linea generale, illegittimo e penalmente illecito e, pertanto, la detenzione di materiale archeologico debba essere accompagnata da necessaria documentazione attestante la legittimità del possesso di reperti archeologici in quanto derivante da (i) assegnazione quale quota premio di ritrovamenti; (ii) scoperta precedente all'entrata in vigore della l. 364/1909; (iii) trasmissione per atti *inter vivos* (alienazione, permuta) o trasmissione per successione ereditaria; (iv) regolare compravendita all'estero e importazione in Italia[49]. L'onere di tale dimostrazione e di ricostruzione della catena della titolarità di tali beni

---

dell'‘*antiquitas*', essendo oggetto di tutela ogni reperto archeologico in ragione della *ratio* della ricerca archeologica, finalizzata a ricostruire i contesti delle antiche civiltà. Per un diverso orientamento giurisprudenziale cfr. Cass. sez. III, 27.05.2004, n. 28929, in *Riv. polizia* 2005, 329.

[45] Cfr., *ex plurimis*, Cass. 14.11.2001, n. 45814, in *CEDCass*, m. 220742.

[46] In tal senso P. Cipolla, *Rapporti tra impossessamento di beni culturali e ricerche archeologiche clandestine, nella tematica del concorso di norme*, in *CP* 2008, 10, 3798, nota a Cass. 12.01.2007, n. 6432, in *Lexambiente*.

[47] Il riferimento è alla fattispecie di cui all'art. **647 co. 1, n. 2 Cp,** depenalizzata e trasformata in illecito civile dal d.lgs. 15.01.2016, n. 7, recante «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67»**. Sul punto si rimanda,** *inter alia*, a G. Mari, *Art. 176*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 1505-1507.

[48] Cfr., tra le tante, Cass. sez. II, 29.10.1973, n. 378; Cass. sez. II, 11.04.1974, n. 2886; Cass. 11.12.1995, n. 12087, con nota di G. Pioletti, *Dubbi di legittimità costituzionale sulla presunzione di illiceità del possesso privato di oggetti archeologici*, in *CP* 1997, 2, 517-522. Nel medesimo senso anche Cass. civ. sez. I, 2.10.1995, n. 10355, in *FI* 1995, I, 2786; Cass. 21.11.1997, n. 12716, in *RP* 1999, 1114. Per orientamenti giurisprudenziali più recenti cfr. Cass. 5.11.2005, n. 12618, in *CP* 2006, 9, 2928; Cass. 24.10.2006, n. 39109, in *CP* 2007, 12, 4681; Cass. 4.11.2009, n. 49439, in *CEDCass* 2009; Cass. 7.07.2011, n. 41070, in *CP* 2012, 12, 4244; Cass. 15.05.2014, n. 24344, in *D&G* 2014; Cass. 18.07.2014, n. 36111, in *CP* 2015, 4, 1597; Cass. 21.06.2017, n. 47825, in *RP* 2017, 12, 1058; Cass. 24.01.2019, n. 3578, in *AmbienteDiritto*; Cass. sez. III, 2.09.2020, n. 24988, in *Lexambiente*.

[49] Sul punto si rimanda anche alla circ. m. n. 1/2022 del Ministero della Cultura – Direzione Generale Archeologia Belle Arti e Paesaggio – Servizio IV – Circolazione, avente ad oggetto «L'attività degli uffici di esportazione in relazione alla circolazione internazionale di beni archeologici. Procedimenti di uscita definitiva, ingresso nel territorio

nazionale ed esportazione dal territorio dell'Unione europea delle cose di interesse archeologici di provenienza italiana ed estera. Chiarimenti e indicazioni operative» (https://soprintendenzafirenze.cultura.gov.it/attivita-degli-uffici-di-esportazione-in-relazione-alla-circolazione-internazionale-di-beni-archeologici-mic-dg-abap-serv-iv-circolazione-circolare-1-2022/, ultimo accesso 8.05.2022). La Circolare richiama «l'Atto di indirizzo, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, secondo periodo, del D.M. 23 gennaio 2016, n. 44, in materia di uscita dal territorio nazionale, ingresso nel territorio nazionale ed esportazione dal territorio dell'Unione europea dei beni culturali e delle cose di interesse culturale (artt. 64-bis/74 del d.lgs. n. 42/2004)», emanato con Circolare della Direzione Generale Archeologia Belle Arti e Paesaggio, n. 13/2019, dove si legge che «è legittima la privata disponibilità di quei beni archeologici per i quali risulti dimostrata la proprietà privata anteriormente all'entrata in vigore della l. 20 giugno 1909, n. 364, la quale, disciplinando specificamente, all'articolo 15, lo scavo "per intenti archeologici", ha, per la prima volta, introdotto la regola della proprietà a titolo originario dello Stato sui reperti archeologici rinvenuti. Ne consegue che i privati che abbiano acquisito la proprietà di beni archeologici prima di tale data, come pure i loro aventi causa, possono continuare a godere della libera disponibilità di tali beni. Inoltre, è da rammentare che l'ordinamento disciplina altre ipotesi di proprietà privata di beni archeologici, anche se ritrovati o scoperti dopo il 1909: è il caso, ad esempio, di beni ceduti dallo Stato a titolo di compenso per il mancato utilizzo del fondo da parte del privato (v. l'articolo 15 della l. n. 364/1909) o di indennizzo per i danni subiti (v. l'articolo 43 della l. n. 1089/1939) o di premio per il rinvenimento di beni archeologici (v. l'articolo 92 del Codice), ovvero a titolo di alienazione o permuta effettuate in vigenza degli articoli 24 e 25 della l. n. 1089/1939. È tuttavia indubbio che tali ipotesi rappresentino fattispecie straordinarie e residuali rispetto al principio generale della proprietà statale dei manufatti di interesse archeologico ritrovati o scoperti fortuitamente. È da rimarcare, comunque, che in virtù della statuizione dell'articolo 91, comma 1, del Codice […], spetta a chi affermi il contrario dimostrare la legittima provenienza delle cose di interesse archeologico che abbia nella propria disponibilità, fornendo idonea documentazione comprovante che il diritto di proprietà rivendicato trova origine in una delle seguenti fattispecie:

– nel rilascio, da parte dello Stato, a titolo di corresponsione del premio di ritrovamento o di altra giustificata cessione (come previsto, ad esempio, dall'articolo 15, secondo, terzo e quarto comma, della l. n. 364/1909 e dagli articoli 24, 25 e 43 della l. n. 1089/1909);

– da un acquisto, a titolo originario (possesso in buona fede o usucapione, ai sensi degli articoli 1153, 1160 e 1161 del Codice Civile, etc.) o derivato (compravendita, donazione, successione, etc.), risalente, in principio, ad epoca antecedente all'entrata in vigore della l. n. 364/1909».

Secondo la Circolare n. 1/2022, inoltre, la verifica della liceità del possesso privato dei beni archeologici deve essere acclarata mediante «documentazione che attesti in modo univoco e oggettivo l'acquisizione del reperto in mano privata o la sua estrazione dal deposito di giacitura in data antecedente al 1909 (ad es. documento di acquisto o relativo a lascito ereditario, documentazione fotografica databile con buona approssimazione, pubblicazione a stampa, ecc.); documento di cessione da parte dello Stato a titolo di corresponsione del premio di ritrovamento o di altra giustificata cessione; pronuncia di legittimo possesso da parte dell'Autorità giudiziaria. […] la sentenza, da acquisire agli atti, deve essere passata in giudicato e deve specificamente disporre la restituzione del bene o dei beni al privato possessore, indipendentemente dal giudizio espresso in merito al reato contestato. In nessun caso le dichiarazioni di presa d'atto della detenzione di reperti archeologici, rilasciate da una Soprintendenza Archeologica belle arti e paesaggio […], o da qualsiasi altro ufficio del Ministero possono essere assunte come attestazioni di legittimo possesso, né tale liceità può ritenersi comprovata dal fatto che taluni beni risultino sottoposti a tutela in virtù di un provvedimento di dichiarazione che, come è noto, riconosce l'interesse culturale indipendentemente dalla titolarità del bene ed è egualmente efficace nei confronti di proprietario, possessore o detentore. […] Si rammenta che la mancanza di riscontro presso le banche dati del CC TPC non costituisce prova di liceità del possesso e/o della circolazione […]».

incomberebbe «sulla persona presso la quale gli oggetti predetti sono stati rinvenuti»[50], esonerando l'accusa dalla dimostrazione della provenienza delittuosa dei predetti beni[51].
Nonostante non esista nell'ordinamento italiano alcuna norma che imponga un obbligo generale di dichiarazione del possesso o di attestazione della provenienza di beni culturali in capo ai soggetti privati[52], in ragione di quanto sopra il soggetto privato possessore di beni archeologici risulterebbe, quindi, gravato da quella che è stata definita in dottrina una '*probatio diabolica*', consistente nel provare la legittima provenienza di tali beni[53].
Questa lettura della giurisprudenza è stata avversata da una parte della dottrina, che ha sottolineato, in primo luogo, che la presunzione di possesso illegittimo da parte di soggetti privati non può ritenersi sempre corretta, in quanto vi sono ipotesi in cui è possibile che il bene appartenga al privato: il principio della proprietà esclusiva dello Stato sui beni archeologici rinvenuti fortuitamente soffrirebbe, dunque, di notevoli eccezioni[54].

---

[50] In tal senso Cass. 11.12.1995, n. 12087. Secondo la ricostruzione elaborata da G. Pioletti, *Dubbi di legittimità costituzionale sulla presunzione di illiceità del possesso privato di oggetti archeologici*, cit., 521, la Corte, nella sentenza in commento, avrebbe trasformato «un fatto costitutivo (il rinvenimento posteriore al 1909) in un fatto impeditivo (il rinvenimento anteriore al 1909), spostando così l'onere della prova sul privato possessore. Infatti la Corte, che ha ben presente l'esistenza di una proprietà privata di tali cose, dopo aver esonerato lo Stato dal provare la scoperta posteriore a tale data […] esclude che il ritrovamento o la scoperta dei beni in data anteriore al 1909, nella rivendita verso il privato, sia un fatto costitutivo negativo del diritto azionato – nega cioè che lo Stato debba provare che le cose non siano state trovate prima di tale data – e ne afferma la natura di fatto impeditivo della proprietà statale, che deve essere provato da chi lo eccepisce, cioè dal privato, che deve dimostrare quindi che le cose sono state trovare prima del 1909».
[51] Cfr. Cass. 3.12.1998, n. 12716, in *CEDCass*, m. 212786; Cass. civ. sez. I, 10.02.2006, n. 2995, in *AmbienteDiritto*; Cass. 22.03.2016, n. 14792, *CEDCass* 2016.
[52] Cfr., *inter alia*, E. P. Fiorino, *Osservazioni sulla presunzione di illiceità del possesso privato di cose d'antichità e d'arte*, in *CP* 2000, 1, 155-159, nota a Cass. 4.05.1999, n. 7131; G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 128. In giurisprudenza, in senso contrario, si veda l'isolata pronuncia della Cass. sez. III, 23.10.2000, n. 3353, in *CP* 2002, 2460, che sembra teorizzare un obbligo generalizzato in capo ai soggetti privati di denuncia dei beni posseduti, indipendentemente dal momento della scoperta e a prescindere dal fatto che i beni siano stati oggetto della preventiva dichiarazione di interesse storico e archeologico. Secondo tale decisione «la violazione di detto obbligo integra gli estremi del reato di uso illegittimo di beni culturali (art. 119 d.lgs. n. 490 del 1999) preordinato a tutelare l'interesse della p.a. ad autorizzare l'uso dei beni aventi valore storico ed archeologico a condizioni non pregiudizievoli» (nella specie l'omessa denuncia aveva ad oggetto suppellettili di riconosciuta provenienza tardo-imperiale romana custoditi in una villa di proprietà dell'imputato).
[53] Per tutti si rimanda a G. Pioletti, D*ubbi di legittimità costituzionale sulla presunzione di illiceità del possesso privato di oggetti archeologici*, cit., 518; G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 129-130; A. Avila, *Il possesso di beni archeologici tra garanzie costituzionali e presunzioni di colpevolezza nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *CP* 2001, 501; F. E. Salamone, *op. cit.*, 93; G. Mari, *Art. 176*, cit., 1508-1510.
[54] Lo stesso G. Pioletti, *Dubbi di legittimità costituzionale sulla presunzione di illiceità del possesso privato di oggetti archeologici*, cit., 520, rileva come il patrimonio culturale «è notoriamente presente anche in mano privata, e non necessariamente in quella di grandi famiglie, con raccolte lecite che spesso confluiscono in collezioni pubbliche (ed è perciò che il legislatore non ha posto l'obbligo della denuncia del possesso) […]». Secondo l'Autore, inoltre, «[…] costruendo il reato sulla base della illiceità del possesso sol perché il possessore non prova che esso sia anteriore al 1909 […] non solo si dà per scontata l'esistenza del reato presupposto, perché un titolo lecito è irrilevante se obliterato nei dati storici processualmente verificabili, ma si equipara l'impossibilità di fornire la prova della legittimità del possesso anteriore al 1909 alla prova del dolo, cioè alla consapevolezza della provenienza delittuosa: in altri termini la *probatio diabolica* della legittimità del possesso conduce al *dolus in re ipsa* perché viene criminalizzato il solo possesso in quanto tale» (cfr. 520-521). In tal senso anche G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 130, ove l'Autore sottolinea come la maggior parte dei beni archeologici in circolazione sul mercato provengono da scavi ben anteriori alla Legge del 1909 e, conseguentemente, la proprietà privata dei reperti archeologici rappresenta una regola nel contesto italiano e non l'eccezione. Sul punto si rimanda anche a S. Benini, *Sulla liceità del possesso di oggetti archeologici da parte di privati,* in *FI* 1993, II, 632, nota a Cass. sez. III, 4.02.1993.

In secondo luogo, sarebbe evidente la violazione della regola processuale sull'onere della prova[55] e, sul piano del rispetto dei principi costituzionali, del principio di presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost.), nonché dell'art. 42 Cost., trattandosi di interpretazione ablativa «delle cose mobili di proprietà privata per la cui legittimazione [si] richiede una prova, impossibile», e dell'art. 24 Costituzione, poiché, venendo il possesso di beni archeologici inteso quale addebito, «la gravità dell'onere probatorio imposto rende impossibile il diritto di difesa»[56].

3. Proprio con riguardo ai beni archeologici è chiaro che la necessità di predisporre un adeguato e organico sistema sanzionatorio di carattere penalistico diretto a proteggere il patrimonio culturale contro specifiche condotte illecite di aggressione e depauperamento dello stesso trova il suo fondamento nella particolare importanza riconosciuta a tali beni.
La materialità dei beni archeologici assume valore per l'intrinseco interesse pubblicistico impresso nella loro culturalità, ossia per il fatto che essi sono testimonianze aventi valore di civiltà per l'intera comunità. A tale profilo di rilevanza dei beni archeologici si aggiungono, inoltre, i caratteri di unicità, deperibilità e difficile ripristinabilità, in caso di lesione o dispersione, dei beni stessi. È chiaro, dunque, che le riforme in materia di reperti archeologici risultano essere le più necessarie nel panorama italiano.
La disciplina sanzionatoria in materia di reati contro il patrimonio culturale è stata oggetto di diversi progetti di riforma elaborati nel corso delle precedenti legislature, tutti precedentemente risoltisi in fallimento[57].
Da ultimo, il d.d.l. A.C. n. 893-B recante «Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale»[58] (per brevità, "*Disegno di Legge*") ha previsto una *reductio ad unitatem* della materia considerata, per conferire una coerenza sistematica al complesso delle sanzioni penali previste per contrastare le violazioni dell'interesse della collettività alla tutela del patrimonio culturale, ed è

[55] Per cui l'onere della prova grava sulla pubblica accusa, non potendosi porre in capo al detentore l'onere di fornire la prova contraria della legittimità della provenienza dei beni.
[56] In tal senso, A. Mansi, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Padova 2004, 529. Cfr. altresì, in dottrina F. E. Salamone, *op. cit.*, p. 93; G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 130; G. P. Ferri, *op. cit.*, 241; G. Mari, *Art. 176*, cit., 1510. Per un orientamento contrario in giurisprudenza cfr. Cass. sez. III, 4.02.1993; Cass. sez. II, 3.12.1998, con nota di D. Di Vico, *Sul possesso ingiustificato di beni culturali*, in *CP* 2001, 1587 ss.; Cass. 4.05. 1999, n. 7131, con nota di E. P. Fiorino, *op. cit.*, 155-159; Cass. sez. III, 16.03.2000, n. 5714, in CP 2001, 973; Cass. sez. III, 2.05.2004, n. 28929, in *CP* 2015, 11, 3451; Cass. sez. III, 15.02.2006, n. 13701, in *CP* 2006.
[57] Il riferimento è, in particolare, al disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo Codice Penale parte generale e parte speciale presentato ad ottobre 1991, noto come 'Progetto Pagliaro'; disegno di legge recante «Modifica della legge 1° giugno 1939, n. 1089, sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico», A.S. n. 1702 presentato nel maggio 1995; disegno di legge recante «Modifiche alla disciplina del commercio dei beni culturali», A.S. n. 1033 presentato nel luglio 1996 (A.C. 3216 del 14.02.1997); disegno di legge recante «Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria penale in materia di reati contro il patrimonio culturale», A.C. n. 2806 presentato nel giugno 2007; disegno di legge recante «Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria in materia di reati contro il patrimonio culturale», A.S. n. 3016 presentato in data 21.11.2011.
[58] Sul Disegno di Legge si rimanda a A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, cit., 1-66; G. P. Demuro, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, in www.sistemapenale.itm, fasc. 2/2022, 5-28 (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1643755388_demuro-2022a-riforma-reati-patrimonio-culturale-ddl-ac-893-b.pdf, ultimo accesso 08.05.2022). Cfr. altresì Camera dei deputati – Servizio Studi, Dossier n° 32/2 – Schede di lettura, 19.01.2022 (https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gi0031b.Pdf, ultimo accesso 8.05.2022).

stato approvato definitivamente il 3 marzo 2022, venendo trasposto nella l. 9.03.2022, n. 22, entrata in vigore il 23 marzo 2022[59].
L'art. 1 lett. *b* della l. 22/2022 modifica il Codice Penale, inserendo tra i delitti il Titolo VIII-*bis*, rubricato «Dei delitti contro il patrimonio culturale», composto da 17 nuovi articoli (da 518-*bis* a 518-*undevicies*)[60].
Con riferimento ai profili di interesse in questa sede, il sistema di repressione penale delle condotte di procacciamento illecito di beni culturali è stato oggetto di una serie di proposte di interventi modificativi. In particolare, è stata introdotta la nuova fattispecie di furto di beni culturali all'art. 518-*bis* Cp, ai sensi del quale è punito il furto di beni culturali con la reclusione da 2 a 6 anni e con la multa da 927 a 1.500 euro.
Così come strutturata dal legislatore, la condotta consiste (i) nell'impossessamento di un bene culturale mobile altrui, sottraendolo a chi lo detiene, con la finalità di trarne un profitto per sé o per altri ovvero (ii) nell'impossessamento di un bene culturale appartenente allo Stato, in quanto rinvenuto nel sottosuolo o nei fondali marini[61].
In presenza di circostanze aggravanti, quali quelle individuate dal Codice Penale per il reato di furto ai sensi dell'art. 625 co. 1 Cp o inerenti al caso di impossessamento di beni culturali appartenenti allo Stato (in quanto rinvenuti nel sottosuolo o nei fondali marini) commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca archeologica prevista dal Codice dei Beni Culturali, la pena della reclusione è da 4 a 10 anni e la multa da 927 a 2.000 euro.
L'analisi della nuova fattispecie di reato richiede alcune riflessioni e considerazioni circa la genesi dell'attuale disposizione di cui all'art. 518 Cp, come *ab origine* formulata nel Disegno di Legge e successivamente modificata dal legislatore.
In particolare, si rileva che il delitto di furto di beni culturali – così come formulato prima delle modifiche apportate al Disegno di Legge dal Senato nella versione approvata, da ultimo, in data 14 dicembre 2021 – riprendeva gli elementi tipici del reato di furto *ex* art. 624 Cp. Sul piano della condotta, era richiesto l'impossessamento di un bene culturale mobile altrui mediante sottrazione a chi lo detiene, con la necessaria sussistenza di un vincolo tra la cosa sottratta e il soggetto nella

[59] Per alcune approfondite riflessioni sulla l. 22/2022 si rimanda a G. P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice Penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis,* in *DPenCont* 2022, 1, 1-26 (https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Riv_Trim_1_2022_Demuro.pdf, ultimo accesso 18.06.2022).
[60] L'impostazione della l. 22/2022 riprende quella del progetto di riforma del Codice Penale cd. 'Pagliaro', che prevedeva l'introduzione, nel Libro III della Parte Speciale del Codice Penale rubricato «Reati contro la comunità», di un Titolo V dedicato ai reati contro il patrimonio culturale. L'inserimento nel Codice Penale delle disposizioni sanzionatorie in materia di beni culturali trova, peraltro, un vincolo nel principio della riserva di codice di cui all'art. 3-*bis* Cp, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 1.03.2018, n. 21, concernente «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera *q*, della legge 23 giugno 2017, n. 103». In materia di rimanda, *ex plurimis*, a M. Papa, *Codici e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *RIDPP* 2019, fasc. 1, 1.03.2019, 417 ss. In conformità al predetto principio, il legislatore ha trasposto e introdotto nel Codice Penale le fattispecie connotate da maggiore lesività del patrimonio culturale, in ragione del rango costituzionale di tale bene giuridico, decidendo, dunque, di non perseguire la strada alternativa del collocamento di tutte le disposizioni penali in materia di beni culturali nella normativa complementare di settore di cui al Codice dei Beni Culturali. Per alcune riflessioni sul punto si rimanda, *inter alia*, a A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma,* cit., 61-63; S. Manacorda, *La circolazione illecita dei beni culturali nella prospettiva penalistica: problemi e prospettive di riforma*, cit., 17-20; V. Manes, *op. cit.*, 93; G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 500.
[61] Cfr. G. P. Demuro, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, cit., 14-15.

cui sfera questa si trova in forza dell'esercizio di un precedente potere di fatto sulla stessa[62]. Sul piano dell'elemento soggettivo, era richiesto il dolo specifico, consistente nella finalità di trarne un profitto per sé o per altri[63]. Nessun riferimento si rinveniva, invece, alla condotta di illecito impossessamento di beni archeologici.

In uno scenario normativo così formulato – nel contesto del quale si prevedeva anche l'abrogazione del reato di cui all'art. 176 Cbc, poi effettivamente compiuta con l'entrata in vigore della l. 22/2022 – ove si fosse ritenuto che la fattispecie di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato dovesse essere ricompresa nella fattispecie di reato di cui all'art. 518-*bis* Cp (nella sua previgente formulazione) sarebbero emerse le considerazioni già espresse in dottrina e dalla Suprema Corte con riferimento alla differenza strutturale tra il reato di impossessamento[64] e quello di furto propriamente detto[65], non essendo «ammissibile a *rigori* la sottrazione di una cosa mobile su cui nessuno abbia un potere di fatto»[66], come nel caso di beni archeologici che, al momento del ritrovamento, risultano essere ancora incogniti e non detenuti da nessuno e, quindi, non suscettibili di sottrazione.

Tenuto conto della diversa strutturazione normativa delle due fattispecie in esame, la prevista abrogazione dell'art. 176 Cbc avrebbe comportato un vuoto normativo proprio con riferimento alle condotte di illecito impossessamento a seguito di ritrovamento fortuito, che si configura quale «impossessamento "senza sottrazione"»[67]. Ed invero, la circostanza aggravante di cui all'art. 518-*bis* Cp era, incongruamente – nel quadro della prima formulazione del Disegno di Legge – prevista esclusivamente per il caso di furto di beni culturali appartenenti allo Stato «commesso da chi abbia ottenuto la concessione di ricerca prevista dalla legge», riproducendo proprio la previsione di cui all'art. 176 co. 2 Cbc. Le condotte di illecito impossessamento a seguito di ritrovamento, non potendo essere ricondotte alla nuova fattispecie base di cui all'art. 518-*bis* Cp, sarebbero risultate, dunque, sprovviste di una copertura normativa.

Ai rilievi cui sopra si sarebbe potuto replicare che le condotte di illecito impossessamento di beni rinvenuti fortuitamente fossero sussumibili sotto la nuova fattispecie di appropriazione indebita di beni culturali, prevista dall'art. 518-*ter* Cp: norma che punisce la condotta di colui che, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria di un bene culturale altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso. In tal caso, la sanzione è la reclusione da 1 a 4 anni e la multa da 516

---

[62] Cfr. P. Cipolla, *Rapporti tra impossessamento di beni culturali e ricerche archeologiche clandestine, nella tematica del concorso di norme*, cit., 3801-3802; G. Mari, *Art. 176*, cit., 1504-1505. Per una critica della precedente impostazione seguita dal legislatore del Disegno di Legge si rimanda a A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, cit., 22-23.

[63] Cfr. G. Mari, *Art. 176*, cit., 1505.

[64] Circoscritta a condotte illecite inerenti i beni culturali appartenenti allo Stato e comportanti il mero impossessamento di tali beni nel caso di scoperte fortuite o da parte di soggetti titolari di concessioni per le ricerche archeologiche.

[65] Cfr. Cass. 13.01.1998, n. 2160, in CP 1999, 972; Cass. 24.04.2001, n. 21580, in *CP* 2002, 749. In dottrina si rimanda a G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 136; E. P. Fiorino, *op. cit.*, cit., 156; G. P. Ferri, *op. cit.*, 239-240; S. Benini, *Sulla liceità del possesso di oggetti archeologici da parte di privati*, cit., 636-638. Con riferimento al rinvio operato dall'art. 67 l. 1089/1939 all'art. 624 Cp è stato sostenuto che questo operava solo *quoad poenam* e non anche *quoad delictum*, esistendo notevoli differenze strutturali tra le due fattispecie. Cfr. sul punto anche G. Mari, *Art. 176*, cit., 1504-1505.

[66] In tal senso P. Cipolla, *Rapporti tra impossessamento di beni culturali e ricerche archeologiche clandestine, nella tematica del concorso di norme*, cit., 3802. L'Autore sostiene che tra la fattispecie di cui all'art. 624 Cp e quella di cui all'art. 176 Cbc sussiste un rapporto di specialità reciproca (cfr. 3803).

[67] In tal senso sempre P. Cipolla, *Rapporti tra impossessamento di beni culturali e ricerche archeologiche clandestine, nella tematica del concorso di norme*, cit., 3802 e G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 136.

a 1.500 euro, con un aumento di pena ove il fatto sia commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario[68].
Anche su tale fronte, tuttavia, seppure la strutturazione della nuova fattispecie di appropriazione indebita avrebbe potuto estendere l'ambito dei beni oggetto della condotta illecita di impossessamento (venendo meno il collegamento con l'art. 91 richiamato dall'art. 176 Cbc, ossia ai beni indicati all'art. 10 ritrovati nel sottosuolo o sui fondali marini e come tali appartenenti allo Stato)[69], sotto altro profilo, si sarebbero potuti rilevare almeno due profili problematici rispetto alla possibilità di far ricadere la fattispecie di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato sotto il nuovo reato di cui all'art. 518-*ter* Cp[70].
In primo luogo, sul piano dell'elemento oggettivo, la condotta di appropriazione richiesta dalla norma non risulta corrispondente alla condotta di impossessamento. Ed invero, la condotta appropriativa[71] richiede, quale presupposto positivo dell'elemento oggettivo, l'altrui diritto di

---

[68] Per alcune riflessioni critiche sulla nuova fattispecie si rimanda a G. P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice Penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis*, cit., 10.
[69] Si ricorda, infatti, che il richiamo congiunto agli artt. 10 e 91 Cbc circoscrive la portata applicativa dell'art. 176 Cbc ai soli beni di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico ritrovati nel sottosuolo o sui fondali marini.
[70] Sul punto si rimanda alle riflessioni, finalizzate ad assicurare la copertura penale della fattispecie di cui all'art. 176 Cbc nell'ambito del Disegno di Legge, di A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, cit., 23. Più corretta, dal punto di vista strutturale, sarebbe stata la relazione tra l'art. 176 Cbc e l'art. 647 co.1 n. 3 Cp, ipotesi minore di appropriazione indebita (trasformata in illecito civile). L'art. 647 co. 1 n. 3 Cp prevedeva «È punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 309: […] 3) chiunque si appropria cose, delle quali sia venuto in possesso per errore altrui o per caso fortuito. Nei casi preveduti dai numeri 1 e 3, se il colpevole conosceva il proprietario della cosa che si è appropriata, la pena è della reclusione fino a due anni e della multa fino a euro». L'oggetto specifico della tutela penale in relazione al delitto di appropriazione indebita di cose rinvenute per caso fortuito (reato istantaneo, che si consumava nel momento e nel luogo in cui si verificava l'appropriazione) era l'interesse pubblico all'inviolabilità del patrimonio e dell'eventuale diritto di proprietà specifico altrui sussistente sui beni rinvenuti fortuitamente. Per la sussistenza di tale fattispecie si richiedeva che l'agente possedesse, al momento del fatto, la cosa e che ne fosse venuto in possesso esclusivamente in conseguenza di un caso fortuito, in assenza di alcun pregresso rapporto personale con il soggetto passivo del reato. Si escludeva, pertanto, che il possesso fosse stato conseguito dolosamente, essendo altresì non rilevante che nell'atto dell'impossessamento del bene rinvenuto fortuitamente l'agente fosse in buona o mala fede. Sul piano dell'elemento soggettivo, la fattispecie richiedeva il dolo (da riferirsi al momento dell'appropriazione), consistente nella consapevolezza di possedere un bene altrui e nella volontà e intenzione di appropriarsene senza vantare alcun legittimo diritto sullo stesso. Per un'analisi approfondita della fattispecie si rimanda a V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, IX, Torino 1986, 990-1001; D. Pulitanò, *Diritto Penale. Parte Speciale*, II, Torino 2013, 96-98; M. Gambardella, *Art. 647*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, *Vol. VIII, I delitti contro il patrimonio e le contravvenzioni*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, Milano 2016, 548-549; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale II. Delitti contro il patrimonio*, Padova 2021, 133. Sotto il profilo strutturale, dunque, le due fattispecie di cui all'art. 176 Cbc e all'art. 647 co. 1 n. 3 Cp risultano incentrate sulla condotta illecita di impossessamento/appropriazione di beni scoperti fortuitamente. Le fattispecie oggetto di analisi differiscono, tuttavia, sotto il profilo (i) dell'oggetto delle condotte illecite (beni di interesse storico, archeologico, paletnologico, paleontologico e artistico per quanto concerne l'art. 176 Cbc); (ii) della previsione della custodia *ex lege*, dovere conseguente al ritrovamento fortuito di beni culturali ai sensi del disposto dell'art. 90 Cbc, e (iii) della punibilità a querela della persona offesa (ovvero di colui al quale il bene doveva essere restituito ai sensi dell'art. 927 Cc), richiesta dall'art. 647 Cp, diversamente dal reato di cui all'art. 176 Cbc, il quale è procedibile d'ufficio in ragione dell'interesse dello Stato alla protezione dei beni culturali. Sul punto si rimanda altresì a G. P. Ferri, *op. cit.*, 242.
[71] In materia si vedano, *ex plurimis*, G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto Penale. Parte Speciale. I delitti contro il patrimonio*, II, Tomo secondo, Bologna 2015, 101-115; M. Meneghello e G. Riondato, *Artt. 644-647*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti, S. Seminara e G. Zuccalà, Padova 2021, 3691-3713; F. Mantovani, ***op. cit.*, 120-130.**

proprietà su un bene mobile[72] e il preesistente e perdurante (durante la realizzazione dell'atto di appropriazione) possesso, a qualsiasi titolo, del bene altrui da parte dell'autore del fatto di reato (cosiddetto 'presupposto possessorio')[73]. Tale condotta consiste in un comportamento *uti dominus*, destinato a materializzarsi in atti di abuso del possesso incompatibili con il titolo per cui si possiede il bene – in modo da realizzare una vera e propria *interversio possessionis*, ovvero un cambiamento del comportamento del soggetto attivo, il quale mostra, in modo inequivoco, di trattare la cosa come se fosse propria – e, come tale, idoneo ad interrompere illecitamente la relazione funzionale tra la cosa ed il suo legittimo proprietario[74].

L'elemento oggettivo del reato di impossessamento illecito di beni archeologici, tuttavia, non si identifica con qualunque condotta di impossessamento, ma richiede chiaramente una correlazione diretta con le attività di ricerca o di ritrovamento fortuito a seguito delle quali il soggetto agente apprende «la cosa spostandola dal luogo in cui in origine si trovava per collocarla altrove, nel proprio domino. […]»[75]. Nella fattispecie di impossessamento illecito, il possesso di beni culturali consiste proprio nell'aver trovato il bene e nell'averne appresa la disponibilità di fatto, esercitando tale disponibilità al di fuori della sfera di sorveglianza dello Stato, quale titolare di tale diritto, ovvero spostando il bene dal luogo in cui si trovava per collocarlo sotto il proprio dominio esclusivo[76]. Il reato in esame, dunque, è integrato dalla condotta di sottrazione dei beni al loro legittimo proprietario allorquando si tratti di *res* (*i.e.* i beni archeologici rinvenuti nel sottosuolo o sui fondali marini) che, prima del loro ritrovamento, non erano detenute da nessuno e, dopo la loro scoperta, sono passate *ipso iure* nel patrimonio indisponibile dello Stato[77].

Mancano, pertanto, gli elementi costitutivi del nucleo centrale della condotta tipica di appropriazione indebita, in particolare, sotto due profili. In primo luogo, in quanto non vi è una pregressa relazione materiale dello Stato, quale proprietario, con il bene archeologico rinvenuto nel sottosuolo o sui fondali marini, in assenza di un suo preesistente potere di fatto esercitato sul bene da[78]. In secondo luogo, in quanto non vi è un pregresso possesso legittimo, a qualsiasi titolo,

---

[72] Si vedano **F.** Antolisei***, Manuale di diritto penale. Parte speciale,* I, Milano 1986, 252 e** F. Mantovani, ***op. cit.,* 128. Con riferimento al requisito dell'altruità si veda più approfonditamente** G. Fiandaca e E. Musco, ***op. cit.,*** 111-113, ove si sottolinea come il riferimento al concetto civilistico di altruità non può trovare applicazione nell'ambito della fattispecie di appropriazione indebita, per cui «a prescindere dalla titolarità formale del diritto di proprietà sul [bene], il delitto si configura tutte le volte in cui chi dispone [del bene] dia […] una destinazione incompatibile con il titolo e le ragioni che ne giustificano il possesso. Ma il nesso altruità-proprietà va allora coerentemente reciso, più in generale, in tutti i casi in cui (si tratti o no di cose "fungibili") l'agente, appropriandosi della cosa, violi in vincolo originario cui essa è destinata: sicché l'"altruità" viene a coincidere, in tema di appropriazione indebita, con un vincolo attuale di destinazione a uno scopo cui altri ha interesse».

[73] Cfr. G. Fiandaca e E. Musco, *op. cit.*, 103-106. **Nell'ambito del diritto penale il concetto di possesso viene assunto in senso più ampio quale detenzione di un bene a qualsiasi titolo esplicatasi al di fuori della vigilanza e custodia di colui che ha un potere giuridico maggiore sul bene stesso. Sul punto si rimanda anche a G.** Donadio***, Art. 646,*** **in** *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, *Vol. VIII, I delitti contro il patrimonio e le contravvenzioni*, cit., **489-492 e** F. Mantovani, ***op. cit.,* 122-124.**

[74] Cfr. più approfonditamente **G.** Donadio***, op. cit.,* 492-501;** G. Fiandaca e E. Musco, ***op. cit.,*** 107; F. Mantovani, ***op. cit.,* 125-128.**

[75] Così Cass. 15.12.2006, n. 13701, in *CEDCass* 2006.

[76] Cfr. F. E. Salamone, ***op. cit.,*** 85. Si veda altresì G. Mari, *Art. 176*, cit., 1506, ove si richiama la decisione della Cass. 15.12.2006, n. 13701, secondo la quale «non basta […] che nei confronti della acquisita disponibilità della cosa il soggetto abbia tenuto un atteggiamento meramente passivo come si verifica ad esempio allorché essa gli sia pervenuta per successione ereditaria».

[77] Cfr. Cass. 17.02.1971, in *GP* 1972, II, 425.

[78] La relazione giuridica con il bene nasce, invece, secondo unanime giurisprudenza di legittimità, nel momento della scoperta, poiché l'evento accidentale del rinvenimento produce proprio «il verificarsi della fattispecie acquisitiva in

esercitato dal soggetto scopritore sul bene, tale per cui il successivo mutamento dell'*animus possidendi* con cui l'agente si rapporti alla cosa altrui si traduca in atti corrispondenti a poteri superiori a quelli a lui concessi dal proprietario del bene[79].
Sempre sul piano dell'elemento oggettivo, inoltre, il reato di appropriazione indebita – come formulato nel Disegno di Legge e poi confermato nell'impianto normativo della l. 22/2022 – potrebbe essere commesso da chiunque; diversamente, l'esatta esegesi della locuzione 'si impossessa' e l'analisi della genesi della norma che incrimina l'impossessamento – tenuto conto della sostanziale continuità normativa tra l'art. 67 l. 1.06.1939, n. 1089, l'art. 125 d.lgs. 490/1999 e l'art. 176 Cbc – spingono a ritenere tipica non ogni acquisizione del possesso di beni archeologici pubblici, ma soltanto l'impossessamento ('*adprehensio'*) di reperti archeologici posto in essere da parte dell'autore delle ricerche o dello scopritore fortuito, ovvero di coloro che versino nella situazione fattuale del ritrovamento di un reperto archeologico[80].
In secondo luogo, sul piano dell'elemento soggettivo della fattispecie di appropriazione indebita, essendo richiesto il dolo specifico, e dunque non solo la rappresentazione e volizione della condotta tipica (appropriazione della cosa mobile altrui, posseduta a qualsiasi titolo, nella consapevolezza di agire in assenza di diritti sul bene), ma altresì la specifica finalità di trarne un ingiusto profitto per sé o altri[81], la strutturazione del nuovo reato avrebbe reso più complesso l'accertamento della fattispecie di illecito impossessamento in sede giudiziale rispetto a quella che era la formulazione dell'art. 176 Cbc. Per l'integrazione di quest'ultimo reato, infatti, con riferimento al dolo normativamente richiesto, risultava – e risulta ancora oggi – sufficiente il dolo generico, che richiede le sole rappresentazione e volizione di impossessarsi di beni aventi valore culturale (e, dunque, la consapevolezza del carattere culturale del bene), a prescindere dal fine perseguito[82]. Ciò assume particolare rilievo sul piano del perseguimento della *ratio* originaria della fattispecie di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato, la quale era proprio quella di rendere più semplice l'accertamento del reato e di «prevenire la dispersione, l'occultamento e la sottrazione del patrimonio storico-artistico, prima della materiale apprensione dell'avente diritto (lo Stato), ancora ignaro del rinvenimento fortuito da parte di terzi»[83].
Per le precedenti considerazioni, ove fosse stata seguita una interpretazione restrittiva e più in linea con il dato testuale dei nuovi reati di furto e appropriazione indebita di cui alla originaria versione del Disegno di Legge, sarebbero emerse le rilevate difficoltà di sussumere la condotta tipica di illecito impossessamento in uno dei due nuovi reati, con possibile violazione del principio di tassatività, che vieta la analogia in materia penale. Ciò, unitamente alla prevista abrogazione dell'art. 176 Cbc, avrebbe comportato un vuoto normativo proprio con riferimento a condotte che

favore dello Stato». In tal senso, Cass. civ., sez. I, 29.08.2002, n. 12642, in *FI* 2003, I, 164. Cfr. altresì Cass. 23.11.2006, n. 456, in *Amb. e svil*. 2007, 11, 1025.
[79] Cfr., *ex plurimis*, Cass. 9.10.2018, n. 6958, in *D&G* 2019; Cass. 25.09.2020, n. 33105, in *D&G* 2020. In dottrina si rimanda a E. Mezzetti, *Reati contro il patrimonio*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di E. Mezzetti, C. F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano 2013.
[80] In tal senso anche P. Cipolla, *Rapporti tra impossessamento di beni culturali e ricerche archeologiche clandestine, nella tematica del concorso di norme*, cit., **3805-3806;** G. P. Ferri, *op. cit.*, 242; G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 135. Con particolare riguardo a tale considerazione si noti che la stessa è stata qui illustrata per completezza espositiva, al fine di sottolineare le differenze di impostazione strutturale sussistenti tra le disposizioni in commento, potendo comunque trovare applicazione, a tal riguardo, i criteri che regolamentano il rapporto tra norme generali e speciali in materia penale.
[81] Si vedano, *inter alia*, G. Fiandaca e E. Musco, *op. cit.*, 113-114 e F. Mantovani, *op. cit.*, **129.**
[70] Cfr. Cass. 18.12.2014, n. 6202, in *CEDCass* 2015. Più approfonditamente cfr. in dottrina **G.** Donadio**, *op. cit.*, 521-524.**
[83] In tal senso, Cass. 17.10.1986.

risultano tra le più comuni tra i reati contro il patrimonio culturale, costituendo quasi una prassi nei territori particolarmente ricchi di reperti archeologici e un vanto per i loro autori (è nota l'aura silenziosa che circonda tali condotte e il minore allarme sociale destato dalle stesse all'interno delle comunità più interessate dai fenomeni di procacciamento illecito di reperti archeologici)[84].
Si rileva altresì che, sul piano degli impegni assunti dall'Italia a livello sovrannazionale, la recente Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni coinvolgenti i beni culturali[85] (ratificata dall'Italia con l. 21.01.2022, n. 6)[86], all'art. 4, obbliga le parti a riconoscere come reati i seguenti comportamenti, ove commessi intenzionalmente: (i) gli scavi condotti nel sottosuolo o sul fondale marino commessi al fine di ricercare e rimuovere beni culturali in violazione delle leggi del Paese ove gli stessi sono effettuati, ovvero in assenza della necessaria autorizzazione; (ii) l'illecita rimozione e detenzione dei beni culturali rinvenuti a seguito di scavi condotti in assenza della necessaria autorizzazione prevista dalla legge dello Stato in cui lo scavo è stato effettuato; (iii) la detenzione illegale di beni culturali mobili ottenuti a seguito di scavi condotti in conformità alle leggi nazionali[87].
Con la entrata in vigore della Convenzione (avvenuta il 1° aprile 2022) è sorto in capo allo Stato italiano l'obbligo di garantire che le predette condotte siano effettivamente sanzionate e perseguite con sanzioni efficaci e dissuasive, per quanto non necessariamente penali, come previsto dal comma 2 dell'art. 4.
L'eventuale costruzione dello scenario normativo italiano in materia di tutela dei reperti archeologici secondo le linee del precedente Disegno di Legge sarebbe stata censurabile per inottemperanza agli obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano in punto di previsione di condotte illecite nei termini di cui alla Convenzione e avrebbe messo in luce l'assenza di un adeguato presidio normativo e sanzionatorio delle fattispecie inerenti ai beni culturali mobili ottenuti a seguito di scavi condotti nel sottosuolo o sul fondale marino.
Anche in ragione dei profili critici di cui sopra[88], il legislatore – in sede di approvazione del testo del Disegno di Legge da parte del Senato della Repubblica nel dicembre 2021 – ha provveduto ad ampliare la portata applicativa del nuovo art. 518-*bis* Cp, ricomprendendo espressamente anche la condotta di impossessamento di beni culturali appartenenti allo Stato, in quanto rinvenuti nel

[84] Cfr. A. Manna, *op. cit.*, 238, ove l'Autore sottolinea come l'attenzione a tali fattispecie «manca sovente pure in altri ambiti qualificati e persino nelle aule di giustizia, ove le sanzioni per tali fatti sono per lo più irrisorie; ed ove sembra esservi un atteggiamento di sufficienza, come se non avessero valenza penale quelle condotte di sottrazione di alcuni 'coccetti' di cui l'Italia possiede in abbondanza». Sul punto si rimanda anche a T. Cevoli, *Traffici di antichità e crimine organizzato in Sicilia*, cit., 65.

[85] **Sottoscritta a Nicosia il 19.05.2017 (**https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=221**, ultimo accesso 8.05.2022).**

[86] **Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 31 del 7.02.2022** (https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2022-01-21;6, **ultimo accesso 8.05.2022).**

[87] Cfr. sul punto M.M. Bieczyński, T*he Nicosia Convention 2017: A New International Instrument Regarding Criminal Offences against Cultural Property*, in *Santander Art Cult. Law Rev*. 2017, 3, 2, 255-274; E. Mottese, *La lotta contro il danneggiamento e il traffico illecito di beni culturali nel diritto internazionale. La Convenzione di Nicosia del Consiglio d'Europa*, Torino 2020.

[88] In parte si tratta di rilievi tratti dalle audizioni degli esperti del settore condotte nell'ambito dell'indagine conoscitiva svolta sull'esame del pregresso d.d.l. A.C. n. 4220/2017 (https://www.camera.it/leg17/1102?id_commissione=02&shadow_organo_parlamentare=2076&sezione=commissioni&tipoDoc=elencoResoconti&idLegislatura=17&tipoElenco=indaginiConoscitiveCronologico&calendario=false&breve=c02_culturale&scheda=true, ultimo accesso **8.05.2022**), nonché sottolineati da A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, cit., 22-23.

sottosuolo o nei fondali marini, con contestuale rimodulazione della cornice edittale prevista per tale reato[89].
Sul punto è stato rilevato che la fattispecie di cui all'art. 176 Cbc, oggetto di abrogazione ai sensi della riforma in parola, risulta «solo in parte riconducibile al delitto di furto di beni culturali introdotto all'art. 518-*bis* Cp […], per il quale è richiesto il dolo specifico (finalità di profitto per sé o per altri), assente nel delitto previsto dal Codice dei beni culturali»[90]. Tuttavia, a ben vedere, la nuova formulazione dell'articolo riferisce il dolo specifico esclusivamente alla condotta di impossessamento di un bene culturale mobile altrui mediante sottrazione a chi lo detiene, ossia alla condotta tipica di 'furto', e non anche alla condotta, alternativa, di impossessamento propriamente 'archeologico'.
In ogni caso, al di là di tali ultime considerazioni, per un rafforzamento della tutela penale dei beni archeologici e in ragione delle peculiari modalità commissive che caratterizzano l'impossessamento di beni culturali rinvenuti nel sottosuolo o nei fondali marini[91] e della rilevanza, nel contesto nazionale, del fenomeno degli scavi clandestini, il legislatore avrebbe potuto riconoscere dignità autonoma alla fattispecie di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo Stato, come in precedenza previsto all'interno del Codice dei Beni Culturali.
Nello specifico, il legislatore avrebbe potuto mantenere la fattispecie qui in esame quale reato a sé stante, stabilendo uno specifico trattamento sanzionatorio improntato, anche, a maggiore severità e, conseguentemente, sottolineando, con maggior vigore, la reale gravità del fenomeno – che determina un danno culturale irreparabile – e il disvalore sociale di tali condotte, andando a spezzare quella catena di complicità, connivenze e omertà che spesso lega i soggetti appartenenti alle comunità locali presenti nei territori maggiormente colpiti da tali fenomeni criminali[92].
Inoltre, ai fini della creazione di un «sistema progressivo di tutela»[93] la riforma in analisi avrebbe potuto rappresentare il contesto ottimale nel quale rimeditare e complessivamente modificare l'attuale modello premiale previsto per lo scopritore di beni archeologici, introducendo, in particolare, una attenuante specifica – come previsto nell'abrogato art. 177 Cbc – per il caso di spontanea consegna di reperti di cui ci si era originariamente impossessati[94].
La l. 22/2022 prevede, poi, l'introduzione di una nuova fattispecie contravvenzionale di 'sospetto' (nuovo art. 707-*bis* Cp) diretta a sanzionare – con l'arresto fino a due anni e con l'ammenda da 500 a euro 2.000 – il possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli in aree di interesse archeologico riconoscibili (puntualmente individuate dalla norma, per evidenti ragioni di certezza del diritto e determinatezza del precetto penale), dei quali il possessore non riesca a giustificare l'attuale destinazione[95].

---

[89] Per alcune considerazioni sulla nuova fattispecie introdotta dalla l. 22/2022 si rimanda a G. P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice Penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis*, cit., 8-10.
[90] Cfr. Camera dei deputati – Servizio Studi, Dossier n° 32/2 – Schede di lettura, 19.01.2022, 10.
[91] **Rispetto alle condotte tipiche di furto, le quali, da un lato, non richiedono la commissione della condotta tipica da parte di un agente che si trovi in un rapporto 'qualificato' con il bene archeologico e che, quindi, sia «tenuto» a porre in essere determinate azioni a tutela di tali beni e, dall'altro, non lasciano lo strascico di devastazione dei siti depredati proprio delle condotte di 'brigantaggio archeologico'.**
[92] Si veda T. Cevoli, *Traffici di antichità e crimine organizzato in Sicilia*, cit., 65.
[93] Cfr. G. P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice Penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis*, cit., 5.
[94] Sul punto si vedano le riflessioni di A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, cit., 29, nota 133.
[95] Cfr. G. P. Demuro, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, cit., pp. 24-25; A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le*

Anche tale fattispecie introduce una presunzione di illiceità del possesso (in tal caso relativa a determinate tipologie di strumenti di ricerca), con conseguente inversione dell'onere della prova in capo all'agente ed esposizione a rilievi sul piano della legittimità costituzionale[96]. È chiaro, comunque, che una fattispecie così strutturata risulta essere espressione proprio della volontà del legislatore di apprestare una tutela anticipata ai beni culturali archeologici, essendo sanzionata una condotta astrattamente e meramente prodromica alla commissione di reati contro il patrimonio culturale.

La finalità di rafforzare gli strumenti di tutela del patrimonio culturale nazionale è, infine, perseguita mediante l'inserimento di alcune delle nuove fattispecie tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 8.06.2001, n. 231.

Una tale previsione risulta anche in linea con quanto disposto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulle infrazioni coinvolgenti i beni culturali, ove, all'art. 13, è previsto che gli Stati provvedano affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili (sul piano penale, civile o amministrativo, conformemente ai principi dell'ordinamento di ciascuno Stato) per i reati di cui alla Convenzione, quando commessi a loro vantaggio da qualsiasi persona fisica che abbia agito individualmente o come parte dell'ente, avendo (a) un potere di rappresentanza della persona giuridica; (b) l'autorità di prendere decisioni in nome dell'ente; (c) l'autorità di esercitare un controllo all'interno della persona giuridica, oppure quando la commissione dei reati sia stata resa possibile in ragione della mancanza di vigilanza o controllo.

In particolare, ai sensi dell'art. 3 l. 22/2022, rubricato «Modifica al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità delle persone giuridiche», è prevista la modifica del decreto in parola con previsione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche quando taluni delitti contro il patrimonio culturale siano commessi nel loro interesse o a loro vantaggio. Più nel dettaglio, la riforma prevede l'estensione del catalogo dei reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti, con l'inserimento di due nuovi articoli: art. 25-

---

fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma, cit., 21-22 e G. P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice Penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis,* cit., 9 e 20.

[96] Sul punto pare utile richiamare la posizione da ultimo assunta dalla Corte Costituzionale con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 707 Cp, che punisce il possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli (più volte sottoposta al vaglio costituzionale). In particolare, con sentenza n. 225 dell'11.06.2008 la Corte ha respinto le eccezioni di legittimità costituzionale dell'art. 707 Cp – in riferimento agli artt. 3, 13, 24, co. 2, 25, co. 2, e 27, co. 1 e 3, Cost. – nella formulazione successiva alla parziale dichiarazione di illegittimità disposta con sentenza n. 14 del 2.02.1971. La Corte ha ritenuto che la discrezionalità del legislatore nella configurazione delle fattispecie criminose comporti, *inter alia*, la possibilità di opzionare «forme di tutela avanzata, che colpiscano l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo; nonché, correlativamente, l'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva». Quanto alla asserita violazione del principio di offensività, i Giudici hanno ritenuto che la discrezionalità del legislatore debba, in ogni caso, misurarsi con il rispetto del principio di necessaria offensività in astratto del reato. Sarà poi «compito del giudice ordinario evitare che […] la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità».

A diverse conclusioni è giunta la Corte Costituzionale con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 708 Cp, che sanziona il possesso ingiustificato di valori. La disposizione è stata dichiarata incostituzionale con sentenza n. 370 del 1.11.1996 per violazione degli artt. 3 e 25 Cost. Sotto il profilo del principio di eguaglianza, è stato ritenuto che l'incriminazione di una condotta in sé lecita, come il possesso ingiustificato di valori (introdotta originariamente nei confronti di una sola categoria di soggetti pregiudicati per reati di varia natura ed entità contro il patrimonio), desse origine ad una discriminazione di condizioni personali e sociali non giustificata da valide ragioni, introducendo una disparità di trattamento in aperto contrasto con l'art. 3, co. 1, Cost. Con riguardo al principio di tassatività, è stato, inoltre, ritenuto che la norma fosse generica e indeterminata, in quanto la stessa fondava «il discrimine del carattere lecito o illecito del possesso ingiustificato di valori su una mera condizione soggettiva di pregiudicato per alcune classi di precedenti penali».

septiesdecies, rubricato «Delitti contro il patrimonio culturale», e art. 25-*duodevicies*, rubricato «Riciclaggio di beni culturali e devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici».
Per quanto di interesse in questa sede, il nuovo art. 25-*septiesdecies* fa discendere la responsabilità amministrativa degli enti dalla commissione, *inter alia*, dei reati presupposto di furto di beni culturali, *ex* nuovo art. 518-*bis* Cp, con applicazione della sanzione pecuniaria da 400 a 900 quote (co. 4), e di violazione delle disposizioni in materia di alienazione di beni culturali, *ex* nuovo art. 518-*novies* Cp, con applicazione della sanzione pecuniaria da 100 a 400 quote (co. 1). Nel caso di condanna per i predetti delitti si prevede altresì l'applicazione all'ente delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9 co. 2 d.lgs. 231/2001 per una durata non superiore a due anni (comma 5 dell'art. 3 l. 22/2022)[97].

4. Al fine di incentivare la trasparenza e la regolarizzazione dei beni illecitamente detenuti da soggetti privati, appare auspicabile che venga prevista, a completamento della riforma introdotta con la l. 22/2022, una disposizione premiale, nel tentativo di perseguire l'auspicata più netta delimitazione tra la sfera lecita e quella illecita dell'attuale mercato italiano di beni archeologici, riducendo il campo oscuro che impedisce la conoscenza della reale entità del patrimonio archeologico nazionale[98].
Nel contesto fenomenologico attuale si può osservare l'assenza di una differenziazione, sul piano sanzionatorio, tra le condotte illecite (i) del soggetto che si impossessi di beni archeologici per finalità di lucro e sia dedito agli scavi clandestini, (ii) del soggetto che rinvenga fortuitamente beni archeologici nell'esercizio di comuni attività quotidiane e decida di trattenerli per ragioni personali o finalità ornamentali e (iii) del soggetto che abbia acquistato beni archeologici in buona fede o li abbia ricevuti in dono o per successione, confidando nella liceità del proprio possesso. Ne deriva l'incertezza dei privati di poter essere perseguiti penalmente, esponendosi alla contestazione anche di fattispecie penali più gravi, quali la ricettazione. Tale situazione contribuisce alla omissione delle denunce obbligatorie alle competenti autorità, sia in caso di rinvenimento di beni archeologici, *ex* art. 90 Cbc, sia di conoscenza postuma della provenienza illecita di tali beni *ex* art. 709 Cp[99].

[97] Per alcune riflessioni sul punto si rimanda a G. P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice Penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis,* cit., 21; A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma,* cit., 39; V. Aragona, *La responsabilità delle persone giuridiche nella tutela penale dei beni culturali: dalle influenze internazionali alle prospettive de iure condendo*, in *Il Diritto dei beni culturali*, a cura di B. Cortese, Roma 2021, 291-307; A. Caputo, *op. cit.*, 83; M. Lissi, L. Parolini e L. Ferro, *Prime riflessioni in merito al disegno di legge di riforma dei delitti contro il patrimonio culturale, quali reati presupposto 231*, in *Rase* 2018, n. 1, 147-151. Per ulteriori riflessioni sulla estensione della disciplina di cui al d.lgs. 231/2001 ai reati contro il patrimonio culturale si veda altresì A. Salvatore, *La protezione penale del patrimonio culturale: dal codice penale rocco al codice dei beni culturali e del paesaggio. riflessi ex d.lgs. 231/2001 e prospettive de iure condendo*, in *Rase* 2014, n. 1.
[98] Per una proposta di introduzione di una legislazione di tipo premiale si rimanda a G. P. Ferri, *op. cit.*, 236-237, ove l'Autore suggerisce di rafforzare il dettato normativo di cui all'art. 175 Cbc prevedendo una disposizione premiale «almeno in caso di tempestiva denuncia e messa a disposizione del bene, con indicazione, ove possibile dei luoghi di rinvenimento del bene. Si potrebbe così prevedere che allo scopritore o al successivo detentore venga corrisposto almeno metà del valore dell'oggetto; […] ciò ovviamente invoglierebbe colui che rinviene il bene a denunciarlo ed il mercato clandestino verrebbe ad essere parzialmente abbattuto; senza che ciò comporti un incentivo agli scavi clandestini […]».
[99] Per alcune riflessioni sul punto si rimanda alla relazione del d.d.l. A.S. n. 1033 recante «Modifiche alla disciplina del commercio dei beni culturali» presentato nel luglio 1996.

La finalità principale perseguita dallo Stato con l'introduzione dei predetti obblighi di denuncia – consistente nella prevenzione di condotte di occultamento, sottrazione e dispersione del patrimonio culturale – viene così sostanzialmente disattesa.
Per rimediare a tali lacune normative in materia di tutela e recupero di reperti archeologici in mano di soggetti privati, nel corso di precedenti legislature erano state avanzate proposte volte a far emergere il possesso illegittimo di tali beni.
Una proposta finalizzata a incentivare la denuncia di possesso di reperti archeologici da parte di soggetti privati era avanzata nel disegno di legge recante «Modifica della legge 1° giugno 1939, n. 1089, sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico», A.S. n. 1702 datato 11.05.1995, ove era prevista – accanto alla modifica del reato di impossessamento illecito *ex* art. 67 l. 1089/1939 (allora vigente) in illecito amministrativo – una chiara indicazione dei diritti e degli obblighi in capo agli scopritori e ai detentori dei beni rinvenuti fortuitamente, con facoltà per il detentore, prima della notifica della violazione della normativa in materia di beni archeologici, di comunicare il possesso dei beni e di presentare domanda di oblazione alla Soprintendenza competente per territorio e materia, così da estinguere l'infrazione e consentire l'eventuale affidamento dei beni denunciati in custodia[100].
La previsione di un obbligo di denuncia di beni archeologici di illecita provenienza contenuta altresì nel disegno di legge recante «Norme per evitare il commercio, il traffico e la detenzione illeciti di beni culturali», A.C. n. 3216 del 14.02.1997, ove l'art. 3 disponeva testualmente che «i possessori o detentori a qualsiasi titolo di beni mobili di interesse archeologico dei quali non sia stata fatta denuncia e consegna alle autorità competenti ai sensi degli articoli 43 e seguenti della legge n. 1089, e che non ne abbiano la proprietà in conformità alla legislazione vigente, hanno l'obbligo di farne denuncia e possono chiedere, fatti salvi i diritti dei terzi, di acquisirne la proprietà […]»[101].
Una diversa proposta, nota come 'archeocondono', era stata presentata anni dopo in occasione del varo della Legge Finanziaria 2005[102]. Essa prevedeva la facoltà, per i privati possessori o detentori a qualsiasi titolo di beni mobili di interesse archeologico non denunciati né consegnati a norma delle disposizioni del Codice dei Beni Culturali, di acquisirne la legittima proprietà mediante pagamento del 5% del loro valore. Una tale proposta – aspramente criticata in quanto considerata una «licenza di uccidere il patrimonio archeologico»[103] – venne ripresentata come emendamento alla Legge Finanziaria del 2009[104] e prevedeva, nella nuova versione, la facoltà, per i privati possessori o detentori a qualsiasi titolo di beni mobili di interesse archeologico antecedenti al 476 d.C., non denunciati né consegnati a norma delle disposizioni del Codice dei Beni Culturali, di acquisirne la proprietà mediante comunicazione alla Soprintendenza competente per territorio.

[100] Secondo il disposto del progetto di legge in parola, i beni affidati in custodia al possessore non potevano essere trasferiti a titolo oneroso o gratuito, ma solo per successione legittima o testamentaria, e la Soprintendenza competente doveva essere informata del decesso dell'affidatario entro sessanta giorni al fine di affidare la custodia del bene all'erede.
[101] Sulla proposta in questione si rimanda approfonditamente a G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 132.
[102] Si tratta della p.d.l. n. 5119 avanzata nel 2004, poi ritirata e ripresentata come emendamento alla Legge Finanziaria 2005 (n. 30.068) e, infine, bocciata in aula.
[103] In tal senso S. Settis, *Il condono per i ladri d'arte*, in *La Repubblica*, 8.11.2004 (https://www.repubblica.it/2004/k/sezioni/cronaca/settis/settis/settis.html, ultimo accesso 8.05.2022). In tema si rimanda all'articolo *Urbani blocca il condono per i ladri di opere d'arte*, in *La Repubblica*, 9.11.2004 (https://www.repubblica.it/2004/k/sezioni/cronaca/settis/urbaniblocca/urbaniblocca.html, ultimo accesso 8.05.2022).
[104] Si tratta della p.d.l. A.C. n. 3540 intitolata «Disposizioni per il censimento e la riemersione dei beni archeologici in possesso di privati», presentata il 10.06.2010.

Anche questa proposta fu fortemente contrastata, in quanto considerata troppo favorevole ai 'tombaroli' e trafficanti d'arte[105].
Nel contesto attuale, a fronte della introduzione di una riforma complessiva della tutela penale del patrimonio culturale, si ravvisa più che mai la necessità di affrontare specificamente il problema dei reperti archeologici, e si suggerisce la previsione di un provvedimento eccezionale – ovvero improntato alla temporaneità e come tale non ripetibile[106] – che miri a consentire una '*voluntary disclosure*' circa il possesso dei beni archeologici mobili da parte di soggetti privati, così da regolarizzare la posizione di questi ultimi, in vista della restituzione dei beni allo Stato e di agevolare la ricognizione del patrimonio culturale italiano.
La proposta di 'sanatoria' presentata in questa sede è stata rimodulata tenendo in considerazione, *inter alia*, le previsioni del richiamato d.d.l. A.C. n. 3216 recante «Norme per evitare il commercio, il traffico e la detenzione illeciti di beni culturali», già condivise da esperti del settore propensi alla introduzione di una premialità finalizzata all'emersione di reperti archeologici illegalmente detenuti.
In sede di formulazione dell'articolato della proposta di 'sanatoria' sono state altresì considerate alcune previsioni normative contenute nella legislazione in materia di armi, ove – nonostante le differenze inerenti all'oggetto della tutela e alle finalità perseguite dal legislatore[107] – è stato possibile rinvenire utili punti di riferimento, nel quadro di una comparazione sistematica. In particolare, l'impianto normativo presenta diversi profili di affinità con la legislazione in materia di reperti archeologici[108].
In primo luogo, si rinviene, in entrambe le legislazioni speciali, una stretta connessione tra la disciplina amministrativa e quella penale – la quale interviene in funzione strumentale, a rafforzamento della prima – e nel conseguente stringente sistema di controllo al quale sono soggette le attività connesse ai beni in considerazione.
Con riferimento alla detenzione di armi comuni da sparo[109], in alcuni casi, il sistema di controllo si sostanzia in divieti relativi, condizionati al rilascio di specifiche autorizzazioni da parte delle autorità amministrative. Il controllo e la tracciabilità delle armi comuni da sparo sono perseguiti anche mediante la loro inventariazione nel catalogo nazionale delle armi comuni da sparo e nella

[105] Cfr. S. Settis, *Torna l'archeo-condono per i ladri dell'arte antica*, in *La Repubblica*, 29.10.2008 (https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2008/10/29/torna-archeo-condono-per-ladri-dell-arte.html, ultimo accesso 8.05.2022)
[106] La norma sarebbe, dunque, qualificabile come legge temporanea, in quanto contenente «la predeterminazione espressa del periodo di tempo in cui avrà vigore» e, come tale, non sarebbe sottoposta al principio di retroattività della legge penale più favorevole ai sensi dell'art. 2 co. 5 Cp. Cfr. in materia, *ex plurimis*, G. Marinucci, E. Dolcini e G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano 2020, 149-150.
[107] **In particolare, si evidenzia come il bene protetto dalle norme penali in materia di armi sia il corretto svolgimento dell'attività di controllo in capo alle autorità competenti, ovvero della attività di sicurezza pubblica, e** l'interesse dello Stato a controllare la diffusione di armi.
[108] Si vedano in materia, *ex plurimis*, P. F. Iovino, *Manuale Delle Leggi Amministrative e Penali in Materia Di Armi*, Torino 2020; A. A. Bonforte, M. G. La Pietra e I. Sottotetti, *Armi, Munizioni, Materiali esplosivi tra legislazione amministrativa e penale*, Milano 2019; V. Maiello, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in *Trattato teorico / pratico di diritto penale*, a cura di F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino 2015, 603 ss.
[109] La disciplina della detenzione si ricava dalla lettura combinata degli artt. 35, commi da 5 a 10, r.d. 18.06.1931, n. 773 (TULPS), artt. 2 e 7 l. 2.10.1967, n. 895, e art. 697 Cp. Le disposizioni del TULPS contemplano la disciplina amministrativa della detenzione, mentre le altre contengono il regime sanzionatorio in caso di violazione. Per una analisi puntuale della disciplina della detenzione delle armi si rimanda a P. F. Iovino, *op. cit.*, 192 ss.

loro successiva immatricolazione[110]. È chiara, dunque, l'assimilabilità con la struttura del quadro normativo del Codice dei Beni Culturali, per quanto siano altrettanto evidenti le diverse finalità sottese alle normative qui considerate[111].
Conseguentemente, sul piano sanzionatorio si rinvengono similitudini con riferimento alle tecniche di tutela impiegate dal legislatore nei due settori, considerato il ricorso a forme di anticipazione della tutela nella struttura dei reati di pericolo astratto. Diverse fattispecie incriminatrici previste in entrambe le legislazioni sanzionano, infatti, condotte di esercizio di attività in assenza di autorizzazioni o di mancato rispetto delle prescrizioni imposte dalle pubbliche autorità o di disobbedienza a specifici obblighi di carattere amministrativo[112].
Fermo restando quanto sopra, la strutturazione della norma premiale, che si suggerisce di integrare nel sistema di tutela dei beni culturali come da ultimo modificato dalla l. 22/2022, ha tenuto conto di diversi principi.
In primo luogo, ragioni di certezza del diritto impongono di individuare puntualmente i beni che possano essere oggetto della norma premiale, assicurando un'adeguata omogeneità terminologica. In tal senso, potrebbero essere presi in considerazione i beni culturali mobili indicati all'art. 10 Cbc, rinvenuti nel sottosuolo o sui fondali marini ai sensi degli artt. 90 e 91, in quanto appartenenti allo Stato e facenti parte del patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 826 Cc.
L'individuazione dei beni culturali oggetto della norma premiale comporta, a cascata, la delimitazione dei soggetti legittimati a beneficiare della sanatoria. Trattasi di soggetti privati e segnatamente: (i) scopritori di beni culturali in occasione di rinvenimenti fortuiti, che si sono conseguentemente impossessati degli stessi; (ii) detentori di beni culturali fortuitamente scoperti e tenuti alla loro conservazione e custodia temporanea e che, a loro volta, se ne siano impossessati; (iii) possessori o detentori di beni culturali che non riescono a riscostruire la storia degli stessi e non possono provarne la legittima provenienza, in assenza di idonea documentazione attestante la liceità della provenienza e la legittimità del proprio titolo di proprietà[113]. Si tratterebbe di soggetti

[110] L'identificazione delle armi viene così consentita attraverso il numero di iscrizione del prototipo nel catalogo nazionale e il numero progressivo di immatricolazione della singola arma, ai sensi degli artt. 6 e 11 l. 18.04.1975, n. 110. Cfr. sul punto V. Maiello, *op. cit.*, 607. Il controllo delle armi è altresì perseguito mediante l'estensione degli obblighi di denuncia a seguito dell'acquisizione delle armi in sede di successione ereditaria. Sul punto la giurisprudenza afferma che il «delitto di detenzione illegale di arma sussiste nell'ipotesi in cui il soggetto ometta di denunciare l'arma di cui sia venuto in possesso "jure successionis", ancorché il precedente possessore avesse presentato regolare denuncia e l'arma continui ad essere detenuta nello stesso luogo. La ratio della norma che impone detto obbligo è, infatti, quello di individuare gli attuali detentori di armi e i luoghi dove esse si trovano, per potere, se del caso, effettuare tempestivamente i necessari controlli» (in tal senso Cass. 2 aprile 2003, n. 19899).
[111] L'art. 38 TULPS, relativo all'obbligo di denuncia, garantisce la tracciabilità delle armi e permette all'Autorità di polizia il costante controllo circa il possesso delle armi (quali e quante armi si trovano in un dato luogo e in possesso di chi) in ottica di prevenirne l'utilizzo in eventuali attività delittuose. L'art. 175 co. 1 lett. *b* Cbc, invece, mira a garantire la tutela dell'integrità del patrimonio culturale archeologico mediante il contrasto di condotte di illecito impossessamento e di dispersione di beni culturali appartenenti allo Stato.
[112] Cfr. V. Maiello, *op. cit.*, 608-609. Il soggetto che non abbia effettuato la denuncia all'Autorità risponderà del reato di detenzione abusiva di arma, ai sensi della l. 895/1967, per quanto concerne le armi da sparo (sia da guerra che comuni), e del reato *ex* art. 697 Cp, per quanto concerne le rimanenti armi (armi bianche o non da sparo). In particolare, l'art. 697 Cp sanziona, al primo comma, la detenzione abusiva di armi soggette a denuncia (entro le 72 ore successive al momento in cui il soggetto ha avuto nella propria disponibilità l'arma), ai sensi dell'art. 38 TULPS, nel caso di omessa denuncia all'Autorità. Il secondo comma, invece, impone al privato cittadino un obbligo di denuncia all'autorità, sanzionando colui che, avendo notizia che in un luogo da lui abitato si trovano armi o munizioni, omette di farne denuncia all'autorità.
[113] Tenendo in considerazione, *inter alia*, le indicazioni del Ministero della Cultura di cui alla predetta Circolare n. 1/2022.

ai quali sono stati trasferiti beni archeologici, per atto tra vivi o *mortis causa*, anche anni dopo la loro scoperta, da parte dell'autore del ritrovamento o del successivo possessore, e che hanno negligentemente omesso di accertare la condotta del loro *dante causa* e la legittima provenienza dei beni ricevuti e, conseguentemente, di denunciare gli atti di trasferimento della proprietà o della detenzione di tali beni (ai sensi dell'art. 59 Cbc) e di segnalare alle competenti Autorità la possibile provenienza degli stessi da scavi clandestini.
Proprio in ragione della tipologia di autore di cui si propone la rilevanza, le condotte illecite da includere nella norma di 'sanatoria' risulterebbero dalla omessa ottemperanza a determinati obblighi posti dalla legge. In particolare, si tratterebbe di condotte che hanno impedito alla Pubblica Amministrazione di esercitare la propria funzione di controllo preventivo sui beni archeologici, diretto ad evitare il pericolo di dispersione del patrimonio culturale, integrando i reati di cui (i) all'art. 518-*novies* co. 1 n. 2 Cp (precedente art. 173 co. 1 lett. *b* CBC), in tema di violazioni in materia di alienazione di beni culturali; (ii) all'art. 175 co. 1 lett. *b* Cbc; (iii) all'art. 518-*bis* Cp (precedente art. 176 Cbc) e (iv) agli artt. 709 Cp, in tema di omessa denuncia di cose provenienti da delitto, e 712 Cp, in tema di acquisto di cose di sospetta provenienza.
Quelle richiamate sono fattispecie riconducibili, discendenti o comunque collegate o collegabili a situazioni di scoperta fortuita di beni archeologici. Al fine di evitare un ricorso strumentale alla norma di 'sanatoria' da parte di soggetti in mala fede sarebbe, infatti, importante escludere dall'ambito di applicazione della norma premiale coloro che abbiano condotto illecitamente ricerche archeologiche finalizzate al ritrovamento di reperti, ovvero che hanno dolosamente posto in essere fatti di ricettazione.
Le ragioni per l'inclusione tra i reati coperti dalla norma di 'sanatoria' delle fattispecie di cui agli artt. 175 co. 1 lett. *b* Cbc e art. 518-*bis* Cp (in relazione alla abrogata fattispecie *ex* art. 176 Cbc) risulteranno chiare in base a quanto precedentemente esposto, mentre la considerazione delle ulteriori fattispecie di cui agli artt. 518-*novies* (precedentemente art. 173 co. 1 lett. *b* Cbc), 709 e 712 Cp merita alcune precisazioni.
In relazione all'art. 709 Cp, l'inclusione di questa fattispecie contravvenzionale si giustifica, ad avviso di chi scrive, proprio in ragione della configurazione della stessa in presenza di un originario possesso in buona fede dei beni in questione – essendo richiesta la mancata conoscenza da parte del soggetto attivo della provenienza delittuosa dei beni al momento del loro ricevimento – e della integrazione del reato mediante condotta omissiva, tipicamente riscontrabile nelle situazioni di possesso di reperti archeologici provenienti da delitto e dei quali non si riesca, *ab origine*, a fornire prova della legittima provenienza. La considerazione di tale fattispecie tra quelle ricomprese nella norma di 'sanatoria' mirerebbe altresì a ristabilire la relazione tra il privato cittadino e lo Stato, messa in discussione dal cittadino nel momento in cui, avendo successivamente conosciuto la provenienza illecita di beni in suo possesso, anche molto tempo dopo il loro ricevimento, non ha provveduto tempestivamente a segnalarla all'Autorità. Si tratta, infatti, di una disposizione appositamente prevista dal legislatore per garantire una tutela rafforzata al patrimonio mediante la previsione di un eccezionale dovere di collaborazione e di denuncia da parte dei privati[114].
Per ciò che concerne la fattispecie di incauto acquisto *ex* art. 712 co. 1 Cp, potrebbe risultare opportuno, a nostro avviso, includere tale reato tra quelli sanabili in ragione della *ratio legis* della norma, rappresentata dalla necessità di evitare la circolazione di beni di provenienza illecita e di rallentare il traffico illegale degli stessi. È nota, inoltre, la facilità con cui tale fattispecie può essere integrata da qualsiasi soggetto: si tratta, infatti, di un reato del '*quisque de populo'*, essendo

[114] Cfr., *ex plurimis*, V. Napoleoni, *Art. 709*, **in** *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Vol. VIII, I delitti contro il patrimonio e le contravvenzioni*, cit., 1070-1075.

sufficiente per la sua integrazione il mancato diligente accertamento della provenienza dei beni acquistati o ricevuti in presenza di circostanze tali da far obiettivamente sospettare l'illegittimità della provenienza delle *res* e non essendo, peraltro, richiesta la certezza circa l'effettiva commissione del reato presupposto ('*red flags*', ovvero indici di sospetto, possono, ad esempio, essere l'assenza di informazioni circa lo storico della provenienza dei beni; il prezzo, la qualità e lo stato di conservazione degli stessi; le condizioni sociali ed economiche dell'offerente; il contesto dell'acquisto o del ricevimento dei beni)[115]. Sul piano dell'elemento soggettivo, a seguito delle ultime pronunce della Suprema Corte di Cassazione, non risultano esservi più dubbi circa l'integrazione della fattispecie in questione in presenza di dubbi o errore dovuti a colpa sulla provenienza illecita, configurandosi il reato in parola quale fattispecie strutturalmente colposa[116].
Infine, in relazione all'inclusione della fattispecie di cui all'art. 518-*novies* co. 1 n. 2 Cp (precedentemente art. 173 co. 1 lett. *b* Cbc)[117], si noti che la norma mira ad impedire l'immissione sul mercato di beni culturali e la dispersione degli stessi in conseguenza della violazione della normativa in materia di alienazione ai sensi dell'art. 59 Cbc[118]. In particolare, la fattispecie in esame è strutturata quale delitto omissivo proprio, che sanziona la mancata presentazione, da parte dei soggetti obbligati *ex* art. 59 Cbc (alienante o cedente in caso di alienazione a titolo oneroso o gratuito, o erede o legatario in caso di successione *mortis causa*)[119], della denuncia di qualsiasi atto negoziale di trasferimento della proprietà o detenzione di beni mobili culturali[120]. La *ratio* della norma è duplice: da un lato consentire alla Pubblica Amministrazione il costante monitoraggio della situazione proprietaria o di detenzione e della collocazione dei beni culturali e, conseguentemente, di effettuare gli opportuni controlli sul traffico giuridico concernente tali beni, e dall'altro consentire alla Pubblica Amministrazione di esercitare il diritto di acquisto in via di prelazione *ex* art. 60 Cbc nel caso di alienazioni a titolo oneroso.
Quanto alla condotta doverosa richiesta ai soggetti legittimati a beneficiare della sanatoria, questa dovrebbe consistere nella denuncia dei beni archeologici mobili detenuti illegalmente, da presentarsi, dunque, *ex post*, una volta che i predetti reati si siano perfezionati, e da far pervenire alle autorità territorialmente competenti (soprintendente, sindaco, autorità di pubblica sicurezza ovvero Comando Carabinieri TPC) entro un preciso arco temporale. Su tale piano, potrebbe prevedersi l'onere di presentare la denuncia entro un limite temporale di un anno decorrente dalla

[115] Cfr. *ex plurimis*, in R. Borsari, *Artt. 705-734 bis*, in *Commentario breve al codice penale*, cit., 3949-3950 e G. Diotallevi, *Art. 712*, **in** *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, Vol. VIII, I delitti contro il patrimonio e le contravvenzioni*, cit., 1075-1082. Nell'ambito del progetto '*Responsible Art Market*' è stato elaborato l''*Art Transaction Due Diligence Toolkit*', uno strumento che adotta un approccio basato sul rischio nella individuazione del livello di *due diligence* richiesto per la conduzione di transazioni aventi ad oggetti opere d'arte (http://responsibleartmarket.org/guidelines/art-transaction-due-diligence-toolkit/, ultimo accesso 8.05.2022).
[116] Cfr. Cass. pen. S.U., 26.11.2009, n. 12433, con nota di M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank: nella ricettazione le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *CP* 2010, 2055 ss.
[117] Sulla nuova disposizione si rimanda a G. P. Demuro, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, cit., 17-18; G. P. Demuro, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice Penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis*, cit., 13-14 e A. Visconti, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma,* cit., 25.
[118] Sul punto si rimanda a G. Mari, *Art. 94*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 1488-1491.
[119] Cfr. in materia R. Invernizzi, *Art. 59*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 590-601.
[120] Anche ove non dichiarati formalmente tali. La norma mira, infatti, a tutelare il patrimonio culturale reale, come costantemente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr., *ex plurimis*, Cass. 8.06.2005, n. 21400, in *Giuristi Ambientali*.

data di adozione del decreto del Ministero della Cultura con cui dovrebbero essere disposte puntuali previsioni relative alla norma di 'sanatoria', come si dirà nel prosieguo della trattazione[121].
La denuncia dovrebbe essere corredata da documentazione descrittiva idonea alla certa identificazione dei beni, utilizzando i diversi strumenti già esistenti a tal fine, come l''Object ID', un documento standard, internazionalmente riconosciuto, elaborato grazie alla collaborazione tra operatori del mondo dell'arte, agenzie di controllo e altri soggetti coinvolti nelle attività di repressione del traffico illecito di opere d'arte[122].
Nella denuncia dovrebbero altresì essere riportate, per esteso e in apposita sezione, tutte le altre informazioni note al denunciante e inerenti al contesto nel quale i beni sono stati rinvenuti, la loro originaria consistenza e integrità, lo storico della provenienza e dei passaggi di proprietà, eventuali dettagli riferiti dal precedente possessore dei beni all'atto del trasferimento e relativi ad ulteriori circostanze utili per la contestualizzazione storica e geografica dei beni.
La documentazione fotografica dei beni potrebbe consistere in vedute globali degli stessi, fotografie da diverse angolazioni e di dettaglio (in primo piano), di iscrizioni, segni particolari, tracce di danni o riparazioni o di altri elementi che possano consentire di verificare lo stato di conservazione dei beni.
La denuncia dovrebbe essere poi accompagnata dalla messa a disposizione dei beni, con indicazione, ove possibile, anche dei luoghi di rinvenimento degli stessi per agevolare la ricognizione dei siti archeologici di provenienza e lo studio della provenienza e della storia dei reperti archeologici, singolarmente e nella loro reciproca connessione.
Con la denuncia, il soggetto privato dovrebbe essere tenuto altresì a dichiarare, sotto la propria personale responsabilità ai sensi di legge, che i beni erano in suo possesso o detenzione alla data di entrata in vigore della legge che introduce la disposizione premiale.
Copia della denuncia e della documentazione sopra indicata dovrebbe essere trasmessa, da parte dell'ente ricevente, ove non già fatto dal denunciante, al Comando Carabinieri TPC, al fine di consentire l'individuazione (all'interno della Banca Dati dei beni culturali illecitamente sottratti o negli archivi fotografici sequestrati ai trafficanti) di eventuali denunce di furto relative ai beni archeologici segnalati. In tal caso, il Comando dei Carabinieri dovrebbe informare l'Autorità giudiziaria e comunicare tale circostanza alla competente soprintendenza e al soggetto denunciante, al fine di avviare il procedimento di restituzione del bene al legittimo proprietario.
In terzo luogo, al fine di evitare che la norma di 'sanatoria' possa essere utilizzata quale facile scorciatoia verso l'impunità per soggetti non in buona fede – in linea con l'impostazione seguita anche in altri ambiti per la redazione delle previsioni premiali – dovrebbe essere richiesto il compimento della condotta doverosa prima che il privato abbia avuto formale conoscenza

[121] È chiaro qui il rimando alle norme di 'sanatoria' di cui all'art. 36 l. n. 110/1975 e al d.d.l. A.S. n. 1187 del 2.08.1996 recante «Nuove norme in materia di armi e munizioni».
[122] Si rimanda a R. Thornes, P. Dorrell e H. Lie, *Introduction to Object ID: Guidelines for Making Records that Describe Art, Antiques, and Antiquities*, Pasadena-Santa Barbara 1999 (https://www.getty.edu/publications/resources/virtuallibrary/0892365722.pdf, ultimo accesso 8.05.2022). Sul fronte nazionale, il Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale ha collaborato alla elaborazione del 'Documento dell'opera d'arte - Object ID', modulo concepito dall'UNESCO, il quale consente la esaustiva descrizione dei beni culturali, ad esempio richiedendo l'indicazione della tipologia dell'oggetto, delle sue dimensioni, della tecnica e del materiale, dell'epoca di riferimento, ove conosciuti. Tali moduli permettono, altresì, di indicare la eventuale presenza di segni particolari, iscrizioni sull'oggetto o caratteristiche fisiche che consentano di facilitarne l'identificazione. Si rimanda alla puntuale indicazione delle diverse sezioni che compongono il modulo (http://tpcweb.carabinieri.it/SitoPubblico/objectId, ultimo accesso 8.05.2022).

dell'esistenza e dell'avvio di un procedimento penale a suo carico o comunque dell'accertamento di fatti di reato aventi ad oggetto condotte collegate ai predetti beni culturali[123].
Con riferimento alle conseguenze derivanti dal compimento della condotta doverosa prevista, al fine di evitare che la riemersione di reperti archeologici costituisca un condono per 'tombaroli' e trafficanti e di monetizzare la denuncia del possesso di tali beni, non sarebbe opportuno prevedere il versamento di una somma a titolo di oblazione[124], risultando più in linea con la finalità della 'sanatoria' l'introduzione di una causa di non punibilità in senso stretto, successiva al reato e avente carattere oggettivo[125]. Le predette condotte poste in essere dai privati resterebbero, dunque, antigiuridiche e colpevoli, venendo ricollegata la non punibilità ad una situazione che si colloca all'esterno della struttura delle fattispecie considerate e che non incide sull'esistenza delle stesse.
La finalità perseguita sarebbe quella di inibire l'eventuale applicazione della sanzione prevista per le fattispecie considerate (e, pertanto, si prevede che non trovino applicazione sia le pene principali sia quelle accessorie previste per i reati in questione)[126], intervenendo ragioni di opportunità e di pratica convenienza politico-criminale, nonché venendo meno l'interesse dello Stato a indagare e perseguire determinate condotte illecite. Con la denuncia del possesso di beni archeologici da parte dei privati si avrebbe, infatti, una emersione del sommerso, con conseguente accrescimento del patrimonio archeologico dello Stato e possibile intervento con finalità di studio, tutela e valorizzazione, secondo i dettami dell'art. 9 Cost.
Nella prospettiva di favorire le denunce da parte dei privati, oltre alla possibilità di beneficiare della non punibilità per i reati sopra indicati, dovrebbe prevedersi la possibilità di acquisire definitivamente la proprietà dei beni oggetto di denuncia, divenendone a tutti gli effetti legittimi proprietari[127], ove la Soprintendenza competente – a seguito di esperimento del procedimento di

[123] Ciò in quanto la conoscenza dell'avvio di un procedimento penale potrebbe condizionare la volontarietà del ravvedimento del denunciante, che, dunque, in tal caso, potrebbe essere determinato esclusivamente dalla volontà di evitare il processo penale.
[124] È stata, in tal senso, ritenuta non idonea la possibilità di regolarizzare la posizione illecita del soggetto interessato dietro pagamento di somme di denaro entro termini perentori, decidendo, dunque, di non perseguire la strada seguita dal disegno di legge recante «Modifica della legge 1° giugno 1939, n. 1089, sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico», A.S. n. 1702 dell'11.05.1995, dalle due proposte di 'archeocondono' sopra illustrate e, in altri contesti, dalla normativa in materia urbanistica, fiscale e doganale.
[125] Cfr. in tema di cause di non punibilità G. Marinucci, E. Dolcini e G. L. Gatta, *op. cit.*, 225 ss. e 469 ss.
[126] In considerazione di quanto disposto dal nuovo art. 518-*sexiesdecies* co. 2 Cp rubricato «Circostanze aggravanti» – ai sensi del quale è prevista l'applicazione della pena accessoria della interdizione da una professione o da un'arte, di cui all'art. 30 Cp, e la pubblicazione della sentenza penale di condanna, ai sensi dell'art. 36 Cp, per il caso in cui i soggetti privati autori dei fatti di reato esercitino un'attività professionale o commerciale – la previsione della causa di non punibilità renderebbe conseguentemente inapplicabili altresì le predette pene accessorie. In tema di "non punibilità" si rimanda, *ex plurimis*, a F. Palazzo, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in www.sistemapenale.itm (19.12.2019) e a E. Squillaci, *Le moderne cause di non punibilità "susseguente" nel sistema penale. Un tentativo di normalizzare l'ipertrofia del diritto penale*, Napoli 2016.
[127] Sulla opportunità di ridefinire il regime di appartenenza dei reperti archeologici si rimanda a G. P. Demuro, *La riforma dei reati contro il patrimonio culturale: per un sistema progressivo di tutela*, cit., 14, nota 18, ove l'Autore sottolinea come «A proposito dell'appartenenza degli oggetti culturali ritrovati si sono succedute, soprattutto in precedenti legislature proposte di modifica del regime dell'appartenenza, con aperture anche al privato, sull'esempio di quanto avvenuto in Francia, dove la *Loi relative au service public de l'archéologie préventive*, fra l'altro prevede la mera attribuzione allo Stato di un diritto di custodia – ai fini della ricerca scientifica – per una durata massima di cinque anni delle vestigia mobiliari ritrovate nel sottosuolo, la cui proprietà viene attribuita ai rinvenitori, e con riferimento alle vestigia immobiliari, la possibilità di ricompensa agli scopritori, da associare eventualmente allo sfruttamento commerciale». Sul punto si rimanda altresì a G. P. Demuro, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, cit., 396-399. Con riguardo alla disciplina francese inerente le scoperte archeologiche fortuite, la prima normativa si rinviene nella *Loi relative à la réglementation des fouilles archéologiques*, n. 41-4011 del 27.09.1941

verifica ai sensi dell'art. 12 Cbc – non dovesse riscontrare l'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, di grado almeno particolarmente importante, ovvero dovesse ritenere che si tratti di oggetti di grande diffusione e di facile reperimento, in quanto riprodotti in innumerevoli esemplari[128]. La finalità perseguita da tale previsione sarebbe quella di «alleggerire l'amministrazione dei beni culturali dagli oneri di una conservazione indiscriminata degli oggetti archeologici, anche di quelli che abbiano importanza storica e artistica trascurabile»[129].
I predetti beni dovrebbero essere, in ogni caso, catalogati *ex* art. 17 Cbc in apposita banca dati da costituirsi – ad opera dell'Istituto Centrale per il Catalogo e la Documentazione, con apposito decreto del Ministero della Cultura da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore dell'articolo di sanatoria – quale sezione autonoma all'interno del Catalogo generale dei Beni Culturali – Sezione Beni Archeologici[130] (la sottosezione potrebbe essere intitolata '*Reperti archeologici a titolarità privata*'), al fine di rendere certa e nota la titolarità dei predetti beni e tracciarne lo storico della provenienza.
La norma di 'sanatoria' potrebbe così fungere da spartiacque, a seguito della quale sarà possibile conoscere quali sono, dove sono ubicati e da chi sono detenuti i beni di provenienza originariamente illecita dichiarata e definitivamente rilasciati a soggetti privati.
Sempre con l'obiettivo di perseguire una maggiore collaborazione da parte dei privati e un migliore bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco, sia quelli individuali sia l'interesse generale dello Stato, si suggerisce di prevedere la facoltà per la Soprintendenza di valutare l'affidamento, ai soggetti denuncianti, dei beni di cui sia riconosciuto l'eccezionale interesse artistico, storico,

(https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006074257/, ultimo accesso 23.05.2022), la quale prevedeva che i beni rinvenuti fortuitamente fossero affidati allo Stato per il tempo necessario al loro studio scientifico (non superiore a cinque anni), decorso il quale la loro proprietà sarebbe stata regolata dall'art. 716 del Codice Civile, potendo lo Stato rivendicare tali reperti in cambio della corresponsione di una indennità da ripartirsi tra lo scopritore fortuito e il proprietario dei terreni. Il *Code du patrimoine*, entrato in vigore il 20.02.2004 (https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006074236/, ultimo accesso 23.05.2022), ha successivamente disposto, al Libro V - Titolo 3, che i beni rinvenuti fortuitamente devono essere immediatamente segnalati al municipio e alla *Direction régionale des affaires culturelles - Service régional de l'archéologie*, e devono essere attuate tutte le misure di conservazione temporanea. A seguito dell'entrata in vigore della *Loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, del 7.07.2016 (consultabile al seguente indirizzo https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000221337, ultimo accesso 23.05.2022), pare chiaro che la disciplina sia mutata nel senso di ritenere che tutti i reperti archeologici mobili si presumano appartenenti allo Stato – in caso di scoperta fortuita successiva all'entrata in vigore della legge – non appena venga riconosciuto l'interesse scientifico che ne giustifichi la conservazione. Diversamente, con riguardo ai beni scoperti prima della data di entrata in vigore della legge del 2016, è disposto che (i) gli oggetti archeologici siano affidati, nell'interesse pubblico, ai competenti uffici statali per il periodo necessario al loro studio scientifico, che non può superare i cinque anni; (ii) ove l'inventore privato non abbia fatto valere i propri diritti sui beni rinvenuti fortuitamente (allo scadere di uno o due anni dalla notifica e dal rinnovo della stessa da parte dello Stato) la proprietà del bene archeologico mobile scoperto viene trasferita allo Stato a titolo gratuito; (iii) solo ove l'inventore abbia fatto valere i propri diritti, il bene archeologico mobile viene suddiviso tra lo Stato e l'inventore secondo le regole del diritto comune. Sul punto si rimanda al sito del *Ministère de la Culture* (https://www.culture.gouv.fr/Regions/Drac-Grand-Est/services/patrimoines-architecture/patrimoines/Archeologie/Les-decouvertes-archeologiques-fortuites, https://www.culture.gouv.fr/Regions/Drac-Pays-de-la-Loire/Vos-demarches-et-documentations/Archeologie/En-pratique/Declarer-une-decouverte-de-vestiges-ou-de-monnaies, ultimo accesso 22.05.2022).

[128] Tenendo conto dei principi di carattere generale espressi nel d.m. 6.12.2017, n. 537, recante «Indirizzi di carattere generale per la valutazione del rilascio o del rifiuto dell'attestato di libera circolazione da parte degli uffici esportazione delle cose di interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico».

[129] In tal senso S. Benini, *Sulla liceità del possesso di oggetti archeologici da parte di privati,* cit., 634.

[130] Il Catalogo in commento consente già di identificare e ricercare i beni archeologici per (i) tipologia, (ii) classificazione, (iii) ambito culturale, (iv) localizzazione. Si rimanda al sito del Catalogo (https://catalogo.beniculturali.it/search/typeOfResources/ArchaeologicalProperty, ultimo accesso 8.05.2022).

archeologico o etnoantropologico (in relazione alla rarità, alla tipologia e alla localizzazione degli stessi, ad esempio in quanto parte di collezioni o costituenti un *unicum*). Si tratta di beni che sarebbero definitivamente acquisiti dallo Stato, essendo già parte del patrimonio indisponibile dello stesso, ma che, per ragioni di opportunità, potrebbero essere affidati in comodato ai soggetti privati denuncianti.
Anche in tal caso, i beni dovrebbero essere catalogati *ex* art. 17 Cbc nella Sezione Beni Archeologici del Catalogo generale dei Beni Culturali (tale sottosezione, da costituirsi nelle modalità sopra indicate, potrebbe essere intitolata '*Reperti archeologici affidati a privati*'). In sede di catalogazione dovrebbero altresì essere specificamente indicati i dati personali del soggetto al quale i beni sono affidati e il luogo di ubicazione degli stessi, al fine di consentirne la localizzazione geografica e specifica (indicando, ad esempio, se il bene entra a far parte di una collezione privata).
Al fine di evitare il danneggiamento o l'eventuale smarrimento di tali beni dovrebbero prevedersi specifici oneri di protezione e conservazione (secondo la diligenza del *pater familias*) in capo ai soggetti a cui i reperti archeologici verrebbero affidati, secondo le disposizioni del Capo III, Sezioni I e II, del Titolo I della Parte Seconda del Codice dei Beni Culturali. In caso di violazione di tali obblighi dovrebbero trovare applicazione le sanzioni di cui al Capo I, Titolo I (sanzioni amministrative) e Titolo II (sanzioni penali) della Parte Quarta del Codice dei Beni Culturali (artt. 160-166 e 171 co. 2 Cbc).
Posto che i reperti archeologici sono, prima di tutto, documenti storici e fonte di ricostruzione del passato, l'esigenza di garantirne la fruibilità porterebbe anche a suggerire la previsione della facoltà di stipulare apposite convenzioni tra la Soprintendenza e il soggetto qualificato quale custode dei beni archeologici, al fine di determinare condizioni e modalità per l'esibizione dei beni in mostre ed esposizioni temporanee e per consentirne lo studio archeologico.
La previsione della possibilità di lasciare i beni in mano dei soggetti privati potrebbe soddisfare la duplice esigenza, da un lato, della scienza archeologica di acquisire reperti e dati utili per la ricostruzione storica e lo studio delle antiche civiltà e, dall'altro, dello Stato di assicurare la tutela e la conservazione del patrimonio archeologico, venendo questo ad essere sollevato «dall'onere della conservazione indiscriminata dei beni [e di] garantire ad essi una tutela ed una conoscibilità maggiore di quanto non assicuri la giacenza nei magazzini delle soprintendenze»[131].
Infine, in tema di responsabilità amministrativa degli enti, essendo prevista l'estensione della disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, *inter alia*, ai casi di commissione dei nuovi reati del Codice Penale *ex* artt. 518-*bis* (come da abrogato art. 176 Cbc) e 518-*novies* (precedentemente art. 173 Cbc), potrebbe altresì disporsi la mancata applicazione per gli enti della sanzione pecuniaria e delle sanzioni interdittive disposte dal predetto decreto legislativo. Verrebbe così ad essere esclusa la punibilità dell'ente, sia nel caso di attuazione della condotta doverosa direttamente da parte di quest'ultimo – in tal modo incentivando la presa di distanze dall'operato illecito dell'autore del reato, persona fisica – sia nel caso di compimento della condotta doverosa da parte dell'autore materiale del reato presupposto, con conseguente estensione della causa di non punibilità di cui alla norma premiale anche in capo all'ente.
In considerazione della *ratio* della introduzione di una norma di 'sanatoria' (intesa quale meccanismo riparatorio di violazioni commesse contro il patrimonio culturale che promette l'impunità a fronte della commissione di condotte virtuose), non si ritiene, infatti, condivisibile, in questo specifico contesto, il recente orientamento interpretativo della giurisprudenza di

[131] Cfr. S. Benini, *Sulla liceità del possesso di oggetti archeologici da parte di privati,* cit., 638.

legittimità[132] che estende la portata applicativa del principio di autonomia della responsabilità dell'ente anche alle ipotesi di non punibilità del reato[133]. Trattandosi di un istituto di diritto premiale che determina, in concreto, la non punibilità di un fatto di reato non vi sarebbero profili ostativi acché la stessa produca effetti anche nei confronti dell'ente, essendo pensata quale causa di non punibilità avente carattere oggettivo, che, dunque, ben può ritenersi estendibile anche all'illecito dell'ente[134].
L'impossibilità di estendere alla persona giuridica le cause oggettive di non punibilità finirebbe per frustrare la *ratio* che ispira disposizioni a carattere premiale come quella presentata in questa sede, sì da ridurre la portata applicativa delle stesse a mere autodenunce per l'illecito commesso dalla persona fisica facente parte dell'organizzazione aziendale, idonee a salvaguardare solo quest'ultima dalla responsabilità penale, senza alcun effettivo vantaggio per l'ente.
L'articolato della norma premiale qui proposto si ritiene possa rappresentare un incentivo per i privati – in particolar modo per coloro che «si sono macchiat[i di crimini contro il patrimonio culturale] pensando al contrario di fare un gesto innocuo, senza rendersi però conto di fare un torto alla storia e di contribuire alla deturpazione di un patrimonio culturale immenso»[135] – e possa ristabilire quella relazione tra i cittadini e lo Stato da cui discendono i doveri inderogabili di solidarietà e di partecipazione, necessari per garantire una effettiva collaborazione per la salvaguardia e lo studio del patrimonio culturale nazionale.

5. Proposta di integrazione dell'articolato della legge 9 marzo 2022 n. 22 «Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale»

ART. 5-*bis*
(*Misure premiali*)

1. Fuori dai casi di ricettazione, impiego di beni culturali provenienti da delitto, riciclaggio, autoriciclaggio e dai casi di concorso in tali reati, coloro che, alla data di entrata in vigore della legge che introduce la presente disposizione, non abbiano provveduto a denunciare i beni culturali mobili rinvenuti fortuitamente nel sottosuolo o sui fondali marini ai sensi degli articoli 10, 90 e 91 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, o che posseggano o detengano illegalmente tali beni, non sono punibili per i reati di cui agli articoli 175, comma 1, lettera *b*, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, 518-*bis*, 518-*novies*, comma 1, n. 2, 709 e 712 del codice penale, qualora, entro trecentosessantacinque giorni dalla data di adozione del decreto del Ministero della Cultura di cui al comma 10 e comunque prima di avere avuto formale conoscenza dell'esistenza e dell'avvio di un procedimento penale a proprio carico,

[132] Cfr., *inter alia*, Cass. 10.07.2019, n. 1420, in *CP* 2020, 9, 3359; Cass. 23.01.2019, n. 11518, in *RIDPP* 2020, 1, 280; Cass. 17.11.2017, n. 9072, in *CP* 2018, 9, 2805.
[133] Per cui l'illecito amministrativo sopravvive indipendentemente dal reato presupposto, come disposto dall'art. 8 d.lgs. 231/2001, in tema di rapporti tra responsabilità dell'ente e vicende inerenti la punibilità del reato presupposto.
[134] In materia si rimanda, *ex plurimis*, alle riflessioni di C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *DPP* 2019, n. 4, 530-550; E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *DPenCont* 2020, n. 2, 189-216; G. Stampanoni Bassi e L. N. Meazza, *Commentario al decreto sulla responsabilità da reato degli enti. D.Lgs. 231/2001. Profili operativi*, Pisa 2021, 70-72.
[135] Si rimanda all'intervista del sindaco di Pompei, Carmine Lo Sapio, in tema di restituzioni che hanno interessato il Parco Archeologico nel gennaio 2021 (cfr. articolo *Ruba dagli Scavi di Pompei, poi restituisce tutto con una lettera anonima: "Chiedo Scusa"*, in *Napoli Today*, 22.01.2021, https://www.napolitoday.it/cronaca/scavi-pompei-restituita-pietra-anonimo.html, ultimo accesso 8.05.2022).

ne facciano denuncia al soprintendente, al sindaco, all'autorità di pubblica sicurezza ovvero al Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale territorialmente competenti, che ne rilasciano apposita attestazione.

2. Nel caso di commissione dei reati di cui agli articoli 518-*bis* e 518-*novies*, comma 1, n. 2, del codice penale, nell'interesse o a vantaggio di un ente, da parte dei soggetti indicati dall'articolo 5 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'ente non è punibile per l'illecito amministrativo di cui all'articolo 25-*septiesdecies* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

3. La denuncia di cui al comma 1 deve essere corredata da documentazione descrittiva e fotografica idonea alla certa identificazione dei beni, mediante compilazione del documento 'Object ID', disponibile sul sito web del Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale, e da ogni altra documentazione e informazione utile a consentire l'identificazione dei luoghi di ritrovamento, la contestualizzazione storica e geografica dei beni, la loro originaria consistenza e integrità, lo storico della provenienza e di eventuali passaggi di proprietà. La denuncia deve altresì riportare la dichiarazione dell'interessato, sotto la sua personale responsabilità ai sensi di legge, che i beni erano in suo possesso o detenzione alla data di entrata in vigore della presente legge.

4. Copia della denuncia e della documentazione ad essa allegata è inviata da parte dell'ente ricevente, ove non sia già stato fatto dal denunciante, al Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale, il quale provvede a controllare, nella propria Banca Dati dei beni culturali illecitamente sottratti, la presenza di eventuali denunce di furto relative ai beni oggetto delle segnalazioni di cui al comma 1 e, in tale caso, informa l'Autorità giudiziaria e comunica tale circostanza alla competente soprintendenza e al denunciante, al fine di procedere con la restituzione dei beni al legittimo proprietario.

5. Entro 30 giorni dal termine di cui al comma 1, la soprintendenza può ordinare la presentazione dei beni o procedere ad ispezione degli stessi, dettando, ove occorra, disposizioni per la loro temporanea conservazione ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

6. Qualora la soprintendenza, a seguito di procedimento di verifica avviato ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ritenga non sussistente l'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, può rilasciare i beni di cui sia stata presentata denuncia al soggetto denunciante. In tale ipotesi, i beni saranno considerati proprietà privata e, come tali, non soggetti alla disciplina del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. Tali beni dovranno, in ogni caso, essere catalogati, ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in apposita sottosezione della Sezione Beni Archeologici del Catalogo generale dei Beni Culturali, da costituirsi ai sensi del comma 10.

7. Qualora, a seguito di procedimento di verifica avviato ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, sia riconosciuto l'eccezionale interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico dei beni denunciati, in relazione alla rarità, alla tipologia e alla localizzazione degli stessi, la soprintendenza prende in consegna i beni per la catalogazione degli stessi, ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nella Sezione Beni Archeologici del Catalogo generale dei Beni Culturali. In tale ipotesi, tali beni rimarranno definitivamente acquisiti dallo Stato quale parte del patrimonio indisponibile.

8. La soprintendenza potrà valutare l'opportunità di affidare i beni di cui al comma 7 in comodato al soggetto denunciante, ove ne sia fatta richiesta contestualmente alla denuncia di cui al comma 1. Qualora la richiesta sia accolta, la soprintendenza dovrà specificare, in sede di catalogazione di tali beni in apposita sottosezione della Sezione Beni Archeologici del Catalogo generale dei Beni Culturali, da costituirsi ai sensi del comma 10, i dati personali del soggetto al quale i beni sono affidati e il luogo di ubicazione degli stessi, al fine di consentirne la

localizzazione specifica e geografica. La soprintendenza potrà, inoltre, stipulare apposita convenzione con il custode dei predetti beni diretta a determinare condizioni e modalità per l'esibizione degli stessi in mostre ed esposizioni temporanee, ai sensi dell'articolo 48 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e per consentirne lo studio archeologico.

9. La soprintendenza potrà dettare disposizioni per la più idonea protezione e conservazione dei beni di cui ai commi 7 e 8, ai sensi degli articoli di cui al Capo III, Sezioni I e II, del Titolo I della Parte Seconda del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. In caso di danneggiamento o smarrimento dei beni ricevuti in comodato, troveranno applicazione le sanzioni amministrative e penali di cui al Capo I, Titolo I e Titolo II della Parte Quarta del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

10. Il Ministero della Cultura, con proprio decreto da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge che introduce la presente disposizione, definisce le procedure e le modalità che l'Istituto Centrale per il Catalogo e la Documentazione dovrà seguire per la catalogazione dei beni archeologici di cui ai commi 6, 7 e 8, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

11. Il Governo provvede ad assicurare la più sollecita e ampia diffusione della conoscenza del presente articolo presso l'opinione pubblica, avvalendosi anche dei mezzi di comunicazione di massa, con pubblicazione di comunicati stampa sui siti web istituzionali del Ministero della Cultura, delle soprintendenze e del Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale, e adotta ogni altra misura capace di promuoverne e agevolarne l'applicazione da parte dei cittadini.

L'ESTENSIBILITÁ ALL'EXTRANEUS DELLA TUTELA ANTINFORTUNISTICA. PROFILI EVOLUTIVI E SISTEMATICI

di Benedetta Paterra
Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Pisa

Il contributo è incentrato sull'indagine dell'ambito di applicazione delle circostanze di cui agli artt. 589, co. 2, 590, co. 3, c.p., previste per il fatto commesso in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro. Lo scritto descrive e schematizza gli orientamenti giurisprudenziali sul tema, da cui emerge una generale tendenza alla dilatazione dei destinatari della tutela antinfortunistica anche nei confronti di soggetti terzi ed estranei all'organizzazione d'impresa: la disamina dei criteri su cui si fonda l'estensione delle aggravanti in parola consente di ripercorrere brevemente le problematiche che affliggono il diritto penale del lavoro nell'ordinamento italiano. In seguito, si approfondiscono le argomentazioni formulate dai giudici nel processo relativo al disastro di Viareggio. Infine, si osservano le significative conseguenze derivanti dalla contestazione delle aggravanti per l'affermazione della responsabilità amministrativa degli enti coinvolti in disastri di proporzioni macroscopiche, evidenziando il rischio di una strumentalizzazione.
The paper investigates the scope of the special aggravating circumstances ex artt. 589, co. 2, 590, co. 3, of the Italian Criminal Code which provide increased penalties when the crime is committed in violation of workplace injuries prevention laws. The study describes and schematises the case laws that highlight the general tendency to extend the work safety norms' beneficiaries up to include non-workers unrelated to the corporate organization: the criteria for the aforementioned enlargement are examined to briefly recall the complexity of italian criminal law in regard to health and safety at work. Furthermore, the study analyses the argumentative paths followed by the judges in the course of "Viareggio disaster" trial. Lastly, it stresses the significant consequences descending from these aggravating factors' recognition in relation to the statement of criminal corporate liability for major disasters, emphasising the risk of an exploitation.

SOMMARIO: - 1. L'aggravante prevenzionistica di cui agli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp e i riflessi sistemici del suo riconoscimento. - 2. L'art. 2087 Cc e la tendenza alla dilatazione della tutela antinfortunistica. - 3. L'estensione del novero dei destinatari della tutela antinfortunistica: l'accertamento di una connessione funzionale con l'attività d'impresa. - 3.1. La sufficienza di una verifica in punto di causalità tra l'inosservanza e l'evento lesivo. - 3.2. I tentativi (mal riusciti) di ricostruzione dell'area di rischio di competenza del garante. - 4. Il disastro di Viareggio e l'ambito di applicazione della normativa prevenzionistica. - 4.1. Le statuizioni dei giudici di merito: l'applicabilità degli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp. - 4.2. Le conclusioni della Cassazione: la "separazione" dei rischi. - 5. I riflessi in tema di responsabilità dell'ente: una lacuna ancora da colmare. - 6. Riflessioni conclusive a margine della sentenza della S.C. sul disastro di Viareggio. - 6.1. Possibili esiti deformanti.

1. Le circostanze aggravanti speciali previste agli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp sanciscono un incremento della pena nel caso in cui l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose siano commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Il riferimento alla normativa antinfortunistica, non contemplato nella formulazione originaria delle due disposizioni, fu introdotto con la legge 11.5.1966 n. 296: l'inasprimento delle sanzioni doveva rappresentare un incentivo all'osservanza delle disposizioni prevenzionistiche «soprattutto nei confronti di quei datori di lavoro poco scrupolosi nei quali i motivi di lucro prevalgono sulla salvaguardia della vita umana»[1]. I limiti edittali sono stati ulteriormente innalzati dalla l. 21.2.2006 n. 102 e, in seguito, dal d.l. 23.5.2008 n. 92, convertito nella l. 24.7.2008 n. 125[2].
La contestazione degli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp incide notevolmente sugli sviluppi e sull'esito del procedimento penale: proprio per questa ragione, si pone la necessità di definire gli spazi di operatività di tali aggravanti, spesso al centro di applicazioni di dubbia conformità con i canoni fondamentali dell'ordinamento penale, su tutti il principio di legalità.
In primo luogo, l'art. 590 ult. comma Cp stabilisce la procedibilità d'ufficio del delitto di lesioni personali gravi o gravissime quando il fatto sia stato commesso «in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro».
La disposizione contiene un espresso riferimento alle norme «relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale», che invece non è previsto dagli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp. Tale lacuna è colmata in via interpretativa dalla giurisprudenza prevalente, che è orientata verso la configurabilità delle aggravanti in presenza della violazione di qualsiasi disposizione che abbia il fine di evitare incidenti sul lavoro e malattie professionali[3]: non sarebbe, quindi, necessario ravvisare l'inosservanza di una norma specificamente volta alla prevenzione degli infortuni. Il riferimento normativo alla base di predetta estensione è l'art. 2087 Cc, il quale, nel prevedere l'obbligo per il datore di lavoro di adottare tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, introduce un generale obbligo di garantire la sicurezza del lavoro, ampliando a dismisura i doveri cautelari del garante, pur in assenza di un'espressa previsione di legge.

[1] Così si afferma nei lavori preparatori della l. 296/1966, che modificava gli artt. 589 e 590 Cp introducendo una circostanza aggravante speciale anche per il fatto commesso «con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale» (*cfr*. www.legislature.camera.it). Osserva B. Deidda, *Sicurezza sul lavoro (tutela penale della)*, in *ED*, *Annali X* 2017: «la più grave disciplina rispetto a diverse ipotesi di omicidio e lesioni colpose trae giustificazione dal fatto che la salute e la sicurezza dei lavoratori devono essere salvaguardate in maniera tanto più incisiva in quanto l'attività lavorativa si svolge generalmente in condizioni di subordinazione e all'interno di "un'organizzazione" che non è governata dai lavoratori».

[2] Attualmente l'art. 589 co. 2 Cp fissa la pena della reclusione da due a sette anni; l'art. 590 co. 3 Cp la pena della reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2000 per le lesioni gravi e della reclusione da uno a tre anni per le lesioni gravissime.

[3] *Cfr*. Cass. 13.6.2019 n. 45935, in www.*dejure.it*, ove si precisa che il riconoscimento dell'aggravante prevenzionistica in caso di violazione delle norme a tutela dell'igiene del lavoro «non viola l'art. 7 Cedu – così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU nel senso di impedire l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale più sfavorevole di una norma penale quando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa – perché almeno a partire dall'entrata in vigore della l. 24 novembre 1981, n. 869, che ha modificato il quinto comma dell'art. 590 c.p., era prevedibile che la locuzione "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" fosse interpretabile come comprensiva delle norme in materia di igiene del lavoro». Conformemente, per es., Cass. 3.03.2010 n. 8641, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass. 5.1.2016 n. 40, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass. 17.4.2019 n. 33244, in *www.dejure.it*; Cass. 29.10.2020 n. 34341, in *www.dejure.it*. Nella giurisprudenza risalente, v. Cass. 10.5.1979, in *RP* 1986, 110; Cass. 14.12.1981, in *CP* 1983, 1186 s.

Viceversa, una parte della dottrina ritiene che il difetto dell'indicazione delle norme sull'igiene del lavoro derivi dall'intenzione del legislatore di limitare l'applicazione delle aggravanti alle ipotesi in cui il fatto sia stato commesso in violazione della normativa antinfortunistica[4].
L'ampliamento del significato di "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" ripropone l'annoso dibattito relativo all'esegesi dell'art. 437 Cp, di cui la giurisprudenza estende la proiezione teleologica – riferita ad eventi di derivazione violenta, quali l'infortunio e il disastro sul lavoro – tramite l'originale creazione della categoria di "malattia-infortunio", nella quale convergono le patologie riconducibili all'esposizione a sostanze tossiche presenti nel luogo di lavoro[5]. Le critiche della dottrina riguardano, dunque, la vera e propria analogia *in malam partem* determinata dall'applicazione delle predette aggravanti alle ipotesi di malattia professionale, in palese violazione dell'art. 25 co. 2 Cost. e dell'art. 14 delle preleggi[6].
Significativi si rivelano i risvolti di carattere processuale derivanti dalla contestazione delle fattispecie accessorie in esame: se, da un lato, l'art. 406 co. 2-*ter* Cpp stabilisce che, per i delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, la proroga del termine per le indagini preliminari non possa essere concessa più di una volta, dall'altro lato, l'art. 61 d.lgs. 9.4.2008 n. 81, prevede che l'INAIL e l'IPSEMA possano costituirsi parte civile e che le organizzazioni sindacali e le associazioni dei familiari delle vittime di infortuni sul lavoro abbiano la facoltà di esercitare i diritti della persona offesa *ex* artt. 91 e 92 Cpp.

---

[4] In argomento, D. Castronuovo, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino 2019, 14; Id., *La responsabilità colposa nell'esercizio di attività produttive. Profili generali in tema di omicidio o lesioni per violazione delle discipline sulla sicurezza del lavoro o dei prodotti*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa (diretto da), *I reati contro la persona*, I, Torino 2006, 600 s.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, Padova 2003, 478 ss. *Contra*, R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2020, 179 s.: «il sistema della sicurezza del lavoro […] coinvolge, quindi, tutti gli eventi avversi prodotti nello svolgimento dell'attività lavorativa; sia che si tratti di accadimento generato da una dinamica caratterizzata da violenza fisica, sia che si sia in presenza di evento prodotto da agente chimico o biologico».

[5] La nozione di "malattia-infortunio" ha consentito ai giudici del Tribunale di Torino di ricomprendere le patologie contratte dai lavoratori Eternit nel concetto di «infortuni sul lavoro», rilevando una presunta differenza tra "malattia professionale in senso stretto" e "malattia-infortunio", quest'ultima definita come una «sindrome morbosa insorta in esecuzione di lavoro e prodotta da agenti esterni di varia natura» (*cfr*. T. Torino 13.2.2012, in www.penalecontemporaneo.it, 481). Per un commento alla sentenza di primo grado, v. S. Zirulia, *Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna in primo grado*, in *RIDPP* 2013, 471 ss. In generale, sull'art. 437 Cp e sulla problematica nozione di "malattia-infortunio", A. Alessandri, *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro (omissione o rimozione)*, in *DigDPen*, II, Torino 1988, 153 ss.; R. Carletti, *La nozione penalistica di infortunio sul lavoro: l'art. 437 c.p. tra Corte costituzionale, interprete e novellistica*, in *RivGiurLav* 1983, IV, 54 ss.; S. Corbetta, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*. *Delitti contro l'incolumità pubblica* in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, II, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, Padova 2003, 751 ss.; A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica. I reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, Tomo I, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano 2008, 560 ss.; S. Tordini Cagli, *I delitti di comune pericolo*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 264 s.; V. Zagrebelsky, *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *ED*, XXX, 1980, 5 ss.

[6] Recentemente, sulla distinzione tra interpretazione estensiva e analogica, P. Scevi, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in www.archiviopenale.it, 2020, 1, 33 s., secondo cui si ha analogia se l'interpretazione «muta la disposizione»: «poiché il concetto di "infortunio" – inteso quale evento traumatico – è sotto ogni profilo differente dal concetto di "malattia professionale", collegata a mezzi non "violenti", dovrebbe ritenersi che l'art. 14 disp. prel. impedisca all'interprete di forzare il testo dell'art. 437 c.p. per dilatarne la portata punitiva circomprendendovi la rimozione od omissione di dolosa di cautele contro le malattie professionali».

L'art. 157 co. 6 Cp inserisce poi l'omicidio colposo aggravato dalla violazione della disciplina antinfortunistica tra i delitti per cui si contempla il raddoppio del termine prescrizionale.
Infine, i reati di cui agli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp che, nell'ambito della responsabilità penale individuale, incidono sulla determinazione del *quantum* della pena, finiscono per incidere sull'*an* della responsabilità amministrativa da reato dell'ente – sempre che ne sussistano gli ulteriori requisiti – ai sensi dell'art. 25-*septies* d.lgs. 8.6.2001 n. 231, ove il riferimento è all'omicidio colposo (e alle lesioni personali colpose) commesso dall'intraneo in violazione delle «norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro».

2. Ai fini dell'integrazione delle aggravanti speciali di cui agli artt. 589 e 590 Cp è necessario che la condotta del garante – ossia la violazione di una disposizione prevenzionistica a tutela della sicurezza del lavoratore – sia «causale rispetto all'evento "morte" o "lesione personale"»[7]: l'accertamento di un'inosservanza non è quindi sufficiente a far rispondere il garante in forma aggravata, dovendosi, bensì, verificare l'incidenza condizionalistica dell'inosservanza medesima sulla produzione dell'evento lesivo[8].
L'art. 2087 Cc rappresenta «la fonte della posizione di garanzia dell'imprenditore»[9], poiché delinea un dovere di sicurezza «a tutto campo»[10], imponendo al datore di lavoro l'adozione di tutte le misure necessarie per la salvaguardia del bene protetto: il fondamento di questa posizione giuridica di controllo risiede, infatti, nella situazione «di predominio, di signoria, di supremazia»[11] in cui è posto il garante rispetto alla fonte di pericolo. Ad essa, corrisponde l'impossibilità del titolare del bene giuridico "in pericolo" di provvedere in autonomia alla propria tutela: grava, quindi, sul garante il dovere di impedire gli eventi lesivi che possano derivare dalla fonte di pericolo medesima, in funzione dell'obbligo che tale disposizione civilistica pone a suo carico[12].
Secondo una consolidata giurisprudenza, però, l'art. 2087 Cc assurge a norma cautelare sussidiaria, fonte di un generico dovere di diligenza, sufficiente per la configurazione di una responsabilità aggravata del datore di lavoro che, dunque, può prescindere dalla violazione di una norma specificamente dettata a tutela della sicurezza sul lavoro. Se l'attribuzione di una funzione di chiusura del sistema prevenzionistico risultava coerente con la carenza di legislazione in materia di sicurezza che si registrava nei primi anni '50 del secolo scorso, con l'introduzione della

[7] C. Perini, *Gli stadi della tutela e la spiegazione* causale, in, *La tutela penale della sicurezza e della salute del lavoro*, a cura di B. Deidda, A. Gargani, Torino 2012, 145.
[8] *Cfr.*, per es., Cass. 6.7.2007 n. 37606, in *www.dejure.it*.
[9] V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 65.
[10] D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *DigDPen*, VI, Torino 1992.
[11] D. Micheletti, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *RTrimDPenEc* 2011, 159 s. Sul reato omissivo improprio e sulla posizione di garanzia, anche con specifico riferimento al diritto penale del lavoro, vedi G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983, 256 s.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 34 ss.; F. Sgubbi, *La responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1975.
[12] Secondo I. Leoncini, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Milano 2010, 111 s., l'art. 2087 Cc può costituire «la base per la ricostruzione della posizione di garanzia del datore di lavoro» ma non è sufficiente poiché, limitandosi «all'identificazione dei soggetti obbligati e dei destinatari della tutela», non fornisce «alcuna indicazione diretta per la definizione della condotta tipica del reato di omesso impedimento dell'evento nel rispetto del principio di tassatività vigente in materia penale», né definisce i poteri impeditivi del garante.

normativa lavoristica la giurisprudenza avrebbe dovuto frenare le potenzialità espansive della responsabilità datoriale che l'art. 2087 Cc trascina con sé[13].
Il ricorso all'art. 2087 Cc consente alla giurisprudenza di avvalersi di un fronte di tutela assai esteso, incentrato sulla massima valorizzazione pratico-applicativa delle aggravanti prevenzionistiche: espressione di tale dilatazione sono gli orientamenti giurisprudenziali che fondano il riconoscimento delle circostanze di cui agli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp sul riscontro di una situazione di esposizione alla fonte di pericolo presente nel luogo di lavoro.
In altri termini, si registra nella giurisprudenza prevalente la tendenza all'equiparazione tra la posizione dei prestatori di lavoro e dei soggetti terzi ed esterni all'impresa che accedono, a vario titolo, all'ambiente di lavoro: la qualifica di "lavoratore", come precisata dall'art. 2 co. 1 lett. *a* d. lgs. 81/2008[14], non vale a circoscrivere il campo soggettivo di operatività della tutela antinfortunistica.
In realtà, è la previsione di cui all'art. 3 co. 4 d. lgs. 81/2008 a definire i destinatari della normativa prevenzionistica contenuta nel decreto medesimo, indicando «tutti i lavoratori e lavoratrici, subordinati e autonomi, nonché ai soggetti ad essi equiparati». È tuttavia pacifica l'interpretazione che trae dalla predetta disposizione l'esigenza di determinare i destinatari degli obblighi di sicurezza e prevenzione nelle attività in cui, in generale, siano impiegati lavoratori subordinati o autonomi[15]. Il riferimento alla normativa cristallizzata nel Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro non orienta in modo adeguato l'interprete nella individuazione delle figure che possono assumere la veste di soggetti passivi delle aggravanti in esame.
In difetto di specificazione legislativa, l'espansione "radiale" della tutela prevenzionistica investe non solo i soggetti che gravitano intorno all'impresa in virtù di un nesso funzionalistico con l'attività produttiva, ma anche coloro i quali accedono in via occasionale, fortuita e persino abusiva al contesto lavorativo.
L'interpretazione estensiva della giurisprudenza presenta un'origine piuttosto risalente: fin dall'introduzione delle disposizioni aggravanti, si registrano numerose sentenze che affermano la responsabilità del datore di lavoro in riferimento ad eventi di danno che coinvolgono individui esterni all'organizzazione aziendale, sul presupposto secondo cui l'integrità fisica di tali soggetti

[13] Così D. Micheletti, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, cit., 210, anche se, prosegue l'Autore, ripercorrendo l'evoluzione interpretativa dell'art. 2087 Cc, emerge che, oggi, il richiamo alla disposizione «quando non si riduce a una clausola di stile – quasi un omaggio alla tradizione – difficilmente si presta a definire autonomamente la tipicità del reato colposo». *Cfr*., tuttavia, Cass. 14.04.2010 n. 18628, in *www.dejure.it*: «per la configurazione dell'aggravante di cui all'art. 590, co. 3, c.p. non occorre che vi sia la violazione di specifiche norme dettate per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, essendo sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa dell'omessa adozione di quelle misure ed accorgimenti imposti all'imprenditore dall'art. 2087 cod. civ. ai fini della più efficace tutela dell'integrità fisica del lavoratore».
[14] Il lavoratore è ivi definito come «persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere o un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari».
[15] Cass. 14.8.2012 n. 32749, in *www.olympus.uniurb.it. Cfr*. anche Cass. 15.10.2014, n. 43168, in *www.olympus.uniurb.it*. In dottrina, seppur con riguardo al d.p.r. 27.4.1955 n. 547 recante "Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro", *cfr*. D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit.: «il riferimento alle attività cui siano addetti lavoratori subordinati o equiparati (artt. 1 e 3) segna l'ambito di applicabilità della disciplina, ma non l'oggetto della tutela: la sicurezza che l'ordinamento giuridico intende assicurare è la sicurezza di un ambiente (di lavoro), nella sua oggettività, a tutela di chiunque possa essere coinvolto dalle situazioni di rischio inerenti all'attività disciplinata ed alle condizioni in cui questa si svolga».

sia tanto meritevole di protezione quanto quella dei lavoratori, nella misura in cui «si trovino esposti al pericolo del lavoro effettuato da altri nell'ambiente o ai pericoli dell'ambiente stesso»[16]. In considerazione dei rimarchevoli effetti che derivano dal riconoscimento dell'integrazione delle fattispecie aggravate, l'indagine sull'applicazione giurisprudenziale sarà incentrata sulle "zone grigie", popolate dai soggetti non identificabili come fisiologici destinatari della tutela prevenzionistica e che, ciononostante, rilevata la sussistenza di determinati (e non sempre coerenti) criteri, ne diventano beneficiari indiretti. Del resto, l'esigenza di un *focus* sulle condizioni di estensibilità delle circostanze aggravanti disciplinate dagli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 c.p. si pone con particolare attualità alla luce del controverso esito del procedimento avente ad oggetto il disastro ferroviario di Viareggio.

3. Un primo indirizzo giurisprudenziale limita il riconoscimento delle circostanze aggravanti alle ipotesi in cui sia ravvisabile un nesso funzionalistico tra il terzo che accede al perimetro aziendale e l'organizzazione d'impresa: si ritiene che l'*extraneus* che subisce l'evento lesivo possa essere individuato come destinatario *ex post* della normativa riservata alla tutela della sicurezza dei soli lavoratori.
Nei procedimenti in cui è trattato il tema dell'estensibilità delle aggravanti ai soggetti non dipendenti dell'impresa, è frequente il rilievo difensivo secondo cui l'assenza di un vincolo di subordinazione attestato da un regolare contratto di lavoro impedirebbe di considerare sussistente la posizione di garanzia del datore di lavoro. Tuttavia, come si afferma in una recente pronuncia della Corte di Cassazione con riguardo all'infortunio occorso ad un lavoratore non regolarmente assunto, il difetto della formale qualifica di "lavoratore", ai sensi dell'art. 2 co. 1 lett. *a* d.lgs. 81/2008, non esclude la configurabilità della posizione di controllo che il datore di lavoro assume rispetto alle fonti di pericolo presenti nell'ambiente di lavoro[17]. Si afferma, infatti, che «una volta che con le proprie condotte omissive si è determinata l'insorgenza di una fonte di pericolo, la posizione di garanzia si mantiene non solo per i danni che possono essere provocati ai propri dipendenti, ma anche ai terzi che frequentano le strutture aziendali»[18]. Richiamato tale principio generale, nel caso di specie si afferma la sostanziale riconducibilità dell'infortunato al novero dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa, con la conseguenza che, al pari dei dipendenti regolarmente assunti, il soggetto sia da considerare destinatario dell'obbligo di formazione previsto dagli artt. 36 e 37 d.lgs. 81/2008. Dunque, la prestazione di un contributo allo svolgimento dell'attività lavorativa, indipendentemente dalla qualifica rivestita, permette di beneficiare delle medesime forme di tutela antinfortunistica di cui usufruiscono i lavoratori dipendenti.
Nella stessa direzione, la Suprema Corte conferma la condanna nei confronti di due datori di lavoro, nelle qualità di committente e appaltatore, in relazione all'infortunio occorso ad un lavoratore immigrato non ancora regolarizzato in Italia e, perciò, nemmeno assunto alle dipendenze dell'impresa: anche in questo caso, si ribadisce che gli obblighi di prevenzione sono

[16] Testualmente, Cass. 14.5.1982, in *CP* 1983, 1655. Vedi anche Cass. 4.5.1993, in *CP* 1994, 2773; Cass. 6.2.1989 in *CP* 1990, I, 1055; Cass. 10.10.1985, in *GI* 1987, II, 50; Cass. 22.11.1979, in *CP* 1981, 443.
[17] Peraltro, sulla scia di un già consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, il d.lgs. 81/2008 ha eliminato il riferimento al rapporto di subordinazione nella definizione di "lavoratore" (previsto dal d.lgs. 626/1994) e ha sancito all'art. 299 l'equiparazione tra i soggetti di cui all'art. 2 co. 1 lett. *b*, *d* ed *e* e il datore di lavoro di fatto, ossia «colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti». Per un approfondimento della questione, v. A. Antonucci, *Il campo di applicazione «oggettivo» e «soggettivo» della nuova normativa in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori*, in *DirRelInd*, 2008, 441 ss.
[18] Cass. 5.10.2021 n. 38263, in *www.dejure.it*.

rivolti nei confronti di tutti coloro che prestano la propria opera nell'impresa, «quale che sia stata la forma utilizzata per lo svolgimento della prestazione»[19].
Come anticipato, la norma su cui si fonda l'estensione degli obblighi di sicurezza datoriali è l'art. 2087 Cc, che pone a carico dell'imprenditore un dovere prevenzionistico ad ampio raggio, il quale non si esaurisce con l'adozione di misure cautelative nell'interesse dei lavoratori, ma richiede la predisposizione di un sistema idoneo alla tutela di tutti coloro che siano legittimamente presenti sul luogo di lavoro. La posizione di controllo del garante trova allora il suo referente nella fonte di pericolo costituita dalla «macchina», che deve essere munita di adeguati presidi antinfortunistici per scongiurare la verificazione di danni anche nei confronti dei terzi.
I giudici di legittimità confermano, inoltre, la responsabilità aggravata di un privato per la morte di un operaio precipitato da una scala mentre ridipingeva il soffitto di un appartamento: nel caso di specie si ritiene applicabile l'art. 589 co. 2 Cp, poiché ai fini dell'operatività della tutela antinfortunistica apprestata dal d.lgs. 19.9.1994 n. 626, i lavoratori autonomi sono equiparabili ai lavoratori subordinati. Il datore di lavoro diviene titolare di una obbligazione di garanzia, a beneficio non solo dei dipendenti, bensì di chiunque entri in contatto con gli impianti presenti sul luogo di lavoro[20].
Dunque, il difetto di un vincolo di subordinazione non comporta l'esclusione della persona offesa dal novero dei destinatari della tutela antinfortunistica: ai fini del riconoscimento delle aggravanti prevenzionistiche, diviene sufficiente la rilevazione di un vincolo fattuale, in forza del quale il terzo collabora con l'impresa, esponendosi occasionalmente al rischio lavorativo, a prescindere dall'esistenza di un rapporto, parentale o d'amicizia, che lo leghi al datore di lavoro.
Così la Corte di Cassazione non ha censurato la condanna di un imprenditore per la morte di un lavoratore con cui cooperava sulla base di un rapporto di amicizia, sul presupposto secondo cui le disposizioni prevenzionistiche debbano intendersi tutelare pure i terzi che accedono in maniera legittima al luogo dove è collocata la fonte di pericolo, anche perché non rileva l'assenza di un rapporto di dipendenza se la vittima prestava la propria opera a favore dell'imputato[21].
La medesima impostazione è seguita in una vicenda in cui la collaborazione all'attività lavorativa era prestata sulla base di un vincolo parentale: viene riconosciuta la circostanza aggravante di cui all'art. 589 co. 2 Cp nei confronti dell'imprenditore imputato poiché, in virtù della propria posizione di garanzia, relativa alla sicurezza degli impianti, egli era tenuto a delimitare il perimetro del cantiere in modo da proteggere dalla fonte di rischio tutti coloro che potevano, legittimamente, avervi accesso[22].
Significativa è poi la condanna[23] pronunciata a carico di un parroco per le lesioni riportate da un fedele mentre prestava il proprio aiuto nell'allestimento della parrocchia: viene ribadito il principio in base al quale il rispetto delle norme antinfortunistiche prescinde dal vincolo di subordinazione, «essendo stata riconosciuta la tutela anche in fattispecie di lavoro prestato per amicizia, per

[19] Cass. 25.9.2009 n. 37840, in *www.olympus.uniurb.it*.
[20] Cass. 1.12.2010 n. 42465, in *www.olympus.uniurb.it*.
[21] Cass. 29.3.2016 n. 18208, in *www.dejure.it.*
[22] Cass. 13.3.2014 n. 22965, in *www.dejure.it*, con nota di A Ferretti, *Obblighi di sicurezza anche nei confronti dei soggetti non dipendenti*, in *D&G*, 2014, 193 ss.
[23] Il ricorso in Cassazione era stato proposto dalla sola parte civile, dunque la pronuncia non ha effetto ai fini penali: *cfr*. Cass. 16.1.2008 n. 7730, in *www.dejure.it*, con nota di E. Del Forno, *Infortunio sul lavoro in ambito volontaristico: le responsabilità*, in *RP* 2009, 183 ss. In chiave critica, v. anche D. Micheletti, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, cit., 162: «l'esistenza di una posizione di garanzia viene riscontrata seppure in mancanza di una situazione di garanzia, ossia a prescindere da qualunque forma di "predominio cautelativo" del soggetto chiamato a rispondere per inerzia nonché di un'effettiva presa in carico, da parte sua, del bene la cui lesione gli viene imputata».

riconoscenza o comunque in situazione diversa dalla prestazione del lavoratore subordinato»; a condizione, però, che «detta prestazione sia stata effettuata in un ambiente che possa definirsi "di lavoro"»[24].

Questo filone giurisprudenziale circoscrive i beneficiari della normativa prevenzionistica ai soggetti "esterni" presenti sul luogo di lavoro in modo legittimo al fine di prestare il proprio contributo nello svolgimento dell'attività lavorativa: l'oggetto della posizione di garanzia del datore di lavoro riguarda la tutela della sicurezza degli impianti, ma si estende alle sole figure che accedano alle fonti di rischio in ragione di una connessione con il nucleo organizzativo dell'impresa.

Tale ragionamento può essere esemplificato con l'assoluzione pronunciata dalla Corte di legittimità nei confronti del responsabile di un bacino idrico per la morte di tre minori annegati in una vasca d'irrigazione, dopo essere entrati abusivamente nell'area dell'impianto. La normativa antinfortunistica, sostengono i giudici, non si estende a chiunque sia presente nel luogo di lavoro «magari per curiosità o addirittura abusivamente», ma soltanto nei confronti di coloro che vi si siano introdotti per ragioni attinenti al lavoro, i quali, quindi, versano in una situazione analoga a quella dei lavoratori[25]. In altri termini, il soggetto esterno all'organizzazione aziendale può essere qualificato come destinatario della medesima tutela dei lavoratori a condizione che la sua presenza nell'ambiente di lavoro sia legittima e giustificata da un nesso con l'attività lavorativa. Pertanto, poiché nella vicenda esaminata dalla Suprema Corte i giovani si erano introdotti abusivamente in un'area recintata, tale circostanza è sufficiente ad escludere la configurabilità di una situazione di esposizione al rischio analoga a quella dei lavoratori: si attribuisce, cioè, efficacia esimente alla volontarietà dell'esposizione alla fonte di pericolo.

La propagazione della tutela antinfortunistica investe «chiunque frequenta l'azienda a motivo di connessione con l'attività commerciale svolta dalla stessa»: così sancisce la Suprema Corte in una pronuncia che conferma la responsabilità dei titolari di una società per aver omesso di segnalare un parapetto danneggiato e quindi pericoloso, cagionando l'infortunio di un fornitore, terzo rispetto all'azienda ma comunque beneficiario degli obblighi di sicurezza e prevenzione[26].

In applicazione del medesimo principio, l'aggravante prevenzionistica è stata riconosciuta in una vicenda relativa alla morte di due operai che, in base ad un contratto di fornitura, risultavano autorizzati ad attingere acqua da un bacino idrico, dove erano annegati: la posizione di garanzia del responsabile dei servizi di prevenzione e sicurezza dell'impianto viene ritenuta sussistente anche nei confronti dei terzi operanti nello stesso campo funzionale dei lavoratori subordinati o dei lavoratori ad essi equiparati. Anzi, gli infortuni letali non possono ritenersi «occorsi in un contesto extra lavorativo» perché i due operai non erano estranei di cui doveva inibirsi l'accesso all'ambiente lavorativo, trattandosi di individui che, operando nel campo di funzionalità dell'imprenditore, dovevano beneficiare dell'osservanza delle misure di prevenzione al pari dei lavoratori[27].

Dunque, l'accesso al perimetro funzionale dell'impresa per ragioni connesse all'organizzazione aziendale trasforma l'*extraneus* in titolare del credito di sicurezza nell'ambiente di lavoro, con l'unico limite all'estensione dell'applicabilità delle aggravanti individuato nella volontarietà dell'esposizione alla fonte di pericolo.

---

[24] Con riguardo alla possibilità di considerare la parrocchia un "ambiente di lavoro", i giudici valorizzano la circostanza che il parroco fosse dotato di collaboratori stabili, regolarmente assunti.

[25] Cass. 5.1.1999 n. 7924, in *www.dejure.it*.

[26] Cass. 25.3.2009 n. 13068, in *www.olympus.uniurb.it* .

[27] Cass. 18.1.2007 n. 6348, in *www.dejure.it*.

3.1. Un ulteriore indirizzo, particolarmente diffuso nella giurisprudenza degli ultimi vent'anni, ritiene applicabili le circostanze aggravanti di cui agli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp in tutte le ipotesi in cui sia accertata la sussistenza del nesso causale tra la violazione delle disposizioni prevenzionistiche e l'evento lesivo, ovverosia quando la presenza dell'*extraneus* nel momento e nel luogo dell'infortunio non sia connotata da anormalità, atipicità ed eccezionalità, poiché soltanto da tali caratteristiche discenderebbe l'interruzione del rapporto eziologico «secondo i principi di cui agli artt. 40 e 41 Cp»[28].
In linea con tale orientamento, non viene ritenuta "anormale" – né "atipica" o "eccezionale" – la presenza di clienti in locali aperti al pubblico, per cui la verificazione dell'evento tipico coincide con lo spettro di tutela delle fattispecie aggravatrici: i giudici di legittimità ritengono, ad esempio, che debba essere riconosciuta la responsabilità aggravata dalla violazione della normativa prevenzionistica del titolare di un emporio commerciale per le lesioni subite da un bambino. La clientela che accede legittimamente al luogo di lavoro svolge un ruolo essenziale in un'attività fondata sulla vendita al dettaglio, per cui, fruendo dell'ambiente e delle attrezzature, risulta esposta al medesimo rischio «*ambientale*» dei lavoratori[29].
Al nesso condizionalistico si richiama anche una pronuncia della Corte di Cassazione che annulla con rinvio la sentenza di assoluzione del rappresentante legale di una cooperativa per il reato di cui all'art. 589 co. 2 Cp, ai danni del dipendente di un'altra società di trasporti che aveva utilizzato un carrello elevatore collocato in uno stabilimento per il quale l'imputato svolgeva attività di movimentazione delle merci: la Corte d'Appello di Salerno aveva escluso la configurabilità di una posizione di garanzia in capo all'imputato poiché il soggetto deceduto non era un suo dipendente. I giudici di legittimità ribadiscono, invece, l'assunto in base al quale la posizione di garanzia del datore di lavoro non viene meno nei confronti dei terzi che accedono alle strutture aziendali, sempre che non sia rilevato l'intervento di cause di interruzione del rapporto di causalità tra la condotta inosservante e l'infortunio mortale[30].
In alcune pronunce, a fondamento della posizione di garanzia del responsabile, la S.C. richiama, sia il generalissimo principio del "*neminem laedere*"[31], sia la disposizione di cui all'art. 2050 Cc che impone di adottare tutte le misure necessarie ad evitare la verificazione di eventi lesivi nello svolgimento di attività pericolose: a tal proposito, è emblematica una sentenza che applica l'aggravante a fronte del decesso della cliente di un kartodromo che non era stata adeguatamente informata sull'abbigliamento idoneo alla guida del *go-kart* ed era rimasta tragicamente soffocata a causa della sciarpa che indossava, impigliatasi nei meccanismi del circuito. Accertato il rapporto di causalità tra l'inosservanza e il decesso della cliente, si ritiene irrilevante l'estraneità del soggetto passivo all'ambito imprenditoriale, in quanto il rischio che il garante è chiamato a

[28] A titolo esemplificativo, *ex plurimis*, v. Cass. 19.5.2011 n. 28780, in *www.dejure.it*; Cass. 10.11.2005, n. 2383, in *www.dejure.it*; e, nella giurisprudenza più recente, Cass. 8.2.2019 n. 12876, in *www.dejure.it*.
[29] Cass. 27.1.2006 n. 3371, in *www.olympus.uniurb.it*. *Cfr*. anche Cass. 15.11.2016 n. 53326, pubblicata con nota di M. Mariotti, *Sulla responsabilità del gestore di uno stabilimento balneare e del manutentore di un videogioco per la morte di una bambina rimasta folgorata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.4.2017; Cass. 30.10. 2019, n. 44142, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.
[30] Cass. 26.2.2019 n. 13583, in *www.dejure.it*, con nota di G. Fava, E. Aschedemini, *Sicurezza sul lavoro: tutelato chi è impegnato in attività lavorativa ancorché estraneo all'organizzazione del titolare dell'impresa*, in *RivItDirLav* 2019, 395 ss.
[31] Ad esempio, nella giurisprudenza in materia di infortuni verificatisi durante l'esecuzione di un contratto di appalto, Cass. 29.3.2016 n. 24962, in *www.dejure.it*.

fronteggiare riguarda l'ambiente che, in questo caso, può considerarsi "di lavoro" in ragione dell'impiego nel kartodromo di lavoratori dipendenti[32].
Sulla scorta della necessità di ravvisare «l'anormalità, l'atipicità, l'eccezionalità» della presenza dell'*extranues* nel momento e nel luogo dell'infortunio, l'aggravante è stata riconosciuta anche nel caso di lesioni personali riportate da un alunno durante la lezione di "educazione motoria" svolta nella palestra della scuola. Quanto alla possibilità di qualificare la palestra alla stregua di un "luogo di lavoro", i giudici di legittimità sostengono che l'esercizio dell'attività lavorativa di insegnamento di "educazione motoria" sia sufficiente a ritenere applicabile la normativa prevenzionistica, di cui gli alunni risultano beneficiari: la rilevanza di tali disposizioni sarebbe, cioè, correlata non alla qualifica del soggetto passivo, ma all'esposizione alla fonte di rischio da parte di coloro che abbiano legittimamente accesso ad un luogo dove si svolge attività lavorativa[33].
Più recentemente, viene confermata la responsabilità aggravata di una dirigente scolastica per le lesioni riportate da uno studente che, recatosi a scuola per assistere all'esame di maturità di un suo compagno, era accidentalmente precipitato al piano inferiore a causa della rottura di un lucernaio su cui si aprivano "cupolini" in *plexiglass*, non adeguatamente delimitati: nonostante la vittima non fosse più un alunno dell'istituto – avendo sostenuto l'esame di maturità pochi giorni prima – la sua presenza nell'ambiente scolastico viene considerata legittima e non eccezionale, considerato che gli esami di maturità sono pubblici. Peraltro, la tutela antinfortunistica, in base all'art. 3 co. 4 d.lgs. 81/2008, si estende ai soggetti equiparati ai lavoratori: una categoria entro cui la Corte di Cassazione pare ricomprendere lo studente in questione[34].
Ancora, significativa si rivela una sentenza che conferma la condanna nei confronti del rappresentante legale di una società incaricata della realizzazione di alcune opere in esecuzione di un contratto di appalto, per l'infortunio occorso al committente che si era "intromesso" nello svolgimento dei lavori. L'infortunato non era un dipendente della società, tuttavia, ragionando in termini di interruzione del nesso causale, non si riscontra l'eccezionalità della sua presenza sul luogo di lavoro, visto che il medesimo collaborava all'esecuzione dei lavori. L'*iter* argomentativo della Suprema Corte, tuttavia, diviene "insidioso" nel momento in cui assume a chiare lettere la «valenza generale e inderogabile» del «principio cautelare», che è «tale da imporre non solo il rispetto delle norme di sicurezza nei confronti di chiunque si venga a trovare e ad operare nel cantiere, ma anche da escludere "zone franche" rimesse alla volontà individuale»[35].
L'elevato rango dei beni protetti (vita, integrità fisica, salute) dalla normativa prevenzionistica induce i giudici ad affermarne l'efficacia *erga omnes*: all'esigenza di salvaguardare l'incolumità di qualsiasi consociato risulti legittimamente esposto al rischio lavorativo, la giurisprudenza risponde con l'espansione dell'oggetto dell'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro.
Su questo assunto viene fondata l'applicazione dell'art. 590 co. 3 Cp, nei confronti della legale rappresentante di una società amministratrice dell'edificio dove sono situati alcuni uffici del Comune di Roma, per l'infortunio subito da una dipendente comunale: ribadita l'irrilevanza di un rapporto di dipendenza, si afferma la valenza inderogabile della disciplina antinfortunistica, che è perciò «tale da imporsi nell'interesse di tutti»[36].

[32] Cass. 20.1.2014 n. 2343, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.
[33] Cass. 10.11.2005 n. 11360, in *www.dejure.it*.
[34] Cass. 4.4.2019 n. 37766, in *www.dejure.it.*
[35] Cass. 17.4.2012 n. 23147, in *www.dejure.it.*
[36] Cass. 19.3.2013, n. 42647, in *www.dejure.it*, con nota di C. Bossi, *Il ritorno di mia nonna:«di qualcuno la colpa deve pur essere!»*, in *D&G* 2013, 1429 ss.

Nelle sentenze appena richiamate, muta il grado di prossimità all'attività d'impresa del soggetto passivo ma non cambiano le conclusioni dei giudici, favorevoli, ancora una volta, all'estensibilità delle norme prevenzionistiche nei confronti dei terzi estranei. Se il presupposto dell'operatività delle circostanze aggravanti è stato individuato, da una parte della giurisprudenza, nella prestazione di un contributo funzionale all'organizzazione aziendale, questo indirizzo ritiene bastevole un'esposizione al rischio lavorativo che non presenti caratteri di anormalità, eccezionalità e atipicità tali da interrompere il rapporto eziologico tra l'inosservanza e l'evento di danno.

Gradualmente, scompare il riferimento alla "legittimità" della presenza dell'*extraneus* nel momento e sul luogo dell'infortunio, anche se si deve sottolineare il fatto che in nessuna di queste pronunce l'introduzione nell'ambiente lavorativo fosse abusiva. Questo indirizzo ben evidenzia la malleabilità dei confini delle aggravanti antinfortunistiche, che pare ulteriormente accentuata dal costante richiamo alle cause interruttive del nesso causale.

L'art. 41 cpv. Cp costituisce un caposaldo nel settore del diritto penale della sicurezza sul lavoro. In particolare, la norma di parte generale è divenuta il baluardo giustificativo dell'affermazione della responsabilità dell'imprenditore per l'evento lesivo occorso al lavoratore imprudente[37].

L'esclusione di un concorso colposo del lavoratore nel proprio infortunio – e cioè idoneo ad esonerare il datore di lavoro da responsabilità penale – è sovente motivata in termini di mancata ravvisabilità di una condotta «abnorme» o «eccezionale» che possa rilevare quale «causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento». Oscillando tra il profilo dell'accertamento causale e il profilo dell'accertamento colposo[38], l'orientamento ancora oggi prevalente[39] riscontra l'abnormità del comportamento del lavoratore qualora si tratti di «una condotta radicalmente, ontologicamente, lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte, anche imprudenti, del lavoratore, nell'esecuzione del lavoro»: pertanto, «è abnorme soltanto il comportamento del lavoratore che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro»[40].

Questo *excursus* sull'efficacia esimente dell'abnormità della condotta del lavoratore evidenzia come il ricorso all'art. 41 cpv. Cp non assuma alcuna valenza nella selezione dei comportamenti inosservanti del lavoratore in grado di elidere la responsabilità del datore di lavoro[41]: di riflesso,

---

[37] In argomento, D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *www.archiviopenale.it*, 2019, 2; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 55 ss.; V. Ferro, *Responsabilità per infortuni sul lavoro e rilevanza del comportamento del lavoratore*, in *DPP*, 11, 2011, 1308 ss.; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 259 ss.; D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studi sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Crim* 2014, 323 ss.; A. Roiati, *Rilevanza del concorso colposo del lavoratore nell'infortunio sul lavoro*, in *CP* 2008, 2867 ss.; A. Vallini, *L'art. 41, cpv., c.p. al banco di prova del diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Pisa 2015, 111 ss.

[38] Così, M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., 270, secondo cui «i due concetti siano "percepiti" come intercambiabili», mentre, in realtà, «una cosa è l'obbligo giuridico di impedire l'evento in una situazione di altrui minorata tutela (posizione di garanzia), altra è la regola cautelare cui il titolare della posizione di garanzia deve attenersi per soddisfare il predetto obbligo giuridico (colpa)».

[39] Tuttavia, nota O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 13.5.2019, 2, come si siano «diradati – ma non sono scomparsi – i richiami all'art. 41, comma 2, c.p. e alle cause sopravvenute da sole sufficienti ad interrompere il nesso causale».

[40] Vedi, da ultimo, Cass. 8.2.2022 n. 4319, in *www.olympus.uniurb.it*.

[41] Peraltro, rileva D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro*, cit., 6: «il più delle volte la soluzione assunta in punto di causalità pare corretta (il comportamento anomalo del lavoratore non

per quanto qui interessa ai fini dell'estensibilità delle aggravanti *ex* artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp, le motivazioni incentrate sulla verifica del nesso causale tra la violazione della disposizione prevenzionistica e l'evento lesivo non possono che favorire interpretazioni distorsive e poco garantiste nei confronti del datore di lavoro.

3.2. Per scongiurare l'illimitata espansione della tutela antinfortunistica, a scapito dei principi di garanzia, in una parte della giurisprudenza di legittimità si registra il tentativo di distinguere tra regole prevenzionistiche oggettive e regole prevenzionistiche soggettive.
Emblematica una sentenza della Corte di Cassazione che conferma la condanna del responsabile di un cantiere per il decesso di un bambino di nove anni, precipitato nel garage interrato da uno dei lucernai aperti sul solaio di copertura del fabbricato: il minore, insieme ad altri giovani, si era introdotto abusivamente nel cantiere (che, in quel momento, non era operativo), sfruttando un varco aperto tra la recinzione dello stesso e il muro di cinta di un condominio vicino.
L'argomentazione dei giudici di legittimità sviluppa il tema della ricostruzione del rischio concretizzatosi con la verificazione dell'evento lesivo, al fine di accertare se quest'ultimo corrisponda al rischio che la norma cautelare violata intendeva prevenire.
Ebbene, secondo la Corte, le norme cautelari possono essere suddivise in due categorie. Le misure oggettive sono formulate, nella descrizione normativa, senza l'indicazione di uno specifico destinatario: tra le stesse, ad esempio, ritroviamo le norme in materia di attrezzature di lavoro, la cui adozione non è orientata alla salvaguardia dei soli lavoratori, ma di chiunque si trovi «nello spazio di azione degli organi della macchina». Le misure di carattere soggettivo sono, invece, norme espressamente rivolte alla tutela di una determinata tipologia di soggetti, come nel caso della disciplina dell'obbligo di sorveglianza sanitaria, in cui i beneficiari sono limitati ai lavoratori.
Residua, quindi, la valenza generale delle norme cautelari relative alla fonte di pericolo su cui insiste la posizione di controllo del datore di lavoro, costituendo la distinzione tra le due tipologie di misure prevenzionistiche una specificazione finalizzata a delimitare gli obblighi impeditivi del garante sulla base della proiezione teleologica di volta in volta ricavabile dalla norma[42].
L'abusività della condotta del minore, seguendo l'indirizzo più restrittivo in ordine all'estensibilità delle aggravanti prevenzionistiche, avrebbe dovuto indurre i giudici ad escludere la responsabilità del datore di lavoro: in una precedente sentenza della Cassazione – che riguardava un caso molto

esclude il nesso tra l'innesco del rischio da parte del datore e l'evento a valle)». Anche se non è questa la sede per approfondire la questione, molti Autori si esprimono sulla necessità di valorizzare, in queste ipotesi, i profili di colpa relazionale e il principio di affidamento: si veda, ad es., M. Bellina, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *CP* 2008, 1013 ss; D. Castronuovo, *op. ult. cit.*; Id., *I delitti di omicidio e lesioni*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 329 ss; M. Grotto, *Principio di colpevolezza*, cit., 338 ss.; F. Mantovani, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 536 ss. Invece, secondo D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 339, «sarebbe vano sperare […] in un più robusto giudizio di colpevolezza» poiché il giudice «dopo avere ideato una tipicità colposa ideologicamente orientata alla massima salvaguardia del bene giuridico offeso, dovrebbe trovare la forza di assolvere l'imputato in nome di specifiche carenze o limiti personali di quest'ultimo – insomma una pia illusione».

[42] Sulla contributo della «sfera della norma» nella determinazione dei soggetti responsabili, si avvertono gli echi di L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità del fatto proprio*, Torino 2005, 395: «la regola [cautelare] assolve dunque alla funzione di selezione oggettiva (delle condotte umane e degli eventi ad esse riconducibili che vanno considerati penalmente rilevanti) da un lato, e di selezione soggettiva (dei soggetti che, essendo riguardati dalla norma, sono "soggetti" alle conseguenze, positive o negative, in particolare la responsabilità) dall'altro».

simile – i beneficiari della normativa antinfortunistica risultavano circoscritti a coloro che si erano introdotti nell'ambiente di lavoro per ragioni connesse all'attività lavorativa[43].
La sentenza ripercorre la casistica in materia di volontaria esposizione a pericolo, dalla quale, in conformità della teoria della c.d. causalità umana, emerge che soltanto fattori eccezionali – «con una probabilità minima di prodursi, perciò obiettivamente imprevedibili»[44] – possono costituire cause di interruzione del nesso causale. Applicando questo criterio, i giudici d'Appello non avevano giudicato imprevedibile l'ingresso da parte dei giovani nel cantiere visto che era situato vicino ad una strada in un'area residenziale.
L'orientamento tradizionale deve essere però perfezionato alla luce della sentenza Lovison[45], in cui la Quarta Sezione, sia pur ancorando la motivazione alla ricostruzione del nesso di condizionamento, esalta il concetto di «area di rischio governata dall'imputato»: si sostiene, cioè, che, per essere qualificato come interruttivo, un comportamento non debba essere eccezionale, ma «eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare». Ciò posto, prosegue la Corte, è necessario identificare l'area di rischio per il tramite delle norme cautelari violate, «sicché dell'infortunio che sia occorso all'*extraneus* risponde il debitore di sicurezza, sempre che l'infortunio rientri nell'area di rischio quale definita dalla regola cautelare violata e che il terzo non abbia posto in essere un comportamento di volontaria esposizione al pericolo»[46].
Nel caso in esame, ad avviso dei giudici, la minore età del soggetto passivo non consente di rilevare la volontarietà dell'esposizione alla fonte di pericolo: dalla stessa, si deduce l'assenza della capacità di autodeterminazione necessaria a discernere i rischi connessi all'ingresso abusivo nel cantiere[47].

---

[43] Cass. 5.1.1999 n. 7924, cit. (v. *supra*, § 3).
[44] Icasticamente, A. Vallini, *Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.7.2012, 9.
[45] Cass. 21.12.2012 n. 49821, in *www.olympus.uniurb.it*, con nota di G. Fiandaca, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *FI*, II, 2013, 350 ss. e di M.L. Minnella, *Infortuni sul lavoro e confini della posizione di garanzia*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.2.2013. Il caso riguardava una lavoratrice che era stata investita mentre prelevava del materiale da analizzare nel piazzale esterno di un'azienda poiché, a causa della forte pioggia, l'autista di una pala meccanica, facendo retromarcia, non si era avveduto della sua presenza.
[46] Cass. 15.10.2014 n. 43168, cit., 5.
[47] Nel rimarcare la distinzione tra giudizio di causalità della colpa e criterio della competenza, D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *DisCrimen*, 3.9.2018, 513 ss., ben chiarisce i vantaggi derivanti dall'adozione del criterio della competenza ai fini dell'esclusione della responsabilità del datore di lavoro nei casi di volontaria esposizione a pericolo da parte di estranei nell'area cantieristica: sebbene «l'evento verificatosi sia esattamente quello che la regola cautelare trasgredita si prefiggeva di evitare», l'imputato viene esonerato da responsabilità perché non è titolare del «dovere di gestire lo specifico fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento»; in altri termini, «i garanti della sicurezza non sono chiamati a fronteggiare i rischi gratuitamente corsi da coloro che decidano di esporsi agli innumerevoli pericoli insiti in un ambiente di lavoro non operativo». Peraltro, lo stesso A. si è espresso in termini critici sulla sentenza in commento in ID., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio*, cit., 351 s., nt. 99: l'affermazione di una responsabilità del garante, in questo caso, «equivale a dire che quest'ultimo è esposto al caso fortuito, essendo la sua responsabilità penale nulla più che subordinata alla condizione anagrafica della persona abusivamente entrata nel fondo». Sul punto si veda anche M. Hefner, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, *in www.lalegislazionepenale.eu*, 9.12.2020, 6-7, sulle condizioni di validità del consenso alla messa in pericolo: «un consenso non viziato ricorrerà soltanto se la vittima era sufficientemente informata e consapevole del rischio che stava per correre, pur non avendo mai veramente messo in conto e accettato che tale rischio si sarebbe potuto avverare».

Nel quadro della differenziazione dei contesti di rischio al fine di individuare il garante responsabile e competente per ciascuna sfera di rischio[48] - secondo gli insegnamenti delle Sezioni unite nella sentenza *Thyssenkrupp* (pubblicata soltanto un mese prima) [49], che meglio approfondiscono le argomentazioni della sentenza Lovison – considera lo spettro preventivo della norma violata per valutare la riconducibilità all'area governata dal datore di lavoro del rischio concretizzatosi. Ad essere stato violato sarebbe il dovere di predisporre un'adeguata recinzione dell'area di cantiere; un obbligo che, a parere dei giudici di legittimità, assume una direzione teleologica oggettiva, essendo finalizzato a garantire la sicurezza della generalità dei consociati: il soggetto passivo *extraneus* era allora destinatario della specifica disposizione antinfortunistica di cui si rileva la violazione.
La terminologia della pronuncia *Thyssenkrupp* viene ripresa dalle sentenze successive per motivare l'estensione delle aggravanti prevenzionistiche nei confronti di soggetti passivi non qualificabili come lavoratori: sebbene si manifesti la necessità di separare e rendere autonome le diverse sfere di rischio, non pare ancora adeguata l'indagine sulla natura dello specifico rischio concretizzatosi nell'evento lesivo, con il conseguente mantenimento della tendenza alla dilatazione dei confini della responsabilità aggravata del datore di lavoro.
Ad esempio, le lesioni personali riportate da un uomo che, invitato dalla vicina di casa a visitare il suo appartamento in corso di ristrutturazione, era caduto da una botola in un appartamento al piano inferiore vengono considerate riconducibili all'inosservanza della norma prevenzionistica che imponeva alla proprietaria di adottare tutte le cautele necessarie, anche a tutela di eventuali soggetti esterni. Il comportamento imprudente del soggetto non costituirebbe causa di interruzione del nesso di condizionamento tra la condotta inosservante e l'infortunio poiché, in ogni caso, spettava alla proprietaria, in qualità di committente dei lavori, delimitare la botola per evitare il pericolo di infortuni: secondo la Cassazione, il rischio concretizzatosi nell'evento lesivo non risulta eccentrico rispetto ai rischi che la misura cautelare violata intendeva prevenire, non rilevando la condotta del soggetto passivo in termini di volontaria esposizione a pericolo[50].
Nelle sentenze che aderiscono a questo più recente indirizzo giurisprudenziale, emerge un sempre minore interesse alla ricerca di un nesso funzionalistico tra il terzo estraneo all'organizzazione aziendale e l'attività lavorativa in grado di giustificarne l'occasionale presenza nell'ambiente di lavoro. Invero, oltre a soffermarsi sull'accertamento della rilevanza condizionalistica dell'inosservanza cautelare sulla produzione dell'evento lesivo, verificando l'eventuale presenza

[48] Si tratta delle stesse considerazioni prima enunciate e poi arricchite proprio dal giudice estensore della sentenza *Thyssenkrupp*: R. Blaiotta, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *CP* 2007, 365 ss.; Id., *Causalità giuridica*, Torino 2010.
[49] Cass. S.U., 18.9.2014 n. 38343, in *CP* 2015, 490 ss., con nota di K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, 101 ss.: l'esigenza di non intaccare il principio costituzionale della responsabilità per fatto proprio impone di individuare le «diverse aree di rischio», cui corrispondono «distinte sfere di responsabilità gestionale […]. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio»: il garante è pertanto definito come il «soggetto che gestisce il rischio».
[50] Cass. 12.5.2016 n. 38200, in *www.dejure.it.* Analogamente, la circostanza aggravante viene confermata per il decesso di un autista investito nel piazzale di scarico di una società dedita al trasporto merci a carico del responsabile della sicurezza della ditta nonostante la condotta della vittima, estranea all'organizzazione aziendale, fosse connotata da imprudenza: «il rischio che la cautela intede[va] presidiare […] può anche concretizzarsi nella negligenza altrui quando, come nel caso di specie, le misure di sicurezza siano preordinate proprio ad evitare incidenti per la disattenzione dei conducenti di mezzi, dei pedoni o di entrambi» (*cfr*. Cass. 18.6.2015 n. 44793, in *www.dejure.it*).

di cause idonee ad interrompere il decorso causale ai sensi dell'art. 41 cpv. Cp, si osservano numerosi tentativi – non sempre riusciti – di ricostruire l'area di rischio governata dal garante[51].
Neanche l'indagine sullo spettro preventivo delle misure cautelari violate porta a sconfessare l'orientamento giurisprudenziale dominante: la natura soggettiva della norma viene ravvisata in un numero piuttosto ridotto di pronunce, anche perché altrettanto esiguo è il novero di norme del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro che possano dirsi "soggettive", in base alla definizione che ne forniscono i giudici di legittimità[52]. In un caso, la Corte di Cassazione censura le statuizioni dei giudici d'Appello che avevano ravvisato una responsabilità aggravata, per l'infortunio occorso alla dipendente di un negozio situato in un centro commerciale, in capo all'amministratore delegato della società proprietaria dell'edificio. Nonostante sia ribadito il principio in base al quale l'estraneità del terzo rispetto alla compagine aziendale «non [sia] di per sé incompatibile con l'esistenza di un protettivo dovere di sicurezza datoriale»[53], i giudici di legittimità censurano la mancata valutazione – da parte dei giudici di secondo grado – dell'area di rischio di competenza dell'imputato, alla luce della distinzione tra misure oggettive e soggettive.
Più di recente, in una vicenda relativa alle lesioni riportate da un vigile del fuoco nel corso di un intervento d'emergenza, la Quarta Sezione ha accolto il ricorso di alcuni dirigenti di Enel, dopo che la Corte d'Appello ne aveva affermato la responsabilità, sostenendo che il grave infortunio fosse stato causato da una superficiale gestione degli impianti elettrici. Contenendo la disposizione che si presumeva violata (l'art. 64 lett. *c* d.lgs. 81/2008) un espresso riferimento alla «salute e alla sicurezza dei lavoratori», la misura è qualificata dai giudici di legittimità come soggettiva, in quanto finalizzata «ad eliminare i rischi derivanti dalle condizioni di pericolo per i lavoratori»[54].
Salvo le summenzionate eccezioni, discutibili sono le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte nelle pronunce che espandono il novero dei destinatari della normativa prevenzionistica.
Il "grande assente" nelle motivazioni è il giudizio di colpevolezza[55]: alcuni percorsi argomentativi sembrano rievocarne il lessico tipico (ad es., quando si discute della prevedibilità o meno dei fattori

[51] Sul rischio in chiave di delimitazione della tipicità colposa, v. A. Perin, *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *ED, I tematici* II, *Reato colposo*, 2021, che articola la questione analizzando tre diversi punti di vista: nella prima fase del giudizio di imputazione dell'evento, volta a definire la sfera di competenza del garante, «l'imputazione cadrebbe in virtù dell'assenza di competenza del garante per il tipo di (rischio realizzatosi nell') evento»; qualora sia rilevata la competenza del garante sul rischio concretizzatosi nell'evento, «la responsabilità del titolare del dovere impeditivo potrebbe essere esclusa per mancanza di colpa in concreto *ex ante*»; se, infine, si dovesse ravvisare la violazione di una norma cautelare, «l'imputazione potrebbe venire meno qualora l'evento fuoriesca dallo scopo/ambito di protezione della norma di diligenza inosservata dal datore di lavoro, in virtù della concorrente imprudenza della vittima».
[52] Secondo M.F. Carriero, V. Camurri, *La Cassazione sul "disastro di Viareggio": l'aggravante antinfortunistica e la giurisdizione sugli enti stranieri*, in www.archiviopenale.it, 2022, I, 19 ss., tale criterio è scarsamente praticabile e sarebbe almeno necessario «comprendere se ai fini dell'estensione delle disposizioni anche nei riguardi della popolazione sia necessario ravvisare, sul piano letterale, un riferimento alla "popolazione" e/o all'"ambiente esterno"». Sul punto, la risposta della giurisprudenza pare negativa: *cfr*. Cass. 15.10.2014 n. 43168, cit., poiché la norma che impone di delimitare il perimetro del cantiere non contiene riferimenti alla "popolazione" e, comunque, la distinzione è operata proprio a partire dall'assunto che le norme cautelari oggettive, applicabili anche all'*extraneus*, non individuino un destinatario determinato; piuttosto, occorre rilevare la molteplicità delle norme cautelari "oggettive", in base alla definizione proposta dalla Quarta Sezione.
[53] Cass. 9.9.2015 n. 40721, in *www.dejure.it*, con nota di G. Gentile, *La Cassazione delimita (ma non troppo) gli obblighi prevenzionistici del datore di lavoro*, in *RIDL*, 2016, 166 ss.
[54] Cass. 12.11.2019 n. 51142, in *www.dejure.it*.
[55] Sul punto, osserva R. Blaiotta, *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, in *ED, I tematici* II, *Reato colposo*, Milano 2021: «le indagini sull'imputazione, assai spesso, si muovono attorno all'art. 41 cpv. c.p., con la difesa all'affannosa e quasi sempre inutile ricerca di un quid che "interrompa" la relazione causale innescata dalla condotta manchevole del garante. Questo riduttivo approccio cancella troppo spesso e troppo semplicisticamente l'ineliminabile rilievo della

eccezionali che possano aver interrotto il decorso causale) ma «troppo spesso, la colpa finisce per essere (tutt'al più e) quasi esclusivamente violazione di regole cautelari»[56].
La rilevazione dell'inosservanza risulta sufficiente a integrare l'aggravante antinfortunistica anche nei casi in cui l'evento lesivo non riguarda i beneficiari "ufficiali" del dovere di sicurezza datoriale. In difetto di un'adeguata valutazione della concreta prevedibilità della presenza dell'*extraneus* nel luogo di lavoro, il garante finisce per assumere *ex post* la titolarità di un obbligo prevenzionistico dal perimetro incerto[57].

4. Il 29 giugno 2009, nei pressi della stazione ferroviaria di Viareggio, il primo carro cisterna di un treno merci deragliò, trascinando con sé altri quattro carri: lo squarcio subito dalla cisterna causò la fuoriuscita del GPL ivi contenuto. Fu sufficiente una scintilla per innescare una devastante esplosione nella zona circostante che cagionò, oltre a gravissimi danni alle abitazioni, il decesso di trentadue persone e il ferimento di altre venticinque. La causa del deragliamento è stata individuata nel cedimento «per fatica»[58] dell'assile del primo carrello del carro cisterna.
Il 18 luglio 2013 viene disposto il rinvio a giudizio nei confronti di trentatré imputati, accusati, a vario titolo, di disastro ferroviario colposo, incendio colposo e dei delitti di cui agli artt. 589 e 590 Cp aggravati dalla violazione della normativa per la prevenzione degli infortuni sul lavoro; inoltre, viene contestato l'illecito di cui all'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001, alle società che risultavano coinvolte nella manutenzione del carro e della linea ferroviaria.
La contingenza che le vittime dell'incidente fossero abitanti del quartiere residenziale situato nell'area della stazione comporta l'emersione in tutta la sua complessità della questione dell'applicabilità delle aggravanti prevenzionistiche in riferimento agli eventi lesivi occorsi a soggetti che non risultano destinatari immediati della normativa antinfortunistica.
Tale questione si rivelerà decisiva per l'esito dell'intero procedimento[59]. Se le Corti di merito ritengono di estendere l'operatività dell'aggravante antinfortunistica, la Cassazione ne esclude la

---

colpa come rimprovero soggettivo». Ancora, in sede giudiziaria, nota «l'appiattimento su schemi di valutazione generalizzanti» anche G. De Francesco, *Profili evolutivi delle categorie del reato alla luce dei principi fondamentali e della garanzia della legalità in materia penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 29.5.2022, 7.

[56] D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *DPenCont* 2016, 3, 243. In termini sostanzialmente analoghi, Id., *I delitti di omicidio e lesioni*, 341 ss.; ancora, e più approfonditamente, le problematiche relative alla ultra-normativizzazione della colpa sono sviluppate dal medesimo Autore: Id., *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1723 ss.; Id., *La colpa penale*, Milano 2009, 341 ss.

[57] M. RICCARDI, *Aggravante prevenzionistica, rischio extralavorativo e tutela "estesa" dei terzi*, in *Giur. Pen. Web*, 4, 2019, 10 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul tema), mutua dalla disciplina civilistica il concetto di «obbligazione *in incertam personam*» per rappresentare «la massima estensione della posizione di garanzia attribuita al responsabile dell'organizzazione».

[58] T. Lucca 31.7.2017 n. 222, in *Giur. Pen. Web*, 117.

[59] Sul processo relativo al disastro di Viareggio, già P. Brambilla, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 9.11.2021; M.F. Carriero, V. Camurri, *La Cassazione sul "disastro di Viareggio"*, cit.; F. Giunta, *Le aggrvanti del "luogo di lavoro": a proposito di un'espressione fuorviante*, in *DisCrimen*, 11.12.2021; M. Mantovani, *Il disastro ferroviario di Viareggio e la normativa in materia di sicurezza sul lavoro*, in *DPEcImp* 2021; V. Mongillo, *Imputazione oggettiva e colpa tra "essere" e normativismo: il disastro di Viareggio*, in *GI* 2022, 953 ss.; S. Tordini Cagli, *Il disastro ferroviario di Viareggio: il punto su rischio lavorativo ed oggetto di tutela della normativa prevenzionistica*, in *IP* 2022; C. Valbonesi, *La regola cautelare nell'era del rischio: note a margine della sentenza per il disastro ferroviario di* Viareggio, in *DisCrimen*, 14.1.2022. Per un commento alle pronunce dei giudici di merito, v. R. Carloni, V. Gromis Di Trana, *La sentenza del Tribunale di Lucca relativa al disastro ferroviario di Viareggio: l'applicabilità erga omnes delle norme prevenzionistiche; le posizioni di garanzia; i principi espressi rispetto alla normativa d.lgs. n. 231/2001*, in *RespAmmSocEnti*, 1, 2018, 239 ss. ; Id.,

sussistenza. Le ricadute della presa di posizione della S.C. sono varie e notevoli: la prima è l'inapplicabilità dell'art. 157 co. 6 Cp, da cui consegue l'estinzione per prescrizione dei trentadue capi di omicidio colposo contestati agli imputati; inoltre, una volta rilevata la non riconducibilità degli eventi lesivi all'inosservanza della normativa a tutela della sicurezza dei lavoratori, viene affermata la carenza di legittimazione attiva delle organizzazioni sindacali che si erano costituite parti civili.
Quanto all'illecito-presupposto di cui all'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001, per il quale in primo e in secondo grado cinque delle nove società accusate erano state condannate al pagamento delle sanzioni stabilite dal medesimo[60], i giudici di legittimità ritengono di attribuire lo stesso significato alle nozioni di "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" e di "norme sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori", rispettivamente previste nelle formulazioni della fattispecie codicistica aggravata e della disposizione del d.lgs. 231/2001, per cui dall'esclusione della prima non può che discendere l'insussistenza della responsabilità amministrativa da reato degli enti.
La Suprema Corte, annullando la sentenza, ha rinviato gli atti alla Corte d'Appello di Firenze per la rideterminazione della pena per il delitto di cui all'art. 430 Cp contestato in forma colposa, unico reato che residua dall'impostazione accusatoria originaria.

4.1. Il Tribunale di Lucca affronta in via preliminare la questione della sussistenza delle aggravanti di cui agli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp, adottando l'orientamento giurisprudenziale dominante che riconosce la loro operatività anche qualora i soggetti passivi dei reati base siano terzi rispetto all'ambiente lavorativo e collocati al di fuori dal perimetro aziendale.
Nell'argomentare l'adesione all'interpretazione estensiva del novero dei destinatari della tutela prevenzionistica, i giudici di primo grado evidenziano, *in primis*, la circostanza che anche soggetti qualificabili come lavoratori (nello specifico, i macchinisti del treno deragliato) avessero riportato delle lesioni[61] e rilevano altresì la natura di "luoghi di lavoro" della stazione ferroviaria, del treno e della linea ferroviaria medesima.
Il Collegio si richiama ad una copiosa rassegna giurisprudenziale da cui emerge la tendenza ad ampliare la tutela antinfortunistica nei confronti sia di tutti i soggetti che, a qualsiasi titolo, prestino il proprio contributo nello svolgimento dell'attività lavorativa, sia dei terzi esterni all'organizzazione aziendale. Nelle pronunce richiamate, la posizione di controllo del datore di lavoro sussiste per garantire la «sicurezza degli impianti», che devono essere muniti degli opportuni presidi antinfortunistici allo scopo di salvaguardare tutti coloro che accedano all'ambiente lavorativo: grava sul garante un generalissimo dovere «di non esporre alcuno a rischi generici o ambientali»[62].
La casistica esaminata, secondo i giudici del Tribunale di Lucca, consente di definire i confini dell'area di competenza sul rischio del datore di lavoro, che è chiamato a fronteggiare tutti i rischi potenzialmente derivanti dalla fonte di pericolo soggetta al suo controllo: la posizione di garanzia

La sentenza della Corte d'Appello di Firenze, relativa al Disastro Ferroviario di Viareggio del 29/06/2009: la condanna dell'amministratore delegato della holding del "Gruppo Ferrovie dello Stato". Le statuizioni rispetto alla normativa del d.lgs. n. 231/2001, in *RespAmmSocEnti*, 2, 2020, 323 ss.

[60] Per coordinate più specifiche, v. T. Lucca 31.7.2017 n. 222, cit., 971 ss.; App. Firenze 16.12.2019 n. 3733, in *Giur. Pen. Web*, 798 ss.

[61] Secondo il Tribunale, «nessun riflesso, ai fini che qui interessano, assume la scelta dell'organo d'accusa di non contestare agli imputati il reato di cui all'art. 590 c.p. anche in danno dei predetti lavoratori dipendenti dell'impresa ferroviaria» (p. 38).

[62] T. Lucca 31.7.2017 n. 222, cit., 39-42.

«nasce all'interno del luogo di lavoro», ma può svilupparsi all'esterno, nella misura in cui siano esposti a tali rischi anche terzi estranei all'organizzazione lavorativa[63].
La fonte legale dell'esteriorizzazione degli obblighi impeditivi del garante sarebbe da individuare nelle disposizioni di cui agli artt. 18 lett. *q* e 2 lett. *n* d.lgs. 81/2008, che impongono una latitudine prevenzionistica tanto estesa da interessare anche la salute della popolazione e l'integrità dell'ambiente esterno. Invero, sostiene il Collegio, tali norme rappresentano il «coerente sviluppo» dell'art. 2087 Cc, «in forza del quale il destinatario degli obblighi di prevenzione è costituito garante non solo dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale del prestatore di lavoro ma anche di persona estranea all'ambito imprenditoriale»[64].
Il raggio d'azione della posizione di garanzia del datore di lavoro finisce così per ricomprendere la gestione non solo del rischio professionale, relativo cioè ai soli lavoratori, ma anche della proiezione esterna del rischio stesso, essendo l'area di competenza del garante delimitata dalla fonte di pericolo: anzi, sostengono i giudici, è proprio la fonte di pericolo «il limite oltre il quale non si potrà parlare di sicurezza sul lavoro ma di incolumità pubblica»[65]. A tal proposito, viene rievocata una sentenza relativa ad un incidente avvenuto ai danni di un minore che, alla guida del proprio ciclomotore, aveva riportato numerosi traumi e lesioni permanenti per aver colpito la barriera di un passaggio a livello senza accorgersi della manovra di abbassamento in corso: la Corte di Cassazione aveva riconosciuto la responsabilità del Direttore di esercizio di quel ramo di ferrovia «non solo per tutto ciò che riguarda il personale dipendente e gli utenti diretti del servizio (i viaggiatori) ma anche nei riguardi di terze persone che vengano in contatto con la ferrovia»[66].
Infine, avvedendosi dei recenti approdi della giurisprudenza di legittimità in punto di distinzione tra misure prevenzionistiche di carattere oggettivo e soggettivo, il Tribunale di Lucca sottolinea la valenza *erga omnes* delle misure oggettive, categoria alla quale sarebbero riconducibili tutte le norme asseritamente violate dagli imputati: tali disposizioni, in quanto «chiaramente volte a prevenire la concretizzazione dei rischi derivanti da una manutenzione non correttamente eseguita»[67], avrebbero natura cautelare.
Il Tribunale di Lucca ritiene, dunque, applicabile la normativa antinfortunistica anche a tutela della popolazione civile residente nei pressi della stazione ferroviaria di Viareggio, condividendo l'impostazione accusatoria.
La Corte d'Appello di Firenze conferma le statuizioni del Tribunale in merito al riconoscimento delle circostanze aggravanti[68], ritenendo che il fatto possa senz'altro ritenersi commesso in

[63] *Ibidem*, 42.
[64] *Ibidem*, 44.
[65] *Ibidem*. Il riferimento alla "pubblica incolumità" vale a distinguere l'ambito di operatività del d.lgs. 81/2008 da quello del d.l. 12.5.2012 n. 57, poi convertito nella l. 12.7.2012 n. 101: infatti, secondo la tesi sostenuta dalle Difese, il Testo unico sulla sicurezza sul lavoro non sarebbe applicabile al settore del trasporto ferroviario in forza dell'originaria versione dell'art. 3 del d.lgs. 81/2008, che prevedeva l'adozione di appositi decreti ministeriali in specifiche materie, compreso il trasporto ferroviario, con finalità di armonizzazione rispetto alla normativa del Testo unico; dalla mancata adozione di tali decreti discenderebbe l'applicabilità al settore ferroviario non del d.lgs. 81/2008, bensì della l. 26.4.1974 n. 191.
[66] *Cfr*. Cass. 11.3.2008 n. 10857, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*. In realtà, dalla lettura di tale sentenza, non risulta contestata l'aggravante di cui al co. 3 dell'art. 590 Cp, tanto che lo stesso passaggio ripreso dal Collegio lucchese si riferisce alla violazione delle norme cautelari di cui al d.p.r. 11.7.1980 n. 753 recante norme in materia di polizia, sicurezza e regolarità del servizio, oltre che del generale principio di cui all'art. 2050 Cc.
[67] T. Lucca 31.7.2017 n. 222, cit., 47.
[68] L'esclusione delle aggravanti avrebbe comportato già in primo grado la declaratoria di estinzione del reato di omicidio colposo per prescrizione (le lesioni colpose *ex* art. 590 Cp risultavano invece già estinte).

violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, meglio specificandone le condizioni di sussistenza.
La formulazione codicistica non subordina l'applicabilità delle aggravanti alla possibilità di qualificare il soggetto passivo come "lavoratore": secondo i giudici di secondo grado, l'irrilevanza della qualifica di "lavoratore" risulta infatti confermata dagli artt. 2 lett. *n* e 18 lett. *q* d.lgs. 81/2008 che si riferiscono non solo alla "salute della popolazione", ma anche alla "integrità dell'ambiente esterno", cosicché sarebbe altresì irrilevante il fatto che l'evento dannoso sia avvenuto in uno specifico luogo di lavoro.
Il presupposto dell'applicabilità degli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp deve essere invece ravvisato nella verificazione dell'evento lesivo in occasione dello svolgimento di un'attività lavorativa, ossia di un'attività regolamentata in ottica antinfortunistica: il datore di lavoro è chiamato a governare «ogni rischio derivante dallo svolgimento dell'attività lavorativa», compreso il rischio che può concretizzarsi in un danno nei confronti di terzi[69].
Dopo aver rievocato alcune sentenze della Corte di Cassazione che già erano state richiamate dai giudici di primo grado, la Corte d'Appello sostiene che con la produzione del disastro si sia attualizzato il rischio tipico dell'imprenditore ferroviario, che può interessare «in primo luogo i dipendenti propri, di altre imprese ferroviarie e del gestore della rete ferroviaria, cioè i macchinisti e tutti i soggetti direttamente coinvolti nella circolazione del treno […], ma in secondo luogo, ed altrettanto direttamente, tutti coloro che, trovandosi per qualunque motivo legittimo e noto nei pressi del treno nel momento del deragliamento, prevedibilmente ne verrebbero travolti»[70].
Viceversa, viene giudicata erronea la tesi difensiva secondo cui la differenziazione tra le sfere di rischio (la "sicurezza sul lavoro" e la "sicurezza della circolazione") sarebbe indispensabile per distinguere i diversi obblighi cautelari da esse derivanti a carico del gestore della ferrovia: se «l'attività svolta è unica»[71], anche l'obbligo cautelare risulta unico, «non essendo concepibile tutelare la sicurezza della circolazione senza fornire la primaria tutela a tali lavoratori»[72].
Inoltre, il Collegio fiorentino riprende due argomentazioni del Tribunale di Lucca: da un lato, si sottolinea la natura lavorativa dell'attività che si stava svolgendo quando è avvenuto l'incidente, visto che per i dipendenti dell'impresa ferroviaria il treno e la ferrovia costituiscono luoghi di lavoro[73]; dall'altro, viene rimarcato il pericolo concreto subito dagli stessi macchinisti a causa del deragliamento.

[69] App. Firenze 16.12.2019 n. 3733, cit., 354.
[70] *Ibidem*, 356.
[71] Prosegue la Corte: «l'unicità dell'attività e la conseguente necessità di assicurare in modo unitario la sicurezza sul lavoro e la sicurezza sulla circolazione emergono persino dagli atti delle società imputate, in particolare dal gestore della rete RFI spa che ha elaborato ed istituito il Sistema Integrato di Gestione della Sicurezza, nato come Sistema di Gestione della sola Sicurezza della circolazione e poi Integrato con la Sicurezza del lavoro e la Sicurezza ambientale proprio al fine di migliorare la sicurezza con una visione unitaria di tutte le problematiche» (p. 356).
[72] App. Firenze 16.12.2019 n. 3733, cit., 356.
[73] La considerazione dell'unitarietà dell'attività spinge la Corte d'Appello ad allinearsi alle conclusioni dei giudici di prime cure anche in ordine all'applicabilità del d.lgs. 81/2008 al settore del trasporto ferroviario. Peraltro, un ulteriore elemento di complessità è rappresentato dalla contestata violazione di norme cautelari dell'ordinamento italiano a carico di imputati di nazionalità tedesca e austriaca (appartenenti al "gruppo Gatx"): sul punto, oltre a richiamare l'art. 6 Cp, si evidenzia che una parte della condotta contestata – ossia la consegna dell'assile non adeguatamente manutenuto – sia stata posta in essere in Italia; quanto alla impossibilità di attribuire a tali soggetti la qualifica di "datori di lavoro", la Corte sostiene che la responsabilità sia loro ascritta nella qualità di "fornitori" *ex* art. 23 d.lgs. 81/2008 (App. Firenze 16.12.2019 n. 3733, cit., 357 ss.).

Il disastro viene così qualificato come «un incidente verificatosi nel corso di un'attività lavorativa, in danno di lavoratori e con violazione delle norme poste a loro tutela»[74].
Tra le misure cautelari la cui inosservanza è contestata agli imputati, oltre alle disposizioni del Testo Unico e agli artt. 2043 e 2050 Cc, vi è anche l'art. 2087 Cc, nella sua abituale funzione di integrazione e di chiusura dell'intero sistema prevenzionistico: la norma costituisce, per un verso, il fondamento di un generale principio cautelare e, per altro verso, la fonte di un «preciso obbligo dell'imprenditore, diretto ad eliminare ogni situazione di pericolo dalla quale possa verificarsi un evento dannoso»[75]. Secondo la Corte d'Appello, non vi sarebbero dubbi in ordine alla possibilità di applicare la norma a carico del «fornitore», ossia del «soggetto che fornisce attrezzature varie ai "prestatori di lavoro" anche se non suoi dipendenti […], tenuto a governare, quale "area di rischio" […] il noleggio e la fornitura di attrezzature»[76]. Del resto, è proprio su questa disposizione che si fonda l'orientamento giurisprudenziale ormai pacifico che ricomprende nello spettro di tutela degli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp le malattie professionali, nonostante l'assenza di uno specifico riferimento normativo: tale indirizzo, secondo i giudici, confermerebbe l'estensibilità del campo di applicazione delle circostanze aggravanti medesime[77].
Tenuto conto della generale tendenza all'espansione dei confini della tutela prevenzionistica, le pronunce di merito sulla vicenda di Viareggio si inseriscono nel panorama giurisprudenziale di riferimento senza apportare nessuna particolare novità e integrano quasi un "passo indietro" rispetto ai più recenti approdi, che manifestavano l'esigenza di ricostruire le diverse sfere di rischio riconducibili alla competenza del garante. Invero, l'estensione del novero dei soggetti passivi delle aggravanti è qui operata sulla base di evidenze fattuali – lo «svolgimento di un'attività lavorativa» – e normative – l'art. 18 lett. *q* d.lgs. 81/2008 – che non sembrano sufficienti a giustificare un'interpretazione sostanzialmente analogica dell'aggravante.

4.2. Come anticipato, la sentenza della Corte di Cassazione[78] ribalta le decisioni dei giudici di merito, concludendo nel senso dell'insussistenza dell'aggravante antinfortunistica: l'esclusione si fonda sull'indagine del rischio concretizzatosi con la produzione degli eventi lesivi, una ricostruzione che risulta abbastanza inedita, quantomeno nella casistica in cui è stato affrontato il tema dell'estensibilità all'*extraneus* della tutela prevenzionistica. Per vero, in tali pronunce, è spesso proclamata la necessità di accertare che «la norma violata miri a prevenire l'incidente verificatosi»[79], eppure non sono molte le sentenze che approfondiscono tale valutazione senza sovrapporla alla verifica sull'eventuale intervento di cause interruttive del nesso di condizionamento tra la violazione della regola cautelare e l'evento lesivo[80].

[74] App. Firenze 16.12.2019 n. 3733, cit., 356.
[75] T. Lucca 31.7.2017 n. 222, cit., 47. Sul punto, la sentenza di primo grado richiama Cass. 19.7.2011, n. 28780, in *www.olympus.uniurb.it*, relativa alle lesioni riportate da un autista mentre si dirigeva verso il cantiere di una società per scaricare del calcestruzzo: nonostante il soggetto passivo fosse dipendente di un'altra società, il direttore del cantiere e l'amministratore unico della società proprietaria del cantiere vengono condannati per il reato di cui all'art. 590 co. 3 Cp. La norma cautelare violata viene identificata proprio nell'art. 2087 Cc, il quale, secondo il filone giurisprudenziale in cui si inserisce tale pronuncia, può fondare un addebito a titolo di colpa specifica.
[76] App. Firenze 16.12.2019 n. 3733, cit., 361.
[77] T. Lucca 31.7.2017 n. 222, cit., 46.
[78] Cass. 6.9.2021 n. 32899, in *www.dejure.it.*
[79] A titolo esemplificativo, v. Cass. 4.12.2015 n. 48269, cit.
[80] Degna di nota è Cass. 4.12.2015 n. 48246, in *www.dejure.it*, ove si è concluso per l'esclusione dell'aggravante della violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro in seguito ad un'attenta ricostruzione del rischio concretizzatosi con la verificazione dell'evento lesivo: nel caso concreto, un uomo era deceduto precipitando, durante una manifestazione,

La Suprema Corte adotta una preliminare verifica in punto di causalità della colpa[81], rammentando l'esigenza di operare un duplice passaggio nella valutazione del nesso di rischio tra colpa ed evento: l'accertamento che l'evento verificatosi sia riconducibile al rischio tipico che la norma cautelare che si assume violata intendeva prevenire e la verifica in ordine all'efficacia impeditiva del comportamento doveroso omesso[82].
Una puntuale determinazione dello "scopo di tutela" delle disposizioni cautelari inosservate consente di risalire alla classe di eventi che tali regole intendono scongiurare.
L'*iter* argomentativo dei giudici di legittimità muove proprio dall'evoluzione della nozione di "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro", introdotta con il d.p.r. 27.4.1955 n. 547, anche con una finalità di differenziazione rispetto alla nozione di "norme generali per l'igiene del lavoro", la cui disciplina era contenuta nel d.p.r. 19.3.1956 n. 303. La fattispecie codicistica aggravata, osserva la Corte, è tradizionalmente oggetto di un'interpretazione estensiva che ricomprende sotto l'egida delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro tutte le misure che, in generale, tendono a garantire la sicurezza del lavoro in relazione all'ambiente in cui si svolge, anche se perseguono il fine di evitare malattie professionali.
D'altro canto, la stessa formulazione dell'art. 2087 Cc ha favorito operazioni esegetiche volte a dilatare l'ambito di operatività delle circostanze aggravanti: a tal proposito, anche la Cassazione conferma i principi di diritto espressi nelle pronunce in cui la norma è stata ricondotta al *genus* delle "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro". Invero, pur escludendone la natura "cautelare"[83], i giudici individuano nella disposizione la fonte di «un obbligo di garanzia avente ad oggetto la salute e la vita dei lavoratori»[84].
Da una breve disamina giurisprudenziale la Cassazione opera una ridefinizione dei contorni della disciplina antinfortunistica ricomprendendovi le sole misure cautelari dirette a scongiurare non la produzione di un generico rischio, bensì il verificarsi di eventi lesivi «in danno di lavoratori o di soggetti a questi assimilabili scaturenti dallo svolgimento di attività lavorativa»[85].

---

in una "cannoniera", cioè uno spazio vuoto tra due terrapieni, che non era adeguatamente segnalata né illuminata. In primo luogo, i giudici di legittimità specificano come non sia sufficiente l'occasionale presenza di lavoratori per definire un luogo "lavorativo", essendo viceversa imprescindibile una correlazione tra quel luogo e l'attività svolta. Secondariamente, l'accertamento si sposta sulla verifica che «nell'accadimento si sia manifestato il rischio lavorativo che il garante è chiamato a garantire»: ebbene, il rischio concretizzatosi nell'evento lesivo non è lavorativo, bensì «di precipitazione notturna», per cui non può addebitarsi ai garanti l'aggravante di cui all'art. 589 Cp (e il reato è dichiarato estinto per prescrizione). Per un commento più approfondito, v. R. Guariniello, *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza*, Milano, 2020, 51 s.

[81] La Corte si riferisce ancor più in generale ai canoni della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento: per tutti, M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *ED, Annali III* 2010, 635 ss.; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006.

[82] Questa costituisce da tempo l'articolazione della causalità della colpa affermata in dottrina: *ex plurimis*, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965; Id., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione della colpevolezza?*, in *RIDPP* 1991, 6 s.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 359 ss.; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale d'evento*, Milano 2010, 573 ss.; K. Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa 2013, 223 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 593 ss.

[83] Nello specifico, la Cassazione – sulla scorta della necessità di «discriminare in concreto la norma di posizione dalla regola modale» – ritiene che l'art. 2087 Cc possa ben fondare una posizione di garanzia, tuttavia non definisce alcuna regola cautelare che, invece, dovrebbe essere connotata dalla «indicazione di un determinato comportamento in funzione preventiva di uno specifico evento» (così Cass. 6.9.2021 n. 32899, cit., 292 ss.).

[84] Cass. 6.9.2021 n. 32899, cit., 305.

[85] *Ibidem*, 306.

Pertanto, per affermare la sussistenza dell'aggravante prevenzionistica, non è sufficiente ravvisare la violazione di una norma cautelativa, ma risulta doveroso verificare che l'evento sia la concretizzazione di un rischio lavorativo: sebbene il contesto lavorativo, la qualifica di lavoratore e la violazione di una norma cautelare rappresentino potenziali «indicatori» di un rischio lavorativo, è comunque possibile che il rischio concretizzatosi sia eccentrico[86].
Di norma, le misure prevenzionistiche definiscono il beneficiario della tutela limitatamente al lavoratore e solo mentre svolge l'attività lavorativa. Ebbene, sulla base dell'indagine delle sentenze della Quarta Sezione che hanno riconosciuto le aggravanti antinfortunistiche, secondo la Suprema Corte, la tutela nei confronti di soggetti passivi estranei all'organizzazione aziendale è sì estensibile, ma soltanto a condizione che il terzo fosse esposto al rischio lavorativo «alla stessa stregua del lavoratore»[87].
Vengono quindi identificati due presupposti per l'applicabilità dell'aggravante: la violazione di una norma a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori e la concretizzazione di un rischio lavorativo. Una corretta delimitazione delle virtualità espansive delle aggravanti è, infatti, considerata fondamentale per impedire interpretazioni analogiche *in malam partem*, oltre che la violazione del principio di prevedibilità, per cui «in assenza di chiari indici della tipologia di rischio al cui governo è posta la regola cautelare va adottata una interpretazione *pro reum*»[88].
Ciò premesso, la ricostruzione della Corte d'Appello viene ritenuta erronea poiché si "accontenta" di accertare che il disastro sia avvenuto nel corso dello svolgimento di un'attività lavorativa, un elemento che potrebbe rappresentare un indicatore dell'operatività delle fattispecie codicistiche aggravate e che, pur tuttavia, non può dirsi sufficiente in assenza di un'accurata ricostruzione del "fine di tutela" delle norme di cui si presume la violazione: alla luce della stessa formulazione delle aggravanti in parola, ciò che conta è che il fatto sia stato commesso con l'inosservanza della disciplina per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e non che sia avvenuto in occasione di attività lavorativa.
Una volta individuate le trasgressioni cautelari che avevano cagionato l'incidente, i giudici di merito avrebbero dovuto «domandarsi a governo di quale tipo di rischio si ponevano le relative prescrizioni»[89]. La Cassazione individua due distinte e autonome sfere di rischio, cui

[86] *Ibidem*, 307. Per esemplificare tale assunto, gli ermellini richiamano la (scarna) casistica in materia di abnormità della condotta del lavoratore in cui è stato escluso il rapporto di causalità tra l'inosservanza della norma cautelare e l'evento lesivo ai sensi dell'art. 41 Cp, in quanto l'autoesposizione a pericolo da parte del lavoratore introduce un rischio eccentrico rispetto al rischio lavorativo (pp. 307 ss.). Sul punto, si recuperano gli insegnamenti delle Sezioni unite: «si può cogliere in tale orientamento della giurisprudenza l'implicita tendenza a considerare interruttiva del nesso di condizionamento la condotta abnorme del lavoratore quando essa si collochi in qualche guisa al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso. Tale comportamento è "interruttivo" (per restare al lessico tradizionale) non perché "eccezionale" ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare» (Cass. S.U. 18.9.2014 n. 38343, cit., 105).
[87] Viene perciò ricavato il seguente principio di diritto: «ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 589, co. 2 (e all'art. 590, co. 3), c.p., la locuzione "se il fatto è commesso… con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" va interpretata come riferita ad eventi nei quali risulta concretizzato il rischio lavorativo, per essere quelli causati dalla violazione di doveri cautelari correlati a tale tipo di rischio. Per rischio lavorativo deve intendersi quello derivante dallo svolgimento di attività lavorativa e che ha ordinariamente ad oggetto la sicurezza e la salute dei lavoratori ma può concernere anche la sicurezza e la salute dei terzi, ove questi vengano a trovarsi nella medesima situazione di esposizione del lavoratore» (pp. 311 s.).
[88] Cass. 6.9.2021 n. 32899, cit., 306 s.
[89] Infatti, «avrebbe assunto rilievo, in tale indagine, che le regole cautelari violate traevano origine dal patrimonio conoscitivo formatosi e in parte positivizzato nel settore della circolazione ferroviaria»; invece, «la pur presente titolarità della competenza per il rischio lavorativo non era chiamata in causa per gli eventi omicidiari aventi quali

corrispondono diversi obblighi cautelari a carico del datore di lavoro: l'imprenditore ferroviario è tenuto, da un lato, a garantire la sicurezza di coloro che sono esposti al rischio lavorativo e, dall'altro, a governare il rischio relativo alla sicurezza della circolazione ferroviaria[90].
Nelle modalità del disastro, ad avviso della Suprema Corte, non si riscontrano nemmeno i possibili indicatori dell'attualizzazione di un rischio lavorativo perché i soggetti passivi né erano occasionalmente presenti sul luogo di lavoro, né svolgevano attività connesse all'impresa ferroviaria.
L'ulteriore equivoco dei giudici di merito si è sostanziato nella cieca adesione ad una impostazione generalizzante in base alla quale i trentadue omicidi sono stati accorpati «come se si trattasse di un unico fatto-reato»[91], omettendo di accertare l'autonoma sussistenza delle diverse fattispecie incriminatrici.
Lo stesso errore è stato commesso in sede di applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 589 co. 2 Cp, che è stata riconosciuta indistintamente nei confronti di tutti gli imputati, invece di considerarne le rispettive qualità soggettive. Non si può desumere la sussistenza di una responsabilità aggravata "collettiva" dal grave pericolo di lesioni corso dal personale dell'impresa ferroviaria, anche perché, come sottolinea la Corte, gli infortuni dei macchinisti non rientrano nemmeno nell'oggetto del processo.
L'indagine dei Collegi di merito avrebbe dovuto, piuttosto, verificare la concretizzazione del rischio lavorativo per ciascun fatto omicidiario, incentrandosi, in particolare, sulla qualificabilità delle misure cautelari contestate agli imputati in termini di "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro". Invero, nel novero delle disposizioni contestate agli imputati erano stati inseriti l'art. 2043 Cc, quale fonte di una vera e propria posizione di garanzia fondata sul generale dovere di non arrecare danno agli altri, e l'art. 2050 Cc: secondo la Suprema Corte, tali disposizioni non presentano una specifica connotazione antinfortunistica poiché tali sono soltanto le norme finalizzate alla prevenzione di un rischio lavorativo.
I giudici di legittimità si esprimono anche sul significato degli artt. 2, lett. *n*, e 18, lett. *q*, d.lgs. 81/2008, ritenendo che la lettera della legge sia chiara nell'imporre al datore di lavoro l'obbligo di ricorrere a misure tecniche in grado di evitare che le cautele adottate per garantire lo svolgimento in sicurezza dell'attività lavorativa possano determinare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno[92].
Viceversa, l'attribuzione della titolarità in capo al datore di lavoro di una posizione di garanzia così ampia da ricomprendere la salute della popolazione e l'integrità dell'ambiente esterno contrasta con la *ratio* dell'intero sistema prevenzionistico, considerato che il Testo Unico conferisce al datore di lavoro il dovere di tutelare la sicurezza dei soli lavoratori.
Inoltre, secondo la Corte, il riferimento ai "provvedimenti" e alle "misure tecniche" – e non alle misure di prevenzione – non è casuale, bensì assume un valore differenziale, nel senso che il legislatore ha inteso distinguerli dalle norme antinfortunistiche per affermare la necessità di organizzare la produzione in modo da non cagionare danni all'ambiente o alla popolazione[93].

---

soggetti passivi soggetti terzi all'organizzazione di impresa, non valendo per essi quelle condizioni di "omologazione" ai lavoratori» (p. 477).
[90] *Ibidem*, 312 s. Il rischio attinente alla sicurezza della circolazione ferroviaria «può concretizzarsi anche nei confronti dei lavoratori dipendenti, senza per questo mutarsi – addirittura per chiunque ne risulti investito – in rischio lavorativo».
[91] *Ibidem*, 313.
[92] *Ibidem*, 318.
[93] Osserva la Corte di Cassazione: «il datore di lavoro è sì libero di decidere quale conformazione dare al modo di produzione ma le sue scelte non possono determinare un pregiudizio per la salute della popolazione né per l'integrità

Ai fini dell'integrazione dell'aggravante prevenzionistica residuano in astratto, tra le norme contestate, gli artt. 2087 Cc e gli artt. 23 e 24 d.lgs. 81/2008.
Quanto all'art. 2087 Cc, osserva la Corte, «la norma eleva a gestore del rischio connesso alle attività lavorative unicamente l'imprenditore/datore di lavoro»[94], pertanto non può fondare l'attribuzione di competenze di natura cautelare nei confronti di soggetti che non rivestono tale ruolo. Allo stesso modo, in relazione agli artt. 23 e 24 d.lgs. 81/2008, non vengono rilevate dall'esame dei singoli ricorsi degli imputati le qualifiche soggettive richieste dalle norme: rispettivamente, di coloro ai quali può imputarsi la fabbricazione, la vendita, il noleggio e la concessione in uso di attrezzature di lavoro, dispositivi di protezione individuale ed impianti e di installatori e montatori di impianti, attrezzature di lavoro o altri mezzi tecnici.
In conclusione, i giudici di legittimità escludono che gli imputati abbiano commesso il fatto in violazione della normativa per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, ravvisando invece inosservanze attinenti alla materia della circolazione ferroviaria, che trova il suo "scopo di tutela" nella salvaguardia della pubblica incolumità.

5. La determinazione dell'ambito di applicazione delle aggravanti prevenzionistiche si riflette in parallelo sulla contestabilità della responsabilità amministrativa all'ente poiché l'omicidio e le lesioni personali colpose commessi in violazione della normativa a tutela della salute e della sicurezza costituiscono i reati presupposto dell'illecito di cui all'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001.
La disposizione è stata inserita nel "catalogo" dei reati presupposto soltanto con la legge delega 3.8.2007 n. 123, con cui è stato cristallizzato il legame tra il "sistema 231" e il Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro. L'art. 25-*septies* è suddiviso in tre commi: il co. 1 prevede una sanzione più elevata per l'omicidio colposo commesso in violazione dell'art. 55 co. 2 d.lgs. 81/2008[95], mentre nei commi successivi è punito meno gravemente il delitto commesso con l'inosservanza delle ulteriori misure a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.
Com'è noto, l'introduzione di reati d'evento di natura colposa nel d.lgs. 231/2001 ha suscitato notevoli dubbi di compatibilità con i criteri di imputazione fissati dall'art. 5, originariamente modellati su fattispecie dolose: per superare un'*impasse* che avrebbe comportato l'ineffettività applicativa dell'art. 25-*septies*, la giurisprudenza interpreta i requisiti di interesse o vantaggio come «riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico»[96].

---

dell'ambiente esterno. Non dover recare danno ad un determinato bene è cosa ben diversa dal dovere di tutelarlo» (pp. 318 s.).

[94] *Ibidem*, 317.

[95] L'art. 55 co. 2 del Testo Unico elenca le contravvenzioni più gravi in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, per le quali cioè è prevista la sola pena dell'arresto, senza la pena alternativa dell'ammenda: in particolare, l'ente è punito se non provvede alla redazione del documento di valutazione dei rischi in attività che la legge qualifica come particolarmente pericolose (per esempio impianti nucleari o attività dove i lavoratori sono esposti a sostanze cancerogene). Sul tema, approfonditamente: F. Curi, *L'imprenditore persona giuridica*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 162 ss.

[96] Cass. S.U. 18.9.2014 n. 38343, cit., 207: «è ben possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente». In dottrina, la soluzione è ampiamente criticata: *cfr*., ad es., A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile per definizione la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli 2011, 1948, secondo cui «in tal modo, il criterio di imputazione oggettio viene riferito a violazioni di norme precauzionali, ossia a fatti (non necessariamente rilevanti di per sé sul piano penale e soprattutto) non previsti dalla legge come illeciti fondanti la responsabilità dell'ente». Sulla trasfigurazione dell'illecito *ex* art. 25-*septies* da reato di evento a «reato di pura condotta connotato da una condizione obiettiva di punibilità estrinseca», v. G. Amarelli, *I criteri oggettivi di ascrizione del reato all'ente collettivo ed i reati in materia di sicurezza sul lavoro. Dalla teorica incompatibilità alla forzata convivenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19.4.2013, 17. Sul tema, tra

Nella vicenda processuale relativa al disastro ferroviario di Viareggio, il Tribunale di Lucca accede all'interpretazione tradizionale della giurisprudenza secondo cui l'interesse e il vantaggio costituiscono due criteri diversi, alternativi e tra loro concorrenti: riprendendo gli insegnamenti delle Sezioni unite nella pronuncia *Thyssenkrupp* sull'adeguamento dei criteri quando il reato presupposto sia un delitto colposo d'evento, il Collegio ritiene sussistenti i due requisiti, valorizzando il risparmio di spesa variamente conseguito dalle società imputate per aver omesso di adottare le misure tecniche adeguate a garantire la sicurezza del trasporto ferroviario, sia per le società deputate alla manutenzione del carro, sia per gli enti gestori della linea ferroviaria[97].
Muovendo dalle medesime conclusioni del Tribunale di Lucca in ordine al riconoscimento dell'aggravante antinfortunistica, la Corte d'Appello di Firenze dichiara infondato il motivo d'appello proposto da tutte le società condannate relativo all'impossibilità di qualificare gli eventi lesivi verificatisi come commessi in violazione della normativa a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.
Come anticipato, invece, la Corte di Cassazione esclude in via preliminare l'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001, quale diretta conseguenza del mancato rilievo di una violazione della disciplina antinfortunistica: sancita l'insussistenza della circostanza aggravante *ex* art. 589 co. 2 Cp, *simul stabunt simul cadent*[98], tutte le società vengono prosciolte per l'illecito amministrativo contestato.
Questa è la soluzione vincolata dall'impostazione comune adottata nel procedimento dai Collegi di merito e dalla Cassazione, fondata sull'equivalenza tra l'espressione impiegata nella fattispecie codicistica ("norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro") e la locuzione di cui all'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001 ("norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro").
L'apparente discrasia tra le due formulazioni viene risolta sul piano sistematico, avendo riguardo al diritto vivente, che ha conferito alla nozione di "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" un significato talmente ampio «da alludere a tutte le norme che costituiscono posizioni di gestione del rischio lavorativo e pongono regole cautelari volte alla prevenzione di o alla protezione da tale rischio»[99].
Emerge con forza l'indissolubile legame tra l'illecito dell'ente e il reato individuale: se l'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente non può prescindere dalla sussistenza del delitto presupposto, i confini di operatività delle circostanze aggravanti prevenzionistiche finiscono per definire anche la sfera di imputabilità all'ente dell'illecito amministrativo. Pertanto,

---

gli altri, si rimanda anche a G. De Simone, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità da reato dell'ente*, in *La tutela penale della sicurezza sul lavoro*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, cit., 207 s.; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *RIDPP* 2009, 707.

[97] T. Lucca 31.7.2017, n. 222, cit., 993 ss. Il Pubblico Ministero aveva già eliso la responsabilità di Cima Riparazioni Spa, non rilevando i requisiti di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001. Il Tribunale di Lucca esclude le responsabilità di alcune delle società in origine imputate: FS Logistica, società locataria dei carri, in quanto sprovvista «di strutture proprie in grado di realizzare o predisporre misure tecniche relative al materiale rotabile», oltre che dotata di un efficace modello di organizzazione e gestione; Ferrovie dello Stato Spa, società controllante di Trenitalia, per l'esclusione di responsabilità in capo al soggetto apicale imputato per il reato presupposto; Gatx Rail Europe GmbH, per cui viene ordinata la restituzione degli atti al Pubblico Ministero.

[98] Pare davvero efficace l'espressione utilizzata da M.F. Carriero, V. Camurri, *La Cassazione sul "disastro di Viareggio"*, cit., 64.

[99] Cass. 6.9.2021 n. 32899, cit., 326. Secondo la Cassazione, il dato storico conferma questa equipollenza poiché nella relazione illustrativa della legge delega 3.8.2007, n. 123 si scrive che «l'espressione "salute e sicurezza sul lavoro" è usata in quanto introdotta dalle direttive comunitarie e ritenuta riferibile sia al d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547, che al d.p.r. 19 marzo 1956, n. 303, ed al d.p.r. 7 gennaio 1956, n. 164. Si è scelto di non utilizzare l'espressione "prevenzione degli infortuni sul lavoro", di cui alle rubriche dei citati d.p.r. nn. 547/1955 e 164/1956, per evitare ogni fraintendimento sull'area nella quale esercitare la delega».

all'ampliamento del novero dei soggetti passivi della tutela antinfortunistica corrisponderà l'estensione (potenziale, verificati cioè i presupposti legali) della responsabilità alle società coinvolte, mentre un'interpretazione restrittiva dei destinatari della normativa eliderà in radice la possibilità di contestare l'illecito all'ente.
Tale rapporto di interconnessione si manifesta in tutta la sua significatività proprio in occasione della verificazione di disastri di proporzioni macroscopiche, dovuti a palesi carenze sistemiche nella gestione delle fonti di rischio: l'"ambientamento"[100] dell'incidente in un luogo dove si svolga *anche* un'attività lavorativa induce il più delle volte a ricercare trasgressioni cautelari in materia antinfortunistica allo scopo di aumentare le *chances* punitive dell'ente. Una simile operazione non tiene conto delle diverse qualifiche soggettive che possono assumere le vittime poiché, in ragione degli effetti gravi ed estesi di tali eventi, non sono soltanto i lavoratori ad esserne colpiti, ma anche individui estranei all'attività produttiva e, talora, esterni al perimetro aziendale.
Il disastro di Viareggio consente quindi di rilevare i limiti e i profili di incoerenza della disciplina della responsabilità amministrativa da reato degli enti: il riconoscimento di una responsabilità individuale aggravata dall'inosservanza della normativa prevenzionistica costituisce l'unica via percorribile per imputare l'evento ad un difetto strutturale della società.
In precedenza, tale vincolo era rimasto piuttosto latente. Nel caso del naufragio della Costa Concordia – avente caratteristiche in parte sovrapponibili al disastro di Viareggio – la società Costa Crociere aveva definito la propria posizione patteggiando il pagamento di una sanzione pecuniaria pari ad un milione di euro in relazione ai reati di omicidio e lesioni colpose plurimi commessi con violazione delle norme a tutela della salute e della sicurezza del lavoro: ciò non ha permesso di approfondire il profilo dell'eventuale rilevanza da attribuire alla contingenza che tra le vittime vi fossero anche passeggeri della nave.
Più di recente, è stata accolta la richiesta di patteggiamento, sempre per l'illecito di cui all'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001, di Autostrade per l'Italia Spa e di Spea *Engineering* Spa per il crollo del Ponte Morandi di Genova e anche in questo caso i soggetti passivi non erano dipendenti delle società, ma semplici viaggiatori.
Esigenze di giustizia sostanziale, quali la necessità di riconoscere le legittime aspettative di tutela delle vittime e il bisogno di soddisfare le pretese punitive della collettività in fatti di straordinaria risonanza mediatica sollecitano la giurisprudenza all'adozione di soluzioni di dubbia conformità agli stessi principi espressi dalla Corte di Cassazione nella sentenza sul disastro di Viareggio. In breve, il riconoscimento della responsabilità degli enti coinvolti – una responsabilità di natura sostanzialmente penale[101] – non può dipendere da una nozione ancora in attesa di definizione, come quella concernente la sfera di estensibilità dell'aggravante a terzi.
Di fronte a tali vicende, non può che segnalarsi il nodo cruciale rappresentato dal mancato inserimento nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti dei delitti contro la pubblica incolumità[102]: «ciò che li distingue dai reati contro la vita e l'incolumità individuale è la

[100] Sul punto si rimanda proprio alla sentenza della Cassazione sul disastro di Viareggio: «a ben vedere, le regole cautelari presuppongono un preciso "ambientamento", che è poi il contesto entro il quale insorge il rischio lavorativo» (p. 309).
[101] Per una ricostruzione del dibattito sul tema, G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.10.2012.
[102] G. Amarelli, *Il catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 quindici anni dopo. Tracce di una razionalità inesistente*, in *www.legislazionepenale.eu*, 23.5.2016, 7.

loro capacità espansiva e dunque la loro attitudine a proiettare oltre le conseguenze lesive, andando a creare una situazione di rischio per una collettività indeterminata»[103].
L'art. 11 l. 29.9.2000 n. 300 conteneva alla lett. *b* la delega a disciplinare «la responsabilità in relazione alla commissione dei reati relativi alla tutela dell'incolumità pubblica previsti dal titolo sesto del libro secondo del codice penale».
La mancata attuazione dell'originario disegno legislativo determina una lacuna del "sistema 231" avvertita anche in sede pretoria, dove si è tentato di ricorrere all'art. 416 Cp, inserito tra i reati presupposto all'art. 24-*ter*: il GIP di Taranto, nella vicenda Ilva, aveva disposto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di un'elevata somma di denaro, elencando tra i reati-scopo dell'associazione a delinquere anche il disastro innominato, non previsto dall'elenco. La Corte di Cassazione ha però censurato l'interpretazione "creativa" dei giudici di Taranto in quanto contrastante con il principio di legalità e con le finalità di prevenzione che permeano il d.lgs. 231/2001[104].
Dunque, le istanze provenienti dalla prassi applicativa esprimono la necessità di un intervento legislativo che possa garantire la piena tutela dei beni a rischio, oltre che riequilibrare l'attuale sbilanciamento di responsabilità a carico dell'autore del reato presupposto, il "capro espiatorio" che assicura l'impunità dell'ente inosservante.

6. Le pronunce dei vari gradi di giudizio sul disastro ferroviario di Viareggio introducono nuovi elementi nel dibattito in ordine alla sfera di operatività delle aggravanti antinfortunistiche nell'ipotesi in cui i soggetti passivi siano estranei all'organizzazione d'impresa, ravvivando l'interesse della dottrina su una questione che, prima di tale snodo processuale, non aveva ricevuto un opportuno e meditato approfondimento.
Per vero, dalla pressoché univoca interpretazione estensiva della responsabilità aggravata del datore di lavoro – emergente nel diritto vivente – non residuano idonei spunti dialettici. Le motivazioni delle sentenze che, in precedenza, avevano affrontato il tema dell'estensibilità all'*extranues* delle aggravanti in parola non sembrano problematizzare la questione in maniera adeguata, tenuto conto anche delle pregnanti conseguenze derivanti dall'applicazione degli artt. 589 co. 2 e 590 co. 3 Cp, che non si esauriscono nell'inasprimento della risposta sanzionatoria.
L'ascrizione al garante di qualsiasi evento lesivo si verifichi nell'area in cui insistono fonti di pericolo soggette al suo controllo rischia di favorire indebite forme di responsabilità oggettiva fondate sul mero riscontro di una violazione della normativa sulla sicurezza del lavoro, senza considerare le istanze di rimproverabilità soggettiva in grado di dare contenuto al principio di responsabilità per fatto proprio colpevole.
In difetto di un adeguato accertamento del coefficiente colposo, nel tentativo di circoscrivere questa espansione "a macchia d'olio" dei doveri prevenzionistici del garante, una giurisprudenza più risalente e minoritaria aveva fatto ricorso alla figura dell'esposizione volontaria alla fonte di pericolo, mentre negli ultimi anni è stata enfatizzata la distinzione tra misure cautelari oggettive e

[103] S. Tordini Cagli, *Sicurezza del lavoro e societas delinquere potest. Alcune considerazioni critiche sulla mancata inclusione delle fattispecie contro la pubblica incolumità tra i "reati presupposto"*, in *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di D. Fondaroli, C. Zoli, Torino 2014, 183.
[104] Cass. 21.1.2014 n. 2659, pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di T. Trinchera, *Caso Ilva: la Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*; V. Maiello, *La confisca ex d.lgs. n. 231/2001 nella sentenza Ilva*, in *GI* 2014, 970.

soggettive. Come già osservato, nessuna delle due soluzioni dimostra un'efficace capacità delimitativa.
L'innovativo presupposto da cui muove la Corte di Cassazione nel processo sul disastro di Viareggio è la valorizzazione del divieto di analogia *in malam partem*, particolarmente apprezzabile in un settore come quello della sicurezza sul lavoro, sottoposto a pressioni imputative e a operazioni ermeneutiche sovente in tensione con i canoni fondamentali dell'ordinamento penale[105]. In questo senso, le ultime statuizioni dei giudici di legittimità confortano, anche perché riaffermano con forza il ruolo del canone di prevedibilità derivante dalle regole sovranazionali quale limite all'applicazione della sanzione penale, in quanto tale delimitativa della libertà personale[106].
Nel caso di specie, decisiva, ai fini dell'esclusione della fattispecie aggravata, si è rivelata l'indagine sullo specifico rischio concretizzatosi negli eventi lesivi che hanno coinvolto gli abitanti delle zone adiacenti alla stazione ferroviaria, sulla base della correlata necessità di identificare la natura di tale rischio per verificarne la riconducibilità alla categoria del "rischio lavorativo".
A tal fine, si ritiene che debbano essere accertate «una serie di condizioni fattuali, un "ambientamento" (tale che il terzo viene ad essere esposto al rischio che è tipico del lavoratore), la cui assenza è indizio del concretizzarsi di un diverso rischio»[107].
Ad avviso della Corte, i fattori che possono segnalare una situazione di esposizione dell'*extraneus* assimilabile a quella del lavoratore devono individuarsi, «in positivo», nella presenza non occasionale del terzo sul luogo di lavoro e nella prossimità alla fonte di pericolo: due indicatori utili, ma non sufficienti a designare un rischio lavorativo. Viene, infatti, definito imprescindibile un requisito «in negativo», ossia che non si sia inverato un rischio diverso dal rischio lavorativo[108].
Sulla base di tali criteri, le vittime del disastro di Viareggio erano collocate all'esterno del perimetro aziendale, seppure in prossimità della fonte di pericolo: il rischio concretizzatosi, tuttavia, non è di natura lavorativa, ma relativo alla sicurezza della circolazione ferroviaria e, perciò, attinente non alla tutela dei lavoratori, bensì alla salvaguardia della pubblica incolumità.
Sempre nel settore ferroviario, una precedente sentenza della Suprema Corte aveva, invece, rilevato l'attualizzazione del rischio lavorativo nelle lesioni personali riportate dall'utente di una linea ferroviaria, in specie un'anziana donna, che, dopo essere scesa dal treno, era caduta sulla rampa di scale che stava percorrendo per uscire dalla stazione a causa dell'ostruzione del passaggio provocata da una tavola di legno e dell'assenza di idonei corrimano. Considerato che l'indagine era incentrata sulla ricerca di cause di interruzione del decorso causale, è stata riconosciuta la responsabilità aggravata *ex* art. 590 co. 3 Cp a carico del titolare della ditta appaltatrice dei lavori di rifacimento della stazione: infatti, coerentemente con l'interpretazione che la giurisprudenza fornisce dell'art. 41 cpv. Cp, la presenza della donna all'interno della stazione non era connotata da «anormalità, atipicità ed eccezionalità»[109].

[105] Basti pensare alla casistica in materia di responsabilità penale da esposizione a sostanze tossiche, dove, *ex multis*, evidenziano lo stravolgimento dei principi fondamentali del sistema penalistico: T. Padovani, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *RivItMedLeg* 2015, 383 ss.; A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *LP* 2011, 397 ss.; F. Stella, *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese (Cass. IV sez. pen.)*, in *RIDPP* 2004, 379 ss.
[106] Cass. 6.9.2021, n. 32899, cit., 306 s.
[107] S. Dovere, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in *ED, I tematici* II, *Reato colposo*, 2021.
[108] Così Cass. 6.9.2021 n. 32899, cit., 311.
[109] Cass. 9.11.2016 n. 47016, in *www.olympus.uniurb.it* .

La rilettura di questa fattispecie concreta alla luce del recente approdo della Quarta Sezione non pare idonea ad inficiare l'esito giudiziale: l'indagine sulla natura del rischio concretizzatosi delineata dalla Cassazione avrebbe appurato la prossimità della donna alla fonte di pericolo e la sua presenza, seppure occasionale, sul luogo di lavoro; dato che l'anziana si era trovata nella medesima situazione di esposizione del lavoratore, non sembra potersi ravvisare la produzione di un rischio diverso dal rischio lavorativo.
Nel settore degli infortuni sul lavoro, le sentenze successive alla pronuncia sul disastro di Viareggio dimostrano, dunque, una maggiore attenzione al profilo della concretizzazione del nesso di rischio[110]. Tra queste, nella prospettiva che qui interessa, è significativa una sentenza della Corte di Cassazione relativa all'infortunio mortale di un meccanico in pensione, avvenuto mentre svolgeva un'attività lavorativa in collaborazione con una ditta di autotrasporti, a causa dello sbilanciamento del supporto di sicurezza che sollevava da terra il veicolo di cui si stava occupando. In secondo grado, l'amministratore della ditta era stato riconosciuto titolare di una posizione di garanzia di fatto fondata su varie norme del codice civile e del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro, tra cui l'art. 2087 Cc. Secondo i giudici di legittimità, le molteplici fonti richiamate non consentono di ricostruire il percorso motivazionale che ha condotto all'individuazione delle regole cautelari violate dall'imputato: rinviando ai criteri di identificazione espressi nella sentenza che ha concluso il giudizio sul disastro di Viareggio, si afferma la necessità che l'evento lesivo «attenga al c.d. rischio lavorativo, dovendo il giudice di merito spiegare senza ambivalenze argomentative per quale ragione si sia pervenuti a tale qualificazione»[111].
Pertanto, la valorizzazione del rischio in chiave di selezione della tipicità colposa ha consentito di avviare un percorso di inversione del *trend* giurisprudenziale che, nell'estensione all'*extraneus* della tutela prevenzionistica, si rivelava impermeabile alla ricostruzione dei profili di rimproverabilità soggettiva del garante.

6.1. La motivazione della pronuncia sul disastro di Viareggio contiene un breve riepilogo delle sentenze di legittimità che hanno riconosciuto le circostanze aggravanti in caso di infortuni subiti da soggetti estranei all'organizzazione d'impresa e collocati al di fuori del luogo di lavoro: la Cassazione sostiene che nelle vicende richiamate sia stata correttamente rilevata la concretizzazione di un rischio lavorativo[112].
Meritevole di interesse si rivela una sentenza relativa al crollo della gru di un cantiere su un edificio occupato da tre persone, le quali subiscono tutte lesioni personali, contestate agli imputati in forma aggravata per aver commesso il fatto in violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro: i soggetti passivi coinvolti non solo sono estranei all'organizzazione d'impresa, ma sono anche collocati all'esterno del perimetro di operatività del cantiere. I giudici di legittimità ritengono corretta la condanna pronunciata in sede d'Appello perché la realizzazione dei lavori «implicava una serie di cautele operative e di connessi rischi di notevole impatto, anche per una molteplicità indeterminata di soggetti terzi, posto che le operazioni si svolgevano in area densamente abitata»[113].

[110] Cass. 2.5.2022 n. 16813, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass. 7.4.2022 n. 13200, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass. 14.3.2022 n. 8442, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass. 1.3.2022 n. 7093, in *www.olympus.uniurb.it*; Cass. 6.12.2021 n. 44594, in *www.olympus.uniurb.it*.
[111] Cass. 1.2.2022 n. 3541, in *www.olympus.uniurb.it*.
[112] Cass. 15.5.2003, n. 27975, in *www.dejure.it*.; Cass. 6.5.2016 n. 24136, in *www.dejure.it*; Cass. 9.9.2015 n. 40719, in www.dejure.it (relativa alla morte di un passante cagionata dalla caduta di un palo della linea telefonica in seguito all'abbattimento di un albero ad esso contiguo).
[113] Cass. 6.5.2016 n. 24136, cit.

Similmente, viene presa in considerazione una sentenza della S.C. con cui si afferma la responsabilità aggravata di un datore di lavoro per la morte della coniuge di un operaio addetto alla lavorazione dell'amianto: la donna aveva subito un'esposizione indiretta all'agente tossico occupandosi del lavaggio degli indumenti da lavoro del marito che le aveva cagionato l'insorgenza di patologie asbesto-correlate[114].
Peraltro, questa pronuncia si inserisce in un più ampio filone giurisprudenziale che riconduce nell'orbita prevenzionistica di competenza del datore di lavoro anche la tutela dei consociati dai rischi derivanti dall'esposizione a sostanze cancerogene: più recentemente, tra le persone offese del reato di cui all'art. 589 co. 2 Cp sono state ricomprese la moglie di un dipendente che maneggiava gli abiti da lavoro del coniuge e l'addetta alla mensa aziendale, ammalatasi a causa delle polveri presenti sulle tute degli operai con cui era venuta a contatto durante il pranzo[115].
Nel tentativo di evitare di mettere in discussione i precedenti approdi giurisprudenziali, la sentenza sul disastro di Viareggio finisce per contraddire le premesse e le conclusioni adottate: non sembrano potersi equiparare le situazioni di esposizione al rischio lavorativo, da un lato, dei dipendenti che insistono in un dato ambiente di lavoro e, dall'altro, di soggetti che a quel luogo non hanno mai avuto accesso.
A ben vedere, i criteri posti dalla Cassazione per l'identificazione del rischio lavorativo avrebbero dovuto condurre alla revisione critica di simili esiti interpretativi: in nessuna delle summenzionate vicende sembrano ravvisabili le condizioni fattuali idonee a qualificare il rischio che si è prodotto come lavorativo. Dunque, se, da un lato, si registra uno sforzo delimitativo della posizione del garante, dall'altro, la convalida postuma di tali sentenze rischia di vanificare tale sforzo perché non coglie la multidirezionalità delle proiezioni offensive che la stessa fonte di pericolo può sprigionare. Anzi, sul punto, vengono sostanzialmente riesumate le posizioni del Tribunale di Lucca, secondo cui «l'attività di gestione del rischio da parte del datore di lavoro, allorquando organizza un'attività che può negativamente svilupparsi all'esterno dell'ambiente lavorativo, non può esimersi dal fronteggiare anche quei rischi cui sono esposti coloro che vengono in contatto, anche inconsapevolmente, con la fonte di pericolo»[116].
Deformazioni ermeneutiche di questo tipo sono favorite dalla formulazione di alcune previsioni legislative come l'art. 18 co. 1 lett. *q* d.lgs. 81/2008[117], che stabilisce, tra gli obblighi del datore di lavoro, il dovere di «prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio»[118].
Rispetto a questa disposizione, merita di essere accolta l'esegesi proposta dalla Suprema Corte nel processo sul disastro di Viareggio, secondo cui è da escludere che la norma possa assurgere a fonte di una posizione di garanzia tanto elastica da incorporare la pretesa di adottare cautele specifiche a salvaguardia della popolazione e dell'ambiente esterno: anche perché, la legittimazione di tale

[114] Cass. 15.5.2003 n. 27975, cit.
[115] Cass. 16.1.2019 n. 25532, in *www.dejure.it*. *Cfr*. anche Cass. 30.11.2012 n. 46428, in *www.olympus.uniurb.it*.
[116] T. Lucca 31.7.2017 n. 222, cit., 42.
[117] Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 81/2008, l'art. 4 co. 5 lett. *n* d.lgs. 626/1994, era formulato nei medesimi termini e altrettanto richiamato a sostegno dell'efficacia inderogabile della normativa antinfortunistica: *cfr*., ad es. Cass. 13.3.2014 n. 22965, cit.
[118] La norma è da leggere congiuntamente all'art. 2 co. 1 lett. *n* d.lgs. 81/2008, che definisce la nozione di prevenzione identificandola nel «complesso delle disposizioni o misure necessarie, anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali, nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno».

pretesa appare priva di fondamento, in particolare avuto riguardo alla necessità di assicurare la perdurante assenza di rischio.

Del resto, tra i fattori di potenziale distorsione interpretativa nella responsabilità penale da infortuni sul lavoro occorre menzionare anche la dematerializzazione della nozione di "ambiente di lavoro" di matrice giurisprudenziale: sulla base del principio di effettività che ispira l'intero sistema prevenzionistico, l'obbligo di attuare le misure antinfortunistiche riguarda «ogni luogo di lavoro in cui viene svolta e gestita una qualsiasi attività implicante prestazioni di lavoro e in cui il lavoratore deve o può recarsi per provvedere ad incombenze di qualsiasi natura in relazione alla propria attività»[119]; addirittura, si estende a «qualsiasi posto in cui il lavoratore acceda, anche solo occasionalmente, per svolgervi le mansioni affidategli»[120].

In un terreno così predisposto alla proliferazione di interpretazioni deformanti, non devono stupire le conclusioni raggiunte dai giudici di merito nel procedimento sul disastro di Viareggio: senza la forzatura applicativa delle aggravanti prevenzionistiche, il processo si sarebbe concluso fin da subito con l'impunità di tutte le società coinvolte.

In attesa di un intervento legislativo che inserisca i delitti contro l'incolumità pubblica nel novero dei reati-presupposto della responsabilità degli enti, sarebbe opportuno proseguire sul sentiero tracciato dalla Corte di Cassazione, assicurando così al «"garante" la "garanzia" di vedersi coinvolto entro i confini di una sfera di attribuzioni concepita alla stregua dei poteri-doveri che vengano ad essergli conferiti»[121].

[119] Cass. 16.5.2018 n. 43840, in *www.dejure.it*.

[120] Cass. 27.1.2011 n. 19553, in *www.olympus.uniurb.it*. *Cfr*., per es, anche Cass. 19.5.2011 n. 28780 in *www.leggiditalia.it*; Cass. 27.11.2013 n. 2343, in *www.dejure.it*.

[121] G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *www.legislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 11.